



7ª SEMANA CIENTÍFICA DO CURSO DE DIREITO

**APRESENTAÇÃO DE TCC'S,
TRABALHOS CIENTÍFICOS E PALESTRAS**

DATA:

20 À 23/06

LOCAL:

BLOCO E - PISO A

Anais da Semana Científica do
Curso de Direito da Unitri

Número 7, junho, 2023

**Anais da Semana Científica do Curso de
Direito da Unetri**

Número 7 – junho – 2023

ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DO TRIÂNGULO – UNITRI

Mantenedora: Associação Salgado de Oliveira de Educação e Cultura – ASOEC

Av. Rio Branco, nº 181 – sala 707 – Rio de Janeiro – RJ, CEP 20040-007

Mantida: Centro Universitário do Triângulo – UNITRI

Avenida Nicomedes Alves dos Santos, 4545, bairro Gávea, CEP: 38411-106

Uberlândia – MG – Fone (34) 4009-9000 – Fax: (34) 4009-9125 / www.unitri.edu.br

Reitoria: Prof. Jefferson Salgado de Oliveira

Vice-Reitoria: Prof. Marco Antônio Socreppa

Pró-Reitoria Administrativa: Prof. Wallace Salgado de Oliveira

Pró-Reitoria de Planejamento e Finanças: Prof. Wellington Salgado de Oliveira

Pró-Reitoria de Organização e Desenvolvimento: Prof. Jefferson Salgado de Oliveira

Assessoria Acadêmica: Welton Pereira de Mendonça

Assessoria Administrativa: Claudiana Aparecida de Moura

Coordenação do curso de Direito: Prof. Gil Ferreira de Mesquita

Contatos com o Curso de Direito

Telefone: (34) 4009-9116 e 4009-9126 / E-mail: direito@unitri.edu.br

Esta é uma publicação do Curso de Direito da Unitri – ISSN 2595-3249

Hospedada em: <http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=direitounitri>

7ª Semana Científica do Curso de Direito da Unitri

Coordenação Geral: Prof. Gil Ferreira de Mesquita

Comissão Científica:

Prof. Dener Rezende Borges

Prof. Gabriel Oliveira de Aguiar Borges

Prof. Geilson Nunes

Profª. Helen Corrêa Solis Neves

Prof. Jonathas Mesquita do Nascimento

Prof. Jorge Luiz Morales Albernaz

Profª. Luana Ferreira Bernardes

Profª. Natália Silva Mazzutti Almeida

Prof. Ricardo Salgado Carvalho

Prof. William dos Reis

Sumário

Apresentação	08
Trabalhos completos	09
A constitucionalidade dos precedentes vinculantes no Código de Processo Civil <i>Jaqueline Dourado Oliveira e Jonathas Mesquita do Nascimento</i>	10
A discricionariedade do Ministério Público no oferecimento do acordo de não persecução penal <i>Crisiane da Silva Lemes e Gil Ferreira de Mesquita</i>	23
A ineficácia do adicional de penosidade nas relações privadas de trabalho <i>Jhennifer Lopes Barbosa e Jorge Luiz Morales Albernaz</i>	42
A (in)existência da revelia no processo penal <i>Matheus Gustavo Brás Oliveira Borges e William dos Reis</i>	63
A natureza jurídica do vínculo de trabalho entre motorista e plataforma digital de transporte <i>Alessandra Cabral da Silva e Dener Rezende Borges</i>	80
A possibilidade de uma morte digna à luz do Direito <i>Fernanda Ferreira Silva e Israel Rodrigues de Queiroz Junior</i>	99
Análise crítica da legislação fundiária do Município de Uberlândia <i>Amanda Lídia Marques Bittencourt Silva Jansen e Gabriel Oliveira de Aguiar Borges</i>	115
Análise sobre a validade e eficácia do contrato de namoro <i>Pedro Lorenço Cardoso Neto e Luana Ferreira Bernardes</i>	131
Cartas psicografadas como meio de prova no processo penal <i>Vanusa Inácio de Jesus e William dos Reis</i>	148
Considerações a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado <i>Lucas Rodrigues Oliveira e Vitor Costa Silva</i>	169
Eficácia da colaboração premiada como meio de prova versus as garantias constitucionais <i>Marcelo Vitoriano Gonçalves e Israel Rodrigues de Queiroz Junior</i>	185
Exclusão da culpa na nova Lei de Improbidade Administrativa <i>Olavo Sabino Carlos Filho e Israel Rodrigues de Queiroz Junior</i>	199
Limites da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais <i>Athos Couto Cunha e Gabriel Oliveira de Aguiar Borges</i>	213
Negociação coletiva: a importância da mediação sindical na resolução dos conflitos trabalhistas <i>Sarah Victoria Oliveira Vieira e Carlos Eduardo de Oliveira Gontijo</i>	224
O uso do Whatsapp como instrumento hábil para citação e intimação <i>Mariana Rocha da Silva e Ricardo Salgado Carvalho</i>	242
Restrições ao direito de livre circulação de jovens em shopping centers: uma análise constitucional <i>Aline Elen de Almeida Gama e Helen Corrêa Solis Neves</i>	258

Superendividamento: aspectos da Lei nº 14.181/21 e a lacuna quanto ao crédito imobiliário	273
<i>Nayara Aparecida Silva Miranda e Vitor Costa Silva</i>	
Uma análise da possível fragilidade estatal na fiscalização e acompanhamento do trabalho externo do preso	286
<i>Diego Lopes Silva e Geilson Nunes</i>	
União poliafetiva: uma nova entidade familiar	303
<i>Vanesca Soares Vieira e Gil Ferreira de Mesquita</i>	
Resumos	317
A guerra fiscal entre os Estados e a reforma tributária que se avizinha	318
<i>Thiago Fernandes Mendes da Silva</i>	
A greve política é amparada pelo ordenamento jurídico nacional?	319
<i>Márcia de Souza Ribeiro Oliveira</i>	
A inconformidade dos parâmetros de pagamento de indenização segundo o art. 223 da CLT perante o ordenamento jurídico brasileiro	320
<i>Joyce Lorena Vieira Romão</i>	
A (in)constitucionalidade das prisões penais em segunda instância	321
<i>Ana Izabel Mendes Iplinsky</i>	
A inconstitucionalidade do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos	322
<i>Daniela dos Reis Silva</i>	
A (in)eficácia das medidas de proteção da Lei Maria da Penha como meio de prevenção do feminicídio	323
<i>Erislene da Silva</i>	
A (in)eficácia do regime simplificado de tributação - Simples Nacional - para as micro e pequenas empresas	324
<i>Jesaias Costa Silva</i>	
Alienação parental: a violação dos direitos das crianças e adolescentes	325
<i>Jôse Lucy Barreto de Souza Cavalcante</i>	
Análise da retroatividade do acordo de não persecução penal em processos criminais anteriores à Lei nº 13.964/2019	326
<i>Glesiano Nunes Freitas</i>	
Análise quanto à culpabilidade de delinquentes psicopatas	327
<i>Rayane Oliveira Rosa</i>	
Aplicabilidade da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas individuais	328
<i>Gabriele Oliveira de Sousa</i>	
Da (in)constitucionalidade da confissão como requisito na celebração do acordo de não persecução penal	329
<i>Enzo Sardela de Faria Freitas</i>	
Desfiliação partidária por formação de federação: uma análise da possibilidade de justa causa sem perda de mandato	330
<i>Diego Aguirre de Melo</i>	

Filiação socioafetiva: prevalência da filiação afetiva sobre a biológica	331
<i>Murilo Rodrigues Mendes</i>	
Guarda compartilhada: remédio para alienação parental ou placebo para seus sintomas?	332
<i>Fábio Silva Barcelos</i>	
Holdings patrimoniais: análise da legitimidade no planejamento sucessório	333
<i>Roberta Sousa Ferreira</i>	
Liberdade de expressão e equilíbrio	334
<i>Bruno Santos Silva Porto</i>	
Liberdade de expressão e suas limitações e restrições na área militar	335
<i>Márcio Lopes de Andrade Júnior</i>	
O emprego das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem	336
<i>Luiz Martins Vilela</i>	
O uso do “Sisfron” como ferramenta de redução da criminalidade na faixa de fronteira no Brasil	337
<i>Laiane Rodrigues Magalhães de Melo</i>	
Os dados obtidos por meio de apreensão de celulares e seus reflexos como meio de prova na investigação criminal	338
<i>José Anchieta Paulino da Silva</i>	
Responsabilidade civil do empregador em relação à Síndrome de Burnout no ambiente de trabalho	339
<i>Jhennifer Carollyne de Oliveira</i>	
Responsabilidade civil na alienação parental: fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais que evidenciam a responsabilização do alienador como medida possível e necessária	340
<i>Eliciele Fagundes da Silva (in memoriam)</i>	
Stalking: a inefetividade das leis protetivas às mulheres	341
<i>Jéssica Lorrani Ferreira Borges</i>	
Superlotação carcerária no Brasil e o desrespeito institucional aos direitos humanos	342
<i>Luciana Gomes Pereira</i>	
Violência obstétrica e a falta de tipificação da impunidade	343
<i>Meury Christina Pereira dos Santos</i>	
Estatísticas do evento	345
Normas para publicação	346

Apresentação

A 7ª Semana Científica do Curso de Direito marca um retorno triunfante, após três anos de suspensão, devido à pandemia global que assolou o mundo em 2020 e 2021. Este evento anual é um espaço de destaque para a apresentação e discussão de trabalhos acadêmicos de alta qualidade produzidos por nossos estudantes de Direito, no âmbito da investigação científica.

A Semana Científica é uma tradição desde 2013 e uma oportunidade significativa para nossos acadêmicos demonstrarem sua excelência na pesquisa jurídica. Neste ano de 2023, estamos orgulhosos de apresentar os resultados de um longo período de esforço e dedicação dos nossos alunos e professores.

A 7ª Semana Científica do Curso de Direito abrangeu uma variedade de trabalhos de conclusão de curso. Cada trabalho passou por um rigoroso processo de avaliação e seleção, garantindo a qualidade e a relevância das contribuições apresentadas.

Os trabalhos apresentados abordaram uma ampla gama de tópicos jurídicos, desde questões contemporâneas até análises históricas. Eles refletem o compromisso dos nossos acadêmicos com a pesquisa rigorosa e a busca por soluções para desafios legais complexos.

Agradecemos sinceramente a todos os acadêmicos que contribuíram para o sucesso desta 7ª Semana Científica. Seu trabalho árduo e dedicação à pesquisa jurídica são fundamentais para o avanço do conhecimento em nossa área. Além disso, estendemos nosso reconhecimento aos professores que orientaram e apoiaram esses talentosos estudantes ao longo de suas jornadas acadêmicas.

Os trabalhos apresentados aqui não apenas demonstram a excelência de nossa comunidade acadêmica, mas também contribuem significativamente para os diversos campos de atuação na área do Direito. Esperamos que este evento inspire futuras gerações de estudantes e promova ainda mais a pesquisa jurídica em nossa instituição.

Marco Antonio Socreppa

Vice-Reitor

Trabalhos completos

Os 19 trabalhos apresentados a seguir foram aprovados previamente pela Comissão Científica do evento e seus autores participaram regularmente das sessões de comunicação oral. Após a apresentação foram amplamente revisados visando a publicação de suas versões completas.

A constitucionalidade dos precedentes vinculantes no Código de Processo Civil

*Jaqueline Dourado Oliveira*¹

*Jonathas Mesquita do Nascimento*²

Resumo: O presente artigo teve por escopo analisar cientificamente o artigo 927 do Novo Código de Processo Civil à luz da Constituição Federal, visando analisar a constitucionalidade do dispositivo que consagra hipóteses de precedentes vinculantes além daqueles previstos no texto constitucional. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, a partir de uma breve comparação entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, que demonstrou a tendência de aproximação entre os dois sistemas. Na oportunidade foram abordados os princípios constitucionais correlatos ao tema, tais como a segurança jurídica, razoável duração dos processos, bem como os fenômenos processuais vinculados ao sistema de precedentes judiciais. Por derradeiro, foi realizada a exposição dos principais entendimentos doutrinários contra e favoráveis a criação de novos precedentes vinculantes por meio da legislação infraconstitucional, alcançou-se a conclusão pela constitucionalidade do dispositivo processual civil.

Sumário: 1. Introdução. 2. A aproximação entre o sistema romano-germânico e o *common law*. 3. Princípios correlatos. 4. Fenômenos processuais correlatos. 5. A discussão acerca da (in)constitucionalidade do art. 927, do CPC. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Precedentes vinculantes. Constitucionalidade.

1. Introdução

O presente artigo teve como objetivo a análise da constitucionalidade do artigo 927 do Código de Processo Civil, considerando a seguinte problemática: foi constitucional ao legislador infraconstitucional dispor sobre hipóteses de precedentes vinculantes além daquelas previstas no texto constitucional?

A pesquisa utilizou-se do método dedutivo porque, a partir da abordagem dos princípios que regem o instituto dos precedentes e do apontamento das principais teses doutrinárias favoráveis e contrárias a constitucionalidade do artigo 927 do CPC, oportunidade na qual foi possível concluir pela constitucionalidade do dispositivo em face a Constituição Federal de 1988.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo Mineiro – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: jaquinedouradosilva@gmail.com.

² Procurador do Município de Uberlândia (MG). Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: jonathasprof@gmail.com.

A estruturação ocorreu em quatro capítulos. No primeiro foram abordadas as principais características dos sistemas jurídicos *civil law* e *common law*, demonstrando a aproximação do sistema brasileiro, que é de origem romano-germânica com este último. No segundo capítulo, por sua vez, discorreu-se sobre os princípios correlatos ao sistema de precedentes judiciais, com ênfase nos princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia e da razoável duração do processo, ao passo que no terceiro, analisou-se fenômenos processuais correlatos ao sistema dos precedentes judiciais.

O estudo desse tema é de inegável importância, não apenas na seara processual, mas para o Direito como um todo, uma vez que os precedentes estão atrelados às noções de estabilidade, segurança jurídica, coerência e consistência das decisões judiciais, e, por consequência, influenciam diretamente na credibilidade do Poder Judiciário perante toda a sociedade.

Frisa-se que a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 introduziu na Constituição Federal o efeito vinculante às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, ainda, dos entendimentos fixados em sede Súmulas Vinculantes.

Por fim, no quarto capítulo, foi abordado o tema principal da presente pesquisa, com a exposição dos principais argumentos doutrinários favoráveis e contrários a possibilidade de criação de novas hipóteses de precedentes vinculantes por meio de norma infraconstitucional, para, finalmente, atingir o tema desta pesquisa, discorrendo acerca da (in)constitucionalidade do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015.

2. A aproximação entre o sistema romano-germânico e o *common law*

A classificação do sistema jurídico de um determinado Estado em *civil law* ou *common law* parte da análise do papel que a jurisprudência desempenha no respectivo ordenamento jurídico. Nos países de influência romana-germânica predomina o *civil law*, no qual a lei desempenha o papel de principal fonte do direito. No *civil law*, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, em regra, são desprovidas de efeito vinculante para os casos posteriores, de modo que a jurisprudência é vista de forma secundária no que concerne às fontes do direito.

Tal sistema ganhou força após a Revolução Francesa, uma vez que se buscou, por meio da lei, a consagração dos ideais revolucionários, relegando o juiz a uma figura que se denominou “boca da lei”, ou seja, ao julgador não cabia interpretar a lei, mas sim aplicá-la nos exatos termos em que foi promulgada pelo Parlamento.

Nesse sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria igualmente indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi

transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário. (2009, p. 46).

Não por outra razão foi criada, após a Revolução, a chamada Corte de Cassação Francesa, cuja atribuição principal era garantir a supremacia da lei, anulando-se as decisões que não se restringiam a aplicar a literalidade do direito contido nos Códigos:

Ademais, a Corte de Cassação não apenas adquiriu o semblante de órgão jurisdicional, como passou a constituir o tribunal de cúpula do sistema, sobrepondo-se aos tribunais ordinários. A sua função se tornou a de ditar e a assegurar a interpretação correta da lei, evitando-se que os tribunais inferiores consolidassem interpretações equivocadas. Assim, a Corte chega a estágio que não mais controle não jurisdicional das interpretações judiciais. Há, agora, preocupação em fixar, através do próprio judiciário, a unidade de direito, ou mais precisamente para aquela época, a uniformidade da interpretação da lei no país e nos vários tribunais inferiores (...) (MARINONI, 2010, p. 61).

Já no *Common Law*, o Direito se apresenta com a aplicação da jurisprudência. É um sistema dirigido pelos precedentes judiciais e costumes, e tem como um dos seus pontos essenciais a resolução de conflitos por meio da reunião de decisões judiciais sobre situações similares.

O referido sistema teve origem na Inglaterra, posteriormente à conquista normanda e é vigente em grande parte do Canadá, Austrália, Estados Unidos e Reino Unido. Nele, os juízes ficam ligados aos critérios normativos ditados por decisões preliminares, os chamados precedentes.

Embora sua fonte de Direito seja considerada mais liberal, é importante mencionar que nem todo julgamento pode se tornar um precedente. Com efeito, não é considerada precedente uma decisão acerca de uma matéria exclusivamente de fato, por exemplo. À vista disso, expõe Fredie Didier:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito [...] e não de matéria de fato. (2018, p. 513).

É importante ressaltar, no entanto, que muito embora haja inquestionável valorização dos precedentes judiciais no sistema *common law*, o juiz, ao se deparar com uma situação *sub judice* que não se enquadra nos parâmetros de incidência do precedente, poderá afastar a aplicação deste valendo-se do que a doutrina denominou *distinguishing*.

A respeito do tema, leciona Elpídio Donizetti:

Se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá se ater a hipótese sub judice sem se vincular ao julgamento anterior. (2015, p. 10).

Não obstante a marcante diferença existente entre os dois sistemas, conforme apontado acima, o que se verifica é que há uma tendência de aproximação entre o *civil law* e o *common law*, atualmente.

Tal aproximação pode ser observada inclusive no Brasil, país influenciado tradicionalmente pela cultura romano-germânica, mas que vem, gradualmente, imprimindo grande importância aos precedentes judiciais. Exemplo dessa valorização dos precedentes pode ser extraída da própria Constituição Federal de 1988, no que diz respeito à atribuição de eficácia vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, além da criação do instituto da Súmula Vinculante (artigo 103-A da CF/88).

A aproximação do sistema jurídico brasileiro ao *common law* se fez ainda mais evidente com a criação de novas hipóteses de precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil de 2015, o que se deu em decorrência da necessidade de concretização dos princípios constitucionais atrelados ao direito processual, o que será abordado a seguir.

3. Princípios correlatos

O Código de Processo Civil de 2015 foi idealizado por juristas do Senado Federal, os quais estabeleceram, na exposição de motivos do anteprojeto, os cinco principais objetivos que serviriam de norte para a elaboração do Código: 1) estabelecimento de sintonia fina com a Constituição; 2) criação de condições para que o juiz possa proferir decisão mais rente à realidade fática da causa; 3) simplificação; 4) efetivação do rendimento de cada processo; e 5) maior grau de organicidade ao sistema. (Anteprojeto do novo Código de processo civil, disponível no site do senado).

A valorização dos precedentes judiciais no CPC/2015 foi, sem sombra de dúvidas, uma das principais ferramentas utilizadas pelos legisladores ordinários para atingir o primeiro objetivo, qual seja, compatibilizar o novo Código com os princípios consagrados na CF/88, principalmente aqueles que guardam íntima conexão com o processo civil, a exemplo da segurança jurídica, da isonomia e da razoável duração do processo.

É importante frisar que, mais que um princípio fundamental da Constituição Federal, a segurança jurídica age como um norte para todas as relações jurídicas. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e consiste na garantia de previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais no que concerne à aplicação das normas jurídicas.

Ao estabelecer que as decisões tomadas pelos órgãos judiciais e administrativos

sejam tomadas de forma consistente e coesa, a segurança Jurídica promove a harmonia social, a segurança nos órgãos estatais e a proteção da ordem jurídica. A Constituição Federal, em seu inciso XXXVI do artigo 5º estabelece as bases da segurança jurídicas:

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:

(...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Nesse contexto, a segurança jurídica está atrelada à noção de Estado de Direito de forma direta. O que assegura a estabilidade do ordenamento jurídico ao garantir a previsibilidade aos litigantes e ao aumento do grau de certeza jurídica das consequências dos atos por ele praticados.

Logo, a valorização da jurisprudência como fonte do Direito, bem como o respeito aos precedentes judiciais são fatores essenciais para a preservação da segurança jurídica.

O princípio da isonomia, por sua vez, define que todos são iguais perante a lei. Isso significa que o Estado deve tratar todos os cidadãos de forma igual e sem discriminação de qualquer tipo, conforme preceitua o caput do artigo 5º da CF/88:

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 (...)

Um dos pilares de uma democracia é a busca pela igualdade de direitos e oportunidades, que foi formalizada durante a Revolução Francesa como um ideal justificável, com menção aos seus ideais iluministas de "liberdade, igualdade e fraternidade". Celso Antônio Bandeira de Melo (2000) deixa claro que o princípio da isonomia apenas impede comparações injustas. E que a discriminação é sempre possível e justificável:

(...) correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

O princípio da igualdade impede, apenas, a discriminação injustificada, desse modo, é imprescindível que o Poder Judiciário considere essa perspectiva para que casos semelhantes sejam decididos da mesma forma e casos díspares sejam decididos de maneiras.

No mesmo contexto histórico, os juízes devem aplicar o mesmo padrão de interpretação a situações semelhantes, a fim de defender o princípio da igualdade. Essa determinação, afeta não apenas o juiz em relação às suas próprias decisões, mas também as diversas instâncias judiciais. Tal uniformidade é vista como forma de legitimar as decisões judiciais perante a sociedade, que desaprova a aplicação de decisões diferentes em casos semelhantes. Finalmente, tem-se como fundamento do sistema de precedente o princípio da razoável duração do processo.

A ideia fundamental que encampa a duração razoável do processo é a exigência de que todos os processos a duração adequada de sua tramitação, sem prolongamentos injustificáveis. Esse é o princípio que incentiva a resolução rápida de conflitos, a fim de garantir um "processo civil de resultados". O inciso LXXVIII do artigo 5º, promulgado pela Constituição Federal de 1988 "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A duração razoável do processo é fundamento para a exigência de observância do precedente, uma vez que o estabelecimento de súmulas vinculantes racionaliza a atividade judicial, diminui as responsabilidades do juiz e torna seu trabalho mais simples. Sua natureza processual, independe do direito material, ou seja, é crucial que os processos necessários ao seu desenvolvimento ocorram com celeridade, visto que é direito de todos ter suas pendências judiciais resolvidas da forma mais equânime e eficaz possível.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, estipula a duração razoável do processo a partir de 1969. ao seu artigo 8º:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Diversos fenômenos processuais previstos no CPC/2015 foram criados tendo como base o sistema de precedentes judiciais e consagram os princípios ora abordados, o que será tratado no próximo capítulo.

4. Fenômenos processuais correlatos

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 222, estabeleceu que o sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica.

O Código de Processo Civil de 2015, com vistas a concretizar os valores supramencionados, quais sejam, otimização da prestação jurisdicional e resolução dos conflitos de forma íntegra e coesa, previu diversos fenômenos processuais relacionados com o sistema dos precedentes, notadamente com as hipóteses vinculativas previstas no art. 927 do diploma processual.

Em regra, o ônus do tempo relativo à tramitação do processo é suportado pela parte autora, que somente terá a efetivação do direito postulado na petição inicial com o provimento jurisdicional final. Nesse contexto, não são raras as manobras realizadas pela parte ré para tornar ainda mais morosa a tramitação processual, mormente nas situações em que o direito do autor se revela evidente.

A tutela de evidência, ao possibilitar a concessão de medida liminar à parte que demonstre que o seu direito está amparado por súmula vinculante ou decisão proferida em julgamento de casos repetitivos, procurou corrigir tal distorção do sistema, distribuindo de forma adequada o ônus do tempo relativo à duração do processo.

Nessa linha de raciocínio, se a parte autora consegue comprovar o direito alegado na petição inicial com base apenas em prova documental e se sua tese estiver amparada por decisão tomada em sede de recurso extraordinário repetitivo, por exemplo, o juiz poderá, ab initio, conceder a tutela de evidência, de forma que o encargo decorrente da morosidade processual recairá sobre a parte ré.

Outro importante fenômeno processual que guarda íntima relação com o sistema de precedentes é a improcedência liminar do pedido, prevista no art. 332 do CPC:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Conforme se depreende da norma supracitada, o juiz, antes mesmo de citar o réu, julgará improcedente o pedido inicial que estiver em desconformidade com os precedentes nela mencionados. Com efeito, é evidente a economia e a celeridade processual decorrentes de tal previsão normativa, pois evitará a produção de infundáveis atos processuais de uma demanda que, por contrariar entendimento firmado nas hipóteses de precedentes listados na norma supracitada, já nasceu fadada ao insucesso.

Diversos outros fenômenos processuais podem ser citados como exemplo de utilização dos precedentes judiciais para imprimir maior celeridade e segurança jurídica na aplicação do direito aos casos concretos, a exemplo da dispensa de reexame necessário (art. 494, §4º, II e III), decisão monocrática de mérito recursal pelo relator (art. 932, IV),

além do cabimento de ação rescisória e de reclamação (art. 966 e 988).

Muitos desse fenômenos fundamentam-se nas novas hipóteses de precedentes vinculantes inauguradas pelo art. 927 do CPC; entretanto permanece a problemática, é constitucional a criação de novas hipóteses de precedentes com caráter vinculativo por meio de norma infraconstitucional?

5. A discussão acerca da (in)constitucionalidade do art. 927, do CPC

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004 teve por condão promover a reforma no Poder Judiciário e dentre as inovações, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da súmula vinculante, além de modificar o §2º do artigo 102 da CF/88, que trata do caráter vinculativo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, senão vejamos:

Art. 102. (...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Ao promover tais mudanças, o legislador visou à segurança jurídica e à celeridade processual, de modo que os jurisdicionados pudessem antever o deslinde de suas demandas, tendo como base o que foi decidido pela Corte Constitucional em casos semelhantes, já que os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores teriam de seguir, obrigatoriamente, o entendimento firmado em súmula vinculante ou julgamento de controle de constitucionalidade.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, com o objetivo de reforçar a mentalidade de respeito aos precedentes e estimular os tribunais a uniformizar e manter estável, íntegra e coerente a sua jurisprudência, conferiu eficácia vinculante aos seguintes precedentes:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Surgiu a discussão acerca da suposta inconstitucionalidade da norma supracitada, já que a Constituição Federal conferia, de maneira expressa, caráter vinculante a apenas duas das hipóteses previstas no art. 927 do CPC, a saber: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) e as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF).

Uma das principais críticas de alguns juristas é a distância entre esse discurso original e um determinado tratamento constitucional, principalmente no que diz respeito à súmula vinculante. Dependendo do conteúdo, os direitos constitucionais estão vinculados por vínculos secundários em relação aos precedentes. Isso seria o mesmo que dizer que o CPC usurpa o status da Carta como direito consuetudinário e subverte uma série de hierarquias jurídicas abertas.

Dessa forma, em um primeiro momento, e de acordo com uma corrente mais conservadora a respeito do tema, não teriam amparo constitucional as demais hipóteses de precedentes vinculantes listadas no art. 927 do CPC. Todavia, a ausência de previsão expressa na CF/88 no sentido de conferir eficácia vinculante aos precedentes descritos nos incisos III, IV e V do art. 927 do CPC não conduz, por si só, à inconstitucionalidade da norma em questão.

Isso porque os dispositivos constitucionais não podem ser levados em consideração de forma isolada. Ou seja, a CF/88 deve ser interpretada de forma sistemática, com vistas a manter a unidade da Constituição.

Nesse contexto, partindo-se de uma interpretação sistemática da Constituição, tem-se que as novas hipóteses de precedentes vinculantes previstas no art. 927 do CPC consagram valores constitucionais, tais como a segurança jurídica, a isonomia e a celeridade processual. Desse modo, nada impede que a legislação ordinária preveja outras hipóteses de precedentes vinculantes além daquelas contempladas expressamente na Constituição, tal como defende Daniel Mitidiero:

A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente resulta, pois, da consideração do ordenamento jurídico

como um todo e, especialmente, do valor que deve ser dado à liberdade, à igualdade e à segurança jurídica. Isso quer dizer que a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinada regra de direito positivo reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais – como como ocorre com o art. 927 do CPC (MITIDIERO, 2017)

Não outro é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

Vários outros princípios, também constitucionais, justificam a uniformização vinculativa dos precedentes jurisdicionais. Se alguma colisão puder ser detectada entre eles, a solução jamais será dada à supervalorização do princípio da legalidade ou de qualquer outro isoladamente. Esse conflito, apenas aparente, resolve-se, na técnica constitucional, pelo critério hermenêutico da proporcionalidade, o qual, na espécie, aponta, razoavelmente, para a prevalência da garantia constitucional da segurança jurídica, da igualdade de todos perante a lei, da duração razoável do processo, bem como na necessidade lógica de unidade e coerência do ordenamento jurídico (...) (THEODORO JR, 2017, p. 978)

No que concerne à segurança jurídica, é certo que as novas hipóteses de precedentes vinculantes inauguradas pelo novo CPC afastam a incerteza da prestação jurisdicional, de modo a permitir que o jurisdicionado não seja surpreendido com decisões contraditórias relativas a situações idênticas.

A respeito do tema, preleciona o Luís Roberto Barroso (2023):

As orientações já firmadas pelas cortes aumentam a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia.

Além disso, o Fórum Permanente de Processualista, mostrou-se interessado em explicar quais os princípios subjacentes à definição de precedentes. “A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Ademais, não há dúvidas de que o princípio da segurança jurídica está diretamente ligado ao da isonomia, pois, conforme ressaltado linhas acima, o respeito aos precedentes

impede que o Poder Judiciário julgue casos análogos de maneira totalmente distinta, sem que haja alguma situação específica a justificar tal disparidade.

Trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente”. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 483).

Finalmente, tem-se que o alargamento das hipóteses de precedentes vinculantes contribui para a celeridade processual, ao permitir a aplicação de uma tese, súmula ou orientação a centenas ou milhares de processos que versem sobre a mesma matéria.

Nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, “os precedentes servem exatamente para isso, para pacificar a jurisprudência e garantir segurança jurídica, ao mesmo tempo que se tem a consagração do princípio da igualdade. Com isso, nós conseguimos maior celeridade”.

É possível concluir, portanto, que não há qualquer vício de constitucionalidade no art. 927 do CPC, uma vez que está em consonância com os princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da celeridade processual.

6. Conclusão

Neste trabalho, nos propusemos a analisar cientificamente a eficácia da implementação dos precedentes no Código de Processo Civil, questionando a constitucionalidade do art. 927 do CPC, e avaliando argumentos acerca da aproximação do sistema jurídico brasileiro ao sistema *common law*.

Para alcançar esse objetivo maior, utilizamos o método dedutivo a partir da discussão sobre os princípios que regem o instituto dos precedentes, e da apresentação das principais teses doutrinárias a favor e contra a constitucionalidade do art. 927 do CPC.

A partir das análises realizadas neste trabalho, após a comparação entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, e exposição dos principais entendimentos doutrinários contra e favoráveis à criação de novos precedentes vinculantes por meio da legislação infraconstitucional, foi possível chegar à conclusão de defesa da corrente que defende a constitucionalidade dos precedentes vinculantes, por entender que o art. 927 do CPC é apoiado por direitos humanos fundamentais e pelos princípios constitucionais da isonomia, da duração razoável do processo e o da segurança jurídica, que são imprescindíveis na estrutura do ordenamento jurídico.

Ademais, o sistema de precedentes resulta em uma prestação jurisdicional mais eficaz, se devidamente aplicado, gera uma redução no tempo de tramitação dos processos, além de concretizar a isonomia e aumentar a segurança jurídica na aplicação da lei.

Além do que, o inevitável processo de globalização, que influencia e promove interesses relacionados aos direitos humanos universais, estimula um maior alinhamento entre os sistemas de *common law* e *civil law* na busca por maior segurança jurídica nas

decisões proferidas pelos tribunais.

Apresentadas as conclusões deste artigo, verifica-se que a presente pesquisa constitui um percurso inicial para o desenvolvimento de estudos posteriores acerca da construção de bons precedentes obrigatórios e aprimoramento de uma cultura dos precedentes, que atendam os reclames do art. 926 do CPC, considerando que, quanto maior a equalização de decisões sobre casos com pedidos repetidos, maior será a contribuição para aumentar a confiança e credibilidade no sistema judicial brasileiro.

7. Referências bibliográficas

BRASIL. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil. Brasília**, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em de 29 maio de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias. **STF e STJ abrem IV Encontro Nacional de Precedentes Qualificados**. 30 nov. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=498276&ori=1>>. Acesso em: 06 jun. 2023.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.lareferencia.info/vufind/Record/BR_fa808004716f65f92dfa222b36089fb2>. Acesso em 15 maio de 2023.

CERQUEIRA, Ivone Campos Guillarducci. Tutela provisória da evidência: a justa distribuição do ônus do tempo. **Revista Eletrônica dos Grupos de Estudos da EJEJ**, Belo Horizonte, v. 1., n.1, 2022. Disponível em: <<https://ejef.tjmg.jus.br/wp-content/uploads/2022/06/Tutela-provisoria-da-evidencia-a-justa-distribuicao-do-onus-do-tempo.pdf>>. Acesso em: 29 maio de 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et. al. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.2.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 6, v. 11, p. 250-272, abr. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva,

2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 7, n. 70, p. 117-132, jul. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146879/2018_theodoro_jr_humberto_cpc_valorizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2023.

A discricionariedade do Ministério Público no oferecimento do acordo de não persecução penal

Crisciane da Silva Lemes¹

Gil Ferreira de Mesquita²

Resumo: A Lei nº 13.964/19, conhecida como “pacote anticrime”, foi publicada com o objetivo de “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”, trazendo inovações no âmbito do direito material e processual. Dentre as inovações está o acordo de não persecução penal, cuja natureza é de um negócio jurídico pré-processual, a ser firmado entre o órgão acusador (Ministério Público) e o investigado, possibilitando que a questão criminal seja resolvida de maneira célere, presentes os requisitos exigidos pela legislação, mais precisamente o art. 28-A, do Código de Processo Penal. A discussão que se pretende aqui desenvolver objetiva responder se o acordo de não persecução penal configura-se como um direito subjetivo do investigado ou está inserido no rol de atividades discricionárias do Ministério Público. Para tanto, serão utilizadas fontes doutrinárias e jurisprudenciais que demonstram as vertentes da discussão, além dos fundamentos para a adoção do acordo no direito brasileiro.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Justificativas para o acordo de não persecução penal. 2.1. Equilíbrio entre direitos e interesses. 3. Requisitos para o acordo de não persecução penal. 4. O acordo de não persecução penal como direito subjetivo do investigado. 5. O acordo de não persecução penal como poder discricionário do Ministério Público. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Pacote anticrime. Acordo de não persecução penal. Discricionariedade.

1. Considerações iniciais

O legislador brasileiro editou a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com o objetivo de “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”. A iniciativa surge na Câmara dos Deputados a partir do Projeto de Lei nº 10.372/2018, apresentado em 6 de junho, com o objetivo de aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas e armas, aos crimes hediondos, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, à milícia privada, assim como “agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal”.

A inovação legal ficou conhecida como “Pacote Anticrime” e alterou 17 outras leis,

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso, no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: criscianne33@gmail.com.

² Professor e Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI, Mestre em Direito, Advogado e Avaliador de cursos pelo INEP/MEC. E-mail: contato@gilmesquita.com.

dentre elas o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais. Dentre as inovações surge o “acordo e não persecução penal”, objeto de análise deste trabalho, que passou a existir no âmbito do CPP:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

De início, em face desta definição legal e de seus requisitos, podemos entender o acordo de não persecução penal como uma espécie de *negócio jurídico pré-processual*, já que a ideia é que seja firmado antes do oferecimento da denúncia, tendo como partes o Ministério Público e o investigado, sempre assistido por seu defensor. Neste acordo as partes estabelecem cláusulas que deverão ser cumpridas pelo investigado e, havendo seu cumprimento, a punibilidade será extinta.

Frise-se que o instituto do acordo de não persecução penal havia sido introduzido no ordenamento brasileiro pela Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público, editada em 7 de agosto de 2017. Porém, a resolução foi alvo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.790 e 5.793, propostas respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros e a segunda pela Ordem dos Advogados do Brasil, sob dois argumentos: a primeira invocando que “a previsão do acordo de não persecução penal acaba por usurpar a competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanção”, enquanto a segunda defendia que “a resolução extrapolou seu poder regulamentar, na medida em que compete privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal, e a contrário senso a resolução permitiu ao Ministério Público dispensar a ação penal, violando a indisponibilidade da ação penal pública, dentre outros princípios” (BARBUGIANI; CILIÃO, 2020, p. 138).

Com o advento da lei – que praticamente repetiu a redação do art. 18 da

Resolução mencionada – estas questões perderam sentido e o acordo de não persecução penal passou a vigorar sem aqueles ataques iniciais. Neste ponto vale destacar que o acordo objetiva a *celeridade e efetividade à prestação jurisdicional*, com a concessão de políticas premiaias, evitando-se o *desgaste da instrução criminal*. Nos acordos de não persecução penal o investigado abdica do silêncio, em confissão, na busca de um benefício que não se presta a produzir qualquer efeito sobre a culpabilidade do investigado, pois não redundará em sentença penal condenatória (SALES; SANTOS, 2020, p. 42-43).

Neste trabalho, embora existam incontáveis aspectos que poderiam ser trabalhados a respeito do acordo de não persecução penal, pretende-se discutir sua natureza jurídica, enfrentando uma discussão no plano doutrinário onde duas correntes se antagonizam: uma entendendo tratar-se de um *direito subjetivo da parte investigada*, obviamente com viés mais garantista, enquanto a outra entende que é um *instrumento discricionário à disposição do titular da ação penal pública* e detentor, portanto, do direito de propor ou não o acordo, a depender de algumas circunstâncias.

2. Justificativas para o acordo de não persecução penal

Em 2018, ao apresentar o “Pacote Anticrime”, o então ministro da justiça, o ex-juiz federal Sérgio Moro, foi alvo de críticas e elogios vindos especialmente daqueles que abraçaram a ideia de polarização política estabelecida no país por conta das eleições do ano anterior. No âmbito jurídico, não foi diferente, especialmente em razão de pensamentos distintos em relação ao modo de se combater o crime e a criminalidade no Brasil.

De um lado houve críticas entendendo que o pacote não teria o “condão de restabelecer a moralidade pública tão vilipendiada por atos de corrupção pública e privada e pela criminalidade organizada e violenta”. Estaria a proposta apresentando medidas que ferem gravemente as liberdades dos cidadãos que venham a responder ou sejam condenados por determinados crimes (RODRIGUES; OLIVEIRA, 2020, p. 16-17).

De outro lado estão os que apresentam argumentos favoráveis porque a nova legislação fortaleceria as autoridades no combate ao crime organizado, à corrupção e à impunidade. Também seria responsável por agilizar os processos criminais e reduzir a sensação de insegurança da sociedade brasileira.

O acordo de não persecução penal situa-se justamente nesta seara argumentativa de que é preciso i) tornar os processos criminais mais rápidos; ii) melhorar a possibilidade de tratativas consensuais no combate a certos tipos de infrações penais. Portanto, o acordo é instituto jurídico que se baseia em fundamentos já consagrados do direito penal, como a intervenção mínima, a proporcionalidade, a economia processual e a discricionariedade. Segundo Guilherme Nucci (2020, p. 151) a intervenção mínima é um princípio fundamental do direito penal que possibilita ao Estado se abster de punir quando a resposta penal não seja necessária e proporcional ao fato. Esse princípio visa evitar a criminalização excessiva e privilegiar soluções alternativas mais adequadas para a resolução de determinados delitos.

A celebração de acordos representa também a possibilidade de

otimização dos custos estatais com a gestão da administração da justiça e com a tramitação das ações penais (atividade cartorária, realização de audiências, condução de réus e testemunhas, etc.). Além disso, contribui para a diminuição da população carcerária, especialmente nos estabelecimentos de regimes semiaberto e aberto, hoje amplamente superlotados. Ao aceitar e cumprir o pacto, o acordante tem maior previsibilidade da sanção, afasta-se da ameaça de pena prisional e mantém sua primariedade, neutralizando o estigma e aflição inerentes ao processo penal. (MASI, 2020, p. 269-270).

Nesse sentido o acordo de não persecução penal surge como resposta às angústias e insatisfações em relação ao sistema processual penal brasileiro, cujos problemas mais significativos estão presentes em três áreas distintas: a cifra oculta, a investigação criminal e a tramitação do processo. Nesse sentido Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021, p. 17-18) defende: “sente-se que, cada vez mais, aumentam os números da cifra oculta, assim, um grande percentual de delitos que são cometidos, jamais chegam às agências estatais de persecução penal”. Ademais, “a investigação criminal no Brasil é, em termos gerais, um grande fracasso. Em regra, a autoria e participação em delitos somente é identificada quando existe prisão em flagrante dos envolvidos”. Segundo o mesmo autor, os casos que chegam às varas criminais têm, como regra, uma tramitação morosa, com infundáveis incidentes e dificuldades burocráticas, de modo que obter uma sentença penal que transite em julgado “parece algo inalcançável para os delitos mais graves”.

Considerando a experiência brasileira com os institutos de “justiça penal consensual”, como a *transação penal* para delitos de pequeno potencial ofensivo, ou com a *colaboração premiada* para crimes mais graves que podem envolver organizações criminosas, o *acordo de não persecução penal* surge para preencher a lacuna referente aos delitos de médio potencial ofensivo (BALBI et. al. 2020), já que terá lugar para as infrações penais “sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos”, conforme art. 28-A, do CPP.

Importa ressaltar que o acordo de não persecução penal se baseia na assunção de culpa e requer como pré-requisito a confissão formal do crime cometido. Uma vez que as condições estabelecidas no acordo sejam cumpridas, é possível a aplicação de uma pena que não envolva privação de liberdade.

Resta claro que o acordo se apoia em fundamentos jurídicos sólidos e consagrados, como a intervenção mínima, a proporcionalidade, a economia processual e a discricionariedade. Esses fundamentos visam garantir uma justiça mais eficiente, célere e proporcional, respeitando os direitos fundamentais dos envolvidos e contribuindo para a efetividade do sistema penal.

Cumpra lembrar que o acordo de não persecução penal é uma ferramenta que busca a eficiência processual. O sistema de justiça criminal muitas vezes se depara com uma sobrecarga de processos, o que pode resultar em demoras na resolução de casos mais simples. Nesse contexto, o Ministério Público, ao utilizar o acordo como uma alternativa à persecução penal tradicional, busca agilizar o sistema, permitindo a conclusão mais rápida de casos menos complexos. Essa busca pela eficiência processual, através da celeridade, é “uma das metas da Justiça moderna, pois uma Justiça tardia não

é Justiça" (TOURINHO FILHO, 2016, p. 68).

2.1. Equilíbrio entre direitos e interesses

A legislação brasileira, mais especificamente a Lei nº 13.964/2019, não aborda diretamente o equilíbrio entre direitos e interesses no contexto do acordo de não persecução penal. No entanto, o instituto do acordo de não persecução penal em si busca promover um equilíbrio entre os direitos do investigado e os interesses da sociedade e da administração da justiça.

O acordo de não persecução penal tem como objetivo principal buscar uma solução consensual para determinados casos criminais, evitando a necessidade de um processo penal completo, complexo e formal. Nesse sentido, busca-se conciliar o interesse da sociedade na apuração e punição dos delitos com a possibilidade de se evitar os custos, a demora e os impactos negativos que um processo penal tradicional poderia trazer para todas as partes envolvidas.

No processo de celebração do acordo, tanto o Ministério Público quanto o investigado têm a oportunidade de negociar e buscar um consenso, levando em consideração os direitos e interesses de cada um. O Ministério Público, como órgão acusador, busca equilibrar a necessidade de responsabilização do investigado com a possibilidade de se alcançar uma solução eficiente e adequada ao caso concreto.

Enquanto o investigado, por sua vez, tem a oportunidade de avaliar os termos do acordo, considerando seus direitos e interesses pessoais, como a possibilidade de evitar uma condenação mais severa. Assim, o acordo de não persecução penal busca promover um equilíbrio entre os direitos do investigado, como o direito à ampla defesa e ao devido processo legal, e os interesses da sociedade, como a efetividade da justiça e a necessidade de combater a impunidade.

Em que pese a omissão da legislação brasileira quanto à ideia de equilíbrio entre direitos e interesses no acordo de não persecução penal, é possível afirmar que esse equilíbrio é buscado na prática, por meio das negociações entre as partes envolvidas, com o objetivo de se alcançar uma solução justa, proporcional e equilibrada para cada caso específico, necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime

Tradicionalmente, o processo penal é marcado por uma relação desigual entre as partes, com o Estado sendo detentor de maior poder e recursos. No entanto, ao possibilitar que o investigado participe da negociação do acordo, reconhecendo sua responsabilidade, há uma maior igualdade entre as partes envolvidas no processo, lembrando que “o equilíbrio processual entre as partes é fundamental para garantir a justiça no sistema penal” (REALE, 2018, p. 146).

No entanto, é necessário considerar também o interesse da sociedade na persecução penal e na busca pela justiça. O Ministério Público, como órgão responsável pela promoção da ação penal, tem a atribuição de proteger os interesses coletivos, o bem comum e a ordem jurídica. Nesse sentido, o acordo de não persecução penal se configura como uma faculdade do Ministério Público, que pode avaliar a viabilidade de um acordo com base nas circunstâncias do caso, nos interesses da sociedade e na necessidade de eficiência processual, embora “o equilíbrio entre a tutela dos direitos do investigado e o interesse social é uma tarefa delicada do Ministério Público” (TOURINHO FILHO, 2016,

p. 72).

O equilíbrio entre as garantias individuais e a proteção social é o desafio do sistema de justiça penal. A estabilidade entre direitos e interesses também implica considerar as consequências do acordo para todas as partes envolvidas. O investigado tem a possibilidade de obter uma solução mais célere, evitando o desgaste emocional e os riscos inerentes a um processo penal.

Como alternativa, o sistema negocial se apresenta como uma medida que pode ser aplicada aos crimes menos graves, reduzindo a imensa carga processual que sobrecarrega o sistema processual litigioso. Nesse sentido, Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021, p. 18) afirma:

Uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente, eficaz e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal. Com isso, seria estabelecido um sistema com eleição inteligente de prioridades, levando para julgamento plenário (é dizer, processo penal com instrução e julgamento perante o Juiz) somente aqueles casos mais graves. Para os demais casos, de pequena e média gravidade, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o full trial, economizando-se tempo e recursos públicos e lançando mão de uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos.

Mas, cada situação possui particularidades e circunstâncias únicas que devem ser consideradas. O acordo de não persecução penal pode ser uma alternativa viável em casos menos complexos, nos quais o investigado reconhece sua culpa e está disposto a reparar o dano causado. Nesses casos, o acordo pode ser uma forma de conciliar os interesses do investigado, que busca uma solução mais rápida e menos gravosa, com os interesses da sociedade, que busca a justiça e a eficiência processual. Conforme afirma Leonardo Isaac Yarochevsky Machado (2019, p. 267): “o equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses coletivos é uma constante na busca por uma solução justa”.

Por fim, é válido ressaltar que o equilíbrio entre direitos e interesses está intrinsecamente ligado aos princípios constitucionais que regem o sistema de justiça. Ao buscar uma solução justa e equilibrada, é necessário considerar os direitos fundamentais do investigado, como o direito à ampla defesa, à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana. Ao mesmo tempo, é preciso levar em conta os interesses da sociedade em ver a justiça sendo feita e a ordem social sendo preservada.

3. Requisitos para o acordo de não persecução penal

Como mencionado acima, o acordo de não persecução penal tem por objetivo proporcionar a solução consensual quando se tratar de *infrações de menor potencial ofensivo*, como para alguns casos de tráfico de entorpecentes, alguns crimes contra o patrimônio, crimes ambientais com danos menores ao meio ambiente, crimes contra a administração pública, apenas para citar alguns exemplos.

Para tanto, o *caput* do art. 28-A, do Código de Processo Penal, determina os requisitos para que o acordo seja proposto pelo Ministério Público, todos eles de caráter eminentemente objetivo. São eles: a) não ser caso de arquivamento do procedimento investigatório prévio; b) presença de confissão formal e circunstanciada da infração; c) tratar-se de delito praticado sem violência ou grave ameaça; e d) tratar-se de infração com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

O § 2º do mesmo dispositivo, em seus incisos, prevê hipóteses em que o acordo não será permitido, são elas: a) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; b) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; c) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Superadas estas primeiras condições o acordo será ajustado em termos que busquem, de um lado, a reparação do dano ao bem jurídico tutelado e, de outro, que seja uma medida capaz de reprová-la prática e trabalhar na prevenção de novas infrações, o que é feito mediante condições que podem aparecer no acordo de forma cumulativa ou alternativa. São elas: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; d) pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Percebe-se que os critérios até aqui apresentados são de caráter objetivo, fundamentais para garantir uma aplicação imparcial e equitativa do instituto, evitando decisões arbitrárias ou discriminatórias (MACHADO, 2019, p. 195). Isso significa que as decisões tomadas devem levar em consideração elementos concretos e mensuráveis, evitando juízos subjetivos ou aleatórios. Ao estabelecer critérios objetivos, busca-se garantir uma aplicação imparcial e equitativa do instituto.

A adoção de tais critérios busca conferir transparência e previsibilidade ao processo, permitindo que investigados, vítimas e demais envolvidos compreendam os parâmetros utilizados para a celebração do acordo. Além disso, tais critérios visam assegurar que as decisões sejam baseadas em elementos concretos e não em juízos subjetivos, garantindo a igualdade de tratamento perante a Lei (TOURINHO FILHO, 2016 p. 89).

Há, no entanto, espaço para um critério que exige do órgão investigador uma interpretação que lança mão da ideia de *proporcionalidade*, pois exige uma ponderação no caso concreto ou particular, decidindo a seguir pelo cabimento ou não da proposta de acordo, é o que se abstrai do trecho “o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, *desde que necessário e suficiente* para reprovação e prevenção do crime” (com nossos grifos). Deste trecho extrai-se a dúvida cuja resposta preencherá o

próposito deste trabalho: com base em quais critérios o órgão investigador considerará o acordo “necessário e suficiente” para reprovar a prática delituosa e prevenir novas infrações? Estamos diante de discricionariedade do Ministério Público ou de um direito subjetivo do investigado?

Para Paulo Bonavides a proporcionalidade é daqueles princípios mais fáceis de compreender do que definir. Se é assim para o grande constitucionalista, vamos nos ater a um aspecto que interessa a este trabalho: a proporcionalidade é princípio que pretende instituir “a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso” (2000, p. 356-357).

Desta forma, a interpretação do que será “necessário e suficiente” para que o acordo de não persecução penal possa reprovar a prática do delito, é tarefa que se cumprirá caso a caso, levando em conta a “relação entre meio e fim”. Mas, estará o Ministério Público obrigado a propor o acordo estando presentes os requisitos objetivos? Será ele um direito subjetivo do investigado de pleitear sua celebração estando presentes tais requisitos? Ou poderá o órgão investigador recusar a propô-lo?

4. O acordo de não persecução penal como direito subjetivo do investigado

O conceito de direito subjetivo é trabalhado nas cadeiras de introdução ao direito e pode ser entendido como a prerrogativa colocada pelo direito objetivo, à disposição do sujeito de direito, podendo ser entendido tanto como o efetivo exercício do direito objetivo quanto a potencialidade do exercício desse mesmo direito, lembrando que por direito objetivo devemos entender “o conjunto, em si, das normas jurídicas escritas e não-escritas, independentemente do momento do seu exercício e aplicação concreta”. Essa é a lição de Rizzato Nunes em seu excelente *Manual de introdução ao estudo do direito* (2006, p. 130-132).

Voltando ao tema, aqueles que defendem que o acordo de não persecução penal é um direito subjetivo do investigado entendem que a possibilidade prevista no art. 28-A, do CPP, uma vez atendidos todos os requisitos, deve ser ofertada pelo Ministério Público, pois este não teria liberdade para negá-lo. Não seria uma faculdade do órgão investigador, mas um dever, apesar da locução *poderá* presente no *caput* do dispositivo mencionado.

Seguindo, tal corrente sustenta sua argumentação no fato de que o instituto representa uma alternativa legítima e em conformidade com as garantias do devido processo legal e do direito de ampla defesa. Nesse sentido, já que a legislação possibilita a celebração de um ajuste entre o Estado (Ministério Público) e o investigado, mediante determinadas condições, o acordo surge como um direito, pois confere ao cidadão a oportunidade de evitar a instauração de um processo judicial e suas consequências desgastantes.

Além disso, o acordo atende à ideia de proporcionalidade, pois viabiliza a aplicação de medidas menos gravosas em casos em que o processo judicial certamente resultaria em sanções mais severas ao acusado. Portanto, se o Ministério Público decide não propor o acordo de não persecução penal, ainda que preenchidos os requisitos objetivos previstos em lei, tem o investigado o direito subjetivo de requerer sua

celebração, buscando uma solução consensual para o caso, respeitando seus direitos e interesses no processo penal.

Este posicionamento também está sustentado no equilíbrio entre as partes, pois se baseia no princípio da autonomia da vontade, significando que o investigado tem o direito de tomar decisões sobre o seu próprio processo, inclusive decidindo se deseja ou não celebrar um acordo. Ademais, o direito de não ser processado penalmente, desde que preenchidos certos requisitos, pode ser interpretado como uma garantia constitucional de preservação da liberdade e da dignidade do investigado. Nesse sentido, o acordo de não persecução penal seria uma opção para o investigado exercer esse direito.

Nesse sentido vale lembrar a célebre lição de Montesquieu (1996, p. 166) ao definir liberdade:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem Leis, a liberdade só pode consistir em fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Devesse ter em mente que é a independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, por que os outros também teriam esse poder.

Ainda há argumentos lembrando o amplo desequilíbrio entre Estado-investigador e o investigado. O acordo seria uma forma de devolver a igualdade entre os participantes desta relação, pois ao possibilitar que o investigado participe da negociação do acordo, reconhecendo sua responsabilidade e aceitando termos que não o levem ao processo judicial, haverá maior equilíbrio entre as partes. Isso contribui para a humanização do sistema de justiça criminal, permitindo uma solução mais rápida e eficiente para determinados casos, sem a necessidade de percorrer todo o percurso formal do processo penal.

O professor Luiz Flávio Gomes (2011) explica que o acordo de não persecução penal tem inspiração em um instituto chamado *plea bargaining*, comum nos Estados Unidos, e consiste numa negociação entre o representante do Ministério Público e o investigado. Tem início com a apresentação de informações importantes pelo investigado e o órgão investigador *pode até deixar* de acusá-lo formalmente, o que é diferente no direito brasileiro atual. Ao tempo do texto publicado³, Gomes asseverava que:

Não há essa possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. O réu no sistema norte-americano pode confessar ou não confessar. Se confessar, pode reivindicar a negociação ou não. Quando faz o pedido de negociação é que ocorre o *plea bargaining*.

³ O texto foi publicado bem antes da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime” e mesmo antes da Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, a primeira norma que tratou do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento.

Há, evidentemente, outros traços diferenciadores, como por exemplo a possibilidade de investigado, Ministério Público e juiz negociarem os termos de uma sentença condenatória mais branda, evidentemente, com o propósito de diminuir a população carcerária, encurtar a duração do processo etc, algo que não é permitido pelo art. 28-A de nosso Código de Processo Penal. Então, o que se deseja enaltecer nesse posicionamento é que na origem norte-americana e para alguns autores brasileiros, o acordo de não persecução penal representa um verdadeiro *direito subjetivo do investigado*.

Os defensores desse posicionamento explicam que a possibilidade ou não de ajuste entre o Ministério Público e o investigado está limitada à verificação dos requisitos autorizadores contidos no *caput* e incisos (I a V) e à verificação de que não estão presentes os impedimentos (§2º). Majoritariamente, tanto requisitos quanto impedimentos são de ordem *objetiva*, restando apenas um requisito ao qual poderíamos atribuir o rótulo de *subjetivo*, que seria aquele presente no *caput*, que impõe uma condição à celebração do acordo: “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Para alguns autores, mesmo este último requisito não confere ao acordo um caráter de faculdade do Ministério Público, que deverá ofertá-lo ante a presença das outras condições. Para estes defensores de que o acordo é um *direito subjetivo do investigado*, deve se aplicar ao art. 28-A, do CPP, as bases de uma hermenêutica constitucional e interpretá-lo conforme os direitos fundamentais. Assim, o acordo de não persecução penal é uma decorrência do próprio direito à *liberdade de locomoção*, que para ser um “direito fundamental completo” necessita da presença de um “feixe de posições de direitos fundamentais”, pois constituem posições jurídicas complexas no sentido de conterem direitos, liberdades, pretensões e poderes de mais diversa natureza. É um “todo” e as pretensões jurídicas que decorrem deste direito, como o acordo de não persecução penal, fazem parte do feixe que o representam por completo (RESENDE, 2020, p. 1555-1556).

Para esta corrente o requisito subjetivo da “suficiência do acordo para prevenção e repressão do crime” é um conceito jurídico indeterminado, ou seja, vago ou ambíguo, cujo significado deve ser construído a partir das circunstâncias do caso concreto. Ainda assim, a análise não é e não deve ser solipsista (sujeita exclusivamente à consciência do sujeito), que acaba “em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um mundo jurídico em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém”, como adverte Lênio Streck (apud RESENDE, 2020, p. 1562).

Outros autores fundamentam esse posicionamento no *princípio da igualdade*. Para eles, deixar a aferição de que o acordo é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime nas mãos do integrante do Ministério Público fere a igualdade que a Constituição Federal confere aos cidadãos. Em outras palavras:

Como consequência, cada profissional, na unidade em que atua, faria um juízo próprio e personalíssimo sobre o cabimento do instituto? Reside aí o primeiro problema, pois teríamos estabelecido um aspecto não previsto em lei – arbítrio do integrante do *Parquet* –, o qual pode vir a ensejar tratamento

díspar às pessoas denunciadas por prática criminosa que admita a mercê legal e preencham as premissas objetivas. Isto repercute de tal forma que atenta contra o princípio da igualdade (...). (MARTINS; MARTINS, 2020).

Em síntese, posicionar-se ao lado dos que pensam diferente, dos que atribuem ao acordo de não persecução penal a natureza de *faculdade* do órgão investigador é desconsiderar a *mens legis*, atribuindo-se ao Promotor de Justiça ou ao Procurador do Ministério Público Federal um direito que não está presente nas exigências da Lei que introduziu o art. 28-A ao CPP, o que invadiria a competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional (art. 22, I, CF).

Nesse sentido, quando há a negativa por parte do Ministério Público invocando o critério da subjetividade e desde que presentes os requisitos objetivos, poderia o investigado lançar mão de acionar o Judiciário, indo além do que a própria redação do art. 28-A, do CPP, lhe permite: “§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”.

Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. (LOPES JÚNIOR; JOSITA, 2020, p. 321-322).

Nesse sentido alguns tribunais brasileiros já se manifestaram, ainda que de forma hoje minoritária, como o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Em Apelação Criminal envolvendo o crime de “disparo de arma de fogo”⁴, aquele órgão entendeu que no caso o acordo de não persecução penal em nenhum momento foi oferecido ao investigado, mesmo após a entrada em vigor do art. 28-A, do CPP, já estando em curso o processo. Por entender que o “*benefício despenalizador é um direito subjetivo do investigado*, e nessas condições, a lei processual penal deve retroagir em seu benefício, nos termos do artigo 5º, LX, da Constituição da República”, principalmente porque no caso em julgamento a defesa requereu o benefício na primeira oportunidade que teve para se manifestar nos autos, não ocorrendo a preclusão. Assim, o TJPR determinou que os autos deveriam “retornar à origem para que o órgão ministerial possa aferir a existência ou não dos requisitos previstos na legislação processual penal para propositura do acordo de não persecução penal” (TJPR – Apelação Criminal nº 0001196-42.2016.8.16.0060, 2ª Câm. Criminal, de Cantagalo, Rel. Des. Luís Carlos Xavier, Rel. Designado p/ o Acórdão

⁴ Previsto na Lei nº 10.826/2003: Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Des. Laertes Ferreira Gomes, j. 17/07/2020.

Nessa mesma linha de que o Judiciário poderá decidir em favor do investigado, há quem defenda que havendo recusa do Ministério Público em oferecer o acordo, poderá o investigado usar da garantia fundamental do *habeas corpus*, instrumento processual adequado para assegurar a plena efetividade do direito à liberdade de locomoção. Terá o Judiciário, uma vez acionado, condições de conceder o benefício ao investigado, ainda que à revelia do órgão investigador, sempre que os requisitos legais estiverem presentes (RESENDE, 2020, p. 1576).

5. O acordo de não persecução penal como poder discricionário do Ministério Público

O conceito de discricionariedade é muito comum àqueles que militam no direito administrativo e de lá podemos extrair muito, especialmente a partir das lições do mestre Hely Lopes Meirelles, para quem o *poder discricionário* é o que o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito para a prática de atos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. A justificativa para existência desta atividade discricionária está na “impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige”. Claro que o ideal seria a regulação de todas as situações possíveis pelo legislador, mas isso só acontece para os atos “que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério do administrador” (MEIRELLES, 1992, p. 102-104).

É claro que essas lições são do direito administrativo, mas aplicáveis à atividade discricionária em qualquer área do direito, como a que estamos tratando neste trabalho, pois defendemos – como se verá a seguir – que o acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público, pertence ao rol de suas atividades discricionárias, justamente porque cabe ao seu representante verificar sua conveniência, ainda que os requisitos objetivamente previstos estejam preenchidos.

Em primeiro lugar importa esclarecer que a redação do *caput* do art. 28-A, do CPP, pode trazer a ideia de mera faculdade do órgão investigador em ofertar o acordo de não persecução penal: “(...) o Ministério Público *poderá* propor (...)”. Estaria o promotor ou procurador autorizado a negar o acordo sem maiores justificativas, como defendem alguns posicionamentos já citados no tópico anterior.

No entanto, a interpretação que parece correta para o caso é a mesma que já está consolidada para a transação penal e a suspensão condicional do processo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (arts. 74 e 89, da Lei nº 9.099/95). Em outras palavras, trata-se de uma prerrogativa do Ministério Público, um *poder-dever*, uma espécie de *discricionariedade regrada*, em razão da presença do requisito do mesmo *caput* do art. 258-A: “desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se consolidado:

(...) 1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma

de justiça penal negociada. Se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida o alvedrio do *Parquet*. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP (...). (STJ, HC nº 657.165/RJ, Sexta Turma, Relator Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 09/08/2022, DJe 18/08/2022).

No mesmo sentido vai a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao entender que o acordo é um negócio jurídico de natureza extrajudicial, que só acontece em razão da convergência de vontades, com a participação ativa das partes, configurando-se um ato discricionário do MP e não um direito subjetivo do investigado. Portanto, não há ilegalidade na recusa do oferecimento do acordo “devidamente fundamentada na insuficiência e na inadequação do pretendido benefício despenalizador” (TJMG, HC Criminal nº 1.0000.22.167253-8/000, 8ª Câmara, Rel. Des. Henrique Abi-Ackel Torres, j. 25/08/2022, DJ 29/08/2022).

Então, a ideia de discricionariedade regrada dá ao Ministério Público o *direito* de não oferecer o acordo de não persecução penal, mas também o *dever* de fundamentar a recusa caso o ajuste não venha a ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Mas, essa cláusula aberta deve ser interpretada de que forma?

Em um guia prático elaborado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 2022, há a seguinte orientação para a interpretação do requisito:

Neste caso, deve ser levado em consideração tanto o grau de reprovabilidade da conduta, quanto elementos que indiquem maior ou menor culpabilidade do agente, podendo ser utilizados como parâmetros para análise as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e as agravantes e majorantes que eventualmente seriam aplicadas ao caso concreto (MIRANDA, 2022, p. 14).

Não há, portanto, um rol exemplificativo – muito menos taxativo – de situações nas quais não se fará a oferta do acordo de não persecução penal, cabendo uma análise caso a caso, seguindo orientações interpretativas que se consolidarão no decorrer do tempo. Porém, a negativa do Ministério Público sempre será fundamentada, até porque o investigado terá direito de requerer a remessa dos autos ao órgão superior (art. 28-A, §14, CPP).

Por exemplo, em ação penal tramitando na Justiça Federal do Paraná, o Ministério Público (tanto no juízo de origem quanto no órgão superior) recusou-se a propor o acordo de não persecução penal em se tratando de crime corrupção ativa, previsto no art. 333, parágrafo único, do Código Penal⁵. No caso concreto, o órgão investigador considerou que a celebração do acordo seria insuficiente para reprovar e prevenir o crime, violando o postulado da proporcionalidade, especialmente porque o crime foi praticado no “contexto de uma rede criminosa envolvendo vários empresários do ramo alimentício e servidores do Ministério da Agricultura” (STJ, RHC nº 161.251-PR (2022/0055409-2), Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 10/05/2022).

Daí é possível afirmar que a taxatividade não seria uma alternativa para solucionar eventuais dúvidas na oferta ou não do acordo de não persecução penal, pois as situações concretas de cada caso é que dirão se há cabimento do ajuste negocial. Porém, no caso específico dos crimes raciais, há uma tentativa de inclui-los no rol de vedações, isto é, que o autor do fato não teria direito ao acordo porque isso não se coaduna com a prática reprovável destes delitos. O argumento técnico seria que o acordo violaria preceitos maiores contidos na Constituição Federal e que a proibição de se firmar transação contida no art. 28-A, §2º, inciso IV⁶ deve ser ampliada, ainda que o legislador não tenha assim se manifestado. É o que se vê do voto do Min. Edson Fachin no RHC nº 222.599-SC, julgado em fevereiro de 2023:

Ainda que, até o momento, sob o ponto de vista quantitativo, os crimes raciais sejam punidos com reprimenda que se adequa aos requisitos objetivos à apresentação de proposta de acordo de não persecução, os bens jurídicos protegidos, a dignidade e a cidadania racial não podem constar de objeto de qualquer negócio jurídico, sob pena de a pedagogia inserida na construção do processo de redução das desigualdades raciais perder seu norte substancial: o de aniquilar qualquer significação das pessoas negras como inferiores ou subalternas.

“Despenalizar” atos discriminatórios raciais, nesta quadra da história, é contrariar o esforço – já insuficiente – para a construção da igualdade racial, levada a cabo na repressão de atos fundados em desprezíveis sentidos alimentados, diariamente, por comportamentos concretos e simbólicos reificadores de pessoas negras.

É nesses termos que pontuo: o alcance material do ANPP não deve abarcar os crimes raciais (nem a injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, nem os delitos previstos na Lei 7.716/89).

⁵ Corrupção ativa.

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

⁶ Art. 28-A. (...) § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (...) IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Essa ideia – que prefere o longo e desgastante processo judicial, danoso para autor quanto para a vítima – foi replicada no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo a partir de uma Orientação Conjunta, em 2020, da Corregedoria Geral, com o seguinte teor (apud VAZ; CUNHA, 2023):

Com o fim de obedecer e concretizar os fundamentos, objetivos e os princípios estabelecidos na Constituição Federal, nos documentos internacionais de direitos humanos, em especial na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, os órgãos de execução do Ministério Público do Estado de São Paulo devem evitar qualquer instrumento de consenso (transação penal, acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo) nos procedimentos investigatórios e processos criminais envolvendo crimes de racismo, compreendidos aqueles tipificados na Lei 7.716/89 e no art. 140, §3º, do Código Penal, pois desproporcional e incompatível com infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais (grifo nosso).

Porém, o próprio quadro de promotores e procuradores de justiça do MP Paulista se contrapõe a esta “resposta simbólica” pretendida para os crimes de racismo, pois entendem que o acordo de não persecução penal pode servir ao enfrentamento do racismo, pois visa assegurar soluções adequadas aos conflitos e satisfazer as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos. Ademais, a criminalização destas condutas não foi capaz de prevenir práticas racistas que sequer têm sido objeto de eficiente persecução criminal, sendo possível concluir que “a esfera penal não é a mais adequada para a promoção dos direitos da população negra, mesmo porque se restringe a atingir condutas intersubjetivas, em nada contribuindo para a desestabilização das estruturas racistas” (apud VAZ; CUNHA, 2023).

Novamente parece correto afirmar que o caráter de *discricionariedade regrada* do Ministério Público é que deve prevalecer, permitindo que ofereça o acordo de não persecução penal sempre que todos os requisitos objetivos estejam presentes e seja possível ajustar condições (art. 28-A, incisos I a V) que permitam a necessária e suficiente reprovação e prevenção do crime. Não sendo o caso – daí a locução *regrada* – deve o órgão investigador apresentar seus argumentos concretos, permitindo ao investigado pleitear a remessa dos autos ao órgão superior do MP.

HABEAS CORPUS – ART. 241-D DO ECA – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – BENEFÍCIO NÃO OFERECIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. A ausência de fundamentação suficiente e idônea do Ministério Público quanto à oferta do acordo de não persecução penal acarreta em nulidade da recusa do oferecimento. (TJMG. Habeas Corpus nº 1.0000.23.122557-4/000, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Alberto

Deodato Neto, j. 27/06/2023, DJ 28/06/2023).

Ainda cabe uma última discussão a respeito da não oferta do acordo: poderia o investigado pleitear que o Judiciário obrigue o Ministério Público a firmar o acordo de não persecução penal? A resposta nos parece negativa, em que pese alguns autores poderem argumentar que esta solução estaria em confronto com o acesso à justiça, mais especificamente ao direito de petição (art. 5º, XXXV, CF).

Neste ponto parece acertada a posição do Supremo Tribunal Federal que já firmou entendimento no sentido de que “não é dado ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo em âmbito penal”, pois não detém atribuição para participar de negociações na seara investigativa, cabendo ao titular da ação penal recomendar ou não a “formalização do discricionário negócio jurídico processual” (STF, HC nº 194.677-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/05/2021).

6. Considerações finais

O presente trabalho teve como principal objetivo apresentar uma discussão doutrinária a respeito da natureza do negócio jurídico pré-processual intitulado acordo de não persecução penal, pois há doutrinadores afirmando tratar-se de um direito subjetivo do investigado e outros – amparados na jurisprudência hoje dominante – entendendo que se trata de uma faculdade ou poder discricionário regrado do Ministério Público, titular da ação penal e autorizado a ponderar sobre a possibilidade ou não de oferta do ajuste caso a caso.

Concluiu-se que o Ministério Público possui o poder e a responsabilidade de promover a ação penal, mas também tem a prerrogativa de avaliar o caso concreto e decidir sobre a melhor estratégia para alcançar a justiça. Nesse contexto, o acordo de não persecução penal pode ser entendido como uma faculdade do Ministério Público, que tem a opção de oferecer ou não esse acordo, levando em consideração os interesses da sociedade e a gravidade.

Como afirma Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021) “o acordo de não persecução penal representa um avanço no sistema de justiça criminal” pois permite a resolução mais ágil de casos de menor gravidade, desafogando o Poder Judiciário e direcionando seus esforços para os casos mais complexos e de maior impacto social.

Essa discricionariedade do Ministério Público no oferecimento do acordo de não persecução penal é respaldada pela jurisprudência brasileira, como no julgamento de um *habeas corpus*, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o acordo de não persecução penal se insere “na esfera de autonomia funcional do Ministério Público e constitui uma das facetas do sistema acusatório” (STF, HC nº 166.373-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 26/09/2019).

No entanto, tal discricionariedade deve ser acompanhada do aditivo *regrada*, pois deve ser exercida de forma fundamentada, observando os princípios constitucionais, a proporcionalidade, a razoabilidade e garantindo a transparência na tomada de decisões. Discordando o investigado da fundamentação do Ministério Público que nega a oferta do acordo, deverá acionar o órgão superior nos termos autorizados pela legislação (art.

28-A, §14, do CPP), sendo vedado ao Judiciário substituir o órgão acusador e autorizar o acordo negado pelo titular da ação penal.

A discricionariedade do Ministério Público no oferecimento do acordo de não persecução penal é justificada pela necessidade de adaptar a atuação do órgão investigador às peculiaridades de cada caso, levando em consideração as circunstâncias fáticas, a gravidade do delito, a culpabilidade do investigado, bem como os interesses da vítima e da sociedade. Essa discricionariedade permite uma abordagem mais flexível e eficiente na busca por soluções consensuais, evitando o congestionamento do sistema de justiça e promovendo a celeridade processual. Além disso, a discricionariedade do Ministério Público está em consonância com a autonomia funcional garantida pela Constituição Federal, permitindo que o órgão exerça seu papel de forma independente e imparcial, promovendo a justiça penal de maneira adequada e equilibrada

Considerar o ANPP um direito subjetivo implicaria a possibilidade de o investigado, tendo preenchido os requisitos pré-estabelecidos em lei, pleiteá-lo em juízo no caso de não ter sido beneficiado com o acordo – hipótese não prevista expressamente pelo Código de Processo Penal, que, no máximo, possibilitaria a recorribilidade administrativa, e não judicial, limitada ao próprio órgão persecutório.

7. Referências bibliográficas

BALBI, Laura; ARAÚJO, Douglas. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. **Jus Navigandi**, Teresina, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 07 maio 2023.

BARBUGIANI, Fernando Augusto Sormani; CILIÃO, Ellen Crissiane de Oliveira. O Conselho Nacional na Justiça Criminal: expansão dos institutos e o advento do acordo de não persecução penal. p. 125-145. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda. **Pacote anticrime**. Curitiba: ESMPPR, 2020. v.1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em 7 maio 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1.0000.23.122557-4/000, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, j. 27/06/2023, DJ 28/06/2023).

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1.0000.22.167253-8/000, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Henrique Abi-Ackel Torres, j. 25/08/2022, DJ 29/08/2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Criminal nº 0001196-42.2016.8.16.0060, de Cantagalo, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luís Carlos Xavier, Rel. Designado para o Acórdão Des. Laertes Ferreira Gomes, j. 17/07/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 657.165/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 09/08/2022, DJe 18/08/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 161.251-PR (2022/0055409-2), Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 10/05/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 166.373-SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 26/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 194.677-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/05/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 222.599-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 07/02/2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O acordo de não persecução penal é importante para dar uma resposta quase imediata aos crimes de menor gravidade, diz promotor do MP/PR. **Conselho Nacional do Ministério Público**. Palestra. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/13913-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-importante-para-dar-uma-resposta-quase-imediata-aos-crimes-de-menor-gravidade-diz-promotor-do-mp-pr>>. Acesso em: 04 jun. 2023.

_____. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP) – versão modificada e adaptada à lei anticrime, p. 17-56. In: _____. **Acordos de não Persecução Penal e Cível**. Salvador: JusPodivm, 2021.

GOMES, Luiz Flávio. O que se entende por "plea bargaining"? **Jus Brasil**, 2011. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-que-se-entende-por-plea-bargaining/121924834>>. Acesso em: 17 maio 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 06 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 2 nov. 2022.

MACHADO, Leonardo Isaac Yarochevsky. **Processo penal e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer; MARTINS, Jorge Henrique Goulart Schaefer. Acordo de não persecução penal: direito subjetivo do inculpado (?). **Migalhas**, maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/606249792E726A_ACORDODENAOOPERSECUCAOPENAL.pdf>. Acesso em 18 maio 2023.

MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. **Revista da Defensoria Pública**, Porto Alegre, a. 11, n. 26, jan./jun. 2020, p. 264-293.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Acordo de não persecução penal: guia prático. **Revista do Ministério Público de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2022, 57 p. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/data/files/2F/14/F8/5E/D59A38106192FE28760849A8/-%20Acordo%20de%20nao%20persecucao%20penal.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2023.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Muracheo. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 32. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>>. Acesso em 24 maio 2023.

RODRIGUES, Alexandre Brandão; OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Breve análise da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), do ponto de vista interno e externo do sistema jurídico, à luz das teorias do constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Defensoria Pública**, Porto Alegre, a. 11, n. 26, jan./jun. 2020, p. 15-41.

SALES, Danni; SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. Acordo de não persecução penal e os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais. p. 40-55. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda. **Pacote anticrime**. Curitiba: ESMPPR, 2020. v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

VAZ, Livia Sant'Anna; CUNHA, Rogério Sanches. (Im)possibilidade de se aplicar o ANPP nos crimes de racismo. **Meu Site Jurídico**, 9 fev. 2023. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/02/09/impossibilidade-de-se-aplicar-o-anpp-nos-crimes-de-racismo/>>. Acesso em: 14 ago. 2023.

A (in)eficácia do adicional de penosidade nas relações privadas de trabalho

*Jhennifer Lopes Barbosa*¹

*Jorge Luiz Morales Albernaz*²

Resumo: O objetivo do presente ensaio é analisar a possibilidade de aplicação do adicional de penosidade nas relações privadas de trabalho, questionando se a inaplicação deste instituto jurídico constitui ou não uma violação dos direitos fundamentais sociais do cidadão brasileiro. Destaca-se a relevância desta investigação ao passo em que se pretende, de forma crítica, perscrutar os fundamentos jurídicos e sociológicos da efetividade da proteção do trabalhador, sobretudo quando consideramos a multiplicidade das circunstâncias que permeiam a relação de trabalho moderna. Além disso, evidenciar-se-á a necessidade de medidas efetivas para garantir a proteção e o reconhecimento adequado das vicissitudes que acometem boa parte dos trabalhadores brasileiros sujeitos a condições especialíssimas de seu labor. Através de pesquisa bibliográfica e documental específica, pretende-se alcançar embasamento teórico consistente e análise de normas e jurisprudência relacionadas ao tema que permita o atingimento de conclusão fundada e robusta. Nesta senda, ganha relevo a necessidade da implementação de políticas públicas que garantam a proteção e o tratamento digno aos trabalhadores, bem como, em certa medida, a necessidade de uma revisão legislativa e a conscientização por parte dos empregadores acerca da de reconhecer e compensar adequadamente os riscos e dificuldades enfrentados pelos Obreiros submetidos a estas condições especiais.

Sumário: 1. Introdução. 2. Adicional penosidade: breve histórico do instituto. 3. Da (in)eficácia do adicional de penosidade. 4. O status atual do tratamento jurídico do adicional de penosidade. 4.1. A inconstitucionalidade por omissão e a ineficácia do adicional de penosidade para trabalhadores expostos a condições árduas. 4.2. Dos demais adicionais aplicáveis às condições especiais de trabalho e de suas diferenças para o adicional de penosidade. 4.3. A eficácia do adicional de penosidade como dever do Estado-legislador e do Estado-juiz. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Penosidade. Periculosidade. Dignidade humana.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo Mineiro – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em setembro de 2023. E-mail: jhennifer62@gmail.com.

² Graduado, Especialista e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade del Museo Social Argentino (Buenos Aires/AR). Advogado. Professor do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Ex-Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Uberlândia/MG. Autor de diversas obras e artigos jurídicos. Email: jorge@albernazadvocacia.com.

1. Introdução

Através da presente investigação, colocaremos sob os holofotes a eficácia e a efetivação de garantias constitucionais expressamente previstas pelo constituinte para a garantia da vida, da saúde e da dignidade dos trabalhadores rurais e urbanos brasileiro. Neste especial labor, ganha destaque a falta de norma regulamentadora para a disciplina do trabalho realizado em condições penosas. Quando olhamos para os fatos, e sobretudo para a legislação trabalhista, não há como se negar que a inexistência de regulamentação – que, por sua vez, leva à inaplicabilidade – do citado adicional constitui em flagrante uma violação de norma constitucional e, em última análise, da própria dignidade da pessoa humana dos trabalhadores expostos a estas especialíssimas condições de labor.

Ao longo deste ensaio, perceber-se-á que estes cidadãos, expostos a condições de trabalho árduas, tem sua saúde física e mental exposta, diariamente, a agruras que carecem da devida compensação. Ora, o próprio legislador constitucional originário previu essa necessidade e, nesta esteira, a implementação desta garantia constitui obrigação do Estado brasileiro e, por conseguinte, daqueles que se aproveitam do produto social deste trabalho.

Não por outra razão buscaremos nesta investigação demonstrar que é urgente a necessidade de arcabouço jurídico suficiente para garantir a efetividade deste instituto jurídico. A revisão legislativa, ou, mais urgentemente, o uso do poder normativo da Justiça Especializada, é *conditio sine qua non* para que seja afastada esta inconstitucionalidade por omissão.

A pesquisa usou o método dedutivo que permite analisar o adicional de penosidade de forma estruturada e lógica. Nesse sentido, partimos de uma premissa geral, que é a existência do adicional de penosidade como um direito trabalhista reconhecido. Em seguida, utilizamos esse ponto de partida para deduzir conclusões específicas sendo baseada na pesquisa bibliográfica e documental.

O artigo foi estruturado em três partes, sendo primeiro aspectos gerais, segunda parte argumentos da importância do adicional de penosidade contribuir para a promoção da dignidade no trabalho, e última parte conclusão sobre o reconhecimento e a importância de assegurar condições laborais adequadas e saudáveis ao trabalhador. Ao proporcionar uma compensação financeira adicional, esse valoriza o esforço e a dedicação dos trabalhadores, incentivando um ambiente laboral mais seguro e equilibrado e, ao fim e ao cabo, implementa o que o próprio Constituinte determinou como fundamental.

2. Adicional penosidade: breve histórico do instituto

O adicional de penosidade, no âmbito do direito do trabalho, deve ser entendido como a compensação financeira devida aos trabalhadores que exercem atividades em condições mais desgastantes, perigosas ou insalubres, em comparação com a maioria das ocupações. Esse adicional visa reconhecer e remunerar os trabalhadores que enfrentam condições de trabalho adversas, prejudiciais à sua saúde, segurança ou bem-estar, e que demandam um esforço adicional no desempenho de suas funções.

Trata este estudo do trabalho penoso; procura conceituá-lo, com foco nas atividades que, por sua natureza, condições e métodos de trabalho, exponham os trabalhadores à situação limite de desgaste e sofrimento físico e mental, com consequências nefastas à sua saúde física e psíquica. Objetiva este estudo efetuar o debate no meio acadêmico, acerca da devida responsabilização dos causadores dos danos, de forma a propiciar o ressarcimento dos custos sociais deles decorrentes, assumidos pela Previdência Social e, portanto, por toda a sociedade, visando à punição dos responsáveis e à finalidade pedagógica, com objetivo principal e final da obtenção de um meio ambiente de trabalho adequado e sadio. (CUNHA, 2021, p. 19).

Assim, em outra abordagem, é instituto jurídico que busca equilibrar a relação entre empregado e empregador, garantindo uma compensação adequada aos trabalhadores expostos a essas condições, de forma a preservar sua dignidade, promover a segurança e saúde no trabalho e prevenir acidentes e doenças ocupacionais. O adicional de penosidade pode variar de acordo com a legislação trabalhista de cada país ou setor específico, levando em consideração a natureza e a intensidade dos riscos enfrentados pelos trabalhadores.

Nos dicionários o verbete “penoso” sempre apareceu normalmente associado a algo causa-dor de pena ou sofrimento, a alguma coisa que incomoda, que produz uma sensação ou impressão dolorida, complicada, desgastante, extenuante, fatigante, estressante... Seria certo, portanto, que qualquer variável em torno do que fosse penoso levaria o legislador ou o aplicador da lei às ideias de uma atividade que, apesar de necessária, produziria sentimento de desconforto. (MARTINEZ, 2022, p. 1306).

O trabalho penoso é aquele que envolve esforço físico ou mental significativo, sendo desgastante ou exaustivo para o trabalhador. Esse tipo de trabalho geralmente requer um esforço físico intenso, como carregar cargas pesadas, trabalhar em condições climáticas extremas, executar atividades repetitivas ou lidar com ambientes perigosos. Além disso, pode incluir também atividades que demandam grande esforço mental, como trabalho sob pressão constante, alto nível de responsabilidade ou exposição a situações emocionalmente desgastantes.

Referido labor, desenvolvido em condições tão especiais e gravosas, pode ter impactos negativos na saúde, bem-estar e qualidade de vida dos trabalhadores, causando fadiga, estresse, lesões ou doenças relacionadas ao trabalho.

Ocorre que, como sabemos, nosso legislador constitucional originário, no que tange a compensação aqui analisada, optou por prevê-la utilizando-se da conhecida *norma constitucional de eficácia contida*, uma vez que sua implementação e efetividade ficou na dependência da devida e correspondente legislação infraconstitucional.

Neste diapasão é a lavra de MARTINS (2023, p. 2369):

O inciso XXIII do art. 7º da Constituição previu o adicional de remuneração para atividades penosas. Logo, quem trabalhar em atividades penosas terá direito ao adicional, porém até o momento não existe norma legal tratando do tema.

É claro que atividade penosa não será aquela em que o trabalhador preste serviços em galinheiros ou avícolas, mas que tragam um desgaste maior do que o normal a sua integridade física.

Era atividade penosa a descrita no art. 387 da CLT, que tratava do trabalho da mulher em subterrâneos, minerações em subsolo, pedreiras e obras de construção civil, que foi revogado pela Lei nº 7.855/89.

Reconhecer e compensar os trabalhadores que realizam essas atividades é importante para preservar sua dignidade, assegurar condições de trabalho adequadas e promover a justiça social.

O trabalho penoso está previsto na Constituição Federal, que estabelece o pagamento de um adicional para trabalhadores que exercem atividades penosas, da mesma forma que ocorre com trabalhos insalubres ou perigosos. Porém, até o momento, o trabalho penoso não foi legalmente conceituado. Mesmo considerando a impropriedade da questão da monetização da saúde, essa lacuna normativa pode possibilitar interpretações diversas sobre o que se considera como trabalho penoso e dificultar a atuação do poder judiciário no julgamento de ações que possuam alegações de penosidade. (OLIVEIRA, GARCIA, p. 1064, 2016).

O objetivo dessas medidas é proteger os trabalhadores e garantir que eles sejam compensados de forma justa pelos esforços e riscos envolvidos no desempenho de suas atividades laborais penosas.

É importante que os sistemas jurídicos estabeleçam regulamentações adequadas para identificar e classificar as atividades penosas, determinar os critérios de concessão do adicional de penosidade e garantir que os trabalhadores sejam protegidos e devidamente compensados. Dessa forma, o adicional de penosidade contribui para promover um ambiente de trabalho mais justo, seguro e saudável, assegurando o bem-estar dos trabalhadores e o respeito aos seus direitos fundamentais.

3. Da (in)eficácia do adicional de penosidade

A falta de regulamentação do Adicional de Penosidade – que leva à sua ineficácia – é questão que gera preocupação e justificada insatisfação em diversos setores e

profissões. Ora, trata-se de benesse *expressamente* prevista na norma constitucional, devida aos trabalhadores que exercem suas atividades em condições adversas, prejudiciais à saúde ou que envolvam riscos significativos.

Não por outra razão, constatasse que diversas organizações classistas, atentas a este descompasso, visão garantir o referido institucional através de norma coletiva, sem, entretanto, ficarem isentas de ataques por parte dos empregadores que, ao seu modo, tentam negar o cumprimento de tal dever, calcados no argumento – relevante, em certa medida – da inexistência de legislação regulamentadora.

É exatamente neste limbo jurídico, deixado pelo vácuo infraconstitucional, é que o tema ganha relevância e carece de intensos e dedicados debates. Neste sentido:

Adicional de penosidade: devido em decorrência de trabalho em condições penosas, o adicional de penosidade, previsto no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, depende de regulamentação por norma infraconstitucional que venha a definir a hipótese concreta que originará o pagamento, bem como seu valor (dispositivo constitucional de eficácia limitada). No tocante aos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, cumpre destacar que o art. 611-B, CLT, prevê que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho previsões que visem suprimir ou reduzir normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (inciso XVII), e o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas (inciso XVIII). (ROMAR, 2022, p. 1039).

Assim, mesmo tendo sido *ipsis verbis* mencionado pela Carta Política de 1988, o adicional em estudo acaba, na prática trabalhista, simplesmente *ineficaz*, resultado de inércia legislativa – em muita medida, como sabemos, proposital. Esta ineficácia, como também público e notório, é daqueles que leva à *inconstitucionalidade por omissão*. E é nesta onda que surfam aqueles contrários a eficácia da benesse da garantia, sobretudo, e obviamente, os Empregadores. Neste sentido é que, muitos desses, com algum acerto, ao menos juridicamente falando, defendem que um "*Exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é o de se pedir adicional de penosidade, vez que ainda não existe lei regulando essa matéria.*" (MARTINS, 2023, p.982).

Não por outra razão que asseveramos a necessidade e a importância de uma regulamentação clara e abrangente do referido adicional. A previsão expressa de normas claras e específicas facilitariam o acesso dos trabalhadores a tais benefícios, garantindo maior segurança jurídica e igualdade de tratamento e afastando debates maliciosos acerca do tema.

Tal arcabouço situacional, agregado à hipossuficiência da classe trabalhadora – em muito afetada pelo desmonte da representação sindical – soma a uma circunstância fática que, na última linha do balanço, relega estes trabalhadores a condições ainda mais cruéis do que já se encontram. Neste específico sentido:

A verdade é que, apesar de não existir base legal que atribua conceito jurídico à penosidade, ela tem sido invocada nos tribunais para justificar o desgaste e o adoecimento. Não raramente são constatadas decisões que fazem menção à penosidade de determinado trabalho, notadamente por conta da sobrejornada, da quebra do ritmo circadiano, da repetibilidade dos serviços ou das pressões relativas ao cumprimento das tarefas, para aumentar as indenizações por doenças de natureza ocupacional. Não obstante a expectativa quanto à monetização da penosidade não afaste as consequências danosas dela egressas, tampouco as pretensões decorrentes dos danos à saúde do trabalhador, não há dúvidas de que a questão relacionada à conceituação legal do trabalho penoso e o estabelecimento do percentual e da base de cálculo do prometido adicional constituem um desejo popular. (MARTINEZ, 2022, p. 1308).

Embora a expectativa de regulamentar o adicional de penosidade não afaste as consequências prejudiciais dela decorrentes, nem as reivindicações por danos à saúde dos trabalhadores, é inegável que a questão da definição legal do trabalho penoso, juntamente com a determinação do percentual e da base de cálculo do adicional prometido, é um anseio popular e da própria comunidade jurídica. É exatamente nesse sentido a explanação de LOBO (2015, p. 128):

A omissão legislativa quanto ao adicional de penosidade acarreta, no plano fático, a ocorrência de casos difíceis em que se constata a colisão entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção ao trabalhador, competindo ao Judiciário analisar qual o princípio aplicável à situação concreta.

Essa análise cuidadosa e ponderada por parte do Judiciário é essencial para garantir uma decisão justa e equilibrada, levando em consideração os direitos dos trabalhadores e a segurança jurídica. Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de analisar qual princípio deve ser aplicado à situação concreta. A qual aborda a omissão legislativa em relação ao adicional de penosidade e os desafios que surgem quando se depara com casos complexos, nos quais os princípios da legalidade e da proteção ao trabalhador entram em conflito.

Como já asseveramos anteriormente, o trabalhador ocupa necessariamente uma posição de hipossuficiência, ou seja, de vulnerabilidade, em toda e qualquer relação de trabalho. Vende sua força de trabalho, produz riqueza e recebe, em pequeníssima retribuição, uma mínima fração do produto social que gera. Essa condição decorre, em grande parte, da desigualdade de poder e recursos existentes entre as partes envolvidas. O trabalhador, muitas vezes, depende do emprego para sua subsistência e possui menor poder de barganha em negociações trabalhistas. Fazendo com que a falta de uma normal regulamentadora sobre o adicional de penosidade possa trazer uma dificuldade de acesso a um direito do trabalhador amparado pela nossa Constituição Federal de 1988.

O adicional de penosidade também possui fundamento constitucional no art. 7º, inciso XXIII, porém não há nenhuma legislação infraconstitucional que o regule. Por esse motivo, o entendimento majoritário é o de que tal norma possui eficácia limitada e ainda não pode ser aplicada nos casos concretos pelo Justiça do Trabalho, salvo em caso de regulamentação via negociação coletiva. (LEITE, 2022, p. 1335).

É notório que, para o trabalhador ter acesso ao adicional de penosidade, haja a vista a já constatada ausência de regulamentação, fica dependendo da força da organização classista para, pela via da norma coletiva, tentar garantir a efetivação daquilo que os poderes constituídos deixaram de o fazer. Como também antes discutimos, o desmonte da força sindical com a recente e famigerada Reforma Trabalhista, tal poder de negociação foi praticamente anulado, substituído pelas maliciosas negociações individuais, entre partes que, como já dissemos, são absolutamente heterogêneas em termos de poder.

O adicional de penosidade desempenha um papel fundamental na preservação dos direitos do trabalhador. Este benefício busca compensar as condições de trabalho desgastantes, a qual alguns trabalhadores são expostos em determinadas atividades profissionais. Ao conceder esse adicional, reconhece-se o esforço extra e os potenciais riscos enfrentados pelos trabalhadores, garantindo-lhes uma proteção adicional diante dessas adversidades.

4. O status atual do tratamento jurídico do adicional de penosidade

A esta altura, esperamos ter demonstrado que a ausência da regulamentação infraconstitucional configura flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e, em medida mais direta, uma *inconstitucionalidade por omissão*.

Em adição, é importante destacar que a aplicação do adicional de penosidade é uma obrigação *constitucional*, voltada a garantir o respeito aos direitos trabalhistas e a proteção à saúde dos trabalhadores.

Por essa razão, os debates na Justiça do Trabalho são levados a um patamar que, houvesse a legislação, não existira. Em palavras mais objetivas, esse vácuo legislativo, além de todas as mazelas jurídicas e sociais que já produz, leva à intensificação dos debates processuais, abarrotando o já tumultuado labor jurisdicional, e produzindo um volume de decisões judiciais por muitas vezes contraditórias.

Dedicar-nos-emos a este debate nesta seção.

4.1. A inconstitucionalidade por omissão e a ineficácia do adicional de penosidade para trabalhadores expostos a condições árduas

Sendo um dos fundamentos da nossa república, a dignidade humana, pilar do Estado Democrático de Direito, e rotineiramente atacada por circunstância de fato e de

direito que permitem, indevidamente, que condições de vida, trabalho ou tratamento desumanas, degradantes atentam contra a integridade física, psicológica ou moral das pessoas.

A ineficácia do adicional de penosidade configura, exatamente, uma das tantas violações aos direitos desses trabalhadores, uma vez que a atividades laborais que são consideradas especialmente desgastantes ou difíceis, podem envolver esforços físicos intensos, condições precárias de trabalho, entre outros fatores que tornam o trabalho penoso e desafiador para o trabalhador.

Por simples silogismo, haja vista sua previsão constitucional, a simples ausência de regulamentação, por si só, já configura ofensa à dignidade humana do cidadão brasileiro.

O trabalho árduo e exaustivo envolvido no corte manual da cana, incluindo movimentos repetitivos do corpo e o uso de facões para arrancar a palha e cortar a cana rente ao solo é um dos exemplos mais antigos de nosso cotidiano nacional, ao lembrarmos sermos uma nação forjada pela exploração do trabalho de escravizados e seus descendentes e, desde a sua colonização, calcada na monocultura e na propriedade latifundiária.

Some-se a isto o fato de que, nesta mesma senda econômica, a remuneração do trabalhador rural, sobretudo nestas grandes lavouras de monocultura, é atrelada a um fator de produtividade, constituindo um sistema de pagamento por produção. Este cenário explorativo contribui para fomentar o desgaste físico e mental desses trabalhadores, em sua grande maioria pessoas pretas e pardas em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Não à toa, é a agroindústria de monocultura a campeã em denúncias por trabalho análogo à escravidão.

Estas condições de trabalho, associadas ao alojamento, transporte, alimentação inadequada e condições de trabalho nocivas, sem pausas, constituem uma violação direta da dignidade humana destes trabalhadores, que são submetidos a condições de trabalho extremamente desumanas e nocivas. A lição de (CUNHA, 2021, p. 271-272) se subsume perfeitamente às nossas conclusões:

O corte manual da cana-de-açúcar, segundo informações, é caracterizado por movimentos repetitivos dos braços, pernas e tronco, podendo ser feito sob duas condições: cana crua e cana queimada, explicam Laet e Rodolfo Vilela. No corte da cana crua, o cortador, usando um facão, elimina a palha e, a seguir, corta a cana rente ao solo e na ponta. Alessi e Scopinho (1994) indicam que um cortador de cana-de-açúcar de sexo masculino pode alcançar a produção máxima de 14 toneladas/dia, e do sexo feminino, 10 toneladas/dia. sistema de pagamento por produção, associado à precarização dos alojamentos, meios de transporte, alimentação insuficiente e condições trabalho nocivas, sem pausas para descanso, pode agravar os riscos de acidentes e o desgaste prematuro destes trabalhadores(...)

Portanto, podemos ver que o trabalho penoso e a falta de reconhecimento e compensação pelo labor nessas condições é, insofismavelmente, flagrante violação aos direitos humanos e uma negação da dignidade humana. É, senão, fator que contribui para o agravamento dos já costumeiros riscos à saúde do trabalhadores, à ocorrência de acidentes de trabalho e, não em menor grau e importância, às patologias psicológicas.

Outro relevante exemplo de trabalho que carece de ser considerado penoso – apesar dos intensos debates doutrinários e jurisprudenciais – é o labor do *motorista de ônibus urbano*. Esta importante e muitas vezes invisível classe de trabalhador, que dá condições ao próprio funcionamento de nossa sociedade moderna, em suas mais elementares estruturas, é rotineiramente olvidado da proteção necessária do meio ambiente de trabalho e da saúde do trabalhador. Sobretudo em grandes centros, as condições deste exercício laborativo, configurado pelo isolamento do motorista, a preocupação por todo o percurso, a intensidade do trânsito, o estresse natural deste labor, as pesadas responsabilidades de levar cada passageiro um em segurança todo o trajeto, tudo isso agravado pela intensa e desgastante cobrança pelo cumprimento de metas de tempo e horário, fazem deste um dos trabalhos mais ignorados pelo cotidiano do meio legislativo e jurídico.

Nesta esteira, continua a lição de CUNHA (2021, p. 280):

As condições de trabalho a que se sujeita em especial o motorista de ônibus urbano, por si só suficientes para caracterização de atividade "penosa", pois enfrenta trânsito caótico e violento, em particular nos grandes centros; transita por ruas esburacadas, sofrendo "solavancos", com consequências prejudiciais à coluna, além dos problemas posturais, dificuldade de realizar pausas para refeição, ida ao banheiro etc. Tornam-se ainda mais difíceis com as costumeiras prorrogações das jornadas de trabalho.

É preciso reconhecer que a saúde e a qualidade de vida dos trabalhadores são elementos essenciais para a preservação da sua dignidade como seres humanos. Ao expor esses trabalhadores a condições árduas e sofridas, sem a devida compensação financeira, o empregador está desrespeitando não apenas a lei, mas também os princípios éticos e morais. Sofremos, ao final, nós enquanto comunidade, nós enquanto povo e, ao fim e ao cabo, experimentamos nós às mazelas deste tratamento desumano, focado, quase exclusivamente, na maximização do lucro daqueles que exploram a vida e a saúde humana.

É uma qualidade intrínseca de todo ser humano a gregriedade, o senso de comunidade que faz de nós o que somos; o anseio de sermos considerados parte de um corpo coletivo e, neste contexto, sermos respeitados e considerados, em nossas especiais circunstâncias, pela nação e pela comunidade. Este conceito implica um conjunto de direitos e deveres fundamentais que asseguram que as pessoas sejam livres de atos que aviltem ou violem a sua humanidade e que garantam as condições mínimas para uma vida saudável e uma participação ativa e corresponsável na vida da comunidade. Em outras palavras, a dignidade humana é a condição básica que os Estados e as sociedades devem proteger e promover para garantir a igualdade, o bem-estar e o desenvolvimento humano.

Com precisão típica, nos orienta SARLET (2019, p. 62.):

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dessa forma, é preciso que todos os envolvidos nessa questão estejam comprometidos em garantir que os direitos trabalhistas sejam respeitados e que a dignidade da pessoa humana seja preservada em todas as circunstâncias.

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental que deve ser protegido no ambiente de trabalho. A dignidade no trabalho está ligada ao reconhecimento do trabalhador como ser humano e não apenas como um meio de produção. Além disso, a dignidade no trabalho está relacionada com o reconhecimento do direito do trabalhador à liberdade, igualdade, segurança e proteção contra o assédio e a discriminação. Sarlet afirma que a dignidade no trabalho não é apenas uma questão moral, mas também é um direito constitucional e uma obrigação do Estado e da sociedade (SARLET, 2019, p. 175).

Quando se trata de trabalho árduo, é importante ressaltar que a dignidade do trabalhador deve ser protegida e valorizada, mesmo em circunstâncias adversas. O trabalho exercido nestas condições árduo pode levar a violações da dignidade humana, pois implica em condições precárias, exploração e abuso por parte dos empregadores. Nesse sentido, é fundamental garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, como proteção à saúde, ambiente de trabalho seguro e remuneração justa, além de mecanismos de fiscalização e combate ao trabalho escravo ou análogo. É indissociável, assim, a relação entre as condições sócio-ambientais do trabalho e a afronta a direitos sociais do cidadão, vez que um se demonstra como meio para o outro. (SARLET, 2019, p. 182).

Demonstrada, então, a direta relação do trabalho exercido em condições penosas e as consequências físicas e mentais para a saúde do trabalhador, o implemento de medidas voltadas a minimizar estes impactos e garantir o exercício digno do labor pelos cidadãos vulnerabilizados é dever do Estado e, sobretudo, da sociedade.

Por conseguinte, o implemento de sólida e necessária legislação, que regule e, em última linha, dê plena eficácia à norma constitucional, fala diretamente com a proteção ao ser humano trabalhador, tanto individual quanto socialmente considerado.

4.2. Dos demais adicionais aplicáveis às condições especiais de trabalho e de suas diferenças para o adicional de penosidade

A falta de regulamentação por norma infraconstitucional representa desafios para a efetiva proteção da saúde do trabalhador e para o implemento de um meio ambiente de

trabalho equilibrado. O Artigo 7º, inciso XXIII da Constituição de 1988 assegura esse direito aos trabalhadores urbanos e rurais e a ausência de uma legislação específica que estabeleça critérios claros e insofismáveis para a sua aplicação acaba resultando em insegurança jurídica e dificuldades para reparação ao trabalhador.

Perscrutando o texto fundamental, nossa Carta Magna estabelece, no rol de direitos sociais do trabalho, três específicos e distintos adicionais, quais sejam o de insalubridade, o de periculosidade e o aqui debatido adicional de penosidade.

O primeiro é definido pela legislação em função do tempo de exposição a agente nocivo, levando em conta ainda o tipo de atividade desenvolvida pelo empregado no curso de sua jornada de trabalho, observados os limites de tolerância, as taxas de metabolismo e respectivos tempos de exposição. Assim, são consideradas insalubres as atividades ou operações que por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, expõem o empregado a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza, da intensidade do agente e o tempo de exposição aos seus efeitos.

A insalubridade é definida pela legislação em função do tempo de exposição ao agente nocivo, levando em conta ainda o tipo de atividade desenvolvida pelo empregado no curso de sua jornada de trabalho, observados os limites de tolerância, as taxas de metabolismo e respectivos tempos de exposição. Assim, são consideradas insalubres as atividades ou operações que por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, expõem o empregado a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza, da intensidade do agente e o tempo de exposição aos seus efeitos. (MARTINS, 2023, p. 2354-2356).

Já o adicional de periculosidade se refere a condições de trabalho expostos a situações ou substâncias que representam riscos iminentes a vida do trabalhador. Essas situações podem incluir trabalhos em ambientes com produtos inflamáveis, explosivos, radioativos ou outros elementos perigosos. Esta taxa adicional tem como objetivo valorizar e proteger os trabalhadores expostos a riscos ocupacionais, garantir uma remuneração adequada e estimular a adoção de medidas de segurança e prevenção no ambiente de trabalho.

Adicional de periculosidade: com fundamento no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal e de acordo com o previsto no art. 193 da CLT, o trabalho em atividades ou operações perigosas, assim consideradas aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica e a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial,⁴⁷⁷ além das atividades de trabalhador em motocicleta (Lei n. 12.997/2014),⁴⁷⁸ assegura o direito ao adicional de periculosidade. (ROMAR, 2022, p. 1036).

Como se sabe, sobretudo para aqueles que militam nas trincheiras da advocacia trabalhista, apesar de criticáveis falhas, os adicionais até aqui mencionados foram merecedores de especial atenção tanto pelo legislador infraconstitucional, quanto de minuciosa regulamentação pela Justiça Especializada. Infelizmente, o mesmo não ocorre com o adicional de penosidade.

Nesta esteira, ensina ROMAR (2022, p. 1036):

Adicional de penosidade: devido em decorrência de trabalho em condições penosas, o adicional de penosidade, previsto no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, depende de regulamentação por norma infraconstitucional que venha a definir a hipótese concreta que originará o pagamento, bem como seu valor (dispositivo constitucional de eficácia limitada).

A ausência de regulamentação por norma infraconstitucional é um desafio significativo no âmbito do direito do trabalho. A Constituição Federal estabelece a garantia de remuneração do adicional por trabalho penoso, prejudicial à saúde ou perigoso, mas não estabelece critérios claros para sua aplicação. Essa lacuna normativa pode gerar incertezas e divergências de interpretação e atribuição de adversidades adicionais, deixando os trabalhadores expostos a duras condições.

A necessidade de uma norma infraconstitucional que regulamente de forma clara e objetiva do adicional de penosidade é fundamental para garantir a proteção do trabalhador e a justa compensação pela sua exposição a condições de trabalho difíceis e exaustivas. Podemos ver que a falta da regulamentação ocorre ocorrência de casos com difícil acesso a legislação e ao seu direito como trabalhador.

A omissão legislativa quanto ao adicional de penosidade acarreta, no plano fático, a ocorrência de casos difíceis em que se constata a colisão entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção ao trabalhador, competindo ao Judiciário analisar qual o princípio aplicável à situação concreta. (LOBO, 2015, p. 128).

Há irrefutáveis consequências prejudiciais aos trabalhadores quando a legalidade e os princípios de proteção ao trabalhador colidem. Dadas as circunstâncias, e considerando ainda o poder normativo atribuído à jurisdição trabalhista, é mister que a especializada analise e determine, em razão deste limbo legislativo, quais princípios devem ser aplicados em cada caso concreto. Isso destaca a importância de o judiciário buscar soluções justas e equitativas quando a legislação não é clara ou não aborda determinadas questões, função esta que se demonstra ainda mais relevante quando estamos diante da Justiça do Trabalho, com suas súmulas e orientações jurisprudenciais.

Permanecendo o atual estado de coisas, o único resultado é conviermos com a ofensa a direitos fundamentais do trabalhador, classe já esmagadoramente

marginalizada e desprotegida, sujeita às vicissitudes da economia e ao voraz desejo pela maximização de lucros e redução de custos por parte das Empresas.

Como já asseveramos, apesar do enfraquecimento da estrutura sindical brasileira, conquistada a duras penas e jogada no lixo no pós-refoma, as Convenções Coletivas ganham importante relevo como o mais importante – senão atualmente o único – instrumento de efetivação desta garantia constitucional flagrantemente maculada pela inércia dos poderes constituídos.

Assim:

Resumidamente podemos dizer que a convenção coletiva é um acordo realizado entre um ou mais sindicatos da categoria profissional (que é constituído por empregados ou profissionais liberais) com um ou mais sindicatos da categoria econômica (que são os empregadores). No entanto, o acordo coletivo, como o próprio nome já diz, é o acordo celebrado entre uma ou mais empresas com o sindicato da categoria profissional. (ALBUQUERQUE; CHECON, 2010, p. 2).

Noutro diapasão, a militância da advocacia tem trilhado árduo trabalho na garantia de tal direito. Os patronos dos trabalhadores, objetivando o reconhecimento da necessária eficácia plena da norma constitucional, argumentam as atividades penosas e consideradas arriscadas para a saúde e integridade física e mental merecem retribuição proporcional, ainda que não haja norma infraconstitucional específica.

Neste sentido, vejamos:

A análise dos acórdãos evidenciou que a ausência de conceituação legal do que se entende por trabalho penoso parece influenciar os julgamentos proferidos sobre o tema. As decisões analisadas indicaram que o entendimento do poder judiciário acerca do tema é muito amplo. Os descritores “penoso”, “penosa” e “penosidade” foram utilizados tanto para designar as características inerentes ao trabalho e suas consequências para a saúde humana, quanto às formas adotadas para a organização do trabalho, que, além de causar agravos à saúde física e mental do trabalhador, também são capazes de repercutir em suas relações sociais e econômicas. (OLIVEIRA; GARCIA, 2016, p. 1073).

Entretanto, como aqui também já restou claro, na ausência de critérios jurídicos seguros e precisos, a demanda, *in concreto*, se torna árdua, sujeita às vicissitudes rotineiras dos debates judiciais e ao entendimento pessoal de cada magistrado e de cada corte especializada. Além disso, a falta de conscientização e informação dos trabalhadores sobre seus direitos contribui para essa dificuldade, deixando como outra opção o trabalhador entrar com o mandado de injunção para a propositura da ação.

É exatamente neste sentido que defendemos, ao longo de todo este trabalho, a constatação de *inconstitucionalidade por omissão*, absolutamente configurada nesta situação. Ora, é verdadeiro caso de *manual*, que sequer carece de longa digressão ou debate: a ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, que, por si só, impeça a plena eficácia de direito fundamental, configura *inconstitucionalidade por omissão*, a ser corrigida por mandado de injunção e por decisão judicial que ordene sua regulamentação e supra a constatada anomia.

Não em outro sentido é a aula de CLÈVE (2000, p. 247):

[...] a ação de inconstitucionalidade por omissão configura instrumento do controle abstrato da constitucionalidade, voltado para a defesa ("integridade") da Lei Fundamental, o mandado de injunção constitui remédio constitucional voltado, primordialmente, para a defesa de direito constitucionalmente definido e dependente de norma regulamentadora. (CLÈVE, 2000, p. 247).

Muitos trabalhadores desconhecem que as condições em trabalhos árduos e sofrido possam gerar algum adicional, ou como justificar as condições angustiantes em que exercem suas atividades. Além disso, confiar no sistema judicial para resolver disputas relacionadas ao adicional de penosidade pode criar obstáculos adicionais, como processos judiciais demorados e honorários advocatícios. Esses desafios criam barreiras significativas para os trabalhadores lidarem de forma adequada e eficaz com dificuldades, limitando sua proteção e compensação pelos riscos e dificuldades que enfrentam em seu ambiente de trabalho.

O direito do trabalhador e o ambiente de trabalho tem papel fundamental para desenvolvimento nacional. Neste sentido:

Mudanças significativas devem ser implementadas na cadeia de produção e nos padrões de consumo. Dessa forma, para que nosso país não somente esteja entre as grandes economias no ranking mundial, mas de fato seja uma democracia moderna, com menos desigualdades econômicas e menos tragédias sociais, entre elas as doenças e os acidentes do trabalho, é preciso que haja um esforço voltado à conscientização, à mudança do comportamento econômico e produtivo, em que todos desempenham papéis para um novo padrão da vida em sociedade. (CUNHA, 2021, p. 320-321).

Essa lacuna na legislação cria insegurança jurídica tanto para trabalhadores quanto para empregadores. A falta de diretrizes claras pode levar a interpretações subjetivas e decisões divergentes, resultando em tratamento desigual e injusto dos trabalhadores envolvidos.

Também exacerba a vulnerabilidade dos trabalhadores a condições angustiantes. Sem uma base legislativa para se defender, muitos empregadores podem não reconhecer

a necessidade da proteção do adicional de penosidade aos empregados, expondo os trabalhadores a riscos e exaustão sem a devida compensação.

O acesso à justiça para os trabalhadores que precisam recorrer ao sistema judiciário para reivindicar o adicional de penosidade. Os processos podem se tornar longos, complexos e onerosos, desestimulando os trabalhadores a buscar seus direitos.

Diante dessa realidade, é fundamental que haja um esforço conjunto entre legisladores, empregadores, sindicatos e organizações de direitos do trabalhador para preencher essa lacuna regulatória. É necessário estabelecer critérios claros e objetivos para a concessão do adicional de penosidade, levando em consideração os diversos contextos de trabalho e os riscos enfrentados pelos trabalhadores.

4.3. A eficácia do adicional de penosidade como dever do Estado-legislador e do Estado-juiz

A esta altura, restou demonstrado que a eficácia da norma constitucional que prevê o adicional de penosidade, além de norma protetiva dos direitos fundamentais sociais, é inexorável dever do Estado e da sociedade, sobretudo, neste derradeiro ponto, do Segundo Setor. Sem tal inarredável conclusão, não se pode afirmar a plena garantia a proteção à saúde, à integridade e, em última análise, à dignidade humana dos trabalhadores.

Ao fornecer reconhecimento e remuneração adequados para atividades realizadas em condições penosas, as empresas demonstram seu compromisso com o bem-estar de seus funcionários e promovem um ambiente de trabalho mais seguro e saudável. Além disso, a retribuição cumpre papel psicológico inegável, fomentando a valorização e a motivação dos funcionários, refletindo positivamente na qualidade e na produtividade das atividades realizadas.

A situação contrária, por simples silogismo, produz os exatos e contrários efeitos. Logo, trabalhadores expostos, diuturnamente, a trabalhos árduos e extenuantes, como intenso esforço físico ou mentalmente, produzem, inevitavelmente, menos, confrontando com o interesse do capital e gerando uma legião de pessoas futuramente incapazes, que certamente dependeram da solidariedade legal ou comunitária para sobreviver. MARTINEZ (2022, p. 1306), com precisão, destaca esse ponto:

Para a mencionada estudiosa de saúde do trabalhador, seriam visíveis condições penosas aquelas que implicam: Esforço físico intenso no levantamento, transporte, movimentação, carga e descarga de objetos, materiais, produtos e peças; posturas incômodas, viciosas e fatigantes; esforços repetitivos; alternância de horários de sono e vigília ou de alimentação; utilização de equipamentos de proteção individual que impeçam o pleno exercício de funções fisiológicas, como tato, audição, respiração, visão, atenção, que leve à sobrecarga física e mental.

Portanto, investir na aplicação adequada das dificuldades adicionais é uma medida justa, necessária e benéfica tanto para os trabalhadores quanto para as empresas. O contrário relega estas especiais circunstâncias de exercício do labor ao plano comum da desumana e infelizmente cotidiana exploração do trabalho humano, único meio capaz de produzir riqueza, sobretudo num país ainda majoritariamente dependente de atividades econômicas de primeira dimensão, com baixa especialização e baixo valor agregado. Sem sombra de dúvidas, como já demonstrado, a inércia legislativa e a pouca coragem judicial só faz somar a este quadro nefasto por si só. Neste diapasão:

Apesar das referências esparsas sobre o tema, não há no sistema jurídico brasileiro norma genérica que identifique e que qualifique a situação ensejadora do adicional de penosidade, causando, por isso, uma prostração jurisprudencial sobre o tema." (MARTINEZ, 2022, p. 1306).

Conforme observado, essas situações descritas revelam aspectos angustiantes da atividade laboral. O elevado esforço físico no manuseio de objetos, cargas e movimentos repetitivos, bem como posturas desconfortáveis e cansativas, podem comprometer a saúde do trabalhador. A alternância de horários de sono e alimentação também é um estressor que pode afetar a saúde física e mental. Além disso, usar equipamentos de proteção individual inadequados ou impedir a função fisiológica completa pode causar sobrecarga física e mental adicional. Estas situações angustiantes demonstram claramente incomodo de sofrimento, a fim de proteger e compensar adequadamente os trabalhadores expostos a tais condições adversas.

É importante destacar, com base na obra ora referenciada, que "essas condições de trabalho têm em comum o fato de exigirem esforço físico e/ou mental, provocarem incômodo, sofrimento ou desgaste da saúde. Elas podem provocar problemas de saúde que não são necessariamente doenças. (MARTINEZ, 2022, p. 1308).

O trabalho penoso nas empresas pode trazer o desanimo ao empregador, um cansaço mental e físico muito grande, podendo ocasionar uma doença futura, ou até mesmo problemas psicológicos do empregado. E o pagamento do adicional não é uma forma de pagar o empregado por um problema futuro que possa vir acontecer, mas sim uma compensação salutar para que possa ele suportar as agruras de seu mister com algum senso de retribuição. Neste sentido, ensina CUNHA (2021, p. 25):

(...) a da reparação dos danos, não exclusivamente focada na indenização ao trabalhador, na forma de monetização do risco e remuneração de mais um adicional, e sim na reparação do custo social, no ressarcimento à sociedade, por meio da Previdência Social, que arca com a concessão dos benefícios ao segurado e também aos seus beneficiários. O trabalho penoso, que provoca sobrecarga física e psíquica para o trabalhador, e que redundando no

mais das vezes em trágicas consequências, situa-se em uma zona de confluência entre o trabalho exercido em condições de insalubridade e de periculosidade, tendo, todavia, características próprias. Como não está regulamentado, o dispêndio que gera não onera na devida proporção o empregador, que exigiu e permitiu que o labor fosse executado nessas condições.

Como outrossim já anotado, como uma alternativa tangente, na falta da legislação competente, as Convenções Coletivas ganham relevante papel no suprimento desta inconstitucionalidade por omissa. O poder normativo entregue às entidades classistas acabam servindo de ferramenta para, através destes instrumentos, determinar os critérios específicos para a atribuição de honorários adicionais e regular o valor pago aos trabalhadores.

(...), porém não há nenhuma legislação infraconstitucional que o regule. Por esse motivo, o entendimento majoritário é o de que tal norma possui eficácia limitada e ainda não pode ser aplicada nos casos concretos pelo Justiça do Trabalho, salvo em caso de regulamentação via negociação coletiva. (LEITE, 2022, p. 1335).

Em uma análise histórico-legislativa, podemos perceber que, mesmo antes da Constituinte de 88, o legislador infraconstitucional, e mesmo a Administração Pública, no exercício de seu Poder Normativa, já enxergava a contingência social e jurídicas do labor exercido em condições desgastantes.

Como primeira produção normativa, o Decreto n. 20.465, de 1931, foi o pioneiro a mencionar a existência desses serviços, embora não tenha fornecido uma definição clara sobre penosidade.

O Decreto n. 20.465, de 1º de outubro de 1931 — DOU de 31-12-1931, que reformou a legislação das Caixas de Aposentadoria e Pensões, foi certamente a primeira norma brasileira a mencionar a existência de serviços penosos⁵³⁴, embora não os definisse. A Lei n. 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) teve, por outro lado, o mérito de ser a primeira norma egressa do legislativo a tratar do tema em análise, remetendo, porém, a definição de serviço penoso⁵³⁵ para sua norma regulamentar, Decreto n. 53.831, de 15 de março de 1964. Tal regulamento, nos primeiros artigos, identificou em Quadro Anexo interno aquilo que se poderia considerar serviços insalubres, perigosos ou penosos. (MARTINEZ, 2022, p. 1303).

Essa progressão legislativa demonstra o reconhecimento gradual da importância de tratar adequadamente os serviços penosos e garantir a proteção dos trabalhadores que os desempenham.

Além da já citada norma, o adicional de penosidade aparece, mais tarde, no Estatuto do Servidor Público Federal, que também se preocupou em disciplinar tais circunstâncias de trabalho árduo. Destaca-se a importância dessa previsão legislativa pelo fato da Lei 8.112/90 ter em muito contribuído para a conceituação do instituto, bem com por trazer hipóteses fáticas do descritivo normativo.

A Lei dos Servidores Públicos Federais traz um conceito de trabalho penoso, porém tal legislação não pode ser aplicada aos empregados: “o adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento (Lei 8.112/90, art. 71). (LEITE, 2022, p. 1335).

Essa progressão legislativa demonstra o reconhecimento gradual da importância de tratar adequadamente os serviços penosos e garantir a proteção dos trabalhadores que os desempenham. No entanto, é válido ressaltar que a falta de uma regulamentação mais abrangente e atualizada ainda pode ser um desafio para a aplicação consistente do adicional de penosidade, sobretudo no que se refere ao maior mercado de trabalho, aquele que concentra o grande número de trabalhadores brasileiros e, sobretudo, o maior número de trabalhadores expostos a condições de trabalho desumanas, qual seja, o mercado privado.

Em suma, o adicional de penosidade não é apenas uma simples despesa para as empresas, mas uma obrigação constitucional voltada ao respeito dos direitos trabalhistas, a proteção da saúde dos trabalhadores e, em última linha, à efetivação da dignidade humana do trabalhador, fundamento primeiro de nossa República. A falta de regulamentação adequada e a dificuldade de efetivação desta obrigatória compensação levam a condições desumanas de trabalho e que só contribui para o agravamento da já amargurada vida de um imenso número de trabalhadores brasileiros.

Regras claras e abrangentes devem estar em vigor, juntamente com verificações eficazes para garantir que as dificuldades adicionais sejam aplicadas corretamente. Dessa forma, é possível promover um ambiente de trabalho mais seguro, saudável e justo, onde os trabalhadores sejam valorizados e protegidos em suas atividades laborais. A proteção da dignidade humana e o cumprimento das leis trabalhistas devem ser priorizados para garantir uma sociedade mais justa.

5. Conclusão

Com a devida profundidade, dentro do que é a proposta do presente excerto, restou demonstrada às relevantes consequências da ineficácia da norma constitucional que determina a retribuição pelo adicional de penosidade aos trabalhadores expostos a estas condições especiais de trabalho. Vácuo legislativo em muito proposital, causador de verdadeira *inconstitucionalidade por omissão* que, nos fatos, relega o trabalhador brasileira à dependência de normas coletivas esparsas – em muito dificultadas pelo

desmonte da estrutura sindical provocada pela famigerada Reforma Trabalhista – ou, ainda pior, a decisões judiciais conflitantes e pouco coesas.

Isso porque, como demonstramos, não se trata apenas de verba trabalhista acessória, mas de verdadeira compensação econômico-social ao trabalhador que tem sua saúde física e mental exposta a agruras de trabalho árduo, estressante ou repetitivo. Tal instituto desempenha papel significativo na garantia dos direitos dos trabalhadores, ao reconhecer e compensar as dificuldades enfrentadas por eles, promovendo a justiça e a equidade no contexto do trabalho.

Neste diapasão, entende-se que é possível os Juízes do Trabalho, sob o manto do princípio protetor que comumente se utilizam para elaborar hermenêuticas com viés discricionário e ideológico, na concepção do trabalhador conhecido como hipossuficiente, permitir a imediata aplicabilidade das normas atinentes à penosidade, dentro dos moldes do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde e ao trabalho digno. Ora, se sabemos, hodiernamente, que toda e qualquer norma constitucional é revestida de eficácia, mesmo na ausência de previsão infraconstitucional expressa ou de norma coletiva, deve a Justiça do Trabalho se valer de seu especial poder normativo e regular a situação, haja vista a flagrante e inegável inconstitucionalidade causada pela inércia legislativa.

Em tempo, entende-se que regulamentação legal de um instituto é atividade delicada, que deve ser realizada em um contexto de democracia e diálogo entre o povo e Poderes Legitimamente Constituídos, podendo existir consulta popular. Defendemos e valorizamos a tripartição de poderes e o respeito às competências constitucionais. Entretanto, a defesa dos direitos humanos, sobretudo nas relações de trabalho que se valem da *exploração* da vida e da saúde do cidadão, deve ganhar muito maior relevo do que o apego a burocracia do Estado, que só interessa ao grande capital.

O adicional de penosidade reclama tal regulamentação há muitos anos. No entanto, o Poder Legislativo esbarra na fluidez do conceito central do instituto e na ciranda do poder político, que, sem sua maioria das vezes, não tem como interesse principal senão a proteção da burguesia capitalistas.

Neste ínterim, a solução para a presente celeuma que mais se aproxima do ideal seria conceder, por meio de lei ou decreto, a objetividade que a regulamentação reclama: a elaboração de rol *numerus clausus* que determine quais atividades se enquadrariam no conceito em discussão e fariam jus, assim, ao pagamento de adicional.

Além disso, verifica-se que a monetização do risco, isto é, o mero pagamento de quantias suplementares decorrentes do trabalho em condição gravosa para a saúde física e mental do trabalhador, não é a solução ideal para a melhoria das condições de prestação de serviços.

Chega-se, assim, à conclusão de que a regulamentação do adicional de penosidade é mais que necessária, sob pena de permitir que o Estado de Direito conviva com uma flagrante mácula: a doença da inconstitucionalidade e do desrespeito aos direitos humanos do trabalhador. A edição de normas que reforcem o caráter do Direito do Trabalho de protetor da saúde e da integridade física do obreiro é *conditio sine qua non* para uma sociedade mais justa e equilibrada. Isso atenuaria as injustiças que a dita regulamentação poderia causar ao beneficiar certas atividades em detrimento de outras e contribuiria para a satisfação de uma das funções precípuas do ordenamento justtrabalhista.

Ante o exposto, conclui-se que não se deve interpretar plenamente os comandos constitucionais, superando a já superada teoria da *norma de eficácia limitada*. Ora, o direito constitucional moderno, que tira a Constituição de um isolamento legislativo kelseniano e a traz para disciplinar o cotidiano da vida social, permite que, ela mesma, Constituição, ofereça dispositivos suficientes para dar prerrogativas aos poderes constituídos para suprir as falhas burocráticas do Estado, sobretudo quando essas falhas afrontam direitos fundamentais dos trabalhadores.

Os resultados deste estudo fornecem uma base sólida para pesquisas futuras que se aprofundem em aspectos específicos relacionados à inaplicabilidade de dificuldades adicionais. Uma possível direção de investigação séria analisar mais detalhadamente os critérios que os tribunais usam para conceder ou negar tais benefícios, tentando identificar padrões e inconsistências que possam afetar os direitos dos trabalhadores. Além disso, as nuances da relação entre as condições de trabalho, os setores econômicos envolvidos e a jurisprudência atual poderiam ser explorados para melhor entender as razões da não aplicabilidade em determinados casos. Esses estudos futuros poderão auxiliar no melhor entendimento sobre o tema e subsidiar a elaboração de propostas de políticas públicas, reformas legislativas e, ainda, subsidiar argumentos jurídicos mais consistentes para a defesa dos direitos dos trabalhadores em situação de penúria.

6. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Marcela Seidel; CHECON, Yolanda Paganini. Adicional de penosidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2499, 5 maio 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14779>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DICIONÁRIO Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/penoso/>>. Acesso em 08 abr. 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LOBO, Bárbara Natália Lages. O adicional de penosidade sob a ótica da teoria constitucional contemporânea: a efetivação dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, ano 5, v. 11, p. 279-302, 2015.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

_____. **Direito processual do trabalho**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

OLIVEIRA, Veronica; GARCIA, Eduardo. O trabalho penoso sob a ótica do judiciário trabalhista de São Paulo. **Revista Científica Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 25, n. 4, p. 1064-1074, dez. 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins; LENZA, Pedro. **Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TEIXEIRA, Márcia Cunha. **Trabalho penoso: prevenção e reparação social dos danos**. São Paulo: Dialética, 2021. E-book.

A (in)existência da revelia no processo penal

*Matheus Gustavo Brás Oliveira Borges*¹

*William dos Reis*²

Resumo: O objetivo principal da presente pesquisa será analisar cientificamente o instituto da revelia, indagando se a revelia tem fundamento técnico para ser aplicada ao Código de Processo Penal brasileiro, de modo a utilizar seu rigor técnico e a influência de seus efeitos para interferir na condição processual do réu no curso da Ação Criminal que fora movida em seu desfavor. O atual estudo é de fundamental importância e de suma relevância para o direito, em especial para o direito penal, uma vez que em caso de aplicação dos efeitos da revelia de forma indiscriminada na esfera da Justiça Penal, serão feridos princípios e garantias constitucionais, podendo gerar inúmeras consequências prejudiciais aos réus. Para elaboração do trabalho foi utilizado o método analítico dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Após a análise de diversas obras concluímos que apesar da palavra revelia estar presente nos processos penais, a utilização da mesma não é tecnicamente correta de se aplicar no âmbito penal, uma vez que respeitado as garantias constitucionais e as regras trazidas pelo Código de Processo Penal, seus efeitos não geram nenhuma consequência prática para aquele que integra o polo passivo do Processo Penal, não tendo fundamento lógico para dizer que o réu é revel se o mesmo não sofrerá prejuízos por tal omissão.

Sumário: 1. Introdução. 2. O instituto da revelia. 3. Efeitos da revelia. 4. Existe revelia no processo penal. 4.1. Inaplicabilidade da revelia ao processo penal por força dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 4.2. O instituto da revelia em dissonância com princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal. 4.3. A divergência técnica entre o instituto da revelia e o princípio da não-autoincriminação. 4.4. Ausência de aplicação da revelia em seu rigor técnico ao réu ausente citado por edital. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Processo Penal. Revelia. Aplicabilidade.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: matheus_gustavo1994@hotmail.com.

² Professor de Direito Empresarial do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado. E-mail: williamreis@hotmail.com.

1. Introdução

O objetivo principal da presente pesquisa será analisar cientificamente o instituto da revelia e questionar se existe a possibilidade de sua aplicação do Processo Penal.

O estudo desse tema é de extrema importância para o Direito, uma vez que o instituto da revelia pode causar sérios danos aos réus em Processos Penais. Sua aplicação pode acarretar consequências graves e prejuízos irreparáveis para os acusados, que podem ser condenados injustamente devido à ausência ou falta de comparecimento perante o tribunal quando são acusados de supostamente cometer algum delito. Embora o instituto da revelia tenha surgido para garantir a aplicação justa das normas, no contexto do Processo Penal existe uma controvérsia em relação a essa problemática. Além de gerar insegurança jurídica, esse instituto pode violar as Garantias Constitucionais do réu em um Processo Penal. Assim, a presente pesquisa contribui para a garantia dos direitos dos acusados na esfera criminal.

A atual pesquisa científica utilizará o método analítico dedutivo, ou seja, o método mais utilizado no sistema jurídico brasileiro o qual é pautado no Civil Law, aonde parte do direito em sua forma geral, para buscar soluções particulares, específicas para resolver os problemas nos casos concretos, esse método foi utilizado porque o hodierno trabalho tem por objetivo apresentar o instituto da revelia, amplamente conhecido e aplicado em diversas áreas do direito brasileiro para ter uma conclusão, se tal instituto é aplicável ao Código de Processo Penal da mesma forma que é aplicado nas demais áreas jurídicas. O tipo de pesquisa será bibliográfico e documental, se valendo de abordagem qualitativa de pesquisa.

O artigo científico foi estruturado em três partes. Na primeira, será analisado o instituto da revelia em seus aspectos gerais nos moldes do direito brasileiro. Na segunda parte, será examinado se o instituto da revelia realmente existe no Código de Processo Penal. E na terceira e última parte, enfrentamos a questão se a revelia é aplicada em seu inteiro teor e rigor técnico ao Processo Criminal.

2. O instituto da revelia

Primeiramente é fundamental destacar que a palavra revelia vem do latim *rebellis* “rebelde”. No dicionário jurídico brasileiro a palavra revelia indica a situação em que o réu no sentido amplo da palavra, não comparece em juízo nem se defende por meio de mandatário regularmente constituído, vindo a incorrer em “punições” por conta de sua inércia perante o processo.

Ante a breve explicação do significado da palavra revelia é fundamental destacar que o Código de Processo Penal na redação do seu artigo 367 traz de forma implícita a figura do instituto da revelia, de modo a gerar grandes controversas a respeito de sua aplicabilidade ou não nos processos criminais, uma vez que se aplicada a revelia de forma ampla na esfera criminal ela poderá gerar consequências prejudiciais ao denunciado que será conseqüentemente considerado revel. Nesse sentido fica evidente que no processo penal a palavra revelia deve ser utilizada com muita cautela, pois esse instituto não poderá gerar agravamento para a situação processual do réu.

O fato de o acusado “não colaborar” com as autoridades encarregadas da persecução penal, inclusive silenciando ou não comparecendo às audiências, não pode, evidentemente, ser motivo de agravamento da pena, havendo precedentes jurisprudenciais no sentido de que a chamada “revelia” não pode ser considerada uma “circunstância judicial” gravosa. (DELMATO, et al., 2022. p. 237).

Ante o exposto pelo Nobre Doutrinador, a palavra revelia não tem fundamento lógico para ser utilizada no Código de Processo Penal, uma vez que essa não pode produzir por completo seus efeitos ao réu que for considerado “revel”, pois todos os desdobramentos da revelia vão para o caminho de agravar a situação do denunciado que se omite frente a justiça penal, e como já vimos essa omissão não pode ser fundamento para piorar sua situação.

No Processo Penal, a revelia estaria configurada, de acordo com Fernando Capez (2023, p. 87):

Se regularmente citado ou validamente intimado a comparecer em juízo, o réu deixar de fazê-lo sem motivo, o processo seguirá à sua revelia, tornando-se desnecessário proceder a sua posterior intimação para qualquer ato do processo, salvo da sentença. O mesmo efeito verificar-se-á na hipótese de o réu, depois de citado, mudar de residência ou dela ausentar-se por mais de oito dias, sem comunicar à autoridade processante o lugar onde possa ser encontrado.

Conforme a referida citação à revelia se dá no momento que o denunciado tem ciência de que existe algum processo tramitando em seu desfavor e mesmo assim por motivos injustificáveis e por meio de sua ação ou omissão realizada de maneira consciente se eximi de sua responsabilidade processual e não comparece em Juízo para responder ao delito o qual lhe foi imputado. A revelia apesar de ser uma única palavra pode transmitir reflexos distintos em áreas jurídicas diversas, conforme vislumbremos:

A revelia é tema inerente à matéria processual, contudo, os reflexos da revelia civil são distintos dos da revelia penal. A revelia no âmbito cível é aferida pela ausência de contestação, ao passo que no processo penal a revelia envolve aquelas situações em que o réu citado ou intimado não comparece ao processo e naquelas hipóteses em que muda de residência sem comunicar ao juízo. (ZAGO, et al., 2023. p. 492).

Ante o exposto apresentado na citação acima, podemos concluir que fica claro a plena vontade do réu em se ocultar de suas responsabilidades penais, ou ao menos fica configurada uma displicência injustificada, onde o denunciado não toma o mínimo de cuidado para não ser considerado revel ante a justiça criminal. De tal modo parte da doutrina entende ser plenamente possível que o Processo Penal corra a revelia do

denunciado, mas quando essa revelia for declarada em circunstância bem específica e que não venha causar nenhum prejuízo processual para o réu.

Se o réu for citado pessoalmente e não comparecer, ser-lhe-á decretada a revelia, seguindo-se nos demais termos do processo, pois, como se depreende do art. 367 do CPP, o instituto da revelia (*rectius* = contumácia) não desapareceu do Código. A hipótese que se discute atualmente é do réu citado por edital que não comparece nem constitui advogado para sua defesa. Nesse caso, aplica-se a regra do art. 366 do mesmo diploma legal para os fatos que são posteriores a 17/6/1996 (cf. item 11.2.3, infra). (RANGEL. 2021. p. 525).

Isto posto, verificamos que a revelia pode ser reconhecida e imputada ao réu de várias formas a depender do comportamento do mesmo e a depender do momento em que o Processo Penal se encontra, a forma enfatizada pelo doutrinador Paulo Rangel é aquela em que o denunciado é cientificado da existência do Processo de maneira ficta, presumida, ocorrendo essa situação fica uma dúvida no ar se o réu realmente tomou conhecimento de tal fato e simplesmente se ocultou ou sequer essa informação tenha chegado ao seu conhecimento. Sendo assim se faz necessário entender quais os efeitos da revelia, para sabermos se serão aplicados ao revel no Processo Penal.

3. Efeitos da revelia

Esta pesquisa está focada em um estudo sobre a revelia, em especial sobre os diversos efeitos do instituto da revelia e sua aplicabilidade aos Processos Penais. O instituto da revelia interpretado no Código de Processo Penal por analogia ao Código de Processo Civil, tem diversos efeitos jurídicos, sendo o principal efeito extraído da consequência prática oriunda da revelia, a presunção de veracidade dos fatos, alegado pelo requerente em processo civil, quando o requerido seja declarado revel.

No entanto, quando se trata de Processo Penal, na maioria das vezes estamos diante de discussão que versa sobre direitos indisponíveis, como, por exemplo, o direito à liberdade, como está previsto no artigo, 5º, caput da CF/88. Nesse sentido podemos ver que o próprio Código de Processo Civil (CPC) não admite que os efeitos da revelia sejam aplicados quando a causa versar sobre direitos indisponíveis.

Vejamos a redação do artigo 345 do CPC:

Art. 345. Do CPC. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

(..);

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

(...).

Consoante ao que o referido texto legal nos apresenta, a revelia deve produzir seus efeitos de forma moderada tendo como medida de freios as garantias constitucionais de modo a não fazer que tal instituto o qual foi trazido para o ordenamento jurídico brasileiro com o fundamento de evitar protelações injustificadas e automaticamente, injustiças processuais, passe a ser um meio de violação dos princípios constitucionais quando estivermos diante de causas criminais que por conseguinte deve obrigatoriamente ter uma visão mais cautelosa. Esse entendimento é possível ser extraído do posicionamento doutrinário, vejamos:

É possível apresentar as seguintes características no processo penal:

(..)

e) os direitos tutelados no processo penal são indisponíveis;

f) indispensabilidade da defesa técnica e a vedação da revelia no processo penal. (MESSA. 2017. p. 50-51).

Conforme ensina Ana Flávia Messa, os procedimentos que formam o Processo Penal brasileiro devem ser interpretados e executados com base na premissa de que o réu é sempre considerado inocente até que se prove o contrário, desse modo, não se pode usar de meios que fazem mera suposição para aplicar medidas mais severas ao agente, e muito menos se utilizar de institutos processuais aplicados em outras áreas do direito para se aplicar de forma indiscriminada ao ordenamento processual penal.

Temos autores que orbitam seus pensamentos e entendimentos em volta da ideia de que a revelia no Processo Penal produz um único efeito para o réu, vejamos a seguir:

O único efeito da revelia é fazer com que o réu não seja mais intimado pessoalmente dos atos processuais posteriores, não impedindo, entretanto, que o acusado produza normalmente sua defesa. Por isso, seu defensor será sempre notificado da realização de todo e qualquer ato processual. (REIS; GONÇALVES. 2022. p. 547).

Este posicionamento evidencia ainda mais a lógica de que a revelia não tem uma finalidade prática ao Processo Penal, uma vez que tendo como o único efeito a ser produzido nessa esfera jurídica seria a não intimação pessoal do réu para os demais atos processuais, essa consequência não interferiria em nada no rito do Processo Criminal, uma vez que para que o tramite processual siga a revelia do réu este tem que ser representado por defesa técnica sob pena de nulidade absoluta, e uma vez nomeado ou constituído defensor para fazer a defesa do réu o primeiro sempre deverá ser intimado das decisões no curso do Processo. Nesse mesmo sentido temos outros doutrinadores que não reconhecem a existência de confissão ficta no âmbito penal.

A confissão ficta ou presumida, contumaz no processo civil, não se verifica no âmbito do processo penal, por falta de amparo legal. Ainda que o acusado deixe o processo correr à sua revelia, tal fato não importa na presunção de veracidade acerca daquilo que foi alegado pela acusação. (CAPEZ, 2023, p. 161).

Assim sendo, evidenciamos que a revelia praticamente não surte efeitos práticos ao réu, uma vez que não alcança o seu principal fundamento do qual se extrai da ausência de manifestação do acusado em tempo propício, sendo assim, decretar a revelia o processo Penal seria uma mera formalidade para informar que o réu não se manifestou junto ao Processo que tramita em seu desfavor. Nos casos mais complexos em que o réu é citado de forma presumida e não se manifesta nem constitui defesa, inicialmente poderíamos falar em um caso em que a revelia traria para o réu uma consequência muito prejudicial, que seria a sua prisão preventiva. Mas quando analisamos de forma minuciosa a doutrina pertinente, enxergamos que não é possível, vejamos a citação a seguir:

É evidente, portanto, que a revelia isoladamente considerada não é suficiente para atingir a finalidade do art. 312 do CPP, e assim tem decidido o STF. Se não demonstrada a presença do *periculum in mora/periculum libertatis*, a justificar a necessidade da custódia antes de uma condenação definitiva, a simples revelia do réu não é motivo suficiente para embasar decreto de prisão preventiva. Note-se que o legislador apenas indicou a possibilidade de decretação – *se for o caso* –, coisa, aliás, que nem era preciso fazer. (MARCÃO, 2021, p. 338).

Ante o exposto, extraímos o entendimento de que a simples revelia do réu de forma isolada sem outro fundamento plausível e previsto em lei, não será suficiente para decretar a prisão do réu revel. No mais, podemos aferir que a revelia no ordenamento jurídico penal, nunca poderá gerar prejuízo para o denunciado, sendo a revelia no Código de Processo Penal uma mera informação de que o réu não compareceu em juízo, ou que nem compareceu em juízo e nem constituiu defesa quando for citado por edital, de modo em que o Processo e a prescrição ficarão suspensos pelo prazo da pena máxima em abstrato conforme entendimento de repercussão geral em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

4. Existe revelia no processo penal

O problema central do presente artigo científico será analisar a existência e aplicabilidade do instituto da revelia no emprego das normas do Código de Processo Penal. Suponha que um réu em um processo penal o qual tem por finalidade a comprovação da prática de um fato típico, ilícito e culpável com o propósito de ao final de seu curso condenar o mesmo, tenha se iniciado sem a presença do réu. O artigo irá inquirir se o instituto da revelia tem ou não fundamentos para ser aplicado nas ações penais.

Entendemos que a aplicação do instituto da revelia com a incidência plena de seu significado literal descrito no dicionário jurídico brasileiro fere a Constituição da República Federativa do Brasil porque o artigo que traz o instituto da revelia para o Código de Processo Penal (CPP) caminha em sentido oposto as garantias constitucionais. Tal incompatibilidade de aplicabilidade da revelia no CPP afeta os princípios do contraditório, da ampla defesa e a presunção de inocência do réu, uma vez que o dispositivo legal do CPP não faz restrição da aplicação da revelia no processo penal, vindo até mesmo conflitar com alguns marcos interruptivos da prescrição. Para sustentar a tese defendida no presente trabalho, podemos arrazoar o fato do texto legal, trazer à revelia para o processo penal de modo genérico dando a entender que sua aplicabilidade será plena, divergindo com a doutrina penal brasileira.

4.1. Inaplicabilidade da revelia ao processo penal por força dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Não se aplica ao processo penal brasileiro os efeitos da revelia da mesma forma que tal instituto é aplicado em seu inteiro teor e rigor técnico ao processo civil brasileiro, porque o artigo 367 do Código de Processo Penal (CPP) apesar de fazer menção implícita a esse instituto, o referido ordenamento jurídico processual penal apresenta o mesmo de forma controversa aos princípios do contraditório e da ampla defesa os quais estão expressos na Constituição da República Federativa do Brasil.

A aplicação em *ipsis litteris* da palavra revelia não é justificável nem aceitável de se utilizar no Processo Penal, mesmo que o artigo 367 do referido diploma legal traz implicitamente o instituto da revelia, o mesmo dispositivo deve ser interpretado em observância as peculiaridades aplicáveis ao Processo Criminal.

No entanto, tal observância não é sinônimo de impunidade do acusado frente aos Procedimentos do Código de Processo Penal, pelo contrário, a mitigação em aplicar o instituto da revelia em seu inteiro teor, visa garantir a aplicação jurisdicional da forma mais justa possível, levando em consideração que o Processo Criminal pode ter consequências graves para o condenado, sendo a medida mais grave a perda temporária de sua liberdade e a perda da qualidade de cidadão, por esse motivo deve ser garantido ao réu todos os meios de defesa admitida em direito.

Nesse sentido é o posicionamento de Norberto Avena:

Observe-se que a *ampla defesa* não significa que esteja o acusado sempre imune às consequências processuais decorrentes da ausência injustificada a audiências, do descumprimento de prazos, da desobediência de formas processuais ou do desatendimento de notificações judiciais. Tudo depende das peculiaridades do caso concreto e natureza do prejuízo causado ao réu. (AVENA, 2023, p. 28).

Conforme o posicionamento acima, deve ser admitida uma aplicação mitigada dos efeitos da revelia ao Processo Penal, pois a prioridade primordial é a garantia da

possibilidade de defesa do réu sendo a raríssima exceção os casos em que a sua ausência não lhe gerar nenhum prejuízo processual.

Veja o que o artigo 367 do Código de Processo penal traz em sua redação:

Art. 367, do CPP - O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

De acordo com a redação do artigo 367, do Código de Processo Penal, a qual foi citada anteriormente, pode interpretá-la que tal redação admite que o processo penal seguirá seu fluxo mesmo sem a presença do réu em determinadas circunstâncias, mas sempre deve ser observado os dispositivos da Carta Magna, sendo assim para aplicar o artigo 367 do Código de Processo Penal deve utilizá-lo em consonância com o inciso LV, do artigo, 5º da Constituição Federal de 1988.

Cujo o dispositivo afirma que:

Art. 5º, inciso, LV da CF/88 - 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; (...).

Conforme aponta o dispositivo, é garantido aos acusados de forma indistinta o direito ao contraditório e a ampla defesa, o artigo 367 do diploma processual penal trazendo os efeitos da revelia caminha para um entendimento em desacordo com o dispositivo constitucional mencionado logo a acima, de modo que a redação do artigo 367 do CPP cerceia o réu de exercer seu direito a ampla defesa, uma vez que a ampla defesa no processo penal é composta de defesa técnica desempenhada por seu defensor técnico devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seja ele contratado, dativo ou Pro Bono; e a autodefesa exercida pelo próprio réu por meio do direito de audiência e o direito de presença.

Se o instituto da revelia for aplicado com seu rigor técnico ao processo penal, isto é, se o processo continuar sem a presença do réu, este não exercerá totalmente o princípio constitucional da ampla defesa, e a ausência deste fundamental direito poderá trazer grandes prejuízos ao acusado e acarretar consequências processuais significantes conforme a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal assim dispõe:

No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. (Súmula 523 do STF).

Segundo a referida súmula, o processo penal não pode continuar seu curso natural e legal sem que o réu seja devidamente representado e defendido com todos os meios

probatórios possíveis para a comprovação de sua inocência, ou em caso de condenação, para lhe ser aplicada a pena mais justa possível de modo a alcançar as suas finalidades, quais sejam, a finalidade repressiva para punir com o rigor da lei o autor do delito, e a finalidade educativa para desestimular a reincidência do condenado a prática de outros crimes, e também para demonstrar aos demais integrantes da sociedade que tal conduta típica é reprimível por parte de um Estado Democrático de Direito, o qual é constituído por uma sociedade civilizada.

Diante desses fatos e argumentos, podemos afirmar que os efeitos da revelia não são totalmente aplicados ao processo penal, uma vez que, se o réu não se defender, seja por qual motivo for e restar comprovado o prejuízo do mesmo pela falta da presença deste aos atos processuais, esse ainda terá a possibilidade de requerer que os atos praticados sem a sua manifestação e que lhe trouxeram prejuízos, sejam anulados.

Nesse sentido é o entendimento de Aury Lopes Junior:

O não agir probatório do réu (que pode se dar, por exemplo, no exercício do direito de silêncio, recusa em participar de acareações, reconhecimentos etc.) não conduz a nenhum tipo de punição processual ou presunção de culpa. Não existe um dever de agir para o imputado para que se lhe possa punir pela omissão. Inclusive, quando o art. 367 do CPP permite que o processo prossiga sem a presença do réu citado, essa omissão processual gera, apenas, risco. Não se trata de prejuízo processual, pois não existe uma carga, de modo que não se pode presumir nada em sentido diverso da sua inocência. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 675).

Conforme afirmado pela doutrina, não recairá sobre o réu os efeitos da revelia, uma vez que nem o seu silêncio implicará no reconhecimento de sua culpa ou na demonstração de seu dolo em uma suposta prática delituosa.

Pelo exposto, percebemos que os efeitos da revelia não são aplicados ao processo penal brasileiro, uma vez que por força do princípio da ampla defesa e do significado que está palavra representa ao diploma processual penal, não é possível respeitar o referido princípio constitucional e, em simultâneo, atribuir os efeitos da revelia ao réu, no entanto, no processo penal ele pode até ser declarado revel por estar ausente aos atos processuais, mas não pode ser atribuído ao mesmo o mesmo peso e consequência os quais seriam plenamente aplicáveis ao requerido no processo civil se mantivesse ausente ou inerte aos atos processuais do Código de Processo Civil.

4.2. O instituto da revelia em dissonância com as garantias de defesa

No Processo Penal uma das principais garantias fundamental do réu é o exercício de sua ampla defesa, em casos específicos ainda vai além, permitindo o uso da plena defesa. No mais, no Processo Penal brasileiro foi adotado e reconhecido pela doutrina majoritária a figura do Sistema Acusatório, o qual a acusação é o polo da ação, com a obrigação de comprovar tudo o que alega em desfavor do réu, e o réu tem a garantia de exercer todos os meios legais de defesa para provar a sua inocência. Desse modo

praticamente todos os efeitos do instituto da revelia colide tecnicamente com os princípios constitucionais aplicáveis nas ações criminais. Para que esses efeitos, desfavoráveis a defesa do réu, não sejam aplicados devemos seguir o mesmo entendimento da doutrina citada a seguir:

Ao contrário do que ocorre no processo civil, à revelia não induz à presunção de que são verdadeiros os fatos descritos na denúncia ou queixa. Em razão do princípio da verdade real a acusação continua com a incumbência de provar os fatos que atribui ao acusado e, se não o fizer, será este absolvido. (REIS; GONÇALVES, 2022, p. 547).

Conforme extraímos do trecho citado, mesmo que a revelia seja um instituto processual com um viés punitivo, ou melhor, prejudicial, nos processos penais a revelia jamais vai tirar o ônus da acusação de demonstrar e comprovar tudo o que está sendo alegado, mesmo em casos de réu revel.

Ao se falar em revelia na aplicação do Código de Processo Penal estaria o judiciário indo em sentido contrário ao que a Constituição Federal de 1988 garante a todos os nacionais ou estrangeiros que no Brasil se encontrem. O direito a defesa é algo tão essencial que caso não seja exercido pelo réu ou por defensor nomeado é causa de nulidade absoluta, ou seja, caso o Processo tramite sem que o acusado seja citado pessoalmente ou que após citado por edital se apresente ou tenha uma defesa técnica constituída, todo esse Processo ao final será considerado nulo.

Vejam os posicionamentos de Aury Lopes Junior:

Assim, para o contraditório, é essencial a eficácia da comunicação processual, revestida da forma de citação, intimação ou notificação, conforme o caso. A falha na comunicação processual viola o contraditório e conduz à nulidade absoluta, na concepção tradicional (melhor, um defeito que poderá ser sanável ou insanável conforme o momento em que seja reconhecido). (LOPES JUNIOR, 2023, p. 254).

Ante o exposto no trecho extraído da obra do doutrinador Aury Lopes Junior, o réu sempre terá que ser localizado para poder se defender de tudo o que está sendo acusado, não sendo admitido que o Processo siga seu caminho normal a revelia do réu sem esse ter defesa constituída ou nomeada, pois tudo que for apresentado pela acusação obrigatoriamente tem que ser dada a oportunidade e a possibilidade para que o acusado possa exercer o seu direito de contrapor tudo que consta da exordial acusatória.

4.3. A divergência técnica entre o instituto da revelia e o princípio da não-autoincriminação

Os efeitos do instituto da revelia são incompatíveis com o ordenamento processual penal brasileiro por diversos fatores, tais como, a divergência com o princípio Constitucional do contraditório e da ampla defesa, como relatado inicialmente, mas essa não é a única incompatibilidade, pois no artigo, 5º, inciso LXIII, da Carta Magna está presente o princípio da Não-Autoincriminação “*Nemo tenetur se detegere ou Nemo tenetur se ipsum accusare ou Nemo tenetur se ipsum prodere*” significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si, o que vai totalmente contra um dos efeitos da revelia, sendo o da presunção de veracidade dos fatos alegados pela acusação quando o réu se fizer ausente.

Vejamos o dispositivo Constitucional mencionado:

Art. 5º, LXIII, da CF/88 - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (...).

Tal dispositivo pode ser interpretado de forma extensiva de modo a abranger não somente o réu preso, mas também o réu que responde ao processo criminal em liberdade. Após essa observação seguimos. Consoante ao referido dispositivo Constitucional, fica claro que os efeitos da revelia não são aplicáveis ao processo penal, uma vez que a Carta Magna traz como garantia aos acusados em inquéritos, ou réus em processo criminal o direito de permanecer em silêncio sem que essa ausência de manifestação de defesa lhe seja atribuído de forma negativa a presumir a sua culpabilidade diante da acusação que lhe fora imputada.

Nesse sentido afirma a doutrina a respeito da não-autoacusação ou prerrogativa do silêncio:

É uma prerrogativa ligada ao interesse do acusado, pois não existe obrigatoriedade de produção de prova contra si mesmo. O silêncio não é representação de culpa nem de presunção de inocência. Atende a proposta de evitar a autoincriminação, utilizando o silêncio para evitar a culpabilidade. (...) O direito ao silêncio decorre do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual não pode o acusado sofrer qualquer prejuízo jurídico por não colaborar com a autoridade que busca incriminá-lo. (BRITO, et al., 2019. p. 29).

Segundo já mencionado temos o artigo 198 do Código de Processo Penal, com o seguinte texto: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

É importante esclarecer que o vigente Código de Processo Penal é do ano de 1941, e que a parte final do referido artigo não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, atualmente vigente em nosso ordenamento jurídico. Diante dessa não recepção, fica cristalino o entendimento de que à revelia do acusado ou réu não importará em sua confissão e nem sequer em elementos para o livre convencimento do juiz, salvo no Tribunal do Júri por meio do Conselho de Sentença, mas mesmo nessa excepcionalidade

não há em se falar em revelia, pois não se trata de questões processuais o livre convencimento dos jurados.

Não há confissão tácita ou ficta no processo penal brasileiro. Não se presume, em situação qualquer, tenha o acusado confessado a prática de um delito. Com relação à parte final do art. 198, impõe observar que não foi recepcionada pela Constituição Federal vigente, na qual o art. 5º, LXIII, assegura o direito ao silêncio impune, e por isso dele não se pode extrair validamente qualquer conclusão desfavorável ao acusado. Por aqui, não se aplica a máxima popular segundo a qual “quem cala consente”. A revelia não acarreta confissão tácita – admissão silenciosa de culpa –, da mesma maneira que a opção pelo silêncio por ocasião do interrogatório, em si considerada, não traduz prejuízo ao silente. (MARCÃO, 2021, p. 230).

No mesmo sentido do posicionamento do doutrinador Renato Marcão, é plenamente possível afirmar que a revelia não se opera em seus fiéis termos ao processo penal por não recair sobre o réu os seus efeitos materiais e tão somente o efeito formal, ou seja, o efeito da revelia em caso de inércia do réu em se manifestar no processo terá tão somente como “punição” a ausência de intimação para os demais atos processuais, com a ressalva da sentença, que tem que ser por meio de intimação pessoal.

Ante o exposto, percebemos que os efeitos materiais da revelia não são admitidos no processo penal, uma vez que se aplicados vão contra os preceitos constitucionais, podendo gerar nulidades processuais. Se adotar os efeitos da revelia nos atos do CPP, o ordenamento processual penal não estaria respeitando o princípio do contraditório, princípio de suma importância para buscar a verdade real, objetivo extremamente importante no processo penal.

Se aplicado à revelia e seus efeitos diante do princípio do contraditório podemos afirmar que:

Conduziria a admitir um processo penal contumacial, absolutamente incompatível com o processo penal contraditório assegurado no art. 5º, LV, da Constituição e também no art. 261 do CPP: A presença da defesa técnica, ainda que o acusado esteja ausente (ou seja, citado não comparece nem constitui defensor), é uma imposição inarredável, fruto da opção constitucional por um procedimento em contraditório, que impede a produção dos efeitos da revelia. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 676).

Isto posto, inferimos que os efeitos próprios da revelia não se colocam presente ao processo penal, em razão das garantias constitucionais e principiológicas que tem como regra, a aplicação da presunção de inocência no Código de Processo Penal brasileiro.

4.4. Ausência de aplicação da revelia em seu rigor técnico ao réu ausente citado por edital

Em casos pretéritos, mas não muito distante existiam grandes divergências doutrinária e jurisprudencial sobre se o réu revel citado por edital que não se apresentasse em juízo para exercer seus direitos de defesa teria como consequência de sua omissão ou ocultação a aplicação dos efeitos do instituto da revelia em relação à suspensão do prazo prescricional, uma vez, que o artigo 366 do Código de Processo Penal entrevê a suspensão do processo e também da prescrição sem determinar por quanto tempo perdurará essa suspensão quando o réu for citado na modalidade ficta, interpretação essa que resta atualmente superada, conforme veremos no decorrer desse subtópico.

Olhemos a redação do artigo 366 do Código de Processo Penal (CPP):

Art. 366, do CPP. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

No entanto, se tal dispositivo legal fosse interpretado de maneira literal, estaríamos diante de casos em que mesmo sem se tratar de crimes imprescritíveis se o réu fosse citado por edital e não comparecesse em juízo e nem constituísse advogado para elaborar sua defesa técnica, por menor que fosse a gravidade do tipo penal o qual o mesmo estivera sido enquadrado, esse por força do dispositivo acima mencionado sofreria o peso dos crimes previstos na Constituição Federal como tipos penais imprescritíveis, simplesmente por conta da ausência do réu, desse modo estaria sendo aplicado de forma muito severa o instituto da revelia, contrariando princípios Constitucionais que garante a presunção de inocência do réu antes de sentença condenatória transitada em julgado.

Mas com tantas divergências apresentadas em decisões dos Tribunais, o Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento do Recurso Extraordinário nº 600851 de 07/2/2020, aprovou a seguinte tese de repercussão geral:

Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso. (RE nº 600851).

Por conseguinte, outra vez fica evidente que o instituto da revelia não se aplica ao Processo Penal mesmo em se tratando de ausência do réu nos casos de o mesmo não ser encontrado para ser intimado pessoalmente e ser intimado de forma ficta e ainda assim

se manter inerte em responder pelo crime que lhe fora imputado, seja pelo Ministério Público, seja pelo querelante.

No entanto, mesmo se o réu não se apresentar e existir provas de que o mesmo tenha cometido o crime, ainda assim este não poderá ser condenado se citado por edital não comparecer em juízo e nem constituir defesa, ou seja, ainda que diante de provas que o incriminam, não há em se falar de aplicação do instituto da revelia em desfavor do réu nem se quer para ter o efeito de suspender por prazo indeterminado o prazo prescricional até que o mesmo seja localizado.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) a doutrina majoritária concorda, como é o caso de Guilherme Nucci que exemplifica tal decisão do STF:

Atualmente, entende-se não poder o processo ficar suspenso indefinidamente. Calcula-se o prazo de suspensão pelo período da prescrição em abstrato. Decorrido esse lapso, passa a correr a prescrição. Logo, se o crime tem como pena máxima dois anos, o prazo prescricional não corre por quatro anos; após, tem início, consumando-se em outros quatro anos. (NUCCI, 2022, p. 141).

Em face do exposto, percebemos que a revelia não é aplicável ao Código de Processo Penal, uma vez que fica evidente que mesmo o réu não comparecendo em juízo para responder pelo tipo penal o qual tenha supostamente sido o autor, coator ou participe, esse não sofrerá nenhum prejuízo jurídico caso tenha sido citado por edital e não compareça em juízo nem constitua defesa.

Vale evidenciar que mesmo antes do julgamento do Recurso Extraordinário cuja votação unanime do Supremo Tribunal Federal firmou decisão de repercussão geral, já existia o mesmo entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Averiguemos o que dizia a doutrina, em 2018, antes do julgado do STF:

Assim, será suspenso o curso do processo e o curso do prazo prescricional, que somente voltarão a fluir quando o acusado ou defensor por ele constituído comparecer nos autos. O curso do prazo prescricional ficará suspenso pelo prazo de prescrição do delito, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 415). Nesse sentido, analisa-se a pena máxima em abstrato do crime, nos moldes do art. 109 do CP. (CURY; S. CURY, 2018, p. 160).

Em face do exposto apresentado pelos doutrinadores mencionados, pelo entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça e atualmente pela decisão de repercussão geral proferida pelo Supremo Tribunal Federal, temos a plena convicção de que o instituto da revelia não se aplica aos casos em que o réu não é localizado, pois, resta comprovado que o réu nessa situação não sofrerá nenhum prejuízo por se omitir de responder perante o Poder Judiciário, uma vez que se deve observar as garantias

constitucionais de modo a não gerar uma maior injustiça, onde essa ocorreria se um réu inocente fosse prejudicado e até mesmo condenado simplesmente por não ser localizado.

5. Conclusão

O objetivo deste artigo científico foi realizar um estudo sobre o instituto da revelia, seus efeitos e sua aplicabilidade ao Código de Processo Penal Brasileiro. Almejando alcançar tal objetivo, utilizamos o método analítico dedutivo, uma vez que a pesquisa parte de uma premissa ampla, abrangente sendo o estudo do instituto da revelia e seus variados efeitos, para uma delimitação para analisar um ponto mais específico que é a aplicabilidade da revelia ao Código de Processo Penal.

Partindo das observações realizadas no presente trabalho, obtivemos as seguintes conclusões:

I – Resta evidente que não há aplicabilidade de todos os efeitos da revelia ao processo penal brasileiro. O instituto da revelia tem em seu significado um peso “punitivo” pela ausência da realização de algum ato tempestivo pelo réu no curso do processo, desse modo é inadmissível se utilizar das consequências da revelia para punir o réu apenas pela sua falta de ação processual. Como demonstrado no presente artigo, a Constituição Federal de 1988, traz em seu artigo, 5º, princípios tais como, o direito ao contraditório e a ampla defesa para garantir que ninguém seja condenado sem a possibilidade de exercer seu direito de defesa do modo mais amplo possível, no entanto, se fosse aplicado os efeitos da revelia de forma ampla esses cerceariam ou reduziria a possibilidade de defesa simplesmente por haver uma ausência do réu no curso da ação penal.

II – O presente estudo verificou que a aplicação do instituto da revelia não pode ser empregado ao Processo Penal, pois fere gravemente o direito de defesa do réu, sendo que o principal efeito da revelia de forma geral seria continuar o Processo sem a presença do réu e sem que esse se manifestasse sobre as decisões tomadas no curso do Processo, em casos específicos ainda seria possível reconhecer a confissão ficta do acusado podendo até mesmo acontecer o julgamento antecipado da lide, procedimentos inadmissíveis na esfera da Justiça Penal.

III – Inferimos que a revelia produz tão somente ao Processo Penal seu efeito processual, ou seja, ela somente traz a possibilidade do réu revel que citado pessoalmente não comparecer em juízo nem constituir defesa técnica não ter mais o direito de receber as intimações dos atos ocorridos no desenrolar do processo, mas ainda assim, vale ressaltar que tal ocorrência é admissível pelo fato que o réu necessariamente mesmo sendo revel estará sendo assistido por um defensor técnico, e sendo assim, esse será intimado de todas as decisões ocorridas no curso do Processo Penal. Deste modo fica cada vez mais evidente que o uso da palavra revelia no Processo Criminal não é correta ao analisarmos os efeitos e o significado da palavra de forma técnica, pois se aplicado nesse contexto irá ferir o princípio da não-autoincriminação.

IV – Mesmo que que o réu seja citado por edital e não venha a se apresentar pessoalmente, e nem constituir defensor técnico para lhe representar processualmente, ainda assim não existe a possibilidade legal de que sofra o peso dos efeitos da revelia, uma vez que nem a prescrição poderá ficar suspensa por prazo indeterminado, pois terá como limite a pena base em abstrato.

Chegamos, portanto, à conclusão de que os efeitos do instituto da revelia não são aplicável ao Código de Processo Penal pelo fato de não ser capaz de produzir efeitos práticos que interfira no trâmite processual sem que acarrete cerceamento de defesa e possíveis nulidades no processo. Com essa visão clara do que é a revelia e quais são seus principais efeitos, enfatizamos que nem nos momentos em que se tem uma falsa percepção que esse instituto está surtindo efeitos, como é o caso da citação por edital em que o réu não se manifesta de nenhuma forma, verificamos que por mais que o réu não se manifestou as intimações serão realizadas de forma pessoal na pessoa do advogado dativo ou nomeado pelo juízo.

Apresentadas as conclusões deste artigo, verifica-se que a presente pesquisa constitui um percurso inicial para o desenvolvimento de estudos posteriores. Em situações que o denunciado é citado de forma ficta, e este é considerado revel, a suspensão do prazo prescricional pelo tempo da pena máxima em abstrato do delito supostamente cometido pelo denunciado seria uma medida justa, ou estaríamos diante de uma violação ao sistema acusatório e de violação ao princípio da busca pela verdade real?

6. Referências bibliográficas

- ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. Novas perspectivas sobre a aplicação do instituto da revelia no processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5962, 28 out. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65124>>. Acesso em: 8 ago. 2023.
- AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.
- BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- CURY, Rogério; S. CURY, Daniela Marinho. **Método de estudo OAB: processo penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- DELMANTO, Celso. et. al. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- _____. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023.
- MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- _____. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- OLIVEIRA, Bruna Mayara; BLUM JÚNIOR, João Conrado et al. A possibilidade de prosseguimento do processo penal em caso de acusado citado por edital. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5529, 21 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68477>>. Acesso em: 8 ago. 2023.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 29. ed. Barueri: Atlas, 2021.

SANTANA. Suspensão do processo e da prescrição – art. 366 do CPP: controvérsia sobre o prazo e forma de cálculo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6484, 2 abr. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89477>>. Acesso em: 4 abr. 2023.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017.

REIS, Alexandre Cebrin Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2022.

ZAGO, Marcelo; ROLIM, Flávio; CURY, Nafêz Imamy. **Processo penal decifrado**. Rio de Janeiro: Método, 2023.

A natureza jurídica do vínculo de trabalho entre motorista e plataforma digital de transporte

*Alessandra Cabral da Silva*¹

*Dener Rezende Borges*²

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo analisar cientificamente a caracterização da relação de emprego, questionando se há vínculo empregatício entre os motoristas e as empresas que trabalham com plataformas digitais de transporte. O estudo é de fundamental importância para garantir o reconhecimento dos motoristas de aplicativos e evitar que eles arquem integralmente com todas as despesas relacionadas à atividade, promovendo assim maior equidade e justiça no contexto laboral. Para elaboração do trabalho será utilizado o método jurisprudencial, pesquisa bibliográfica e documental. Constata-se que existem decisões parciais e divergentes no que diz respeito ao reconhecimento do vínculo de emprego nessa relação específica. Essa questão é de extrema importância tanto para os motoristas, que buscam a proteção e reconhecimento de seus direitos trabalhistas, quanto para as empresas, que lidam com a definição de responsabilidades e obrigações em relação a seus colaboradores, buscando maior segurança jurídica. O estudo contribuirá para a compreensão dos aspectos legais e sociais envolvidos nesse cenário, auxiliando a criação de políticas e regulamentações mais adequadas e justas para o trabalho por meio das plataformas digitais, promovendo assim uma relação de emprego mais equilibrada e sustentável, que lidam com a definição de responsabilidades e obrigações em relação a seus colaboradores. Dessa forma, aprofunda-se essa análise científica tornando essencial, para promover maior clareza e segurança jurídica para todas as partes envolvidas.

Sumário: 1. Introdução 2. Caracterização da relação de emprego. 3. Existência ou não do vínculo empregatício entre o motorista e a plataforma digital. 4. Sistemática de uso das plataformas digitais pelos motoristas e suas consequências 4.1. O reconhecimento do vínculo de emprego entre motorista e plataforma e a proteção trabalhista 4.2. Despesas das empresas 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Vínculo empregatício. Motorista. Uber. Plataforma digital de transporte.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo Mineiro – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: alessandraacabrals@gmail.com.

² Advogado. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: dener.adv@gmail.com.

1. Introdução

A empresa Uber como realidade no Brasil existe desde 2016, e surgiu para atuar de forma experimental na cidade de Juiz de Fora/MG, trazendo um novo modelo de mobilidade urbana, o qual veio para substituir o Táxi, usando para tanto uma plataforma digital tendo como usuários motoristas com interesse em prestar serviços de transporte à população. Sendo assim, desde o seu surgimento, e visando implementar melhorias da nova plataforma digital, a Uber veio aprimorando seus serviços, ao passo que várias questões jurídicas repercutiram como por exemplo se era para consumo ou não da população, dentre outras. O principal objetivo da pesquisa, será analisar cientificamente a configuração da relação de emprego e questionar se existe vínculo empregatício entre o motorista e as empresas que organizam e mantêm referidas plataformas digitais, a exemplo da Uber.

O estudo desse tema é fundamental para o Direito, em razão de que diante da nova realidade vinda com a introdução dos transportes por meio de plataformas digitais, tal sistemática esteja arregimentada e disciplinada, tendo amparo e tratamento jurídico seguro, com vistas a assegurar segurança para todos os atores envolvidos.

Destarte, o Direito do Trabalho surgiu com o propósito de oferecer proteção a parte hipossuficiente da relação laboral, *in casu* o trabalhador, em detrimento da mudança propiciada pelo uso de tecnologia, inclusive no que concerne à utilização da mão de obra via plataforma digital, visando conferir segurança jurídica e estabelecer os direitos e obrigações incidentes nessa situação. Dessa forma o presente artigo científico objetiva trazer à baila o estudo pertinente à existência de vínculo empregatício entre o motorista e a plataforma digital, travando um debate do ponto de vista legal, doutrinário e jurisprudencial, inclusive levando em conta as recentes decisões emanadas das Côrtes trabalhistas e também do Excelso Supremo Tribunal Federal.

O método extensivo que será usado para apresentar o mencionado trabalho é o indutivo, pois consiste em partir de casos específicos para obter compreensão geral. Nesse contexto, o estudo se concentrará na relação de emprego entre motoristas e as empresas das plataformas digitais. A pesquisa será conduzida por meio da abordagem qualitativa, utilizando-se o teor da bibliográfica e documental como base para a produção do estudo.

O artigo foi estruturado em três partes. Na primeira parte foi trabalhado os aspectos gerais característicos da relação de emprego. Na segunda parte será analisado a existência ou não do vínculo de emprego. E na parte final, enfrentamos a existência na relação de vínculo de emprego entre os motoristas e as empresas que trabalham com a plataforma digitais, o problema central da pesquisa científica.

2. Caracterização da relação de emprego

Em primeiro lugar, é importante destacar que a existência da relação de emprego é um tema de extrema importância e bastante presente no cotidiano.

Sendo assim, temos que se faz de suma relevância a análise fático jurídica da caracterização da relação de emprego à luz do requisitos que lhe são essenciais, conforme se pode observar no âmbito da doutrina pátria:

(...) tendo em vista a natureza e as características da relação de emprego, que é um vínculo jurídico no qual uma das partes, o trabalhador, é dependente econômico da outra parte, o empregador, fato por si suficiente para desestimular qualquer iniciativa daquele contra este no curso da relação jurídica. (NASCIMENTO, 2013, p.397).

No âmbito do direito do trabalho, a relação de emprego cumpre um papel crucial ao estabelecer o elo jurídico entre o empregador e o empregado. Nesse contexto, essa relação estabelece os direitos e deveres inerentes as partes, definindo as bases para a interação laboral. É por meio desse vínculo que se apontam os direitos trabalhistas e as obrigações que devem ser observadas, garantindo assim uma estrutura jurídica sólida que norteia as relações de emprego.

A doutrina de Alice Monteiro de Barros é amplamente reconhecida, especialmente no que diz respeito à análise e interpretação dos requisitos da relação de emprego. Nesse sentido, destaca-se a necessidade de proteção dos trabalhadores em face de relações laborais precárias ou informais, buscando garantir a segurança e a equidade do ambiente de trabalho. Os seus estudos e contribuições têm sido fundamentais para a compreensão e aplicação do direito do trabalho:

Tanto a relação de trabalho como a relação de emprego são modalidades de relação jurídica, isto é, de "situação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídi-co) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição*(2). Sua estrutura é constituída de sujeitos, objeto, causa e garantia (sanção). A relação de emprego tem natureza contratual exatamente porque é gerada [elo contrato de trabalho. (MONTEIRO, 2016, p. 147).

Podemos ressaltar a necessidade de buscar um equilíbrio entre os interesses do patrão e do empregado, promovendo uma relação de trabalho justa e equitativa. Segundo Monteiro de Barros, a equidade no Direito do Trabalho envolve não apenas a aplicação das normas, mas também a necessidade de reconhecer as desigualdades existentes no contexto das relações de trabalho:

2.3.3. Equidade

O princípio da justiça é o da equidade, segundo o qual se deve dar a cada um aquilo que lhe pertence. É esse princípio que rege o estabelecimento das leis. Sucede que a vida sociojurídica não é composta de casos gerais, mas de diversos casos concretos, não sendo suficiente para atendê-los a simples justiça que se encontra na lei. (67). (MONTEIRO, 2016, p. 111).

A partir disso, considerando o tema em destaque e seus desdobramentos nos dias atuais, percebe-se no Direito do Trabalho uma preocupação em relação ao uso da tecnologia em associações trabalhistas por meio dos aplicativos de serviços digitais. Hodiernamente, esses aplicativos vão além de meras ferramentas virtuais ou recursos de entretenimento, tornando-se elementos interativos na relação de emprego, e essa nova realidade desperta atenção e a necessidade de análise do Direito do Trabalho face às novas tecnologias.

As mudanças tecnológicas estão profundamente relacionadas às transformações sociais, uma vez que a sociedade utiliza essas transformações tecnológicas como meio de desenvolvimento e sustentação. Nesse contexto, a tecnologia exerce influência direta nas relações de trabalho, onde a população necessita do trabalho e a partir dele sobrevive. Dessa forma, o progresso tecnológico implica na adaptação do trabalho para atender as mudanças ocorridas e conseguir satisfazer as demandas do mercado e do consumo da população.

A tecnologia viabiliza diversas práticas que promovem modificações nas relações contratuais, como é o caso do motorista das empresas que trabalham com a plataforma digitais. Essa evolução da tecnologia possibilitou que os motoristas tivessem mais acessibilidade durante os dias de semanas e na sua jornada de trabalho, justamente a partir do uso da tecnologia, conforme explica a doutrina:

Tecnologia é o conhecimento que permite alterar nossa relação com o ambiente e com os outros seres humanos. Na era moderna que e industrial em que vivemos, a tecnologia geralmente é derivada de princípios científicos, ou seja, de adaptações daquilo que é descoberto num laboratório de pesquisa, de forma a permitir que possa ser produzido em maior quantidade.(HELENE, 1997, p. 11).

A revolução digital trouxe uma reflexão sobre relação de emprego sendo necessário citarmos a relação causa e efeito, expressão esta complicada no direito trabalhista, mas que está presente no dia a dia da população. A esse respeito, Aristóteles (2013) afirmou “trate cada desigual com desigualdade com o intuito de construir entre eles a equiparação, ou seja, gradativamente pôr fim a linha tênue entre que liga a desigualdade a certas circunstâncias”. Sob essa ótica, há uma intenção essencial entre o contrato em estabelecer a relação de emprego:

Se para a existência da relação de emprego é preciso um ajuste, ainda que verbal ou tácito, mesmo que não expresso, há uma interação entre o contrato e a relação e um não pode subsistir sem o outro. A relação é o efeito do contrato e não a causa. (MARTINS, 2012, p. 99).

A diferença entre relação de emprego e relação de trabalho autônomo está atrelada ao vínculo jurídico e aos elementos que caracterizam cada uma das partes

envolvidas. A relação de emprego é uma forma específica de relação de trabalho, que se caracteriza prestação de serviços de forma não eventual (ou seja, de forma contínua e não esporádica), pelo trabalho realizado. Já a relação de trabalho autônomo é um conceito mais amplo, que engloba qualquer tipo de prestação de serviços, remunerados ou não, abrangendo um aspecto mais amplo de atividades laborais, incluindo tanto vínculo empregatício quanto as modalidades de prestação de serviços. Considerando a dinâmica das relações de trabalho a subordinação jurídica é inerente e está presente na relação de emprego:

A subordinação jurídica decorre do contrato de trabalho. O empregado está sujeito a receber ordens em decorrência do pacto laboral, sendo proveniente do poder de direção do empregador de seu poder de comando, que é a tese mais aceita. (MARTINS, 2012, p. 141).

Conclui-se, que a relação de emprego desempenha um papel fundamental no âmbito do direito do trabalho. É por meio dessa relação que se estabelecem os direitos e as obrigações entre empregador e empregado, proporcionando a proteção necessária aos motoristas que são cadastrados nas plataformas digitais e garantindo equilibrar as relações laborais, engloba a realidade vivenciada no ambiente de trabalho, a subordinação, a remuneração e demais aspectos que caracterizam essa relação jurídica. A relação de emprego está em constante transformação, influenciada por mudanças sociais, motivacionais e tecnológicas, diante desse cenário dinâmico. No próximo tópico trabalharemos, especificamente, a existência ou não do vínculo empregatício entre o motorista e a plataforma digital, objeto de estudo da presente pesquisa.

3. Existência ou não do vínculo empregatício entre o motorista e a plataforma digital

A existência ou não do vínculo de emprego do motorista com as empresas que organizam e mantêm as plataformas digitais tem sido objeto de intensos debates e controvérsias no atual cenário jurídico. Essa questão tem gerado reflexos cruciais nas relações trabalhistas entre a plataforma e os motoristas, apresentando-se como uma questão de alta indagação no âmbito do direito do trabalho. Com isso, a discussão quanto à existência do vínculo de emprego é determinante para assegurar a proteção e a conquista do trabalhador:

A menção ao fato de que não se configuraria vínculo de emprego entre os trabalhadores e a empresa contratante, qualquer que fosse o ramo da empresa prestadora de serviços, era bem sintomática. Se não importava o ramo da empresa prestadora de serviços, ele poderá até mesmo coincidir com o ramo (palavra cujo sentido parece coincidir com o de "atividade") da contratante. (MARTINEZ, 2019, p. 504).

A internete surgiu como resultado de décadas de avanços tecnológicos e pesquisas no campo das comunicações. Seu desenvolvimento remonta aos anos 1960, quando os EUA estabeleceram uma rede de comunicação militar com objetivo de compartilhar informações entre universidades e instituições. Dessa mesma forma, é com as plataformas digitais trazendo para área trabalhista onde os colaboradores podem ter a existência ou não do vínculo de emprego.

A contribuição do livro com que nos brinda Eduardo Magrani é justamente a de trazer maior clareza e amplitude de visão ao considerar os efeitos potenciais da internet das coisas. Não é tarefa simples, mesmo por vir acompanhada de uma complexidade adicional: o fato de que, como o próprio autor menciona, a internet das coisas projeta-se sobre a internet contemporaneamente à “já bastante impactante trindade composta por analytics, big data e redes sociais”. Muitos de seus efeitos simplesmente não podem ser isolados e somente se deixam notar caso considerados a profusão de outras tecnologias e seus efeitos em cadeia, e mesmo de realimentação, justificando a demanda por mais e mais dados. (MAGRANI, 2018, p. 12).

Com o surgimento da internet e das primeiras redes sociais apareceram diferentes plataformas que vieram substituir os serviços de táxi, sendo assim, surgiram as empresas Uber, a 99, entre inúmeras outras, oferecendo à população um serviço rápido e de qualidade e com preço justo nas corridas, ganhando assim, espaço na vida da sociedade principalmente no mercado de transportes de pessoa. A Uber foi fundada em 2009 por Garrett Camp e Travis Kalanick, em São Francisco, na Califórnia, com lançamento em 2010 do aplicativo para os sistemas Android e iPhone.

No contexto atual, dada a falta de regulação específica, a criação de regras, inclusive que viessem a ser inseridas na CLT, poderia trazer soluções aos problemas na área do direito do trabalho devido ao surgimento da internet. Destarte, o que vivenciamos na atualidade no que diz respeito ao surgimento das plataformas digitais de transporte, pode muito bem ser chamado de “Era digital, da Informação ou Tecnológica”, e que trouxe para a Brasil um sistema eficaz de comunicação e locomoção rápida e para a sociedade brasileira, com o surgimento de inúmeras plataformas digitais alterando as formas de trabalho e provocando os Tribunais Trabalhistas a se pronunciarem quanto a existência ou não do vínculo de emprego nesse ambiente (entre motoristas e plataformas digitais).

As empresas multinacionais que se instalaram no país, através dos seus assessores jurídicos entendem que a empresa da plataforma digital não mantém vínculo de emprego com seus colaboradores, ou seja os motoristas, ao passo que, em contraponto, estes profissionais entendem que são empregados, alegando que preenche todos os requisitos determinados na CLT, gerando assim conflitos jurídicos com a empresa, já que presentes todos os elementos essenciais:

(...) Pessoaalidade ou caráter intuir personae significa que é aquela pessoa física escolhida quem deve executar o serviço contratado

porque o contrato de trabalho é intransmissível. Assim, o empregado não pode, quando bem entender, mandar o amigo, o vizinho, o pai ou o irmão no seu lugar para trabalhar. (...) Podemos então, de acordo com os pressupostos acima, conceituar empregado como toda pessoa física que preste serviço a empregador (pessoa física ou jurídica) de forma não eventual, com subordinação jurídica, mediante salário, sem correr os riscos do negócio. (...) Onerosidade significa vantagens recíprocas. O patrão recebe os serviços e, o empregado, o respectivo pagamento. A toda prestação de trabalho corresponde uma contraprestação pecuniária ou in natura. Não há contrato de emprego gratuito, isto é, efetuado apenas em virtude da fé, do altruísmo, da caridade, ideologia, reabilitação, finalidade social, sem qualquer vantagem para o trabalhador. (...) O Direito do Trabalho brasileiro adotou a teoria mexicana, na qual a habitualidade ou não eventualidade relaciona o tipo de serviço executado à atividade do empregador, isto é, à necessidade permanente da mão de obra para o empreendimento. (...) A subordinação está sempre presente na relação de emprego, algumas vezes mais intensa; outras de modo menos intenso. (...) Quanto mais o empregado sobe na escala hierárquica da empresa, ou quanto mais técnico ou intelectual o trabalho, normalmente a subordinação fica mais tênue, frágil. Contrariamente, quando o empregado exerce uma função subalterna, de baixa hierarquia na empresa ou quando é revertido do cargo de confiança para a função efetiva, a subordinação se intensifica. Em face do poder de comando do empregador, o empregado tem o dever de obediência, mesmo que tênue (altos empregados) ou em potencial (profissionais), podendo aquele dirigir, fiscalizar a prestação de serviços. bem como punir o trabalhador (BOMFIM, 2017, p. 248-266).

Os tribunais brasileiros não possuem decisões unânimes acerca do tema. Se fôssemos estreitar a análise sob o ponto de vista da frequência da prestação de serviços, “via de regra, um profissional que trabalha mais de 2 (dois) dias por semana na mesma empresa pode pleitear vínculo empregatício, mesmo que o contrato não seja mantido em formato CLT”.

Desse modo, na terceirização desloca-se o foco da tradicional relação bilateral entre empregador e empregado, criando verdadeira relação trilateral, abrangendo em um dos vértices do triângulo o trabalhador, que mantém vínculo de emprego com o prestador de serviços (terceiro ou empregador aparente), mas disponibiliza o resultado de sua energia de trabalho a um tomador de serviços (empregador real) diverso do seu empregador. Por fim, entre o prestador de serviços e o tomador de serviços há uma relação de direito civil (contrato de prestação de serviços), ou ainda uma relação administrativa (contrato administrativo), se o

tomador for a Administração Pública. (RESENDE, 2014, p. 196).

Quanto à existência do vínculo de emprego entre motoristas e plataformas digitais, tem se verificado mais recentemente uma inclinação dos tribunais, não só trabalhistas mas mesmo o Supremo Tribunal Federal, no sentido de considerar que esses motoristas se situam no âmbito de uma relação de trabalho autônomo, e dessa forma não teriam a outorga dos direitos do vínculo empregatício, obtendo mediante a prestação de serviços apenas uma renda extra para o seu sustento.

Dentro dessa perspectiva, na data de 19/05/2023 foi proferida decisão da lavra do Excelentíssimo Ministro do STF Alexandre de Moraes, ao julgar reclamação apresentada pela plataforma digital Cabify Agência de Transportes de Passageiros Ltda, contra decisão que havia sido proferida por uma das turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (processo nº 0010140.79.2022.5.03.0110), em desrespeito ao decidido na ADC 48, na ADPF 324, no RE 958.252, na ADI 5835 e no RE 688.223, posto que reconhecido o vínculo de emprego entre motorista de aplicativo e plataforma digital diante do Egrégio TRT3.

Na referida decisão, o Ministro do STF Alexandre de Moraes considerou que “diante do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, julgo procedente o pedido de forma sejam cassados os atos proferidos pela Justiça do Trabalho (Processo 0010140.79.2022.5.03.0110) e determino a remessa dos autos à Justiça Comum”, reconhecendo assim que a Justiça do Trabalho não teria competência para julgar o processo, posto que o vínculo seria eminentemente comercial/autônomo, muito se assemelhando ao de transportador rodoviário de cargas, sem a configuração de vínculo de emprego e nos moldes da Lei 11.442/2007.

Em suma, a questão da existência ou não do vínculo de emprego é um contexto complexo dos motoristas de aplicativos. Embora muitos tribunais tenham interpretado que esses motoristas não possuem o vínculo de empregatício, é importante ressaltar que ainda tem motoristas que procuram obter o reconhecimento e condenação aos direitos empregatícios, por considerarem preenchidos os requisitos em legislação trabalhista.

4. Sistemática de uso das plataformas digitais pelos motorista de aplicativo e suas consequências

Para se ter acesso a estes aplicativos que oferecem uma oportunidade de serviço, o interessado se cadastra, e as empresas que operam plataformas digitais exercem um controle considerável sobre os motoristas por meio de algoritmos e sistemas de gestão. Elas estabelecem as diretrizes e os termos de trabalho, como estabelecer preços, definir horários e estipular padrões de serviço. Além disso, essas empresas comumente avaliam e classificam os motoristas com base no seu desempenho, o que evidencia um nível de controle e supervisão por parte delas.

Em que pese existir tal controle e supervisão, os tribunais têm tendenciado no sentido de que os motoristas das empresas não são considerados empregados, devido à falta de subordinação, sendo os mesmos detentores de autonomia, posto que tem flexibilidade para escolher os seus horários e se autodeterminar.

No entanto, a nosso sentir é inegável existir ingerência da plataforma na

prestação de serviços, mesmo a contrário *sensu* de tais decisões.

Tal conflito denota a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a autonomia profissional e a proteção trabalhista. Temos que as empresas obtém vantagem econômica com a mão de obra dos motoristas, sem ter que despende valores para manter os serviços, repassando todo o custo com manutenção dos veículos, pagamento de tributos, etc, para o motorista.

4.1. O reconhecimento do vínculo de emprego entre motorista e plataforma e a proteção trabalhista

Em que pese as decisões majoritárias irem em sentido oposto, o vínculo empregatício entre o motorista e o aplicativo deve ser reconhecido porque os trabalhadores buscam pelo o seu direito como empregado, o que encontra amparo na legislação celetista, a qual descreve com precisão os requisitos necessários para tanto.

Nessa esteira, o Tribunal Regional do Trabalho – TRT da 4ª Região, tem reconhecido o vínculo empregatício entre o motorista e a empresa que trabalha com a plataforma digital, garantindo o seu direito:

ACÇÃO TRABALHISTA EM FACE DE UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA " No mérito, resolve julgar PROCEDÊNCIA DE TODOS OS PEDIDOS formulados por MARCIO ANTUNES CORREA em face de UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA para reconhecer o vínculo empregatício havido entre as partes (TRT- 04- RTORD 0020750-38.2020.5.04.0405.

Para analisar a existência ou não da relação do vínculo empregatício, onde os motoristas devem ser reconhecidos diante da plataforma digital, observamos que estes motoristas trabalham de forma não eventual, sendo essa relação de trabalho pautada na habitualidade na prestação de serviços, atendendo ao que a Consolidação das Leis do Trabalho preceitua: “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Ademais, no artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, nota-se que à uma divergência de interpretação das empresas das plataformas digitais, pois este artigo demonstra claramente o vínculo empregatício nesta relação de serviço, entre as empresas que trabalham com os aplicativos e os motoristas cadastrados que prestam serviços na plataforma digital:

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada;(…)

Alguns condutores tenham manifestados entre os grupos de motoristas de aplicativo, a sua contrariedade em relação a plataforma digital em busca dos seus direitos trabalhistas como empregados, vindicando a criação de regras específicas que confirmam direitos aos motoristas de aplicativos, como já tem projeto de lei que visava regulamentar essa categoria para os condutores (atualmente arquivado sua tramitação na Câmara dos Deputados Federais):

PL 3748/2020: o projeto estipula um valor por hora trabalhada, que não pode ser inferior ao piso da categoria ou ao salário mínimo, e incorpora à remuneração total do trabalhador um pagamento proporcional de férias e décimo - terceiro salário. Fonte: Agência Câmara de Notícias; (AGNELINO FILHO, 2021).

Os trabalhadores vêm realizando várias manifestações públicas, reivindicando outorga de direitos e melhorias nas condições de trabalho, o que encontra ressonância no PL 3.597/2020:

PL 3597/2020: prevê a contratação de seguro contra acidentes e doenças contagiosas, pela empresa, em benefício do empregado, além do fornecimento de EPIs. Tais despesas não poderão ser descontadas dos valores devidos aos profissionais. Fonte: Agência Câmara de Notícias. (AGNELINO FILHO, 2021).

O que se pode perceber é que as empresas que trabalham com as plataformas digitais, solicitam serviços exclusivos, onde motoristas só podem operar nas suas atividades e os entregadores também, informando seus dados pessoais apesar de serem transmitido para ao consumidor final ao realizarem o serviço, entretanto, trazendo uma percepção imenso entre a empresa com o trabalhador e formando um aspecto de subordinação: “No âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, a subordinação é primordial na caracterização da relação de emprego, como ponto de distinção entre o trabalhador autônomo e o subordinado” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 382).

Com base na crescente atuação dos motoristas nessa profissão por meio de plataformas digitais, onde buscam sempre fornecer qualidade e segurança no atendimento à sociedade, os trabalhadores também buscam garantir seus direitos, como o reconhecimento do vínculo empregatício nas empresas que utilizam tais plataformas, havendo decisões nesse sentido:

AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. RECURSO DO AUTOR. MOTORISTA DE APLICATIVO. UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. EMPRESAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE ART. 9º, 442 DA CLT E RECOMENDAÇÃO

198 DA OIT. VÍNCULO DE EMPREGO. PRESENÇA DOS ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS CONTIDOS NOS ART. 2º, 3º e 6º,

PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. SUBORDINAÇÃO E CONTROLE POR
PROGRAMAÇÃO ALGORÍTMICA (TRT-13- RO:
00006996420195130025.

Nesse mesma tuada decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região, com processo iniciado no Foro de Belo Horizonte, confira-se:

AÇÃO TRABALHISTA EM FACE DE UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. No mérito, resolve julgar PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por RODRIGO LEONARDO SILVA FERREIRA em face de UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA para reconhecer o vínculo empregatício havido entre as partes (TRT-03- RTORD 0011359-34.2016.5.03.0112.

Os serviços que são prestados pelos motoristas autônomos para as empresas de plataforma digital, vêm tendo uma demanda muito grande com as solicitações de corridas dos passageiros no dia a dia, como também para os entregadores, por terem prazos curtos e com muitas demandas de entregas das empresas que utilizam a plataforma digital. Contudo, os motoristas não são amparados pelas regras de duração do trabalho presentes na CLT, especialmente limitação do tempo de duração do trabalho: Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

O vínculo empregatício refere-se a uma relação de emprego na qual o trabalhador é considerado um empregado tem normas a serem cumpridas e que não pode ser substituído por outra pessoa para obter a mesma atividade laboral, diferente do motorista autônomo onde gerencia a sua própria atividade profissional independente. Nessa tocada, “É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador” (DELGADO, 2019, p. 339).

Um dos requisitos fundamentais para a configuração do vínculo empregatício é a presença do elemento da subordinação. Esse elemento caracteriza a relação de trabalho em que o empregado está sujeito às ordens e instruções do empregador onde possui autoridade para estabelecer as diretrizes, que detém o poder de controle sobre as atividades desenvolvidas, onde o motorista de aplicativo é subordinado. Observe, um trecho sobre o elemento: “O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador” (MARTINS, 2012, p. 101).

A condição dos motoristas autônomos já é considerada como um profissional que exerce suas atividades de forma independente, sem estabelecer uma relação de emprego com uma empresa, que possam ter certa autonomia na organização de suas rotinas, na definição de horários de trabalho, na escolha de atender os clientes selecionados e correr risco no serviço, como o autor refere na sua obra: “O trabalhador autônomo é, portanto, a pessoa física que presta serviços habitualmente por conta própria a uma ou mais de uma pessoa, assumindo os riscos de sua atividade econômica” (MARTINS, 2012, p. 160).

Os motoristas autônomos têm se tornado uma presença cada vez mais proeminente no mercado de trabalho contemporâneo. Esses profissionais atuam de uma forma oferecendo os seus serviços para a população de uma forma flexível, que podem organizar suas rotas e decidir os mesmos como realizar suas atividades, onde também apresentam os desafios sem contar com as tarifas que são cobradas dos motoristas e correm risco de segurança.

Por outro lado, podemos notar que alguns dos motoristas que vindicam o reconhecimento do vínculo empregatício é fundamental para a definição das relações de trabalho, pois delimita o papel do empregador e suas responsabilidades perante o trabalhador. Ao nos depararmos com o artigo 2º da CLT, podemos observar que se busca assegurar os direitos trabalhistas, como a formalização do vínculo, o pagamento do salário de forma regular e justa, a garantia de um ambiente de trabalho seguro e saudável, entre outros: “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

A busca por um equilíbrio adequado entre a autonomia profissional e a proteção trabalhista é uma questão importante, surge a necessidade de se estabelecer um modelo regulatório que reconheça e garanta os direitos fundamentais dos motoristas autônomos, ao mesmo tempo em que respeitam a autonomia, a flexibilidade inerente ao trabalho autônomo e que sejam protegidos e tenham condições de trabalho justas e cumpridas.

A complexidade desse desafio reside na conciliação de dois princípios aparentemente divergentes: a valorização da autonomia do trabalhador e a necessidade de assegurar uma proteção efetiva aos seus direitos trabalhistas. Necessário se faz analisar que as plataformas digitais, onde os motoristas operam de forma autônoma suas atividades, estão sujeitos a um grau de controle e direcionamento por parte da empresa.

A autonomia profissional refere-se à capacidade de um indivíduo exercer seu trabalho de forma independente permitindo que tenham controle sobre sua rotina, tomando suas próprias decisões e gerenciando suas atividades laborais. É um aspecto considerável onde permite que se adapta com o profissional e possua uma carreira e tenha suas necessidades pessoais. No entanto, é válido ressaltar que autonomia profissional não dever ser comparada com proteção.

A proteção trabalhista tem um papel fundamental na garantia de direitos e condições adequadas de trabalho para os colaboradores que exercem suas funções nas empresas. Visando assegurar que os trabalhadores tenham acesso a benefícios e garantias fundamentais, tais eles como salário mínimo, jornada de trabalho limitada, férias remunerada, segurança e saúde no trabalho, entre outras garantias para o trabalhador:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário

normal (...).

A garantia de direitos trabalhistas buscam proteger a os motoristas, estabelecendo normas e regulamentações que visam resguardar os direitos e interesses dos trabalhadores, como também as informações coletadas de dados pessoais dos mesmos. Essas medidas visam evitar desconforto e condições precárias de trabalho, e sim promovendo o bem-estar dos trabalhadores. De acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD):

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018).

No contexto da relação entre motoristas e passageiros, a um aspecto importante que visam assegurar as condições justas de proteção trabalhista quando se refere o motorista na plataforma digital, ao aceitar uma solicitação de corrida do passageiro, ele deve amparar e atender de acordo com os critérios da regulamentação de transporte privado individual de passageiros. Vejamos abaixo um trecho da Lei, que refere a essa prestação de serviço com o motorista e o passageiro na plataforma digital:

Art. 2º. O inciso X do art. 4º da Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º (...).

X - transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

(...)

(NR). (LEI Nº 13.640, DE 26 DE MARÇO DE 2018.)

Os passageiros cadastrados na plataforma digital, ao fazer o pedido da corrida no aplicativo solicitam uma prestação de serviço junto a empresa, e podem manifestar suas insatisfações com este serviço. Sendo assim o Código de Defesa do Consumidor, diz que a plataforma digital possui responsabilidade objetiva devendo responder por prejuízos causados a terceiros independentemente da *existência de culpa*, sendo que neste caso a plataforma digital responde solidariamente com o motorista no caso de prejuízo aos passageiros:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Em suma, havendo o reconhecimento do vínculo empregatício e restando o trabalhador amparado com as garantias legais e com as condições justas de trabalho disso resultará um trabalho mais seguro, digno, confiável, valorizado sem ter conflitos e desconfortos entre as partes, ficando a população melhor servida.

4.2. Despesas das empresas

As empresas que organizam e mantêm as plataformas digitais se beneficiam financeiramente da mão de obra sem arcar com os custos associados e operacionais, transferindo essas responsabilidades para os trabalhadores. São despesas que geram para o trabalhador ao fazer o seu serviço e de certo modo não são reconhecidos, pelas as plataformas digitais esse lado do trabalho. Conforme Maher (2001, p. 64), “um custo representa um sacrifício de recursos”.

No ano de 2018 foi editada a Lei 13.640/2018, e que prevê a regulamentação da atividade econômica de transporte privado por aplicativo ao nível de cada Município que assim o fizerem, definindo ainda o ente municipal as questões relacionadas a cobrança de tributos nessa esfera.

Nessa esteira, são vários os Municípios brasileiros que tem criado a legislação pertinente, a exemplo de Uberlândia, Município mineiro que editou a Lei 13.982/2023, regulando uma série de aspectos pertinentes.

Essa perspectiva nota se que a necessariamente a existência entre o benefício financeiro obtido pelas empresas em cima dos motoristas e as despesas em que os trabalhadores tem com veículos entre outros. Em muitos casos, os motoristas são obrigados a possuir seus próprios veículos, onde acabam tendo que adaptar com os modelos do carro que a empresa da plataforma digital coloca no requisito: Veja abaixo, um trecho do processo nº 0020750- 38.2020.5.04.0405, 4ª Região, onde se refere a empresa e o motorista:

51. Também era a reclamada que definia, unilateralmente, sem qualquer autonomia ou participação do reclamante, a grande maior parte das condições de serviço: a. Os requisitos do veículo a ser utilizado (cláusula 3.2. dos Termos e Condições Gerais dos Serviços de Intermediação Digital);b. O tipo de carro a ser utilizado para cada tipo de serviço (Uber X ou Black) ;(Nº 0020750-38.2020.5.04.0405, 4ª Região).

Uma questão relevante a ser abordada é o controle exercido pela plataforma digital sobre o preço das corridas e a capacidade de determinar o destino final sem quer

o motorista tenha conhecimento prévio. Essa prática levanta questionamentos sobre a transparência e a equidade do sistema, uma vez que os motoristas muitas vezes são incapazes de avaliar para definir o valor da corrida ou local de destino. E como isso os motoristas ficam no questionamento: “F. O preço a ser praticado é definido exclusivamente pela reclamada, conforme cláusula 4 dos Termos e Condições Gerais dos Serviços de Intermediação Digital.”

A definição do preço de uma corrida pode variar com base em diversos fatores, como a demanda do momento, a distância percorrida, o tempo estimado da viagem e outros algoritmos internos da própria empresa. Esses critérios são determinados pela empresa e aplicadas de forma automatizada no aplicativo, sem que o motorista tenha controle ou acesso dessas informações que são relevantes para ele naquele momento de trabalho.

Pode resultar em situações em que os motoristas ao acessar o aplicativo não têm visibilidade sobre como o valor da corrida é calculado, a forma como a plataforma digital usa para calcular os quilômetros e tempo, para o motorista poder ter essa dinâmica e analisar ou contestar esses preços de acordo com a distância daquela corrida que foi solicitado pelo passageiro naquele momento.

A falta de conhecimento prévio sobre o destino final da viagem também pode gerar insegurança para os motoristas. Eles podem se sentir desconfortáveis em aceitar corridas sem saber para onde estão indo, o que afeta na capacidade de fazer seu planejamento e rota sem essas informações que são essências para o motorista, como da informação do preço para saber se tem troco caso o passageiro colocar a forma de pagamento em dinheiro e evitar transtorno para ambos.

Diante dessas questões sobre a visibilidade das informações entre a empresa e o motorista, é importante refletir sobre os impactos dessa falta de transparência que a plataforma digital tem com o motorista. É fundamental buscar soluções que promovam maior equidade e respeito aos direitos dos trabalhadores que são envolvidos nesse ramo de trabalho e garantindo uma boa relação entre as empresas e os motoristas.

Em relação aos custos associados à manutenção, combustível e seguro desses veículos que os motoristas do aplicativo têm sido cobrados, enquanto as empresas se beneficiam do serviço prestado sem arcar com essas obrigações financeiras. Tem um processo nº 0010140- 79.2022.5.03.0110, onde relata na ação, sobre essa questão das despesas em que os motoristas tem ao usar a ferramenta da plataforma digital:

É fato incontroverso nos autos que as despesas com combustível e manutenção do veículo eram suportadas exclusivamente pelo reclamante. Todavia, vale registrar que, uma vez reconhecido o vínculo de emprego, o risco do empreendimento deve ser assumido exclusivamente pelo empregador, pois a CLT consagra o princípio da alteridade (art. 2º da CLT). (Nº 0010140-79.2022.5.03.0110 – 3ª Região).

No contexto que se refere aos motoristas prestando seus serviços nas plataformas digitais, “há também um requisito para a manutenção do cadastramento do motorista, que consiste em avaliações anônimas, realizadas pelos usuários, ao término

de cada viagem, na qual é atribuída uma pontuação de zero a cinco estrelas. Caso o motorista apresente uma média inferior a 4,6 (ou outra média a ser arbitrada, de acordo com a região em que o motorista realiza viagens), ele é descredenciado da plataforma.”

São esses tipos de requisitos, termo de condições que as empresas que trabalham com as plataformas digitais, colocam inicialmente para os motoristas no ato do cadastramento do aplicativo que fazem que os mesmo procurem os seus direitos trabalhista, onde tem dispositivos que estão favoráveis ao empregado na relação de trabalho quando se é referido ao vínculo empregatício nas empresas.

Pode-se entender como importante que ao registrar atividade da plataforma digital onde inclui em um novo quadro, causada pela tecnologia e pela necessidade do dinheiro e de se recriar. São maneiras que as empresas encontram nos tempos atuais para enriquecerem, pela a buscar por soluções inovadores e sem pensar no que diz respeito aos motoristas que trabalham nestas plataformas digitais.

E para um bom reconhecimento que as empresas das plataformas poderiam fazer para os motoristas que são cadastrados nas suas plataformas digitais, auxiliando com uma ajuda de custo, com isso ao prestar o seu serviço no aplicativo, para atender os passageiros que fazem suas solicitações de corrida, podem aperfeiçoar melhor o seu atendimento e a qualidade de serviço. Para Sérgio Pinto Martins:

Ajuda de custo é a importância paga pelo empregador ao empregado com o objetivo de proporcionar condições para a execução do serviço. Não se trata, porém, de valor pago pela contraprestação dos serviços. Não serve para custear despesas de viagens, mas para ressarcir despesas do empregado na prestação de serviços para o empregador. (MARTINS, 2012, p. 268).

Dessa forma com as empresas da plataforma digital reconhecendo os serviços prestados pelos motoristas através do aplicativo fazendo que tenha uma boa relação entre ambas as partes e com essa perspectiva do crescimento do trabalhador atinge um ponto de vista da subjetividade do empregado nessa relação em compreender os momentos, fases em que o trabalho proporciona com o capital humano:

O que está em jogo nesses exemplos é a construção de uma nova subjetividade, o que chamamos de “subjetivação contábil e financeira”, que nada mais é do que a forma mais bem-acabada da subjetivação capitalista. Trata-se, na verdade, de produzir uma relação do sujeito individual com ele mesmo que seja homóloga à relação do capital com ele mesmo ou, mais precisamente, uma relação do sujeito com ele mesmo como um “capital humano” que deve crescer indefinidamente, isto é, um valor que deve valorizar-se cada vez mais (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 31).

A empresa tenta “mascarar” o contrato de trabalho do motorista, repassando formalmente a este a onerosidade inerente ao trabalho prestado no momento em que o

motorista assume as despesas com o veículo, impostos, mão de obra, entre outros.

5. Considerações finais

No presente trabalho, nos propusemos a analisar cientificamente a relação de emprego, sua caracterização, questionando a existência na relação de emprego entre os motoristas e as empresas que organizam e mantêm plataforma digitais. Para alcançar esse objetivo maior, utilizamos o método indutivo, visando gerar um entendimento quanto à existência ou não de tal vínculo empregatício, percebendo-se ao longo da pesquisa que embora existam decisões díspares, a inclinação tem sido pela negativa do vínculo de emprego entre o motorista e as empresas de plataformas digitais de transporte.

A partir das análises realizadas na presente pesquisa, foi possível chegar às seguintes conclusões:

A – Observando-se os requisitos para configurar uma relação de emprego extraídos do constante nos artigos 2º e 3º da CLT, há que se reconhecer o vínculo empregatício entre motoristas e plataforma digital, visando garantir os seus direitos como empregado, e buscando a preservação do modelo de trabalho flexível fornecido pelas plataformas digitais.

B – Na esteira das decisões que consideram os motoristas de aplicativo como trabalhadores autônomos vão na direção da existência de autonomia/inexistência de subordinação, em que peses haver dependência econômica e de serem efetivados alguns controles e determinações a serem cumpridas ditadas pelas plataformas.

C – Como os motoristas arcam com os custos de manutenção do veículo, combustível, seguro, internet para os smartphones para atender melhor os passageiros do aplicativo. O fundamental que sejam criadas políticas, regulamentações e práticas que as responsabilidades dos custos operacionais, um modelo de negócio mais equilibrado no qual as plataformas digitais contribuiriam financeiramente com uma ajuda de custo para os motoristas nas plataformas digitais.

D – A posição majoritária dos Tribunais Trabalhistas e do Supremo Tribunal Federal tem sido por negar a existência do vínculo empregatícios, considerando inexistir subordinação e que o trabalhador sendo autônomo, busca obter uma renda extra, desempenhando o trabalho no momento que mais lhe aprouver e interessar.

A questão do reconhecimento do vínculo empregatício entre os motoristas e as plataformas digitais continua a ser um desafio complexo, porquanto alguns tribunais tenham a perspectiva de que não há vínculo empregatício entre os mesmos, por falta de preenchimento de requisitos para tal o vínculo e sim onde o motorista por ser autônomo tem a versatilidade e a autonomia que as plataformas fornecem. Um aspecto a ser analisado entre o motorista e a plataforma digital é a questão da responsabilidade em caso de acidentes, sem o reconhecimento do vínculo empregatício, quem deve ser responsabilizado em situações de acidentes de trânsito ou danos a terceiros.

6. Referências bibliográficas

AGNELLINO FILHO, Luiz Carlos. Plataformas digitais e vínculos empregatícios. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 15, set. 2021. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/93209/plataformas-digitais-e-vinculos-empregaticios>>. Acesso em: 23 mar. 2023.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassett. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

AUTOESPORTE. Redação. **Uber**: conheça a história e polêmicas da empresa de transporte, n. 28, abr. 2017. Disponível em:

<<https://autoesporte.globo.com/carros/noticia/2017/04/uber-conheca-historia-e-polemicas-da-empresa-de-transporte.ghtml>>. Acesso em: 01 abr. 2023.

BARROS, Carlos Juliano. Nem CLT, nem autônomo: o projeto de lei que quer 'regrar' a relação de aplicativos com trabalhadores. **BBC News Brasil**, 14 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-53411585>>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BESSA, Ana Cláudia. O perfil do motorista de aplicativo no Brasil. **Revista Movimentação**, Dourados, v. 8, n. 14, jan./jun. 2021, p. 24-43. Disponível em: <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/movimentacao/article/view/14406>>. Acesso em: 1 jun. 2023.

BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

BRASIL. Câmara Municipal de Uberlândia. Departamento de Comunicação. **Comissão debate projeto de Lei que deve regulamentar atividade de transporte privado por aplicativo em Uberlândia**. Disponível em: <<https://www.camarauberlandia.mg.gov.br/imprensa/noticias/comissao-debate-projeto-de-lei-que-deve-regulamentar-atividade-de-transporte-privado-por-aplicativo-em-uberlandia>>. Acesso em: 05 jun. 2023.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região – Paraíba. RO nº 0000699-64.2019.5.13.0025, 2ª Turma, Rel. Des. Thiago de Oliveira Andrade, j. 23/09/2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais. ROPS nº 0010140-79.2022.5.03.0110, 11ª Turma, Rel. Des. César Pereira, j. 26/05/2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais. RO nº 0011359-34.2016.5.03.0112, 9ª Turma, Rel. Des. Maria Stela Álvares da Silva Campos, p. 23/05/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região – Rio Grande do Sul. ROPS nº 0020750-38.2020.5.04.0405, 8ª Turma, Rel. Des. Marcelo José Ferlin D. Ambroso, j. 22/09/2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalat. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

HELENE, Maria Elisa Marcondes. **Ciência e tecnologia: de mãos dadas com o poder**. São Paulo: Moderna, 1997.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MAHER, Michael. **Contabilidade de custos: criando valor para administração**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTEIRO, Alice de Barros. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Iniciação ao processo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2014.

SARAIVA JUNIOR, Renato; MAIA, Leonardo Caixeta de Castro. Análise dos custos de transportes: um estudo de caso em veículo de distribuição urbana. **Revista Fatec Zona Sul**, Santo Amaro, v. 9, n. 1, p. 1-23, out. 2022. Disponível em: <<https://www.revistarefas.com.br/RevFATECZS/article/view/543>>. Acesso em: 1 jun. 2023.

A possibilidade de uma morte digna à luz do Direito

*Fernanda Ferreira Silva*¹

*Israel Rodrigues de Queiroz Junior*²

Resumo: O objetivo da pesquisa é analisar se existe e qual seria a real possibilidade de uma morte digna à luz do direito. Para tanto, questiona-se a aplicabilidade da eutanásia como uma forma lícita de morte. A importância do tema é indiscutível, visto que trata de um tema considerado tabu, dadas as suas nuances e delicadezas, vez que envolve sofrimento e o decorrer do processo doloroso da morte ou até mesmo da lutar pela vida. Quando se fala em morte com dignidade, surge o questionamento na delimitação do direito com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia de sua própria vontade. Conclui-se nesse artigo que a prática da eutanásia deve ser vista como lícita, pois respeita a faculdade individual de cada indivíduo, ao passo que não deve ser regradada com argumentos religiosos, sociais ou de instrumentalização governamental, constituindo verdadeiro direito consolidado ao cidadão simplesmente por ser algo que somente ele pode dispor e controlar.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve histórico sobre eutanásia. 3. Eutanásia e suas modalidades. 4. Direito à vida e noção de dignidade. 5. Análise da eutanásia sob ótica da legislação penal brasileira. 6. A dualidade da eutanásia: crime ou ato de piedade? 6.1. Argumentos favoráveis à prática da eutanásia. 6.2. Argumentos contra a prática da eutanásia. 6.3. A Igreja Católica e a eutanásia: opostos. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Eutanásia. Morte. Dignidade da pessoa humana.

1. Introdução

A nomenclatura do termo eutanásia tem origem no grego e traz como significado “morte”, ou conforme algumas traduções mais atualizadas, “morte apropriada”. Assim, como a própria nomenclatura já traduz, a eutanásia tem como significado, a indução da morte por vias menos dolorosas para aqueles indivíduos que se encontram em estágio de sofrimento extremo.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo Mineiro – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: fernanda.yxz@gmail.com.

² Mestre em Direito Privado pela Universidade de Marília, Advogado e Professor do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: ajnho@hotmail.com.

Para Fabiano da Silva Abreu (2015), a eutanásia induz ao pensamento de um encurtamento necessário de uma vida, que não mais possui condições de permanecer com vida. Podendo ser tratado como um homicídio motivado pela compaixão *versus* piedade.

Ainda o mesmo autor comenta que nos tempos atuais, a eutanásia tem uma abrangência mais ampla, porém mais complexa, uma vez que se trata da eutanásia ativa, ou seja, é a eutanásia que combina uma ação para finalizar a vida do paciente em condições de sofrimento extremo e sem nenhuma perspectiva de cura.

O presente estudo é importante para o direito constitucional, que está ligado ao direito fundamental à vida e à dignidade humana e também até mesmo tendo ligação com o direito de todo indivíduo ter uma morte digna ao qual está presente e é citada no Art. 5º da CF/88. A Constituição Federal assegura ao cidadão o direito à vida e à dignidade como princípios fundamentais, mas também reconhece a autonomia própria e a liberdade individual, ou seja, a capacidade que cada pessoa possui em tomar decisões a respeito de sua vida e tendo como objetivo o querer e a manifestação da vontade da pessoa sendo elas aceitas.

A importância da realização deste estudo, tem em vista que essa temática é bastante delicada, uma vez que envolve sofrimento e o decorrer do processo doloroso de morrer ou até mesmo de lutar pela vida. É um processo somatório de conhecimentos e experiências talvez dolorosa e sem recursos, não só para a pessoa que estiver vivenciando essa decisão, mas também para a própria família do indivíduo o qual também vivencia tal situação. Sendo assim constrói-se neste artigo o objetivo de descrever as características inerentes do método o qual tem como base à dignidade da pessoa humana.

Imprescindível trazer a reflexão em favor do método da eutanásia, que não deve ser vista como opção de morte facilitada ou como direito de matar, tendo como afronta ao direito à vida. Mas, como objetivo de ajudar pacientes paliativos e em estado terminal a ter o direito de morrer dignamente. Obtendo o direito de morrer com dignidade, sendo este seu último desejo, cessando assim as dores, tratamentos e os incontáveis sofrimentos a que se submetem para prolongar sua vida, a vida a qual os próprios indivíduos não a querem mais, mas são obrigados a viver desta forma, pois não tem o direito de recorrer ao método que cessa toda essa dolorosa situação.

Estes indivíduos prolongam suas vidas, mas não possuem autonomia para decidir quando já basta o sofrimento que os próprios carregam consigo, tendo prolongado suas vidas sem esperanças, sem diagnósticos de cura, de melhora ou até mesmo diagnósticos de cessação do prolongamento da doença que eles possuem.

Diante desse contexto, esta pesquisa tem como objetivo discutir e refletir sobre como o levantamento do tema sobre a eutanásia faz emergir discussões manifestadas em todo o âmbito da sociedade com indagações sobre princípios éticos, morais, religiosos e jurídicos. Estudar o tema da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro, analisando o ponto de vista de sua prática, é relevante para o processo de reflexão a respeito da dignidade da pessoa humana e do direito a morte digna.

Ao trazer o direito à vida e à morte, o que se tem é uma certa omissão aos casos em que o direito à morte pode ser visto como autonomia de vontade para encerrar ciclos ou sofrimentos. Assim, o que se analisa é o direito a uma morte digna, em que a pessoa poderia ser protagonista de sua própria decisão.

2. Breve histórico sobre eutanásia

Como conceitua Luiz Neto Lima, o instituto da eutanásia não é um fenômeno recente, uma vez que acompanha a sociedade ao longo dos tempos.

Diversos povos, como celtas, tinham o hábito que os filhos matassem seus pais quando estes estivessem velhos e doentes. Na Índia os doentes incuráveis eram levados até a beira do rio Ganges, onde tinham suas narinas e a boca obstruídas com barro. Uma vez feito isso eram atirados ao rio para morrerem (LIMA, 2018, p. 35).

A prática da eutanásia tem início na Grécia, passando pelo Império Romano até os celtas. A palavra *eutanásia* vem do grego, sendo composta pelas palavras "*eu*" que significa "*bom*" e "*thanatos*" que significa "*morte*".

No entanto, é importante enfatizar que a compreensão e a aplicação desse conceito variam entre culturas e períodos históricos. Na Grécia antiga, a eutanásia foi considerada uma prática aceitável em certos casos que demonstrava sofrimento prolongado ou doença terminal. Já no Império Romano, havia visões conflitantes de que a eutanásia era vista tanto como uma opção digna como um ato imoral.

Como comenta Silva (2000), a eutanásia praticada pelos gregos antigos era conhecida como "a falsa eutanásia", que possuía o objetivo seletivo. Platão, em 400 a.C na cidade de Atenas, tinha como discurso que os velhos deveriam ser sacrificados uma vez que já eram fracos, debilitados e até mesmos inválidos.

Goldim (2006), leciona que:

Em Marselha, neste período, havia um depósito público de cicuta à disposição de todos. Aristóteles, Pitágoras e Hipócrates, condenavam o suicídio. Em um juramento de Hipócrates consta a seguinte fala "não darei qualquer droga fatal a uma pessoa, se me for solicitado não sugirirei o uso de qualquer uma deste tipo". Desta forma, a escola hipocrática tinha um posicionamento contra o que atualmente possui a denominação de eutanásia e suicídio assistido (GOLDIM, 2006, p. 16).

A Holanda foi um dos primeiros países a adotar a prática da eutanásia por meio de seu ordenamento jurídico, seguida da Bélgica que utilizou do Instituto da eutanásia para colocar fim a vida de pessoas em condições de sofrimento extremo.

O Egito também possui a prática da eutanásia, como comenta Goldim (2006) ao mencionar que Cleóprata VII (69 a.C), criou uma escola com o intuito de pesquisar formas de morte que não fossem dolorosas.

Salvador explica que no Brasil, já houve a prática de eutanásia em algumas tribos nos velhos que não participavam das caças por já estarem debilitados. Veja-se:

No máximo, aplicavam-lhe ervas com que se acharam bem, ao haverem padecido da mesma enfermidade, sarando com elas indivíduos acometidos de mal de fácil e rápida cura. Aduziu que se a enfermidade, entretanto, era prolongada ou incurável, não havendo mais quem curasse o doente, qualquer tratamento era interrompido, cessando as medidas em busca da cura ou do conforto do doente, que era então deixado inteiramente ao desamparo, donde se via a pouca caridade com os fracos, idosos incapacitados e enfermos (SALVADOR apud GUIMARÃES, 2011, p. 67).

Atualmente no Brasil o instituto da eutanásia não é autorizado. Pode-se atestar que não há uma tipificação penal incriminatória específica para eutanásia no Código Penal Brasileiro, porém, o entendimento geral do doutrinamento é que a prática é considerada crime.

3. Eutanásia e suas modalidades

Para Maria de Fátima de Sá e Bruno Naves, a eutanásia é a celebração da morte. É o caminho por meio de ações que levam ao fim, ou seja, com a ajuda da medicina, a vida do paciente incurável e em estado de grande sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida. A eutanásia é também conhecida como provocação de morte piedosa, segundo Marcello Guimarães:

A eutanásia própria ou propriamente dita seria a conduta detentora dos seguintes requisitos: provocação de morte piedosa, por ação ou inação de terceiro, no caso o médico; de que se determine o encurtamento da vida, em caso de doença incurável que acometa paciente terminal a padecer de profundo sofrimento, compreendendo assim a provocação da morte por ação, denominada eutanásia ativa ou quanto por inação, entendida como eutanásia passiva (GUIMARÃES, 2011, p. 91).

Entretanto, é presente e inegável que exista uma certa confusão sobre o termo 'eutanásia', o que justifica uma reflexão sobre o tema trazendo como base fundamental as considerações de Leo Pessini:

Para ajudar na classificação terminológica, nesta fase da discussão, sugerimos que o termo eutanásia seja reservado apenas para o ato médico que, por compaixão, abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de eliminar a dor e que outros procedimentos sejam identificados como expressões de assassinato por misericórdia, mistanásia, distanásia ou ortotanásia conforme seus resultados, a

intencionalidade, sua natureza e as circunstâncias (PESSINI 2004, p. 205).

No decorrer desse estudo é de extrema importância compreender o conceito de promoção da morte, não havendo este conceito não poderá dizer e afirmar que houve a execução da eutanásia. A morte ocorrida de forma espontânea, quando ocorre de forma natural nunca é considerada eutanásia. Outro aspecto que não podemos considerar é a interferência de terceiros.

No entanto, se a morte não foi provocada por outra pessoa, não há o que se falar em eutanásia. Se a morte é provocada pela mesma pessoa o termo correto é suicídio e não eutanásia. A doença que chegou em sua fase terminal também é considerada como fator preponderante para a eutanásia, levando em conta que a condição da pessoa considerada para a eutanásia deve ser irreversível, tendo se esgotado todos os métodos que poderia fazer e haver para aquela determinada situação. Não devendo haver esperança de cura ou melhoras, até mesmo de recursos de máquinas ou tratamentos terapêuticos para a cura e recuperação do paciente. Além disso, o paciente deve estar em estado terminal sendo este o requisito principal e necessário para se recorrer a Eutanásia.

Quando praticado a conduta da eutanásia é necessário que seja com intuito de cessara vida, sendo a mesma realizada por um médico, que é devidamente capacitado para lidar com a situação que o paciente em estado terminal se encontra. No entanto, há autores que argumentam que a eutanásia não precisa ser necessariamente realizada exclusivamente por um médico para ser caracterizada como tal. No entanto, possui alguns autores que argumentam que a prática da eutanásia naquele devido caso, não precisa ser necessariamente realizada apenas por um médico.

Para Mônica Vieira, o conceito de eutanásia não está restrito a atos de caráter médico, vejamos:

O conceito de eutanásia que se adota neste trabalho não se restringe aos atos de caráter médico, entendendo-se eutanásia como a conduta que, ativa ou passivamente, mas sempre de forma intencional, abrevia a vida de um paciente, como objetivo de pôr fim ao seu sofrimento (VIEIRA, 2009, p. 103).

A eutanásia é amplamente entendida como conceito que acelera a morte de pacientes, cujo possuem doenças incuráveis, que estão em fase de estágio terminal, ou portadores de dores intensa, incuráveis ou sem recursos de cessação. Para concluir está parte do artigo, cabe abordar as formas diferentes da eutanásia existentes.

Atualmente em nossa sociedade de modo geral existem inúmeras formas, conceitos e classificações diferentes sobre eutanásia. Duas das mais importantes são a eutanásia ativa e a eutanásia passiva (ou indireta). A eutanásia ativa é a forma mais presente e comum, sendo ela eficaz de provocar a morte terminal direta do paciente, por meio algum método de substância letal e indolor, se o paciente consentir previamente, garantindo assim uma morte digna e indolor. A eutanásia passiva, por outro lado, visa acabar com o sofrimento sem fazer nada. Este método passivo, segue com o segmento dos médicos que sempre interrompem o tratamento ou com a dosagem de medicamentos,

tendo considerado o pedido explícito do paciente com a intenção de causar a morte do mesmo. Importante enfatizar que estas são apenas duas das inúmeras formas de classificar a eutanásia, cada uma levantando questões éticas e complexas que variam de acordo com as leis e culturas nacionais.

Para dar amplitude ao tema, aqui tratemos as modalidades de eutanásia, nos parâmetros e conceitos trazidos pela maioria dos autores do tema, e especialmente por André Luiz Adoni (2003):

a) *Eutanásia propriamente dita*: é o modelo clássico de eutanásia porque traz em si o conceito de que ofertar a morte a alguém é um ato de piedade, pois o sofrimento não precisa ser alargado se não há esperança e o único fator que impede a pessoa de morrer é o tempo. Logo a eutanásia é feita como uma forma até de respeito para aquele que sofre.

b) *Distanásia ou eutanásia lenitiva*: ao contrário do conceito clássico da eutanásia, a distanásia é quando há um esforço artificial para manter a vida de uma pessoa, mesmo a custo de muito sofrimento, logo é o exato oposto de uma morte digna e piedosa.

c) *Eutanásia terapêutica*: é um tipo de eutanásia praticada pela medicina, tal que são empregados meios terapêuticos para tentar eliminar o sofrimento do paciente, proporcionar-lhes uma morte da melhor maneira possível, sem dor, sem sofrimento e que o estado não se mantenha duradouro. É diferente dos cuidados paliativos pois aqui pode se inclusive omitir certas medicações e procedimentos, tal que o objetivo real é a morte.

d) *Eutanásia de duplo efeito*: é um tipo de eutanásia que acontece por consequência de um ato pregresso que não teve intento de causar a morte. É quando, na tentativa de amenizar o sofrimento de alguém, os métodos utilizados acabam por acarretar a morte da pessoa. É o caso de um paciente de câncer, em que o médico receitou uma dose maior de morfina para aliviar o sofrimento, mas isso acabou por levar o paciente a óbito.

e) *Eutanásia experimental*: é um tipo de eutanásia que visa a experimentação científica, servido como análise de dados futuros. É uma eutanásia indolor que tem como objeto de estudo a morte.

f) *Eutanásia súbita*: é a eutanásia que acontece de uma maneira rápida e sem pré-disposições, acarretando uma morte não esperada no momento.

g) *Eutanásia natural*: é a conceituação da morte gerada por eventos naturais, próprios do envelhecimento humano ou das doenças adquiridas. É a eutanásia esperada por todos, vez que o seu gatilho é o próprio ato de viver e envelhecer.

h) *Eutanásia por omissão*: exatamente como o nome descreve, é a provocação da morte simplesmente por se deixar o estado da pessoa se manter e piorar até que se culmine a morte. É um método visualizado em abrangência na comunidade médica, pois é uma maneira até informal de respeitar os desejos do paciente.

i) *Eutanásia eugênica*: é a eutanásia do ódio. É a ideia que visa levar a morte todos aqueles que não seguem determinado padrão fenotípico. Foi o argumento utilizado pelo nazismo para morte de milhões de pessoas.

Ademais, considerando as modalidades trazidas acima, temos que a ortotanásia e a distanásia se fazem demasiadamente importantes ao tema e serão explanadas em detalhes a seguir, vez que são os métodos mais utilizados, bem como os mais discutidos pela comunidade academia que trata do assunto.

A ortotanásia, como explanado se refere ao processo, do qual o paciente morre naturalmente, não tendo a interferência e intervenção de terceiros, para acelerar o processo da morte e muito menos fazendo procedimentos invasivos para prolongar os dias de vida. Em alternativa, um paciente incurável já tem uma doença avançada ou condição irreversível e recebe assistência médica para permitir que esse processo siga seu curso natural, porém sem dor e sem intervenção médica para prolongar artificialmente a vida. Este recurso da ortotanásia fornece cuidados paliativos adequados, permitindo que os pacientes tenham uma morte tranquila e digna, visando respeitar os seus últimos desejos, mantendo a qualidade de vida sem dor e sem procedimentos invasivos, até a chegada da morte de forma natural.

Já, a Distanásia, tem como significado a prolongação da morte do indivíduo em estado terminal. A distanásia, tem como conceito a prolongação desnecessária da vida do paciente, embora traga alívio aos sintomas e dores que o paciente sente, não traz nenhum benefício de melhora para prolongar a qualidade de sua vida e muito menos ter a expectativa de melhoras ou até mesmo de cura, ou seja, deixando-o vivo, e consequentemente retardando a sua morte, tornando-a cada vez mais dolorosa e lenta durante esta fase de sua vida.

Concluindo o conceito da distanásia, Eduardo Cabette ressalta que a distanásia possui:

No emprego de recursos médicos com o objetivo de prolongar ao máximo possível a vida humana. Pode-se, assim, conceituar a distanásia como o ato de prostrar o processo de falecimento iminente que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil. Trata-se aqui da atitude médica que, visando salvar a vida do moribundo, submete-o a grande sofrimento. Não se prolonga, destarte, a vida propriamente dita, mas o processo de morrer (CABETTE, 2009, p. 31).

O último conceito científico trata-se do suicídio assistido, essa opção de escolha do paciente, o próprio comete suicídio, porém tendo auxílio, sendo esse auxílio de inúmeras formas, desde uma pessoa para ajudar e encorajar este ato a acontecer até nas prescrições de receituário de doses letais de medicamentos para sua morte. Tendo como objetivo esse método a consecução concreta de sua morte.

4. Direito à vida e noção de dignidade

A dignidade da pessoa humana é o principal de todos os direitos fundamentais. O princípio da dignidade humana, tem como alicerce básico garantir as necessidades vitais de cada indivíduo. A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 foi particularmente destacada o reconhecimento do princípio da ordem jurídica e da dignidade humana.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento basilar da República, e também pode ser entendido como a garantia das necessidades inerentes e vitais de cada pessoa, ou seja, um valor intrínseco a cada indivíduo como um todo.

Considerando que o reconhecimento da dignidade é inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. (DUDH, 1948).

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. (DUDH, 1948).

Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

A vida é o bem mais valioso do nosso ordenamento jurídico. Nossa atual Constituição Federal nos garante o direito de ter uma vida respaldando a dignidade sobre ela. A Carta Magna descreve e prevê isto em seu Art. 1º:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

O artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 garante a todas as pessoas a inviolabilidade dos direitos inerentes à vida, à liberdade e à segurança, porém tais direitos não são absolutos não representando obrigações, sendo apenas disposições de garantia, vejamos:

III - Ninguém será submetido à tortura ou a tratamentos degradantes; IV - Liberdade de expressão de pensamento

(...);

VI - Liberdade de consciência e a crença são invioláveis;

VIII - Ninguém será privado de direitos devido a crenças religiosas, filosóficas ou políticas, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

O conceito de viver com dignidade levanta grandes dúvidas e questões como: Você não tem o direito de viver? Ou o direito à vida é absoluto? A resposta é não. O direito à vida é talvez o nosso direito mais importante, mas há abreviações desses direitos que são dispositivos constitucionais e legais que permitem flexibilidade de tratamento, visando sempre respeitar o exercício de outras liberdades fundamentais dos titulares deste

direito. Sobre isto, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do relator Ministro Celso de Melo, já decidiu que: “os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. (STF, Mandado de Segurança nº 23.452, Rio de Janeiro, DJ 12/05/2000).

Outro aspecto que surge é que o direito à vida deve ser considerado um dever de Estado, mas não sendo uma imposição a dignidade, gerando um fator preponderante para sustentar a vida humana, especialmente por exemplos de razões como se autonomia humana não for respeitada, não há dignidade. Os Estados devem, portanto, abster-se de interferir nas escolhas de sobrevivência do indivíduo, como aqueles que são pegos por adultos que buscam a realização da Eutanásia, desde que ele possa fazer suas exigências e esteja consciente do ato. Está é uma decisão informada baseada na consciência do próprio paciente. O ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no Recurso Extraordinário nº 898.450/SP explana sobre o dever negativo do Estado sobre ingerência na vida das pessoas:

O Estado não pode pretender viver as nossas vidas para nos poupar de escolhas equivocadas, até porque o que parece equivocado para um não será equivocado para outro. Portanto, o papel do Estado é permitir que cada um viva a sua própria convicção, o seu ideal de vida boa. (STF, Recurso Extraordinário nº 898.450, São Paulo, DJe 31/05/2017).

O direito às próprias escolhas, deveria ser inerente ao ser humano, e não uma escolha ou imposição do Estado. Essa autonomia das próprias decisões, traduz ao ser humano, a capacidade de autodeterminação, não cabendo interferência do Estado, isso sim seria violar a dignidade da pessoa humana.

Ademais, presente na própria Constituição, mesmo considerando seu escopo normativista aberto, temos que no inciso II, do artigo 5º, há certa maleabilidade em relação ao tema em comento, pois traz de fato uma verdadeira inconformidade, considerando que ninguém deixará de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, mesmo que isso seja uma decisão sobre a própria vida: “Art. 5º. [...] II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Concretizando o direito à vida para o exercício de outrem, cujo indivíduo não pode mais exercer sozinho os seus direitos, mas goza plenamente do direito à vida. Uma vida com dignidade e uma vida decente. Conclui-se este conceito, com um pensamento forte, o que é viver uma vida humana, cuja liberdade do indivíduo é restrita e o impossibilita de exercer os seus direitos de cidadão e sua autonomia de querer e fazer o que quer.

5. Análise da eutanásia sob ótica da legislação penal brasileira

O tema possui relevância indiscutível para a sociedade, seja por motivos religiosos, políticos ou éticos. Dessa forma, o esclarecimento dos principais pontos que circundam a eutanásia, como a historicidade, as modalidades e até mesmo a quem deve ser concedido o “direito” de uma morte digna, ou a cessação do sofrimento ou ainda o dever do estado

nessa concessão de escolha, traz a tona incansáveis discussões e debates acerca do instituto da eutanásia.

É sabido que no ordenamento jurídico o que predomina é o direito à vida. O ordenamento jurídico brasileiro é um conjunto de normas jurídicas e regras que se relacionam entre si de maneira hierarquizada. Dessa forma se subdivide em áreas, a fim de manter a paz e o convívio social, evitando contradições entre esses ramos jurídicos.

Os ramos do ordenamento jurídico brasileiro são: direito constitucional, administrativo, civil, processual, penal e trabalho e vários outros ramos do direito. Sendo que, o direito penal é o que delimita o tema do trabalho.

Conforme conceitua Hassemer (2007), é de responsabilidade do direito penal verificar as condutas e práticas, e preservar o equilíbrio social, aplicando de forma adequada a legislação, garantindo a efetividade do princípio da legalidade, que diz que não há crime sem lei anterior que o defina, tampouco não há pena que não exista sem prévia cominação legal:

Trata-se do que chamamos de *novatio legis* incriminadora: uma conduta, que, até então, não era considerada ofensiva para o bem comum, torna-se um fato penalmente típico, a *novatio legis* incriminadora é quando “uma conduta penalmente atípica passa a ser definida como crime ou contravenção (ESTEFAM; GONÇALVES, 2015, p. 231).

Ainda os mesmos autores lecionam que o instituto da eutanásia nunca despertou o interesse da legislação brasileira, uma vez que no código penal de 1830, o que se entendia por eutanásia era visto como suicídio, dessa forma a pena aplicada era de “auxílio à prática” do cometimento de suicídio. Neste sentido:

O que diferencia a eutanásia do suicídio assistido é quem realiza o ato, no caso da eutanásia o pedido é feito para que alguém execute a ação que vai levar à morte; no suicídio assistido é o próprio paciente que realiza o ato, embora necessite de ajuda para realizá-lo, e nisto difere do suicídio, em que esta ajuda não é solicitada (KOVÁCS, 2003, p. 196).

O Código Penal de 1940, que está em vigor nos dias atuais, traz a mesma concepção sobre o instituto eutanásia, aplicando as mesmas leis nas condutas referentes à eutanásia. Assim, a eutanásia vem sendo compreendida pelos tribunais brasileiros como uma presunção de homicídio, que pode ser realizado por motivação moral, ou seja, em função de uma vontade própria, sendo dessa forma visto pelo Código Penal no art. 65, inciso III e art. 121, §1º.

Nesse contexto, verifica-se que a eutanásia pode ser caracterizada por “homicídio privilegiado” e “homicídio qualificado”, nos quais a pena é superior à aplicada quando praticado “homicídio simples”, uma vez que as circunstâncias que qualificam o “crime”

possuem outra visão, não admitindo a combinação dos dois tipos de homicídio (qualificado e privilegiado) quando a intenção for a prática da eutanásia.

A partir desse pressuposto, percebe-se a inexistência da tipificação específica da eutanásia no código penal, o que não traduz que aquele que a pratica não será penalizado, porque a prática não é legalizada pelo sistema jurídico brasileiro. Assim, quem a comete será submetido às penalidades do art. 121 do Código Penal Brasileiro.

Por fim, faz-se necessário entender que não existe no sistema jurídico brasileiro leis específicas relacionadas ao tema, porém entende-se que devido ao grande interesse social, e a relevante abrangência do tema, toda decisão ou opção pela prática da eutanásia será interpretada pelas normas da Constituição Federal Brasileira, regidas pelo Código Penal. Assim, a prática da eutanásia macula os princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da inviolabilidade ao direito a vida. Assim, permanecer vivo é um direito absoluto.

6. A dualidade da eutanásia: crime ou ato de piedade?

6.1. Argumentos favoráveis à prática da eutanásia

São levantados diversos questionamentos morais acerca da prática da eutanásia, fatores positivos e negativos. Acredita-se que a eutanásia seja um caminho onde a dor e o sofrimento de uma pessoa em fase final possa ser cessado.

Conforme explicita Suzana Pinto (2004), a dor, sofrimento e o esgotamento do projeto de vida são situações que levam as pessoas a desistirem de viver. Dessa forma quando uma pessoa se encontra em estado de sofrimento extremo ou com absoluta falta de qualidade de vida, entende-se que a solução mais aceitável, seja uma finalização daquele sofrimento por meio de uma morte digna. Outra importante argumentação se dá a respeito da autonomia da vontade da pessoa doente, onde esse indivíduo possui a vontade própria de colocar um ponto final em sua vida.

É importante destacar que tal reflexão relacionada ao tema do artigo, é antes de tudo uma questão moral. Àqueles que se posicionam contra a prática da eutanásia se baseiam naquilo que está firmado pelo ordenamento jurídico, e em seus princípios fundamentais, como o direito a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a sua inviolabilidade, seguindo parâmetros morais e religiosos.

No campo da moral, o discurso principal da despenalização voluntária do direito à vida causado por doença incurável ou irreversível, está alicerçado na autonomia do indivíduo. Os argumentos utilizados são o não cumprimento dos princípios do ordenamento jurídico que prezam pela dignidade da vida. Prega-se a autonomia dos limites socialmente impostos com relação à preservação da vida. Não sendo da vontade própria do indivíduo quando se finalizará a vida.

Uma das razões mais citadas pelos proponentes da eutanásia é que o direito à eutanásia se baseia no respeito à autonomia humana, direitos que derivam do direito à liberdade. Tendo respeito à autonomia do paciente, portanto, significa que o paciente pode decidir, não só pelo melhor tratamento para ele, mas, sobretudo, sobre sua vida e quando vai morrer e dizer basta para aquele sofrimento. Tendo o indivíduo como base o direito e a oportunidade de escolher morrer com dignidade. Colocando um ponto final neste terrível sofrimento.

Outro argumento plausível e comum a favor da eutanásia é o princípio da qualidade de vida, uma das questões mais discutidas e importante na vida humana. Sabemos que é através da qualidade da vida que vivemos, que sabemos e temos a certeza se realmente vale a pena ter e seguir aquela vida. Esse conceito tem ligação direta com a autonomia pessoal.

Não é difícil falarmos sobre argumentos plausíveis a eutanásia quando, temos a base que ela é benéfica a trazer uma boa e digna morte a pacientes paliativos e em estado terminal. O principal argumento a favor da legalização e prática da eutanásia e do suicídio assistido em nosso ordenamento jurídico é o alívio da dor e do sofrimento, cujo são incontáveis as vezes que esses pacientes são acometidos e obrigados a passar, sofrimentos psicológicos e físicos, dores insuportáveis e intoleráveis pelo paciente.

6.2. Argumentos contra a prática da eutanásia

Considerando que a ética é o combustível das leis, e que como explanado acima, a moral é uma construção de todo tipo de ambiência em que as pessoas se incluem, e nesta toada por óbvio, uma das mais importantes é a religião, tal que, por exemplo no Catolicismo, a Bíblia prega que não cabe ao homem (como um todo) a decisão de colocar um fim a sua própria vida.

Mesmo não sendo de forma específica a conceituação da eutanásia, fica embutido o entendimento religioso que a vida é um dom divino dado por Deus, e cabe ao próprio Deus decidir quando será esse ponto final. Nessa visão não se pode fazer uma escolha, uma vez que tal escolha seria violar um direito divino.

Outrossim, temos que a recepção normativa, até de ordem mundial preza primordialmente o direito a vida como o direito precursor de todos os outros direitos, pois só se direciona a quem tem vida. Não que não exista leis que fazem defesa das pessoas falecidas tais as que versam preservação de sua dignidade mesmo após a morte, porém é um contrassenso pensar que o morto de alguma maneira fará uso disto. São basicamente leis criadas para preservar a boa memória que os vivos têm dos que já se foram. Então, em suma, de maneira fática, as leis se fazem agir entre vivos pois é o vivo que exerce o direito por sua própria faculdade.

Dessa forma, referente a argumentação desfavorável à eutanásia, o simples fato de não existir mais vida para a pessoa já é motivo de tentar preservá-la e a maioria da legislação ao redor do globo tem como premissa este princípio basilar, qual seja, garantir o direito à vida, e nisto temos que há um comando cogente até para o Estado, para que este preserve a sua própria vida para você, a considerar que as próprias pessoas não tem capacidade plena de gestão da própria vida e como o direito é apto a regular as ações humanas, sendo este um ponto controverso em que se mantém o direito a vida em vigor até contra a vontade imperativa da pessoa.

6.3. A Igreja Católica e a eutanásia: opostos

Em seus dois mil anos de história, a Igreja Católica sempre vaticinou que a vida deve ser protegida desde a sua concepção até sua morte natural ou “pelas mãos de Deus”.

Dentro da ótica eclesial, qualquer que seja a forma, motivo ou até mesmo justificativa para a interrupção da vida para a Igreja é considerado como um anátema, visto que viola os ditames do criador.

O progresso médico e tecnológico prolonga vida e dessa maneira a Igreja acredita no viés preservativo da vida. Há 66 anos, em 24 de novembro de 1957, Pio XII fez um discurso a um grupo de anestesistas e reanimadores que o Papa Francisco descreveu como “memorável”. Nesse discurso o Pontífice reafirmava a não legalidade da eutanásia. Porém nesse discurso a Igreja manifestou-se como ser “moralmente admissível” abster-se ou suspender o uso de tratamentos e terapias, quando seu uso não corresponder ao efetivo sucesso do tratamento.

A Constituição conciliar “Gaudium et spes” lista a eutanásia como uma violação à vida humana:

Tudo quanto se opõe à vida, como seja toda a espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário; tudo o que viola a integridade da pessoa humana, como as mutilações, os tormentos corporais e mentais e as tentativas para violentar as próprias consciências; tudo quanto ofende a dignidade da pessoa humana, como as condições de vida infra-humanas, as prisões arbitrárias, as deportações, a escravidão, a prostituição, o comércio de mulheres e jovens; e também as condições degradantes de trabalho; em que os operários são tratados como meros instrumentos de lucro e não como pessoas livres e responsáveis.

Na encíclica papal “Evangelium Vitae”, de 1995, João Paulo II enfatizou que a eutanásia:

Ora mascarada e subreptícia ora atuada abertamente e até legalizada”, está se tornando cada vez mais generalizada. “Por pressuposta compaixão diante da dor do paciente, às vezes pretende-se justificar a eutanásia também com uma razão utilitarista, isto é, para evitar despesas improdutivas demasiado gravosas para a sociedade. Propõe-se, assim, a supressão dos recém-nascidos defeituosos, dos deficientes profundos, dos inválidos, dos idosos, sobretudo quando não autossuficientes, e dos doentes terminais. O Pontífice polonês destacou que “a tentação da eutanásia, ou seja, de tomar posse da morte, de adquiri-la antecipadamente e assim ‘gentilmente’ terminar a própria vida ou a dos outros, está se tornando cada vez mais forte”. Na realidade, “o que pode parecer lógico e humano, quando visto em profundidade, é absurdo e desumano. Aqui estamos diante de um dos sintomas mais alarmantes da cultura da morte.

Já o Papa Francisco, em 2014 na conferência promovida pela Associação Médica Católica Italiana, explicou:

O pensamento dominante propõe por vezes uma ‘falsa compaixão’, que considera uma ajuda para a mulher favorecer o aborto, um ato de dignidade proporcionar a eutanásia, uma conquista científica ‘produzir’ um filho considerado um direito em vez de o acolher como dom; ou usar vidas humanas como cobaias de laboratório presumivelmente para salvar outras. Ao contrário, a compaixão evangélica é aquela que acompanha no momento da necessidade, ou seja, do Bom Samaritano, que ‘vê’, ‘tem compaixão’, se aproxima e oferece ajuda concreta”. Por fim, o Papa Francisco sublinha, em uma mensagem de 2017 sobre o tema do fim da vida, que “não ativar meios desproporcionais, ou suspender seu uso, equivale a evitar a obstinação terapêutica, ou seja, realizar uma ação que tem um significado ético completamente diferente da eutanásia”. E recorda o que é expresso no Catecismo da Igreja Católica: “A cessação de tratamentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionados aos resultados esperados, pode ser legítima. É a rejeição da ‘obstinação terapêutica’. A intenção não é a de obter a morte: aceita-se que não se pode evitá-la.

Sintetizando o pensamento da Igreja Católica a carta “Samaritanus bônus” afirma que “incurável nunca é sinônimo de incurável” e por conta desse fato a Igreja se opõe à obstinação terapêutica, mas reitera como um “ensinamento definitivo” que “a eutanásia é um crime contra a vida humana”.

7. Conclusão

Neste artigo, nos propusemos a analisar cientificamente analisar qual é a possibilidade de uma morte digna a luz do direito, questionando a aplicabilidade da eutanásia como uma forma lícita de morte. Para chegar a esse objetivo, utilizamos o método dedutivo, considerando ser necessário a compreensão dos conceitos tanto do direito quanto da medicina sobre o tema, ao passo que se estabeleceu uma linha de coesão que objetivou definir conceitos do direito à vida, bem como construir uma argumentação sobre o direito a morte. Assim, foi feita uma pesquisa bibliográfica e documental.

A partir das análises realizadas neste trabalho, foi possível chegar à conclusão que a prática da eutanásia apesar de toda a visão negativa que carrega, é elemento de direito de cada ser humano e que obviamente, respeitando a dignidade da pessoa humana, que cada pessoa deveria ter o direito sobre a vida respeitado, ainda mais em casos de sofrimento ou inercia da medicina. Assim podemos verificar que em concordância com todas as pesquisas bibliográficas e argumentos sobre a eutanásia, apresentada a durante este artigo científico que a eutanásia não deve ser confundida com plano do governo ou política econômica, mas deve ser entendida como forma de exercício do direito fundamental, cujo objetivo é ter uma vida digna e, portanto, consequentemente, ter a possibilidade de ter uma morte digna.

Atualmente, o instituto da eutanásia esbarra nos dogmas morais e religiosos, sendo assunto bastante controverso pela sociedade, dividindo opiniões e carecendo de bastante reflexão sobre o tema até ser tornar aceitável pelo ordenamento jurídico.

Abordar o assunto referente à ao conceito eutanásia traz como consequência uma longa discussão repleta de aspectos prós e contra. Durante a construção desse artigo, concluímos que a eutanásia move diversas premissas, princípios e fundamentos que compõem a dignidade da pessoa humana. Outrossim vimos também o quanto a eutanásia é um conceito honorável e digno, mesmo ela sendo uma palavra assustadora quando a ouvimos, principalmente para aqueles que não compreendem o significado e o conceito por detrás da eutanásia ou do suicídio assistido, mas a garantia de que ela é uma das melhores soluções para os indivíduos que estão em estado terminal ou paliativo e querem dar um basta.

A eutanásia é considerada uma forma de cessação de um sofrimento, ou seja, destinado a pessoas doentes com prognósticos de doenças incuráveis, ao passo que sua prática não é regulamentada no Brasil e embora ainda não tenha sido contemplado no ordenamento jurídico nacional, há tentativas de legalizar a prática da eutanásia no nosso país, porém ainda é de uma realidade distante, pois não são frequentes a discussão sobre tal conceito em nosso país.

A prática da eutanásia é defendida apenas para casos específicos, de pacientes que estão em estado terminal, portadoras de doenças graves e incuráveis, sem expectativa de melhoras ou cessação da dor física e psicológica. Devendo essa prática ser realizada e praticada somente por um médico, mediante vontade declarada por escrito do paciente, e com ele estando em plena capacidade física e psíquica, depois de escrever ele deve registrar em cartório como prova que sua vontade era aquela.

A base da argumentação da liberação da eutanásia no Brasil, é o sofrimento constante sem prazo determinado para acabar. Esse sofrimento extremo leva as pessoas a querer colocar um fim, e o meio mais digno seria utilizar a prática da eutanásia.

Embora nem a saúde, filosofia e religião sejam capazes de oferecer uma interpretação única para definir o que seria uma morte digna, a legislação cumpre seu papel ao regulamentar o que não se deve ser feito a fim de preservar a vida como meio de garantir a dignidade da pessoa humana. Assim, observa-se que mesmo sendo um assunto polêmico na atualidade, a eutanásia é uma prática bastante difundida desde a antiguidade, sendo praticado por diversas culturas, demonstrando um consenso sobre a necessidade de cessação do fim de um sofrimento. Dessa forma o que se tem posto é o direito intrínseco ao ser humano de escolher recorrer a um recurso como a eutanásia como efetivação e respeito a sua própria dignidade como ser humano.

Apresentadas as conclusões deste artigo, verifica-se que a presente pesquisa constitui alicerce para uma pesquisa mais duradoura e mais aprofundada do tema, considerando ser uma temática de profundo interesse social que é fracamente explorada justamente por ser um tabu fruto de imposições de uma cultura moralista e de legislações que tolhem da pessoa o seu direito irrestrito a vida, podendo então ser fonte de vários estudos posteriores. Assim poderão ser analisados os indicadores quantitativos de pessoas em situação de morte assistida, bem como verificar a concordância ou não da população em relação ao tema, trazendo uma perspectiva empírica ao assunto e portanto, estabelecendo um parâmetro para compreender como é o sentido das comunidades em relação ao tema.

8. Referências bibliográficas

- ABREU, Fabiano da Silva. Eutanásia e legislação penal. **Âmbito Jurídico**, nov. 2015. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/eutanasia-e-legislacao-penal/> >. Acesso em: 03 jun. 2023.
- ADONI, André Luiz. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 9, v. 818, p. 394-421, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898.450, São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux, Dje-114, divulgação: 30/05/2017, publicação: 31/05/2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452, Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Melo, Dj 12/05/2000.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**. Curitiba: Juruá, 2009.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: parte geral esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista do Hospital de Clínicas de Porto Alegre**, 2006, 26(2), p. 86-92. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2023.
- GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: JH Mizuno, 2011.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- KOVÁCS, Maria Júlia. **Educação para a morte: temas e reflexões**. São Paulo: Casa do Psicólogo, Fapesp, 2003.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, Luiz Neto. **A legalização da eutanásia no Brasil**. Rio de Janeiro: GZ, 2018.
- MENEZES, Evandro Correa de. **Direito de matar: eutanásia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: São Camilo, 2004.
- PINTO, Suzana M. F. **Até quando prolongar a vida**. 2 ed. São Paulo: São Camilo, 2004.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de. **Da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Foco, 2009.
- SILVA, Sonia Maria Teixeira da. **Morte digna: o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2000.
- VIEIRA, Mônica. **Eutanásia: humanizando a visão jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009.

Análise crítica da legislação fundiária do Município de Uberlândia

*Amanda Lídia Marques Bittencourt Silva Jansen*¹

*Gabriel Oliveira de Aguiar Borges*²

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa foi analisar a legislação de regularização urbana do município de Uberlândia/MG, para responder a seguinte indagação: A legislação municipal de Uberlândia/MG, em se tratando de regularização fundiária, é eficiente? Para tanto, a metodologia foi definida como descritiva de natureza básica de abordagem qualitativa, através de pesquisa bibliográfica e documental, na busca por literatura histórica e atual, em sites oficiais e científicos com uso de revisão bibliográfica, utilizando o município de Uberlândia como recorte geográfico e o recorte temporal o período compreendido entre 2019 a 2023. Esta pesquisa se insere na discussão sobre a eficiência da legislação municipal frente à urgência na solução de problemas jurídicos, urbanísticos, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes, situação que interessa a comunidade com um todo, em especial a jurídica. Conclui-se, portanto, que a Prefeitura de Uberlândia está paulatinamente tratando das questões de Regularização Fundiária, em consonância com os princípios fundamentais e, em especial, sua atuação em promover políticas públicas voltadas à sua realidade. O cenário atual condiz com o esforço em se criar uma base para que, em um futuro próximo, se torne cada vez mais eficiente e célere em suas análises processuais.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei de Regularização Fundiária nº 13.465/2017. 3. Situação da clandestinidade fundiária em Uberlândia. 4. Legislação municipal, competência e atuação. 4.1. A eficácia da legislação municipal de Uberlândia. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Regularização fundiária. Lei complementar. Uberlândia.

1. Introdução

Esta pesquisa versa por analisar a legislação de regularização fundiária urbana municipal de Uberlândia/MG para suscitar a discussão sobre sua eficiência frente à urgência na solução dos problemas advindos da posse e propriedade irregulares. O

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo Mineiro – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: jansen.amandalidia@gmail.com.

² Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI/MG). Advogado. E-mail: gabrieloab@outlook.com.

objetivo principal, foi analisar a legislação de regularização urbana do município de Uberlândia/MG.

Nesse contexto, pergunta-se: quão eficiente é a legislação de regularização fundiária urbana no município de Uberlândia/MG em lidar com a urgência na solução dos problemas decorrentes da posse e propriedade irregulares, considerando a incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e a titulação de seus ocupantes, conforme delineado no Artigo 9 da Lei nº 13.465/2017?

Para obtenção dos resultados almejados na presente pesquisa, a metodologia foi definida como descritiva de natureza básica de abordagem qualitativa, através de pesquisa bibliográfica e documental com buscas na literatura histórica e atual, em sites oficiais e científicos. Visando uma melhor organização e delimitação ao presente artigo, foi atribuído o recorte temporal que compreende os anos de 2019 a 2023 adotando a revisão bibliográfica para desenvolvimento do presente estudo.

A regularização fundiária urbana, segundo o art. 9^a da Lei Nº 13. 465/2017, verbis: “(...) abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”, concedendo, assim, segurança jurídica a população, em especial as mais carentes com o direito de posse ou propriedade reduzindo conflitos, ampliando direitos reais, garantindo infraestrutura urbana, proteção ambiental e de fundamental importância para o combate à pobreza e para o desenvolvimento econômico do país. Dito isso, esta pesquisa se insere na discussão sobre a eficiência da legislação municipal frente à urgência na solução destes problemas, situação que interessa a comunidade com um todo, em especial a jurídica.

O artigo foi estruturado em duas partes. Inicialmente é apresentada a Lei de Regularização Fundiária com foco na discussão dos direitos e princípios fundamentais e o objeto de estudo observando a situação fundiária clandestina no município de Uberlândia. Na segunda parte é analisado o cerne da pesquisa, cujo enlace se dá com a defesa da eficiência da legislação municipal.

2. a Lei de Regularização Fundiária nº 13.465/2017

A Lei nº 13.465/17, Lei da Regularização Fundiária, foi promulgada em 2017 e, *verbis*:

Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União.

A priori, importa destacar que o objetivo medular da REURB consiste na regularização de núcleos urbanos informais consolidados em território nacional. Ou seja, mais que um simples procedimento, trata-se de uma política pública que uma transformação ao integrar o núcleo informal à cidade, possibilitando a transição do

âmbito meramente real para o legal o que proporciona uma série de benefícios tanto para os moradores do núcleo quanto para o Município (GONÇALVES, 2021).

Ademais, como um processo administrativo multidisciplinar, a REURB engloba diferentes aspectos para a regularização fundiária. Ela busca garantir a regularização social, em conformidade com o princípio da dignidade da moradia, a regularização ambiental, com foco na preservação ambiental, a regularização jurídica, visando à elaboração de escritura pública, titulação e registro do ocupante, e a regularização urbanística, que inclui o planejamento de infraestrutura e equipamentos públicos assim como as questões envolvendo loteamento, respeitando as diretrizes de cada região (MENDES, 2018).

Nesse interim, compete ao poder público fomentar políticas públicas (sociais) que buscam a efetivação da dimensão prestacional do direito fundamental supracitado que está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade humana observando, também, o direito fundamental ao meio ambiente de modo a promover o equilíbrio ecológico. Afinal, a terceira fase legislativa, como bem descreve o artigo 225 da CRFB/88, consagra os objetivos e deveres de proteção ambiental a cargo dos entes federativos e da coletividade, uma vez que o ambiente saudável, preservado e sustentável contribui, não só para a dignidade da pessoa humana, como para do valor econômico decorrente do uso dos recursos naturais em contrapartida com o valor inerente da natureza (BRASIL, 1988; SARLET, 2017).

Em se tratando de direito à moradia, Sarlet leciona que é um direito fundamental conferindo institutos como segurança jurídica da posse, infraestrutura básica, acesso à serviços essenciais, dentre outros. Isso posto, verifica-se que transcende a mera liberdade positiva, servindo de parâmetro para imposição de limitações referentes a condutas ofensivas advindas tanto de entes federados quanto particulares (SARLET, 2021).

O direito fundamental à moradia, em síntese, circunscreve-se direito ao acesso a uma habitação adequada, segura, saudável e digna. Distingue-se, portanto, do direito à propriedade, garantido pelo art. 5^a, XXII, da CRFB/88 e conceituado no art. 1.228 do Código Civil, que estabelece: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Essa garantia constitucional, portanto, assegura que toda pessoa tem o direito de possuir, utilizar, fruir e dispor de seus bens materiais e imateriais de forma legal (BRASIL, 1988; BRASIL 2002; GONÇALVES, 2018).

A questão relacionada à propriedade de imóveis consiste em uma problemática séria que se estende desde a época colonial. A propriedade registrada em cartório imobiliário é a regra e deveria ser aplicado a todos os imóveis, o que não ocorre na prática acarretando, principalmente, na insegurança jurídica da propriedade (SILVA, 2021).

Bruno Mattos e Silva (2021, p. 545) discorre que: “(...)coexistem: (1) propriedade registrada, podendo em casos específicos existir litígio a respeito de quem é o proprietário; (2) situações de posse, que podem incidir sobre imóvel registrado ou não; (3) propriedade não registrada”.

Importa, portanto, suscitar a discussão acerca das operações de loteamento, regidas pela Lei 6.766/79, Lei do Parcelamento do Solo Urbano. A referida lei possui força obrigatória, sendo de ordem pública e prepondera o interesse público sobre o particular. Em síntese, o loteador encontra-se obrigado a aprovar o projeto de loteamento junto à Prefeitura para posterior registro em sede de CRI, observando os parâmetros de

parcelamento estabelecidos em legislação própria (AZEVEDO JÚNIOR, 2022).

A Lei nº 13.465/2017, oriunda da conversão da medida provisória nº 759/16 estipulou um novo marco regulatório para regularização fundiária urbana. Apesar de ter sido criada com o intuito de facilitar e democratizar o processo de regularização, a lei citada anteriormente é complexa e engloba uma gama de conceitos e institutos jurídicos com intuito de abranger o maior número de casos de regularização, tendo em vista seu status federal (ALVES, 2018).

A título de exemplificação e para servir de base aos temas que serão apresentados posteriormente, é necessário destacar o trecho presente no artigo 11 da Lei de Regularização Fundiária. Nesse recorte, foram estabelecidas algumas conceituações determinantes para a compreensão do objeto da lei:

Art. 11. Para fins desta Lei, consideram-se: “I - núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural; II - núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização; III - núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município;” (BRASIL, 2017).

No âmbito dos institutos jurídicos, a Reurb faz uso de quinze instrumentos que estão listados no artigo 15 da Lei nº 13.465/17, incluindo a legitimação fundiária, usucapião, desapropriação em favor dos possuidores, consórcio imobiliário, intervenção do poder público em parcelamento clandestino e irregular, entre outros (BRASIL, 2017).

A legitimação fundiária consiste em uma nova forma de registro da propriedade fornecida através do reconhecimento da aquisição originária da propriedade, a depender da aprovação do Poder Público. Brunno Mattos e Silva pontua:

(...) o novo instituto tem o caráter de forma de aquisição originária da propriedade, de modo que as aquisições anteriores do imóvel não prejudicam e não são relevantes para o direito do proprietário que adquire por meio de legitimação fundiária. (art. 23, § 2º)” (SILVA, 2021, p. 149).

A Lei nº 13.465/2017, no entanto, estabelece um marco legal para o instituto supracitado, podendo este ser aplicado apenas para núcleos urbanos informais consolidados existentes até 22 de Dezembro de 2016, conforme dispõe o art. 9º, §2º, da Lei da Reurb.

Sobre núcleos urbanos consolidados: “Considera-se como núcleo urbano informal consolidado, para os fins da lei em questão, aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação(…)” (MENDES, 2018, p. 525).

Além disso, a Reurb é dividida em duas modalidades: interesse social (Reurb-S) e interesse específico (REURB-E). A primeira modalidade abrange ocupações feitas por pessoas de baixa renda, com finalidade residencial, que recebem gratuitamente o registro do imóvel e toda a infraestrutura básica providenciada pelo Poder Público. Em se tratando da REURB-E, quem custeia os melhoramentos é o ocupante sendo responsabilidade do Município analisar o processo (MENDES, 2018; SILVA, 2021).

Convém destacar que as discussões e pesquisas científicas são, em sua maioria, voltadas para a REURB-S por sua característica e impacto sociopolíticos, deixando uma lacuna nas discussões sobre a Reurb Específica (REURB-E) que é realidade em diversos municípios brasileiros com especificidades locais.

3. Situação da clandestinidade fundiária em Uberlândia

Em Uberlândia, segundo município mais populoso do Estado de Minas Gerais e o quarto do interior do Brasil, já foram mapeados pela Prefeitura Municipal 172 loteamentos clandestinos ou irregulares, sendo: 18 na Zona Urbana, 146 na Zona Rural e 12 no Parque Estadual do Pau Furado e sua Zona de Amortecimento (Figuras 01 e 02).

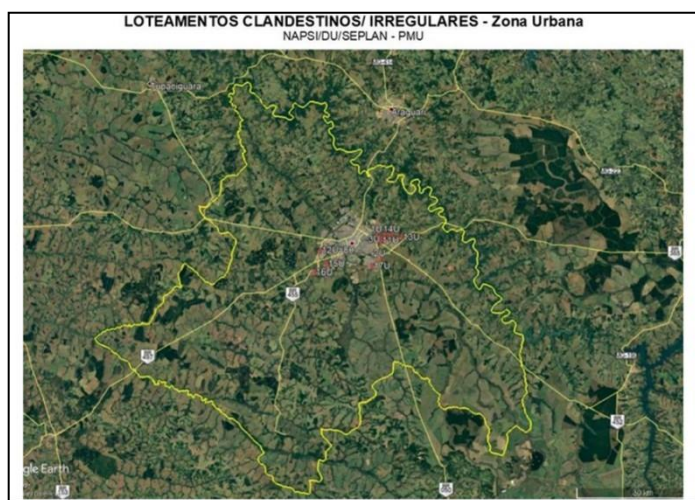


Figura 01: Mapeamento dos loteamentos clandestinos ou irregulares em Uberlândia

Fonte: Planejamento Urbano, 2023.

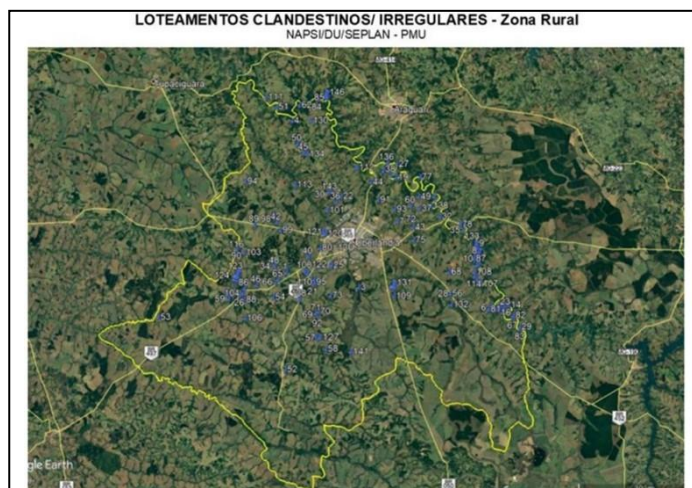


Figura 02: Mapeamento dos loteamentos clandestinos ou irregulares em Uberlândia

Fonte: Planejamento Urbano, 2023.

Este mapeamento é resultado das fiscalizações frequentes coordenadas pela Secretaria Municipal de Planejamento Urbano – SEPLAN, cujas ações contribuíram com a “Operação Terra em Lei” da Polícia Militar e Ministério Público de Minas Gerais – MPMG, desdobramento da operação “Desbravamento da Terra Prometida”, que em 2019 efetuou dezenas de mandados de busca e apreensão e prisões de responsáveis por parcelamentos clandestinos e irregulares no município cujo *modus operandi* se dava através do parcelamento de glebas rurais com dimensões inferiores ao módulo rural (ferindo a lei de florestas), além da propaganda e venda desses terrenos à revelia da administração municipal usando de contratos de compra e venda, documentos que comprovam a ilegalidade cometida e nulos perante a justiça. Foram identificadas, à época, pela PM de MPMG, organizações criminosas responsáveis por adquirir, parcelar e comercializar terras em vários municípios do Triângulo Mineiro (G1, 2019, UFU, 2019).

Este cenário ensejou a criação do Núcleo de Análise de Parcelamentos do Solos Irregulares – NAPSII integrando a Diretoria de Urbanismo da SEPLAN e a publicação das legislações municipais LC 670 de 02 de maio de 2019, que dispõe sobre o Programa de Regularização de Núcleos Urbanos Irregulares – PROURBI no município de Uberlândia e seus Distritos e a LC 671 de 6 de maio de 2019, que institui e delimita a Zona de Urbanização Específica 5 - ZUE 5, e ordena a regularização fundiária no Complexo Turístico Interlagos.

Nos anos seguintes houve, pois, a desaceleração nas irregularidades e/ou clandestinidades em novos parcelamentos.

Inobstante a esses esforços, os loteamentos já existentes não foram paralisados, conseqüentemente, se consolidaram com edificações, desde modestas a grandes mansões, configurando-se majoritariamente em Chácaras de Lazer conhecidos, também, como Sítios de Recreio, não caracterizando, pois, imóvel de família de baixa renda, vez que destina-se a segunda propriedade. Em decorrência, o município de Uberlândia figura como Réu em dezenas de processos judiciais provocados, em sua maioria, pelo MPMG acusando-o de não cumprir com seu papel fiscalizador e de polícia no combate a clandestinidade fundiária em seu território, resultando na condenação em alguns casos.

Outro fator relevante foi que a legitimação fundiária (que fundamenta a LC

670/2019) instituída pela Lei 13465/2017 limita a regularização fundiária ao marco legal de 22 de dezembro de 2016 como barreira para a clandestinidade, negligenciando as áreas consolidadas a posteriori. Neste sentido, envolto em movimentações políticas e sociais, o poder público municipal enviou projeto de lei à câmara de vereadores para criação de uma nova LC que instruiria a regularização fundiária utilizando do Art.15, do inciso 10 da Lei 13465/2019, que trata dos instrumentos da REURB, possibilitando “a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular, nos termos do art. 40 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979” (BRASIL, 2017; UBERLÂNDIA, 2019).

Neste contexto, para o presente artigo, serão utilizados dois institutos jurídicos que a lei em questão estabeleceu em seu art. 15, incisos I e X, referentes à legitimação fundiária e a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular. Institutos estes adotados pelo Município de Uberlândia para criação de suas leis complementares (SILVA, 2021; BRASIL, 2017).

4. Legislação municipal, competência e atuação

A lei ordinária 13.465/2017, que “dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana”, é a base legal que possibilita a regularização de parcelamentos clandestinos e irregulares no Brasil. Utilizando-se do art. 30 c/c art. 182 da Constituição Federal que tratam das competências municipais assim como as diretrizes para o desenvolvimento urbano, Uberlândia promulgou legislações próprias suplementares ordenando os critérios e procedimentos a serem adotados para promover a regularização de suas áreas ocupadas clandestina ou irregularmente (BRASIL, 1988; UBERLÂNDIA, 2019; UBERLÂNDIA, 2022, UBERLÂNDIA, 2023).

A legislação urbanística que trata da regularização fundiária urbana no município de Uberlândia/MG é disciplinada pelas Leis Complementares nº 670/2019, que “dispõe sobre o programa de regularização fundiária de núcleos urbanos irregulares – PROURBI no município de Uberlândia e seus distritos”, a LC nº 738/2022, que “disciplina a regularização de núcleo urbano informal clandestino em áreas particulares nos termos do art. 40 da Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 e suas alterações”, além do decreto nº 20.339, que “regulamenta o procedimento de regularização fundiária de núcleos urbanos informais de interesse específico” (UBERLÂNDIA, 2019; UBERLÂNDIA, 2022, UBERLÂNDIA, 2023).

Considera-se clandestino o parcelamento do solo rural que foi “implantado sem aprovação do Município” e irregular, *in verbis*:

Aquele que tenha sido aprovado, possua registro em cartório, mas não foi implantado no todo ou em parte ou foi executado em desacordo com o projeto aprovado, e aquele que tenha sido aprovado e não possua registro em cartório, implantado ou não (UBERLÂNDIA, 2022).

O município de Uberlândia apresenta em seu site o cenário da irregularidade e clandestinidade do parcelamento solo que contabiliza mais de 150 loteamentos já identificados, dos quais, conforme a planilha atualizada de loteamentos irregulares com

processo em tramitação elaborada pela SEPLAN, 104 já possuem processos em trâmite, sendo 86 na área rural e 18 em áreas urbanas. Analisando tal documento, observa-se que em 2019, ano da publicação da LC 670/2019, houve 19 entradas de processos administrativos na prefeitura, em 2020, 28 processos, em 2021 foram 23, em 2022 houve o ápice com 30 processos protocolados e 2023 já registra 3 processos (PLANEJAMENTO URBANO, 2023).

Importa destacar que a LC nº 670/2019 em seu art. 1, §2º, estabelece seu marco legal, ou seja, seu recorte de atuação em núcleos urbanos informais cuja existência esteja comprovada até a data de 22 de dezembro de 2016. Por conseguinte, os núcleos urbanos formados após o prazo estipulado na LC supracitada por ela não podem ser abrangidos. Ocorre que, novos loteamentos irregulares e clandestinos foram surgindo após a data limite, de modo que o município adotou como medida a LC nº 738/2022 (UBERLÂNDIA, 2022)

Até o presente momento não houve nenhum processo concluído de regularização fundiária em Uberlândia.

Isso posto, mediante a necessidade da criação de uma lei subsidiária, questiona-se: A legislação municipal de Uberlândia/ MG é eficiente?

4.1. A eficácia da legislação municipal de Uberlândia

A legislação urbanística que trata da regularização fundiária no Município de Uberlândia/MG é eficaz para o REURB-E porque, além de ter sido criada por ente federativo competente, no cerne de sua elaboração buscou compreender os interesses locais e particularidades da região, preencheu lacunas conceituais deixadas pela Lei nº 13.465/2017, especialmente em relação aos conceitos de “irregularidade” e “clandestinidade”, o que facilita mapeamento e a distribuição das ações inerentes ao processo de regularização pela prefeitura e envolveu profissionais das áreas de interesse, como arquitetos, engenheiros, dentre outros (PLANEJAMENTO URBANO, 2023; ALVES, 2018).

É mister perceber que o modelo federativo adotado pelo Brasil não apenas confere autonomia política, administrativa e financeira aos entes federados, como também contribui para a democracia. Isso ocorre porque a descentralização e especificidade dos entes proporcionam uma maior participação da população, atendendo de forma mais eficaz aos seus anseios respeitando, também, as demandas regionais. (MORAES, 2020).

Isso posto:

(...) a localidade que seja titular de poder político e administrativo, com liberdade para dispor sobre suas particularidades, pode ser vislumbrada como um espaço que facilita o exercício da democracia pela sociedade, pois a aproxima do centro de poder que decidirá sobre o modo como a vida ocorrerá naquele ambiente, permitindo um acesso mais direto para que a população possa fiscalizar e exigir as demandas que enta serem necessárias” (HOLANDA, 2016, p. 372).

É necessário destacar que a Regularização Fundiária é parte integrante da política urbana e, como preceitua o artigo 30, VIII, da CRFB/88: “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (BRASIL, 1988; AZEVEDO, 2022).

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu, *verbis*:

(...) 2. Compete ao Município promover a tutela do ordenamento urbanístico, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (CF, art. 30, VIII), o que, por certo, inclui a regularização fundiária. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.063418-2/001, Relator(a): Des.(a) Maria Inês Souza, 2ª Câmara Cível, julgamento em 04/05/2023, publicação da súmula em 04/05/2023).

Conforme expresso na Constituição, em síntese, os objetivos da política urbana, conforme previstos no art. 182, incluem a organização do plano de desenvolvimento e a promoção do bem-estar dos habitantes, destacando a essência humanitária que é acolhida. Ademais, trata-se de uma norma de eficácia limitada, necessitando, portanto, de uma lei federal que lhe atribua efetividade (BRASIL, 1988; AZEVEDO, 2022).

Em se tratando da Lei Federal 13.465/2017, que confere a efetividade supracitada, esta é suficiente para aplicação nos municípios. Ou seja, seus institutos jurídicos, instrumentos e procedimentos, são suficientes para promoção da regularização em território nacional sem exigir legislação complementar. Entretanto, a Lei Federal em discussão foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5883), proposta pelo Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB) questionando alguns de seus dispositivos, incluindo a parte referente ao Título II, cujos conceitos foram abordados no capítulo 2 do presente artigo (BRASIL, 2018)

O IAB sustenta que a lei federal em apreço viola as diretrizes do art. 30, I e VIII, da CRFB/88, no que tange ao planejamento e execução da política de desenvolvimento urbano, o que, segundo o Instituto, afeta “diretamente as necessidades e direitos dos habitantes de cada cidade” (BRASIL, 2018).

Não obstante, de acordo com a inteligência do art. 9,§1ª, da Lei nº 13.465/2017:

§ 1º Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional. (BRASIL, 2017).

Verifica-se, portanto, que a Lei da Regularização Fundiária oportuniza aos entes públicos que conduzam suas próprias legislações específicas e procedimentos, de acordo com as demandas de sua região, tendo como base o instrumento Federal. Como bem demonstrado no início deste capítulo, a Prefeitura de Uberlândia promulgou Leis

Complementares, Decretos e Portarias, buscando atender à realidade do Município e facilitar o trâmite processual.

No que diz respeito à Regularização Fundiária, a CF/88 estabeleceu diretrizes da política urbana conforme inteligência do art. 182, onde:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (BRASIL, 1988).

Verifica-se que o referido artigo prevê apenas o conteúdo mínimo da política urbana, sendo, portanto, uma norma de eficácia limitada, e que produz “seu efeito essencial somente após um desenvolvimento normativo a cargo do poder constituído” (MENDES, 2018). A Lei Federal que confere efetividade ao *caput* supracitado corresponde à Lei nº 13.465/2017, que estabeleceu normas para regularização fundiária rural e urbana assim como “sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal”; (MENDES, 2018; BRASIL, 2017).

O surgimento dessa lei foi motivado pela necessidade de se estabelecer um marco legal para a regularização fundiária no Brasil, durante o governo Temer, especialmente em áreas urbanas e rurais. Importa destacar que a ausência de regularização fundiária ocasiona inúmeras complicações, como a insegurança jurídica para os ocupantes, dificuldades na obtenção de crédito e financiamentos, titulação, além de problemas ambientais (OVANDO JÚNIOR, 2021).

Em suma, a Lei nº 13.465/17 teve como objetivo principal estabelecer regras claras e objetivas para a regularização fundiária, de forma a facilitar o acesso à propriedade e promover o desenvolvimento social e econômico do país. Para isso, a lei definiu critérios e procedimentos para a regularização de áreas rurais e urbanas, estabelecendo prazos e garantias para os proprietários (BRASIL, 2017).

Isso posto, o art. 11 da REURB merece destaque por ser aquele que estabelece as definições e conceitos e instrumentos nos quais a lei se baseia, o que facilita sua aplicação. O inciso I versa sobre o núcleo urbano que, sumariamente, descreve o assentamento humano irregular como aquele “(...) constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868.(...)”, referindo-se, desta forma, ao tamanho padrão de lotes e módulos rurais. (BRASIL, 2017).

Entende-se por núcleo urbano informal “aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer motivo, a titulação de seus ocupantes (...)” (art. 11, II, da REURB). Sendo a primeira situação de assentamento clandestino aquela que ocorre às margens da legislação e da aprovação dos órgãos responsáveis. Já o assentamento irregular remete às hipóteses em que os órgãos municipais aprovam com licenciamento, dentre outros, mas que por algum motivo não lograram êxito na aprovação total ao fim do empreendimento (BRASIL, 2017; OVANDO JÚNIOR, 2021).

Já o núcleo urbano informal consolidado está presente no inciso III e corresponde à hipótese mais ampla para qual a REURB deve ser aplicada. Segundo Altivo Ovando Jr,

esta forma de núcleo urbano é a mais comum em se tratando de núcleos urbanos informais e são, em síntese, ocupações mais antigas, dotadas de infraestrutura urbana de difícil reversão.

Sobre o tema, o TJMG dispõe, *verbis*:

“(…)5. Constatada a existência, ao menos, de um "núcleo urbano informal consolidado", como "aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município", a hipótese seria de regularização do empreendimento, na forma estabelecida na Lei Federal nº 13.465/17.6. (...) (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.202124-0/000, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/02/2022, publicação da súmula em 07/03/2022)”.

Contudo, se faz necessário destacar, algumas inconsistências presentes na REURB, que foram alvos de críticas, questionamentos e até mesmo dúvidas quanto à sua constitucionalidade formal, ou seja, sua forma de produção. Layla Moreira expõe em seu trabalho que, perante a complexidade que abrange o tema de regularização fundiária e suas implicações sócio-econômicas e ambientais, o tempo que compreende da publicação da Medida Provisória, realizada em 23 de dezembro de 2016, até a aprovação pelo Senado Federal em 31 de maio de 2017, foi apressurado sem sequer contar com a análise ou participação de profissionais especializados nas questões urbanísticas abordadas, tais como arquitetos e demais disciplinas relacionadas ao tema (MOREIRA, 2022).

Ademais, importa destacar que ao tempo em que foi aprovada, as políticas de austeridade, ou seja de maior rigor na área fiscal e no controle de gastos públicos. Isso posto, Moreira destaca:

Destaque-se que as polêmicas entorno da Lei ensejaram a propositura de três ações de inconstitucionalidade, ainda pendentes de julgamento, quais sejam, ADI nº 5771, ADI nº 5.787 e ADI nº 5883, propostas, respectivamente, pelo Ministério Público Federal (MPF), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB), o que demonstra as controvérsias acerca de uma lei elaborada sem o necessário tempo de reflexão. (MOREIRA, 2022,).

O município, legislando em complementação à Lei Federal, adota o princípio de maior restrição em função de suas características locais no tocante às irregularidades do parcelamento do solo observadas, em seu território (BRASIL, 1988; MENDES, 2018).

Para a legislação municipal destaca-se na lei 670/19, em seu *caput*, a destinação desta para “(...) regularizar e incorporar os núcleos urbanos informais irregulares e clandestinos ao ordenamento territorial urbano e permitir a titulação de seus ocupantes” excluindo a consolidação, porém, em seu art. 1, §2º, estabelece que: “(...) O PROURBI

somente poderá ser aplicado para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes no perímetro urbano, na zona de expansão urbana e na zona rural (...). A adoção do marco legal pela LC 670/2019, até 22 de Dezembro de 2016, relaciona-se à Lei 13.465/2017 (no seu Art. 9º §2º) direcionando-a a utilização estrita do instrumento de legitimação fundiária, desta feita, na somatória destas composições e associada ao conceito de núcleo urbano informal consolidado, é adotado pelo município a situação fática de difícil reversão quando comprovada a construções de edificações sólidas com características urbanas anteriores ao marco legal (BRASIL, 2019; OVANDO JÚNIOR, 2021).

Por consequência, mais de 50% dos processos já analisados, segundo o site oficial da prefeitura, tiveram atos decisórios de instauração indeferidos após a não comprovação de obediência ao marco temporal, deixando a ermo os loteamentos consolidados posteriores a 22 de dezembro de 2016. Este fato gerou grande comoção popular, provocando a criação de nova legislação que assegura os benefícios da regularização fundiária. (PLANEJAMENTO URBANO, 2022)

Para tanto, foi utilizado o Art. 15º, X da Lei 13.465/2017 para criação da LC 738/2022 com o objetivo de colmatar as lacunas deixadas pela lei predecessora. Assentada na Lei 6766/1979 que “Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências”, esta nova regulamentação chega com o compromisso de prover maior abrangência e agilidade na condução dos processos de regularização fundiária no município de Uberlândia (BRASIL, 2017; BRASIL, 2022; BRASIL, 1979).

A morosidade processual, por vez, decorre da complexidade inerente ao processo, devendo-se cumprir todas as etapas estabelecidas em lei, respeitando os direitos e princípios fundamentais no item 2. Ademais, um dos pontos levantados na ADI 5883 consiste no tempo curto em que a Lei Federal em observância foi promulgada. A ADI pontua que, a questão fundiária é uma problemática que perdura desde a época colonial e que, por isso, deveria ser tratada com mais zelo, dispensando a celeridade com que foi realizada (MOREIRA, 2018).

Importa destacar que, embora o município de Uberlândia não tenha finalizado nenhum processo de regularização fundiária, é notório o cuidado com que a prefeitura tem lidado tanto com a questão fundiária em si, como na observância do quadro geral regional, ou seja, as demandas do Município que, como demonstrado outrora, possui mais casos de REURB-E. Dessarte, a Lei de Regularização é um novo mecanismo legislativo e, portanto, é necessário que se tenha o tempo de maturação para que os poderes públicos consigam se organizar para pôr em prática os institutos jurídicos e instrumentos preconizados (AZEVEDO, 2018; PLANEJAMENTO URBANO, 2023).

Por Uberlândia ter optado em criar Leis Municipais, Decretos, Portarias e Instruções normativas, é justificável que seu tempo de maturação seja prolongado. O Poder Público em questão, tratou de instituir metodologias capazes de organizar o processo, assim como a forma de protocolar, o que deve ser analisado e exigido. Com isso, percebe-se que o Município de Uberlândia está se capacitando para que, em futuro próximo, desenvolva com mais agilidade e segurança os processos de regularização fundiária (PLANEJAMENTO URBANO, 2023).

Carvalho, em sua obra, discorre que dentro da realidade brasileira coexistem duas formas de procedimento para se tratar de políticas públicas: as demandas imediatas e as demandas na realidade. O autor esclarece que a segunda hipótese é a mais adequada visto que contempla as demandas de forma “(...) organizada, executa ações, utiliza o

planejamento como instrumento de ação e constrói uma dinâmica que preza pela eficiência e pela agilidade” (CARVALHO, 2020, p. 32). Ainda pontua que, se a demanda pode ser prevista significa que pode ser antecipada e, com isso, o ideal é a criação de mecanismos que incorporem a demanda ao planejamento público (CARVALHO, 2020)

A título de exemplificação, a LC 738/2022 foi criada para que os processos comecem a “correr” de forma mais organizada e célere. A Prefeitura criou, também a Portaria Seplan Nº 09 de 02 de Março de 2023, que consiste em manual de orientação da referida Lei. Lá é possível observar a metodologia aplicada, assim como todo trâmite processual para se chegar a uma eventual improcedência ou emissão do CRF (PLANEJAMENTO URBANO, 2023).

A legislação de Uberlândia no tocante a modalidade REURB-S pode ser qualificada como pouco eficiente uma vez que não é o seu objeto principal, visto que os estudos aduziram que a clandestinidade ou irregularidade fundiária intrínseca a realidade local figura em loteamentos com características de Sítios de Recreio, incompatível com as definições de baixa renda exigidas na Reurb Social (PLANEJAMENTO URBANO, 2023).

A REURB-S por se tratar de um processo que deve ser conduzido e custeado pelo poder público, com isenção de custas cartoriais àqueles caracterizados como baixa renda, possui trâmites específicos, e necessita de uma infraestrutura municipal com equipe multidisciplinar envolvendo assistentes sociais, topógrafos ou agrimensores, engenheiros, arquitetos etc.. para cobrir todas as etapas do processo, além de subsidiar a implantação de infraestrutura essencial. Neste caso, o município de Uberlândia atualmente não está devidamente preparado pois sua equipe técnica atual responsável pelos processos de Regularização Fundiária limita-se à Secretaria Municipal de Planejamento Urbano, órgão responsável apenas por análises e aprovações dos parcelamentos clandestinos ou irregulares (PLANEJAMENTO URBANO, 2023).

5. Conclusão

Neste artigo, nos propusemos a analisar a legislação de regularização fundiária urbana do município de Uberlândia/MG quanto sua eficiência na solução dos conflitos fundiários decorrente dos loteamentos clandestinos ou irregulares. Para alcançar este objetivo, utilizamos de pesquisas bibliográficas em livros, artigos científicos e sites oficiais na busca por informações, investigações, legislações e jurisprudências que contribuíssem com as revisões bibliográficas no afã de responder a problemática definida.

A Lei de Regularização Fundiária nº 13.465/2017, por ser uma publicação nova possui poucas doutrinas e ainda está em fase inicial de aplicação na maioria dos municípios brasileiros. Por se tratar de uma questão que remete à era colonial, algumas questões precisam ser analisadas com cautela. Observou-se que o município de Uberlândia adotou a prática de criação legislações municipais buscando adequar a Lei Federal às características locais, conferindo maior efetividade no que tange ao trâmite dos processos de Regularização Fundiária.

O site da prefeitura de Uberlândia, em especial a parte da Secretaria de Planejamento Urbano, serviu como base fundamental para a construção do presente artigo, aliado às doutrinas constitucionais e jurisprudências. Por se tratar de uma análise voltada à legislação, estas foram devidamente descritas no artigo.

Com base no presente estudo, a eficiência da legislação de regularização fundiária urbana no município de Uberlândia/MG em lidar com a urgência na solução dos problemas decorrentes da posse e propriedade irregulares, considerando a incorporação dos núcleos urbanos informais no ordenamento territorial urbano e a titulação de seus ocupantes, parece ter algumas limitações e desafios.

A prefeitura de Uberlândia tem enfrentado problemas relacionados à posse e propriedade irregulares, com mais de 150 loteamentos clandestinos ou irregulares identificados. A legislação municipal de regularização fundiária (Leis Complementares nº 670/2019 e nº 738/2022) foi criada como uma tentativa de lidar com essa situação, mas há alguns pontos que merecem análise.

Primeiramente, nota-se que a legislação municipal parece ter algumas limitações, como o fato de que os loteamentos consolidados após 22 de dezembro de 2016 não estão sendo abrangidos pelo processo de regularização fundiária. Isso pode ser problemático, pois muitos dos núcleos urbanos informais consolidados após essa data ficam de fora das possibilidades de regularização, o que pode perpetuar a situação irregular.

Ademais, a legislação e os procedimentos para a regularização fundiária são complexos e exigem várias etapas. A morosidade processual é destacada como um desafio, e isso pode dificultar a resolução rápida dos problemas de posse e propriedade irregulares.

Outrossim, a eficiência do processo de regularização fundiária depende da capacidade da equipe técnica envolvida, que deve incluir arquitetos, engenheiros, assistentes sociais, entre outros. No entanto, o texto indica que a equipe atualmente responsável pelos processos de regularização fundiária em Uberlândia está limitada à Secretaria Municipal de Planejamento Urbano, o que pode não ser suficiente para lidar com todas as etapas necessárias.

Além disso, há processos judiciais em andamento, em sua maioria ajuizados pelo Ministério Público de Minas Gerais, acusando o município de não cumprir seu papel fiscalizador e de polícia no combate à clandestinidade fundiária. Isso indica que a eficiência da legislação atual está sendo questionada e contestada em âmbito judicial.

Por fim, o município de Uberlândia tem buscado introduzir alterações na legislação para abordar as lacunas deixadas pela lei federal de regularização fundiária. Isso demonstra uma tentativa de adaptação às necessidades locais, mas também sugere que a legislação ainda não atende completamente às demandas do município.

Em resumo, com base nas informações colhidas no estudo, a legislação de regularização fundiária urbana no município de Uberlândia parece estar enfrentando desafios em sua eficiência na resolução dos problemas decorrentes da posse e propriedade irregulares. A complexidade dos processos, as limitações da legislação existente e a necessidade de capacitação da equipe técnica são alguns dos fatores que podem estar impactando a eficácia das medidas adotadas até o momento.

De toda forma, não se nega que a Prefeitura de Uberlândia está paulatinamente tratando das questões de Regularização Fundiária, em consonância com os princípios fundamentais e, em especial, sua atuação em promover políticas públicas voltadas à sua realidade. O cenário atual condiz com o esforço em se criar uma base para que, em um futuro próximo, se torne cada vez mais eficiente e célere em suas análises processuais.

6. Referências bibliográficas

ALVES, Michele Dixon Moreira; ALVES, Beatriz Dixon Moreira. **O direito Fundamental à moradia digna e a função socioambiental da propriedade na Regularização Fundiária Urbana**: uma análise da Implementação da Lei 13.465/17. Fucamp: Monte Carmelo, 2018.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Direitos imobiliários da população urbana de baixa renda**. Rio de Janeiro: Processo, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2023.

_____. **Lei nº 13.465/2017, de 7 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia legal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 13 maio 2023.

_____. **Lei 6.766/1979, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6766.htm>. Acesso em: 13 abr. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Lei de Regularização Fundiária é alvo de nova ADI no Supremo**. Notícias. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=367981&ori=1>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.22.063418-2/001, Relatora Des. Maria Inês Souza, 2ª Câmara Cível, j. 04/05/2023, p. 04/05/2023.

CARVALHO, Márcio Bernades de. **Gestão de políticas públicas**. Curitiba: Contentus, 2020. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2021. v.5.

HOLANDA, Ana Carolina Pessoa. A importância do município na estrutura federalista brasileira para a concretização de uma democracia participativa. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 14, n. 2, 2016, p. 357-390. Disponível em: <<https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/342/344>>. Acesso em: 09 jun. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOREIRA, Layla Andrade Barros. **Regularização fundiária urbana**: reforma, impactos e constitucionalidades. Trabalho de Conclusão de Curso. Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Ouro Preto, 71 p. 2022. Disponível em: <<https://www.monografias.ufop.br/handle/35400000/3763>>. Acesso em 14 abr. 2023.

OVANDO JÚNIOR, Altivo. **Regularização fundiária**: comentários à Lei 13.465/2017, modelos práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PLANEJAMENTO URBANO. **Portal da Prefeitura de Uberlândia**. Disponível em:
<<https://www.uberlandia.mg.gov.br/prefeitura/secretarias/planejamento-urbano/>>.
Acesso em: 15 abr. 2023.

SANTOS, Maria Helena Abdanur Mendes do. **Direito urbanístico**. Curitiba: Contentus, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Bruno Mattos e. **Compra de imóveis: aspectos jurídicos, cautelas devidas e análises de riscos**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

UBERLÂNDIA (Município). **Lei Complementar nº 670, de maio de 2019**. Dispõe sobre o programa de regularização de núcleos urbanos irregulares – Prourobi no Município de Uberlândia e seus Distritos. Disponível em:
<<https://www.uberlandia.mg.gov.br/prefeitura/secretarias/planejamento-urbano/regularizacao-fundiaria/>>. Acesso em: 13 abr. 2023.

_____. **Lei Complementar nº 738, de 17 de Outubro de 2022**. Disciplina a regularização de núcleo urbano informal clandestino consolidado em áreas particulares nos termos do art. 40 da Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 e suas alterações, e altera as Leis Complementares nºs 523, de 7 de abril de 2011, e suas alterações e 670, de 2 de maio de 2019, e suas alterações. Disponível em:
<<http://leismunicipa.is/02zni>>. Acesso em: 13 abr. 2023.

Análise sobre a validade e eficácia do contrato de namoro

*Pedro Lorenço Cardoso Neto*¹

*Luana Ferreira Bernardes*²

Resumo: Com o advento da CRFB/88, a união estável consagrou-se como entidade familiar tutelada pelo Estado, representativa da realidade fática de homens e mulheres que se unem com o ânimo de constituir família, sem se submeter às solenidades do casamento civil. No plano infraconstitucional, o Código Civil de 2002 cuidou de especificar, de forma objetiva, os requisitos necessários ao reconhecimento da união estável e até mesmo formas de regulamentar a sua existência e publicidade àqueles que assim desejam. Entretanto, a legislação civil não teve êxito em delimitar a partir de qual momento um relacionamento deixa de ser um mero namoro e assume a feição de uma entidade familiar informal, especialmente quando há coabitação entre as partes sem qualquer tipo de regulamentação. O frágil liame que separa o namoro da união estável informal faz com que muitos namorados, que convivem sob o mesmo teto por algum motivo, busquem o contrato de namoro como forma de declarar a mera intenção de namoro e a afastar a configuração da união estável e de seus efeitos jurídicos. Nesse sentido, o presente trabalho fará uma abordagem sobre a validade, eficácia e relevância do contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se que, embora existam argumentos e posicionamentos contrários à eficácia do contrato de namoro, o referido contrato atípico é válido e pode ser eficaz para comprovar a ausência de intenção de constituir família em um contexto de mero namoro entre as partes, evitando-se assim a caracterização de união estável.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contrato de namoro. 3. Contrato de namoro e sua utilidade jurídica. 4. A validade do contrato de namoro. 4.1. A Lei 13874/19 e os princípios contratuais. 4.2. O contrato de namoro como consectário do princípio da autonomia privada. 4.3. Contrato de namoro como instrumento comprobatório de ausência de animus de constituir família. 4.4. Insegurança jurídica e fragilidade do contrato de namoro. 4.5. O contrato de namoro como instrumento de proteção patrimonial. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Contrato de namoro. Validade. Eficácia. União estável.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em setembro de 2023. E-mail: pedronetolorenco@gmail.com.

² Advogada. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: luana.bernardes.adv@hotmail.com.

1. Introdução

Ao longo do tempo, as relações afetivas têm sofrido transformações significativas, refletindo os novos valores sociais e culturais predominantes. A sociedade contemporânea passou a valorizar, cada vez mais, relacionamentos menos compromissados, em que os parceiros buscam preservar sua autonomia e individualidade. Essa mudança de paradigma reflete-se na forma como as pessoas se relacionam, afastando-se, em muitos casos, do tradicional modelo de união estável ou casamento.

Como desdobramento das atuais dinâmicas sociais, a fase de relacionamento marcada pelo “namoro” passa a refletir novos comportamentos, a exemplo de namorados coabitarem ou dormirem um na casa do outro.

Esse comportamento de compartilhamento de intimidades e coabitação reiterada na fase de namoro, por períodos prolongados, pode sugerir a configuração informal de uma união estável. Atentos a essa possibilidade, muitos casais buscam celebrar o contrato de namoro como uma alternativa para afastar os efeitos jurídicos patrimoniais e sucessórios advindos de um possível reconhecimento de união estável, uma vez que, o contrato de namoro surge como uma ferramenta que possibilita aos casais delimitarem os termos e as expectativas de seus relacionamentos, estabelecendo regras claras sobre o ânimo das partes naquela relação.

Diante desse cenário, este trabalho tem como objetivo analisar a validade do contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro, buscando responder à seguinte pergunta: o ordenamento jurídico brasileiro reconhece validade ao contrato de namoro? A problemática reside no fato de que há divergências no entendimento jurídico acerca do tema. Enquanto alguns defendem sua validade como uma manifestação da autonomia da vontade das partes, outros argumentam que o contrato de namoro não possui amparo legal suficiente, sendo considerado um instrumento facilitador de simulação ou um artifício para burlar a legislação que protege os direitos dos cônjuges e companheiros.

O presente artigo foi desenvolvido com base em uma metodologia indutiva, buscando analisar e compreender as diversas perspectivas relacionadas ao tema controverso do contrato de namoro. Realizaram-se pesquisas bibliográficas visando à coleta de informações fundamentais para embasar as argumentações apresentadas. A pesquisa bibliográfica envolveu a consulta de livros, artigos científicos e publicações acadêmicas que abordavam o tema em questão, permitindo a compreensão dos diferentes pontos de vista e contribuindo para a fundamentação teórica do artigo.

2. Contrato de namoro

O contrato de namoro é um instrumento jurídico que busca regulamentar as relações afetivas entre duas pessoas que estão em um estágio prévio à união estável ou ao casamento. Seu objetivo principal é estabelecer os termos e limites da relação, oferecendo segurança e proteção aos envolvidos.

De acordo com Maria Helena Diniz (2023, p. 738), é preciso distinguir que na relação de namoro as partes intentam uma futura constituição de família, ao passo que, na união estável, o vínculo familiar já está consolidado.

O contrato de namoro surgiu como uma resposta às transformações sociais e culturais que têm ocorrido na nossa sociedade contemporânea. Cada vez mais, as pessoas estão optando por relacionamentos menos formais e com menor compromisso, seja por escolha pessoal ou por uma visão mais flexível das relações afetivas. Nesse sentido, Marília Pedroso Xavier (2020) afirma que:

É cada vez mais comum observar casais que não coabitam, possuindo uma vida mais independente. Passam a ser igualmente numerosos os relacionamentos ironicamente chamados de *time-share*, que se assemelham a sucessivos “pacotes de fim de semana”. Com isso, o casamento à moda antiga é substituído pela coabitação (regida pelo cunho temporário do “vamos ver como funciona”) e pelo “ficar juntos” em horário parcial e flexível. (XAVIER, 2020, p. 70).

Essa mudança de paradigma trouxe consigo uma série de questionamentos e desafios, especialmente no que diz respeito aos efeitos patrimoniais que podem advir de uma relação estável informal. Embora desejem coabitar por períodos, muitos casais de namorados desejam manter sua autonomia financeira e preservar seus patrimônios individuais, evitando assim os impactos econômicos e jurídicos decorrentes de uma união estável ou casamento. Atento a esse novo contexto, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona afirmam que:

[...] por conta do receio de caírem na malha jurídica da união estável, muitos casais brasileiros convencionaram celebrar, em livro de notas de Tabelião, o denominado “contrato de namoro”, negócio jurídico firmado com o nítido propósito de afastarem o regramento do Direito de Família. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022, p. 779).

O contrato de namoro surge como uma alternativa para aqueles que desejam ter um relacionamento mais leve e menos formal, mas que ao mesmo tempo buscam estabelecer regras claras e transparentes. Por meio desse contrato, as partes podem definir questões como a administração de bens, a divisão de despesas, a proteção patrimonial e outros aspectos relevantes para a relação. Como se pode notar, os contratos de namoro apresentam-se como:

[...] pactos por meio dos quais casais de namorados passaram a estabelecer convencionalmente a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade de seus respectivos patrimônios, em busca de segurança jurídica. Tratar-se-ia, como se percebe, do contrato com o intuito de evitar *a priori* a configuração de união

estável, declarando-se expressamente, a inexistência de vida em comum. (DIAS, 2021, p. 617).

É importante ressaltar que o contrato de namoro não possui previsão legal expressa, ou seja, não está previsto de forma específica na legislação brasileira. No entanto, isso não impede sua validade e eficácia, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a autonomia privada das partes e a liberdade contratual, desde que observados os limites legais e os princípios fundamentais do direito. Nesse sentido, Maria Helena Diniz afirma que:

Já há até mesmo a efetivação de “contrato de namoro”, para evitar que da relação amorosa advenha o reconhecimento da união estável. Tal contrato, contudo, como observa Helder M. Dal Col, poderá ser considerado inválido, p. ex., se: violar norma de ordem pública; gerar enriquecimento indevido a um dos contratantes; lesar terceiro de boa-fé; apresentar, o relacionamento do casal, os elementos essenciais configuradores de união estável; houver fraude à lei etc.” (DINIZ, 2022, p. 738).

Embora a doutrina majoritária ainda não reconheça a validade do contrato de namoro, é importante mencionar que existe um movimento crescente de juristas e estudiosos do direito que defendem sua aplicabilidade e legitimidade. Argumenta-se que, diante das mudanças sociais e da evolução das relações afetivas, é necessário que o sistema jurídico acompanhe essas transformações e ofereça instrumentos adequados para a proteção dos interesses das partes envolvidas.

No entanto, é fundamental destacar que o contrato de namoro não pode ser utilizado de forma abusiva ou fraudulenta. Ele não deve ser utilizado como um meio de ocultar uma união estável ou casamento de fato, nem de prejudicar terceiros ou violar direitos fundamentais. A transparência e a boa-fé são princípios essenciais na celebração desse tipo de contrato, garantindo assim sua validade e eficácia.

Ao longo deste artigo, buscar-se-á explorar os fundamentos legais e os argumentos que sustentam a (in)validade do contrato de namoro. Serão analisadas as posições da doutrina e os entendimentos jurisprudenciais existentes, a fim de oferecer uma visão abrangente sobre o tema.

3. Contrato de namoro e sua utilidade jurídica

O contrato de namoro como instrumento jurídico específico não possui uma origem claramente definida na história do direito. Sua emergência está relacionada às transformações sociais e culturais ocorridas ao longo do tempo, especialmente no que diz respeito à forma como as pessoas estabelecem e vivenciam seus relacionamentos afetivos. Como descreve tão bem Marília Pedroso Xavier, autora que é referência no tema:

O rompimento das relações amorosas tem sido encarado como um acontecimento tão natural, corriqueiro, a ponto de se falar em banalização. Os laços são atados de maneira frouxa, de modo a facilitar a maneira como serão desfeitos, poupando os indivíduos de longas esperas. Desse modo, assiste-se hoje a um aumento cada vez mais expressivo de relacionamentos tidos como “natimortos, inadequados, inválidos ou inviáveis, nascidos com a marca do descarte iminente”. (XAVIER, 2020, p. 72).

No passado, as relações afetivas eram, em sua maioria, marcadas por um caráter mais formal e institucionalizado, como o casamento ou a união estável. No entanto, com o avanço das ideias de liberdade individual, autonomia e diversidade, houve uma mudança nas concepções sobre o que constitui um relacionamento amoroso legítimo e válido, mesmo que sem perspectivas para o futuro do casal.

Nesse contexto, o contrato de namoro surge como uma resposta a essa demanda por relacionamentos menos formais e com menor compromisso legal. Ainda que não haja uma legislação específica sobre o tema, diversos autores têm se dedicado a discutir e analisar a validade e os efeitos desse tipo de contrato.

A principal jurista que tratou sobre o contrato de namoro é a professora Marília Pedroso Xavier, a qual sustenta a validade e eficácia dessa novel modalidade de contrato familiar, ao argumento de que o contrato de namoro teria o condão de descaracterizar o elemento nodal de formação da união estável, senão vejamos:

Embora não haja consenso sobre o que é família no direito brasileiro, conceito cada vez mais plural, nota-se que a pactuação de um contrato de namoro seria suficiente para tornar claro o intento de não formar uma entidade familiar e, portanto, afastar a configuração de união estável. Isso porque o contrato de namoro impede que se complete o suporte fático da união estável, uma vez que atinge justamente seu elemento volitivo: declara-se expressamente que não se quer constituir família. (XAVIER, 2020, p. 196).

Em sua análise, Xavier (2021) ressalta a necessidade de o sistema jurídico acompanhar as transformações sociais e oferecer instrumentos adequados para regular as relações afetivas contemporâneas.

Outra autora que defende a importância do contrato de namoro é Tania Nigri, que assevera:

Apesar de o contrato de namoro ter ficado conhecido com esse nome, na verdade, o que os namorados fazem não é propriamente um contrato, mas uma declaração, já que contrato representa um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas com a intenção de criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. O que verdadeiramente se objetiva, por meio dessa declaração, é definir,

de forma absolutamente clara, que a relação do casal é apenas de namoro e que não há a intenção de os namorados constituírem família." (NIGRI, p. 2021).

Ainda na seara doutrinária, Danilo Vieira e Adryell Feuerstein também manifestam adesão à corrente de validade do contrato de namoro, sobretudo a partir da análise da lei 13.784/19, que promoveu alterações na liberdade contratual e na intervenção estatal nas relações privadas. Os autores destacam a importância da autonomia das partes envolvidas e argumentam que o contrato de namoro garante interferência estatal mínima, respeitando as escolhas e vontades dos indivíduos. Ao discorrer sobre o contrato de namoro como “dispositivo legal”, os autores pontuam que:

O dispositivo legal minimiza a possibilidade de o Estado intervir em relações contratuais livremente estabelecidas, prevalecendo a vontade das partes. Haverá intervenção somente quando restar configurado vício, abusos ou ilegalidades na relação contratualmente estabelecida entre as partes. Especificamente quanto ao Contrato de Namoro, as partes expressam suas vontades, criando ou se desonerando de vínculos, por meio do reconhecimento comum e recíproco da existência ou não de uma relação. (VIEIRA; FEUERSTEIN, 2020).

Esses são apenas alguns exemplos de autores que têm contribuído para o debate em torno do contrato de namoro. Ao longo deste trabalho, serão explorados os argumentos de outros estudiosos do assunto, a fim de oferecer uma visão abrangente e embasada sobre a validade e a eficácia do contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro.

4. A validade do contrato de namoro

Embora a doutrina majoritária aponte posicionamento contrário à validade do contrato de namoro, esse trabalho perfilha-se à corrente que sustenta a validade e eficácia do contrato de namoro como parte o processo de contratualização das relações familiares, especialmente diante do advento da lei 13.784/19, que dispõe sobre os direitos de liberdade econômica e promove alterações em diversos dispositivos legais, incluindo o artigo 421 do Código Civil, responsável pela liberdade contratual.

A referida lei proporciona maior autonomia nas relações contratuais privadas, o que se reflete no contrato de namoro, uma vez que se exige que as decisões judiciais levem em conta essas novas disposições legais. O contrato de namoro também torna desnecessário que um juiz tenha que analisar a subjetividade imposta nas características sutis do namoro qualificado e da união estável.

4.1. A Lei 13874/19 e os princípios contratuais

O contrato de namoro é válido sob o ponto de vista contratual, mesmo diante do entendimento da maioria dos tribunais, que não reconhece validade a tal espécie de contrato.

Com efeito, a validade do contrato de namoro encontra respaldo na lei 13.784/19, que trata dos Direitos de Liberdade Econômica e regulamenta as relações econômicas, incluindo alterações no dispositivo 421 do Código Civil, que versa sobre a liberdade das partes de contrata, conforme se pode verificar a partir do trecho abaixo:

CC/02 - Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

Com a mudança trazida pela lei 13.784/19, que consagra o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações contratuais, entende-se que o magistrado não poderia interferir no conteúdo do contrato de namoro. O juiz deveria se ater aos termos estabelecidos pelas partes no contrato e respeitar o princípio do *pacta sunt servanda*, ou seja, do cumprimento dos acordos firmados. Dessa forma, o Estado não impõe sua vontade sobre as partes, permitindo que elas decidam em qual estágio do relacionamento se encontra e quais são os efeitos patrimoniais decorrentes dessa escolha.

Esse é o entendimento, inclusive, de Danilo Vieira e Adryell Feuerstein, para os quais:

[...] de acordo com essa nova interpretação, ao ser ajuizada demanda que verse sobre contrato de namoro, não poderá o Juiz se imiscuir na relação contratualmente firmada, pelo que deverá se ater aos termos estabelecidos entre as partes na minuta por elas criada. Ou seja, estará o magistrado restrito ao *pacta sunt servanda*. Essa prática respeitará o direito das partes em decidir em que momento elas estão em seu relacionamento e os efeitos patrimoniais daí decorrentes, de forma que o Estado não poderá impor sua vontade sobre elas. Há que se destacar que é direito do casal escolher quando dar o próximo passo, e, conseqüentemente, assumir as conseqüências de sua escolha, nomeadamente as de cunho patrimonial. (VIEIRA; FEUERSTEIN, 2020).

Essa mudança legislativa está em consonância com o princípio da autonomia privada, que é um dos princípios fundamentais da ordem civil. A autonomia privada permite que as partes autorregulem seus interesses de acordo com sua vontade, desde que respeitadas as limitações legais e a ordem pública.

Além do princípio da autonomia privada, a função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, também deve ser observada ao se falar da validade do contrato de namoro. A liberdade de contratar deve estar em conformidade com os valores sociais e fundantes da comunidade, de forma a não refletir valores individualistas, mas sim promover a existência digna e solidária entre os membros da sociedade. Nesse sentido, aduz-se que:

A liberdade de contratar, expressa no artigo 421 do Código Civil, é fruto da autonomia privada. Todavia ela é mitigada pelo princípio da função social do contrato. Melhor dizendo: a liberdade de contratar deve estar em sintonia com os valores sociais e fundantes de uma comunidade. Vale dizer que o contrato não deve refletir os valores individualistas e atomistas do século XIX, mas, sobretudo deve produzir seus efeitos jurídicos respeitando os princípios e cânones constitucionais, especialmente, a existência digna e solidária entre os membros da sociedade. (MELO, 2023, p. 90).

Diante da atipicidade do contrato de namoro, ou seja, sua não inclusão nos contratos típicos já tipificados pela lei, o artigo 425 do Código Civil permite a estipulação de contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais estabelecidas no Código. Isso significa que os contratos inominados³, a exemplo do contrato de namoro, podem ser criados pela vontade das partes, desde que atendam aos requisitos de validade do negócio jurídico e aos princípios contratuais.

Um princípio contratual fundamental, estabelecido no artigo 104 do Código Civil, é o da validade dos contratos. De acordo com esse princípio, para que um contrato seja considerado válido, é necessário o preenchimento de certos requisitos, tais como agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não proibida em lei, e a manifestação de vontade livre e consciente das partes envolvidas.

No contexto do contrato de namoro, esse princípio destaca a importância de que as partes estejam em plena capacidade jurídica e que o objeto do contrato seja lícito, ou seja, não contrarie a ordem pública ou os bons costumes. Dessa forma, ao observar esse princípio, o contrato de namoro poderá ser considerado válido, desde que respeite os requisitos legais e não viole outras disposições jurídicas.

Com a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica transformada em lei, o contrato de namoro ganha mais eficácia contra decisões judiciais. O Estado passa a ter uma intervenção mínima, o que fortalece o princípio de não interferência estatal nas relações privadas. Portanto, o contrato de namoro é uma opção válida e eficaz, proporcionando mais uma possibilidade jurídica para a proteção patrimonial e para a definição dos direitos e deveres das partes envolvidas.

³ *Inominados*: são os contratos criados por força de vontade das partes, sem prévia regulação por lei. Deve atender todos os requisitos de validade do negócio jurídico, afora a legitimação das partes e disponibilidade jurídica do objeto do contrato, respeitando os princípios contratuais. (DESGUALDO, 2022. p. 143).

4.2. O contrato de namoro como consectário do princípio da autonomia privada

Outro argumento favorável à validade e eficácia do contrato de namoro reside no seu papel de promover a autonomia e a autodeterminação existencial dos envolvidos em suas relações afetivas, pois, ao permitir que as partes estabeleçam suas próprias regras e limites, o contrato de namoro confere liberdade de escolha e dignidade existencial à pessoa humana.

Uma das principais críticas ao contrato de namoro é sua suposta falta de necessidade, já que as partes poderiam simplesmente optar por não oficializar sua união e manter um relacionamento informal. No entanto, é importante reconhecer que a formalização do contrato de namoro pode ser uma opção válida para aqueles que desejam estabelecer claramente seus acordos e expectativas, sem as amarras legais e obrigações decorrentes da união estável. Inclusive, esse é o entendimento de Marília Xavier, para quem:

O contrato de namoro é possível, assim como cautela e caldo de galinha não fazem mal algum. Não se pode esquecer que a judicialização nem sempre representa o melhor caminho para a solução de um litígio conjugal. Ao enfraquecermos as vases da autonomia privada do casal, o resultado disso certamente será a vigência de uma lógica paternalista de desresponsabilização e de infantilização dos indivíduos. Nos dois casos em que o contrato de namoro foi examinado pelo Poder Judiciário tal negócio jurídico foi considerado e redundou no afastamento da configuração da união estável. (XAVIER, 2020, p. 163).

O contrato de namoro proporciona aos casais uma oportunidade de discutir abertamente questões importantes, como a administração dos bens, a divisão de despesas, a proteção patrimonial, se residem juntos ou não, e outras expectativas relacionadas ao relacionamento do casal. Isso contribui para a transparência e a clareza nas relações, permitindo que cada parte possa tomar decisões informadas sobre seu patrimônio e seu futuro. De acordo com Tânia Nigri:

Alguns namorados incluem cláusula declarando que os namorados residem separadamente, mas isso não impede que possam permanecer por algum tempo na residência um do outro, ressaltando que isso não se configura em intenção de constituir família ou viver em união estável. O casal pode declarar que ambos renunciam expressa e retroativamente, desde o início do namoro, a todos e quaisquer direitos sobre bens móveis ou imóveis adquiridos pelas partes e, em caso de término do namoro, declaram ser independentes financeiramente, não necessitando de assistência material para subsistência própria a título de alimentos, nem indenização a nenhum título. (NIGRI, 2021).

Além disso, o contrato de namoro pode ser um instrumento de proteção para casais que optam por não casar ou estabelecer uma união estável, mas ainda desejam preservar seus interesses financeiros e patrimoniais. Ele pode servir como uma salvaguarda em situações de separação ou término, evitando disputas e litígios prolongados sobre a divisão de bens. Para NIGRI (2021):

A procura por esses contratos é absolutamente compreensível, já que os namoros contemporâneos, como vimos, são bastante complexos, podendo vir a ser confundidos com uniões estáveis, com os consequentes reflexos jurídicos desse reconhecimento, como a partilha do patrimônio comprado durante a relação, direito a pensão alimentícia, em certas condições, e direito a herança, em caso de morte." (NIGRI, 2021).

Outro aspecto relevante é a valorização da autonomia privada e da liberdade contratual. O contrato de namoro respeita a vontade das partes envolvidas e permite que elas estabeleçam seus próprios acordos, sem interferência externa desnecessária. Ao reconhecer a validade desse contrato, a sociedade e o sistema jurídico reforçam a importância da liberdade de escolha e da capacidade das pessoas de determinarem os termos de suas relações:

A liberdade de contratar é um dos direitos da personalidade, oriundo da liberdade, permitindo o exercício de escolha, de acordo com a vontade, quanto a contratação ou não com outra pessoa, respeitadas as eventuais limitações legais. A liberdade contratual se relaciona com o conteúdo do negócio jurídico propriamente dito e, nesse sentido, sujeito a limitações. A autonomia privada é um direito inafastável da parte para auto regulamentar seus interesses, conforme a vontade. (DESGUALDO, 2022, p. 134).

Por fim, é importante ressaltar que a validade do contrato de namoro não impede que as partes optem, no futuro, por formalizar sua união por meio do casamento ou da união estável. O contrato de namoro não é uma barreira para a evolução do relacionamento, mas sim uma escolha consciente dos envolvidos de estabelecerem acordos e limites específicos em determinado momento de suas vidas, como bem destacada NIGRI (2021):

É possível que o casal coloque uma cláusula informando que na hipótese de o relacionamento vir a evoluir para uma união estável, a relação será regida pelo regime da separação total de bens (ou qualquer outro regime de preferência dos namorados). Há casais que fixam o prazo de vigência do contrato por apenas doze meses, devendo ele ser repactuado todos os anos, para que fique evidenciado que, apesar do tempo, a relação permanece sendo de namoro." (NIGRI, 2021).

Dessa forma, o contrato de namoro, ao promover a autonomia, a autodeterminação e a transparência nas relações afetivas, se mostra como um instrumento legítimo e válido para aqueles que desejam proteger seus interesses e preservar sua liberdade de escolha em um contexto de relacionamentos mais voláteis e menos formalizados.

4.3. Contrato de namoro como instrumento comprobatório de ausência de *animus* de constituir família

O contrato de namoro se apresenta como um instrumento jurídico eficaz para comprovar a ausência de intenção de constituir uma família, um requisito essencial para caracterizar a união estável. Ao formalizar esse tipo de contrato, as partes deixam claro, de forma voluntária e expressa, que estão envolvidas em um relacionamento afetivo, porém sem a intenção de adentrar em uma convivência duradoura, com compartilhamento de vida e constituição de uma entidade familiar.

Nesse sentido, colaciona-se ementa jurisprudencial que demonstra a eficácia do contrato de namoro para afastar a configuração de uma união estável indesejada, senão vejamos:

APELAÇÃO. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens. Sentença que julgou improcedente a ação. Inconformismo da parte autora. Não preenchidos os elementos essenciais caracterizadores da união estável previstos na lei. Contrato de namoro firmado pelas partes. Caracterizado simples namoro, sem intenção de formação de núcleo familiar. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP. Apelação Cível nº 1000884-65.2016.8.26.0288, Relator: Rogério Murillo Pereira Cimino; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ituverava - 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 25/06/2020).

Nessa decisão, o tribunal reconheceu a validade do contrato de namoro e destacou que as partes, de forma livre e consciente, estabeleceram cláusulas claras que evidenciavam sua intenção de não constituir uma união estável. O documento contratual foi considerado como um elemento de grande relevância para demonstrar a ausência de *animus familiar*

Portanto, verifica-se que o judiciário tem admitido o contrato de namoro como meio de comprovação da ausência de intenção de constituir uma família, fortalecendo a juridicidade deste instrumento e reafirmando o seu papel na proteção da autonomia privada das partes envolvidas.

4.4. Insegurança jurídica e fragilidade do contrato de namoro

Embora existam argumentos favoráveis à validade do contrato de namoro, é importante considerar a perspectiva contrária a essa modalidade contratual. Alguns juristas e doutrinadores contestam a validade e eficácia do contrato de namoro, apontando para sua fragilidade jurídica e sua potencial utilização de forma abusiva ou fraudulenta, conforme se verifica a partir do entendimento de LÔBO (2023), o qual assevera que:

Se a intenção de constituir união estável fosse requisito para sua existência, então semelhante contrato produziria os efeitos desejados. Todavia, considerando que a relação jurídica de união estável é ato-fato jurídico, cujos efeitos independem da vontade das pessoas envolvidas, esse contrato é de eficácia limitada, apenas servindo como elemento de prova, que pode ser desmentida por outras provas. (LÔBO, 2023, p. 431).

Um dos principais pontos levantados pelos críticos é a possibilidade de o contrato de namoro ser utilizado como uma forma de burlar as regras e os efeitos da união estável. A união estável é um instituto jurídico reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro e confere direito e deveres aos companheiros, inclusive no aspecto patrimonial, conforme se pode verificar a partir do entendimento abaixo:

No plano da validade, o contrato de namoro pode ter o fito de fraudar lei imperativa, cuja consequência é a nulidade (CC/2002, art. 166, VI). Se o contrato de namoro é celebrado para evitar a incidência da norma legal (CC/2002, art. 1.723), apesar de configurada a união estável, segundo seus requisitos, há fraude à lei imperativa." (LÔBO, 2023, p. 431).

Portanto, argumenta-se que o contrato de namoro poderia ser usado como uma estratégia para evitar as obrigações decorrentes da união estável, prejudicando uma das partes mais vulneráveis na relação, conforme se depreende das palavras de Maria Berenice Dias (2021), para quem:

O contrato, com a finalidade de blindagem de patrimônio individual, seria um nada jurídico. Não há como previamente afirmar a incomunicabilidade futura, principalmente quando se segue um longo período de vida em comum, no qual foram amealhados bens. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento que preveja a incomunicabilidade patrimonial, corresponderia à adoção do regime da *separação convencional de bens* pode ser fonte de *enriquecimento sem causa*. Como adverte Zeno Veloso: se, ao contrário do que informa a declaração que emitiram, a união estável entre eles está configurada, ou, posteriormente, vem a se

constituir, é isso que vale e tem efeito, e não o que se declarou no chamado contrato de namoro. (DIAS, 2021, p. 618).

Outro ponto de crítica é a falta de regulamentação específica para o contrato de namoro. Enquanto existem leis que regulamentam outros tipos de contratos, como o contrato de locação, compra e venda, entre outros, o contrato de namoro não possui uma legislação específica que o ampare. Isso pode gerar incertezas e disputas jurídicas em casos de conflitos ou interpretações divergentes entre as partes envolvidas.

Além disso, a subjetividade e a fluidez do relacionamento amoroso podem dificultar a comprovação da existência e validade do contrato de namoro, como pontuado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2022, p. 778): “Percebe-se, portanto, a tênue e sutil fronteira existente entre um simples namoro – relação instável sem potencial repercussão jurídica – e uma relação de companheirismo – relação estável de família com potencial repercussão jurídica”.

Diferentemente de outros contratos, como o contrato de compra e venda de um imóvel, por exemplo, em que há bens tangíveis e documentos que comprovam a transação, o contrato de namoro lida com elementos subjetivos, como sentimentos, intenções e expectativas. Isso torna mais desafiador o processo de comprovação da existência do contrato e de seus termos, podendo levar a conflitos e controvérsias nos tribunais.

Ademais, é importante considerar que o contrato de namoro pode criar uma expectativa de segurança e proteção patrimonial que, na prática, pode ser ilusória. Mesmo com a celebração desse tipo de contrato, os tribunais têm autonomia para analisar a relação e, caso identifiquem elementos que configurem uma união estável de fato, podem reconhecê-la e aplicar os direitos e deveres correspondentes. Assim, o contrato de namoro pode gerar uma falsa sensação de proteção, já que sua validade pode ser questionada e superada pelas circunstâncias reais do relacionamento. Veja um exemplo jurisprudencial em que o tribunal não reconheceu o Contrato de namoro:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE CONTRATO DE NAMORO CONSENSUAL. Falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. Inicial Indeferida. Processo Julgado Extinto. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP, Apelação Cível nº 1025481-13.2015.8.26.0554; Relator (a): Beretta da Silveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2016; Data de Registro: 28/06/2016).

Portanto, diante das críticas e das incertezas que cercam o contrato de namoro, é necessário refletir sobre sua eficácia e sua adequação como instrumento jurídico. A falta de regulamentação específica, a possibilidade de abuso e a fragilidade na comprovação de sua existência são aspectos que devem ser considerados ao avaliar a validade desse tipo de contrato.

4.5. O contrato de namoro como instrumento de proteção patrimonial

Outro argumento contrário à validade e eficácia do contrato de namoro está relacionado à sua real capacidade de proteger os interesses e patrimônio dos envolvidos. Embora o contrato de namoro possa ser celebrado com a intenção de evitar os efeitos patrimoniais da união estável, sua efetividade prática pode ser questionável.

Primeiramente, é importante ressaltar que o contrato de namoro não possui força vinculante perante terceiros, como bancos, empresas e órgãos governamentais. Essas entidades geralmente baseiam suas relações jurídicas em elementos objetivos e reconhecidos legalmente, como certidões de casamento ou união estável. Dessa forma, mesmo que as partes tenham firmado um contrato de namoro, terceiros podem não o reconhecer como documento válido para proteger os direitos e interesses do casal.

Além disso, a eficácia do contrato de namoro pode ser questionada diante de situações de conflito ou mudança de circunstâncias. As relações afetivas são dinâmicas e suscetíveis a alterações ao longo do tempo. O que inicialmente foi acordado no contrato de namoro pode não mais refletir a realidade e as expectativas dos envolvidos. Nesses casos, é possível que um dos parceiros busque questionar a validade do contrato ou reivindicar direitos não previstos inicialmente, o que pode gerar disputas e litígios judiciais. Veja por exemplo nessa jurisprudência, em que mesmo havendo contrato de namoro entre as partes, este não foi capaz de afastar o elemento caracterizador:

Ação de reconhecimento e dissolução de união estável – Sentença de procedência em parte – Autora beneficiária da gratuidade de justiça – Preenchimento dos requisitos legais exigidos para a configuração da união estável – Provas documental e oral satisfatórias – Período de tempo bem delimitado pela r. sentença – Recursos não providos. Nega-se provimento aos recursos. [...] *Imperioso ressaltar, por oportuno, que o documento de fls. 58/60 “termo de namoro” que o requerido queria que a autora assinasse não se mostra suficiente para atestar que o relacionamento “more uxório” perdurou até a data ali indicada. Quanto à data de início, registre-se que o réu estava envolvido em união estável com terceira pessoa até 12/9/12, conforme acordo homologado e juntado aos autos às fls. 297/321. (TJSP, Apelação Cível nº 1015043-04.2017.8.26.0506; Relatora Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 21/11/2019; Data de Registro: 26/11/2019).*

Outro ponto a ser considerado é a possibilidade de fraude ou abuso na celebração do contrato de namoro. Existem casos em que uma das partes pode ser coagida ou induzida a assinar o contrato de namoro sem plena compreensão de seus direitos e consequências. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando há uma grande disparidade de poder econômico entre os envolvidos ou quando há manipulação emocional para obtenção da assinatura do contrato. Nessas situações, o contrato de namoro pode ser visto como um instrumento de opressão e desigualdade, em vez de uma garantia de liberdade e proteção. Nessa ótica pode se questionar a validade do contrato.

Primeiramente, é preciso observar a presença dos *requisitos essenciais para a existência* do negócio jurídico, ou seja, a vontade livre, autônoma, aliada a idoneidade do objeto. Observe-se que a vontade há de ser, em regra, expressa. A vontade tácita, ou seja, silenciosa, só é apta a gerar negócio se permeada de atitudes que levam a crer que há intenção de celebrar o negócio, devendo ser, portanto, um silêncio qualificado. (DESGUALDO, 2022, p. 43).

Além disso, é importante considerar que o contrato de namoro pode criar uma falsa sensação de segurança, levando as partes a negligenciarem outros meios de proteção patrimonial mais eficazes e reconhecidos legalmente, como o pacto antenupcial ou a realização de um testamento. Esses instrumentos jurídicos específicos têm embasamento legal e são amplamente reconhecidos, conferindo maior segurança e proteção aos envolvidos em termos patrimoniais.

O pacto antenupcial é o negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto do regime da comunhão parcial. A autonomia diz respeito não apenas à escolha do regime distinto, dentre os previstos na lei (comunhão universal, separação absoluta ou participação final nos aquestos), mas o modo como serão reguladas suas relações patrimoniais, após o casamento, com liberdade, desde que não se pretenda fraudar a lei (por exemplo, o regime obrigatório) ou contra legítimos interesses de terceiros. Podem os nubentes fundir tipos de regimes, modificar regime previsto em lei, ou criar tipo de regime novo. (LÔBO, 2023, p. 910).

Portanto, diante da falta de força vinculante perante terceiros, da possibilidade de mudança de circunstâncias, da potencial ocorrência de fraudes e abusos, e da falsa sensação de segurança que pode criar, o contrato de namoro pode ser considerado ineficaz em proteger os interesses e patrimônio dos envolvidos. É necessário refletir sobre alternativas e instrumentos jurídicos mais sólidos e reconhecidos, a fim de garantir a segurança e proteção dos casais em suas relações afetivas.

5. Conclusão

Diante da realidade de relacionamentos amorosos marcados por menor formalidade e maior volatilidade, surge a necessidade de instrumentos jurídicos que ofereçam proteção àqueles que desejam afastar a configuração de um vínculo familiar característico de união estável. Nesse sentido, o contrato de namoro se apresenta como uma opção viável e alinhada aos princípios de liberdade contratual e autonomia privada.

Todavia, a validade e eficácia do contrato de namoro no ordenamento jurídico não é um entendimento pacificado em âmbito doutrinário e jurisprudencial, uma vez que, a maioria dos autores sustentam inconsistências e dificuldades na aplicação prática

do contrato de namoro, além de destacarem que o instrumento é potencialmente vocacionado pra fins fraudulentos.

Embora o entendimento acima seja majoritário, destaca-se que a validade e eficácia do contrato de namoro encontra suporte à luz da Lei 13.784/2019, a qual regulamentou os Direitos de Liberdade Econômica, modificando o Código Civil para estabelecer que a liberdade de contratar deve respeitar a função social do contrato e com intervenção mínima do Estado em seu conteúdo. Desse modo, entende-se que o Estado, ao respeitar a autonomia privada e vontade das partes, deve respeitar o conteúdo do contrato de namoro, desde que respeitados os limites da função social do contrato.

Percebe-se que o contrato de namoro desempenha um papel significativo como instrumento comprobatório da ausência de intenção de constituição de família. Através desse contrato, as partes expressam de forma voluntária e clara que estão envolvidas em um relacionamento afetivo, mas sem o propósito de estabelecer uma convivência duradoura e com intenção em formar uma entidade familiar.

Parte da jurisprudência brasileira reconhece a validade do contrato de namoro, como evidenciado em ementa de um caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o tribunal destacou a importância do contrato de namoro como elemento determinante para afastar o animus de constituir uma família e, conseqüentemente, descaracterizar a união estável.

Embora o contrato e namoro ainda não seja amplamente reconhecido pela doutrina majoritária, conclui-se que há fundamentos jurídicos que sustentam sua validade e eficácia. A autonomia privada das partes, aliada aos princípios contratuais e às transformações sociais, tem sido defendida como base para a legitimidade desse tipo de contrato.

A pesquisa realizada neste trabalho sobre o contrato de namoro é de fundamental importância para o campo jurídico, uma vez que busca trazer reflexões e análises acerca dessa modalidade contratual ainda pouco explorada. A compreensão da validade e dos efeitos jurídicos do contrato de namoro é relevante para a adequação do ordenamento jurídico às transformações sociais, bem como para a proteção dos direitos e interesses das partes envolvidas em relacionamentos afetivos mais fluidos e menos formais. Além disso, a pesquisa contribui para o enriquecimento do debate jurídico e a busca por soluções adequadas para questões complexas que envolvem a esfera pessoal e patrimonial dos indivíduos.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000884-65.2016.8.26.0288, Relator: Rogério Murillo Pereira Cimino, 9ª Câmara de Direito Privado, Foro de Ituverava, julgamento em 25/06/2020, registro em 25/06/2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1025481-13.2015.8.26.0554, Relator: Beretta da Silveira, 3ª Câmara de Direito Privado, Foro de Santo André, julgamento em 28/06/2016, registro em 28/06/2016.

_____. Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1015043-04.2017.8.26.0506, Relatora: Marcia Dalla Déa Barone; 4ª Câmara de Direito Privado, Foro de Ribeirão Preto, julgamento em 21/11/2019, registro em 26/11/2019.

DESGUALDO, Juliana Guillen. **Direito civil**: Coleção Direto e Reto 1ª Fase da OAB. São Paulo: Rideel, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. E-book.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MELLO, Clayson de Moraes. **Direito civil: contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

NIGRI, Tânia. **Contrato de namoro**. São Paulo: Blucher, 2021. E-book.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro; FEUERSTEIN, Adryell Bernardo Nogueira. O problema da validade do contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise sobre afetividade. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 16, n. 2, 2020, p. 134-163. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/31118>>. Acesso em: 1 jun. 2023.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. E-book.

Cartas psicografadas como meio de prova no processo penal

*Vanusa Inácio de Jesus*¹

*William dos Reis*²

Resumo: O principal objetivo desta pesquisa será analisar cientificamente a aceitabilidade da carta psicografada como meio de prova documental no processo penal. O presente estudo é de fundamental importância para o universo jurídico brasileiro, uma vez que o direito fundamental expresso constitucional em voga, é o direito à liberdade, que não pode ser cerceado de forma ditatorial, levando em consideração que a utilização da carta psicografada é compatível com os princípios do Devido Processo Legal, da Ampla defesa, da Plenitude de Defesa (princípio constitucional do Tribunal do Júri), da Liberdade das Provas, da Verdade Real. No entanto, o uso da psicografia no Direito apresenta críticas devido ao Estado Brasileiro ser laico, todavia o uso do material psicográfico não viola o princípio da Laicidade do Estado, uma vez que o estado laico, adota uma posição neutra no que tange ao campo religioso, defendendo a liberdade religiosa a todos os cidadãos. Para elaboração do trabalho serão utilizados o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. Concluímos que o uso da carta psicografada como meio de prova é totalmente admissível no processo penal, uma vez que satisfaz os princípios listados acima, além de que, existem mecanismos técnicos para a confirmação da sua autenticidade, e não existe vedação expressa no nosso ordenamento jurídico para sua admissibilidade.

Sumário: 1. Introdução 2. Provas no processo penal. 3. Cartas psicografadas. 4. Admissibilidade da carta psicografada como meio de prova no processo penal. 4.1 À luz do princípio do Devido Processo Legal. 4.2 À luz do princípio da Ampla defesa. 4.3 À luz do princípio da Plenitude de Defesa. 4.4 À luz do princípio da Liberdade das Provas e da busca da Verdade Real. 4.5 Análise grafotécnica na certificação da legitimidade da carta psicografada. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

Palavras-chave: Processo penal. Provas. Carta psicografada. Devido processo legal.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em julho de 2023. E-mail: vanusajesus1973@gmail.com.

² Professor de Direito Empresarial do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado. E-mail: williamreis@hotmail.com.

1. Introdução

O objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente um dos temas mais controversos no âmbito dos Tribunais atualmente, a aplicabilidade da carta psicografada como meio de prova no processo penal, amparada sobre a ótica constitucional dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da plenitude de defesa, da liberdade das provas e da verdade real, uma vez que o estado brasileiro é um estado laico, tendo em contrapartida, o direito individual à liberdade religiosa assegurado constitucionalmente.

A análise científica do tema é de extrema relevância para o Direito, haja visto, que a vedação da utilização da carta psicografada como meio de prova documental no âmbito penal, evidencia claramente o cerceamento de defesa, portanto, ceifando das partes o direito de servir-se de todos os meios de provas legais, como também os moralmente aceitos na sociedade, mesmo que não pormenorizado no ordenamento jurídico, para demonstrar a verdade dos fatos arrazoados no pedido ou a defesa, e persuadir de forma eficiente na convicção do juiz, e dos jurados, na persecução penal. Vale ressaltar, que o Código de Processo Penal contempla apenas um rol exemplificativo de provas que poderia ser considerada na instrução probatória, ainda mais por se tratar de um direito fundamental consagrado no coração do nosso ordenamento jurídico, logo, o princípio da Liberdade das Provas deve prevalecer.

O método que será utilizado para elaborar o referido trabalho, que melhor compatibiliza-se às exigências do tema é o dedutivo, em virtude da sua serventia esclarecedora para aferir o uso das cartas psicografadas perante o sistema de provas do processo penal. A presente pesquisa é decorrência de uma análise bibliográfica e documental, fundamentada na convicção de diversas obras pertencentes ao ramo do Direito, da psicografia e das mais variadas fontes, tais como livros, artigos científicos e os casos conhecidos em que a psicografia esteve presente no âmbito dos Tribunais.

O artigo foi estruturado em três partes. Na primeira parte, faremos uma sucinta análise inerente à teoria geral das provas, partindo do conceito e logo depois uma reflexão dos tipos de provas dispostas no Código de Processo Penal, com ênfase na prova documental, uma vez que a carta psicografada se enquadra perfeitamente nesse conceito. Na segunda parte, falaremos sobre a carta psicografada, para tanto faz-se necessário um breve estudo acerca do fenômeno mediúnic, cuja psicografia origina-se como espécie, e citaremos alguns casos no Tribunal em que o material psicografado foi apreciado. E na parte final, enfrentaremos a questão emblemática e intrigante no meio jurídico sobre a possibilidade do uso da carta psicografada como meio de prova, baseado especificamente sobre a visão dos princípios constitucionais conforme já supracitado.

2. Provas no processo penal

Inicialmente é importante conceituar a palavra prova no âmbito do direito processual, uma vez que durante todo o processo, a prova representa o instrumento essencial para se tentar chegar o mais próximo da verdade dos fatos, com o propósito de convencer o julgador, dependendo do crime, influenciar tanto o juiz, quanto os jurados. Abaixo destacamos o conceito de prova nas palavras de Fernando Capez:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2012, p. 360).

Ante o exposto, deduzimos que a prova pode ser rogada por qualquer um dos sujeitos do processo, sempre na tentativa de vislumbrar a realidade dos fatos, com a finalidade de persuadir o julgador ou os jurados. Vejamos o conceito do termo prova, sobre a percepção de Guilherme Nucci:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2016, p. 365).

De acordo com a explanação acima, inferirmos que a prova, além da finalidade de convencimento do julgador, ela tem um papel fundamental na busca da comprovação ou o mais próximo que se poderia chegar à verdade dos fatos alegada em juízo. Vejamos o que diz o doutrinador Aury Lopes Júnior sobre essa temática:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crimes). O tema probatório é sempre a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova. (LOPES JÚNIOR., 2021, p. 385).

Em face do exposto, podemos extrair que a prova é ferramenta primordial dentro processo, tendo em vista, que é através da dilação probatória que os fatos controversos, duvidosos, incertos serão esclarecidos, para que ao final de toda instrução, o julgador possa sentenciar de forma justa e certa, considerando que o que está em jogo, é a liberdade do acusado, por esse motivo, toda a prova obtida dentro dos padrões aceitáveis no mundo jurídico deve ser apreciada, nesse contexto destacamos a seguinte lição:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará a sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. (LOPES JÚNIOR., 2021, p. 386).

O Código de Processo Penal reservou o Título VII, capítulo I, para tratar das disposições gerais da prova, nos dispositivos do referido capítulo o legislador ressaltou a importância da livre apreciação das provas pelo julgador para o seu convencimento, conforme previsto no artigo 155, vislumbrando o princípio do livre convencimento motivado. Já o artigo 156 preconiza que o ônus da prova é da parte que fizer a alegação, no entanto é permitido ao juiz de ofício, consoante com o princípio do ônus da prova. Por fim o legislador destaca no artigo 157 a vedação à obtenção de provas ilícitas e ilegais, que nos traduz ao princípio da liberdade das provas. Observemos a seguir a diferença entre prova ilícita e ilegal, sob a ótica de Fernando Capez:

Assim, ao considerar inadmissíveis todas as “provas obtidas por meios ilícitos”, a Constituição proíbe tanto a prova ilícita quanto a ilegítima.

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo. Podemos citar como exemplos: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida mediante tortura; a interceptação telefônica sem autorização judicial; o emprego do detector de mentiras; as cartas particulares interceptadas por meios criminosos (cf. art. 233 do CPP) etc. Provas ilegítimas são as produzidas com violação a regras de natureza meramente processual, tais como: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP); o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc. (CAPEZ, 2012, p. 84).

Portanto, as partes tem a faculdade de produzir as mais variadas provas, tanto as provas nominadas, ou seja, as que estão expressamente previstas na legislação, quanto as provas inominadas ou atípicas, as não expressas na lei, de acordo com o previsto no artigo 369 do Código de Processo Civil, que disciplina o seguinte:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Logo, o Código de Processo Penal trouxe um rol exemplificativo referente aos meios de provas, tais como: prova pericial, exame de corpo de delito, documental, testemunhal e prova emprestada. Analisaremos especificamente a prova documental, dada a importância do escopo desse trabalho, com esse propósito o CPP reservou o capítulo IX, dos artigos 231 a 238, abaixo segue o conceito de documento segundo Guilherme Nucci:

Documento é toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para expressar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São documentos: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, DVDs, pen-drives, e-mails, entre outros. (NUCCI, 2015, p. 219).

Segundo Nucci, hoje os documentos não se assemelham mais ao passado, note que não há uma definição de documento, conforme dispõe o artigo 232 do CPP, o que temos é uma exemplificação do que se considera documento. Veja que escritos, instrumentos ou papéis são bases materiais de papel, porém com a inserção dos computadores, internet e outras tecnologias, não podemos mais considerar somente os documentos em papéis, temos tantos outros documentos que são produtos da informática, logo, poderão ser considerados uma prova documental, por exemplo, um pen drive, e-mails, mensagens por aplicativos, dentre outros. Observe o que diz o dispositivo: “Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

Vale ressaltar que as partes podem juntar documentos ao processo em qualquer fase, salvo casos expressos em lei, de acordo com o disposto no artigo 231 do Código de Processo Penal, porém isso deve ser analisado dentro de uma lógica e bom senso. Ademais, conforme dispõe o artigo 235 do CPP, caso exista alguma dúvida sobre a autenticidade do documento juntado aos autos, o juiz, ou a requerimento das partes, poderá submetê-lo a exame pericial para apurar a sua veracidade, que é o exame grafotécnico, que analisaremos adiante, vejamos a redação do artigo: “Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade”.

Portanto, a prova é um tema essencial ao processo penal, uma vez que visa garantir a efetividade da prestação jurisdicional e a proteção dos direitos das partes envolvidas no

processo. Entre os meios de provas previstos na legislação penal, destacam-se, a prova pericial, o exame de corpo de delito, a documental, a testemunhal e a prova emprestada. Cada um desses meios de provas possui requisitos e finalidades específicos, devendo ser utilizados de acordo com o caso concreto, considerando os princípios do Devido Processo Legal, Ampla defesa, Plenitude de Defesa, da Liberdade das Provas, da Busca da Verdade Real, assegurando às partes a possibilidade de utilizar-se de todos os recursos como meio probatório para verificar a exatidão ou veracidade dos fatos alegados. No próximo tópico trabalharemos especificamente a carta psicografada, que é parte do objeto de estudo da presente pesquisa.

3. Cartas psicografadas

Preliminarmente é importante conhecer a origem da palavra psicografia para uma melhor compreensão sobre a temática. Etimologicamente o termo *psico*, vem do grego *psykhé*, que significa alma, já grafia vem de *gráphein*, que significa descrever, nas palavras de Kardec temos: “A transmissão do pensamento dos Espíritos por meio da escrita pela mão do médium. No médium escrevente a mão é o instrumento, porém a sua alma ou espírito nele encarnado é intermediário ou intérprete do espírito estranho que se comunica.” (KARDEC, 2006, p. 36)

Assim sendo, a psicografia pode ser entendida como a escrita feita por médiuns ditadas por espíritos desencarnados, ou seja, a forma de comunicação da pessoa desencarnada com uma pessoa encarnada. Vale evidenciar que existem três formas de influência do espírito sob o médium, a intuitiva, a semimecânica e a mecânica. A intuitiva é meio controversa, tendo em vista, que o médium tem total consciência daquilo que escreve. Já a semimecânica, o médium pode até estar consciente, mas não tem consciência dos seus movimentos. Na mecânica, o médium escreve sem sequer saber o que está escrevendo, muito menos tem consciência dos movimentos das suas mãos. Ressaltamos o que diz Kardec:

De todos os meios de comunicação, a escrita manual é o mais simples, mais cômodo e, sobretudo, mais completo. Para ele devem tender todos os esforços, porquanto permite se estabeleçam, com os Espíritos, relações tão continuadas e regulares, como as que existem entre nós. Com tanto mais afinco deve ser empregado, quanto é por ele que os Espíritos revelam melhor sua natureza e o grau do seu aperfeiçoamento, ou da sua inferioridade. Pela facilidade que encontram em exprimir-se por esse meio, eles nos revelam seus mais íntimos pensamentos e nos facultam julgá-los e apreciar-lhes o valor. Para o médium, a faculdade de escrever é, além disso, a mais suscetível de desenvolver-se pelo exercício. (KARDEC, 2003, p. 255).

É importante ressaltar que a psicografia nada mais é que fenômeno naturalmente decorrente da faculdade mediúnica, nada tem de espírita, é inata ao homem. A propósito a primeira escrita mediúnica se verificou no ano de 1850, data anterior à edição da

primeira obra de codificação espírita, ocorrida aos dezoito dias do mês de abril de 1857, “O Livro dos Espíritos”, observemos as palavras de Nemer da Silva Ahmad:

A psicografia, portanto, não é matéria própria da religião, mas está inserida no aspecto científico da doutrina espírita. É um fenômeno mediúnico que, por isso mesmo, vê confirmada sua natureza genuinamente científica, tal como os demais fenômenos estudados pela ciência. O caráter de sobrenatural, religioso e de artigo de fé que lhe atribuem alguns está vinculado ao desconhecimento adequado do tema, o que lhes retira, então a solidez da base sobre que assentam suas conclusões. (AHMAD, 2008, p. 26-27).

Claramente, a psicografia é a comunicação do espírito com seus entes encarnados, através de uma carta manuscrita por um médium, que geralmente tem sua mão dominada pelo espírito desencarnado, e ao final assina a carta, cuja assinatura é idêntica à dos seus documentos originais, facilitando assim o exame pericial para a confirmação da sua autenticidade. Além da assinatura, muitas vezes o conteúdo da carta traz intimidades e particularidades da vida de quem recebe e de quem escreve, que somente ambos têm conhecimento, não sendo possível ao médium conhecê-las previamente, assim, evidenciando a existência da vida após a morte. Vejamos o que diz Augusto Vinícius Fonseca e Silva:

A caligrafia riscada no papel muito mais se parece com a do espírito-comunicante que com a do médium que, não raro, é pessoa de pouca instrução e escreve em termos e idiomas que nunca soube quando em estado consciente. Allan Kardec a propósito, preconiza ser fenômeno comum entre os médiuns escreventes a mudança de caligrafia, segundo os espíritos que se comunicam. E o mais notável é que a mesma caligrafia se repete sempre com o mesmo espírito e às vezes é idêntica à que ele tinha. (SILVA, 2017, p. 103-104).

Tecida essas pressupostas considerações, faz se necessário evidenciar que a psicografia não tem natureza religiosa, porque não se trata de religião, e sim de ciência. Enfim, a psicografia nada tem de sagrado, não é matéria específica da religião, porém está encaixada no aspecto científico da doutrina espírita, nesse contexto, notemos a explanação de Nemer da Silva Ahmad:

A psicografia tem contornos nitidamente científicos porque foi originada de uma ciência de observação. No início, os fenômenos mostram-se aos homens através de efeitos físicos, tais como batidas, pancadas, materializações, dentre outras. Após acurada experimentação, chegou-se à comunicação através da escrita – psicografia – sem que para isso seja necessário a utilização de qualquer objeto a não ser o intermediário. (AHMAD, 2008, p. 67-68).

No entanto, quando falamos de psicografia não podemos deixar de mencionar na categoria dos médiuns escreventes, o conhecido médium mineiro, Francisco Cândido Xavier, já falecido, Divaldo Pereira Franco e José Raul Teixeira. Com relação as cartas psicografadas por Chico Xavier, Vladimir Polízio sintetizou o seguinte:

Dos nove casos conhecidos no Brasil, em que o plano espiritual se empenhou, conforme será constatado a seguir, e até interferiu na condução processual para a aplicação da justiça terrena, seis deles foram originados da mediunidade de Francisco Cândido Xavier e diretamente ligados à área criminal. (POLÍZIO, 2009, p. 83).

Como o objetivo desse trabalho não é um estudo de caso, fizemos apenas referência a casos conhecidos em que a psicografia esteve presente no tribunal, a título de curiosidade e evidenciar os mais expressivos médiuns escreventes no Brasil. Diante de todo o exposto, no âmbito do direito processual, concluímos que a carta psicografada deve ser interpretada como uma prova documental, particular, atípica/inominada, lícita e legal. Documental, de acordo com o artigo 232 do CPP expresso no tópico anterior, quando o artigo faz referência a quaisquer escritos, deduzimos que a carta psicográfica pode ser considerada como documento. Atípica ou inominada, uma vez, que esse meio de prova não está entre o rol das provas expressas na legislação. Lícita, tendo em vista, que não foi prova produzida com violação a regras de direito material. Legal, já que não é prova produzida com violação a regras de natureza meramente processual. No próximo tópico, enfrentaremos a problemática proposta.

4. Admissibilidade da carta psicografada como meio de prova no processo penal

O problema central do trabalho será analisar a legitimidade das cartas psicografadas, como meio de prova para elucidação do crime no processo penal. Imagine que José Antônio foi assassinado por uma bala perdida durante uma festa. Durante o inquérito policial, algumas pessoas presentes na festa relataram que o tiro veio da direção, onde estava Mário, amigo de infância de José Antônio, e os dois amigos, minutos antes do fato acontecer, haviam se desentendido. Após o encerramento do inquérito policial, Mário é denunciado pelo crime de homicídio de José Antônio, dando início ao processo penal. Previamente ao julgamento, o Advogado de defesa de Mário é procurado pela avó de José Antônio informando que recebera uma carta psicografada de seu neto, onde ele inocenta seu amigo Mário. O objetivo do trabalho é demonstrar a autenticidade de uma carta psicografada, e torná-la um meio de prova inatacável perante os Tribunais, principalmente em crimes dolosos contra a vida, tendo em vista, que as decisões oriundas do Tribunal do Júri são baseadas de acordo com sua consciência e não segundo a lei.

Entendemos que o uso da carta psicografada como um meio de prova é totalmente admissível, porque cumpre os princípios do Devido Processo Legal, da Ampla defesa, da Plenitude de Defesa, da Liberdade das Provas e da Verdade Real, nos termos da Constituição Federal. Conforme citado anteriormente, a carta psicografada deve ser tratada como uma prova documental, lícita, atípica, como qualquer outra prova

documental, e na dúvida quanto a assinatura aposta na carta, pode ser feito uso da análise grafotécnica, conforme dispõe o artigo 174 do CPP, ou outro meio apropriado para constatar a autenticidade da autoria da carta.

4.1. Princípio do devido processo legal

A carta psicografada poderá ser considerada como meio de prova no processo penal, tendo em vista, que atende perfeitamente um dos princípios que regem a prova no direito processual penal, o princípio do Devido Processo Legal, considerado o mais relevante de todos os princípios constitucionais, ele opera como “super princípio”, uma vez que se origina dele os demais princípios, que analisaremos adiante. Destacamos a seguir o que diz o doutrinador, professor e juiz de direito, Augusto Vinícius Fonseca e Silva, em seu livro:

Como será visto doravante, o Espiritismo não é só uma religião. Para mais que isso, é também ciência e filosofia, sendo que a psicografia está afeta justamente a estes outros campos e não àquele. Logo, ter uma visão exclusivamente espírita da prova psicográfica, *tout court*, é reduzi-la e, por isso mesmo, chegar a uma errônea conclusão acerca de sua inadmissibilidade no processo. Não sem outro motivo, portanto, registrou-se, no pórtico do presente livro, o provérbio árabe segundo o qual “a ignorância é vizinha da maldade”, ou seja, quando se ignora algo, ao invés de se pesquisar para melhor saber, realmente, do que se trata um instituto, prefere-se opinar assim mesmo, incorrendo, conseqüentemente, em erro de conclusão.

A despeito disso, tecer breves linhas acerca da ligação entre Religião, Estado Ciência e Direito servirá a fazermos justamente o que não é feito pelos não estudiosos do Espiritismo, buscaremos dar anteparo científico à conclusão doravante lançada de que a prova psicográfica é admissível no processo brasileiro exatamente porque de religião não se trata e, em estando o assunto na esfera da ciência, nada há que possa alijá-la do devido processo legal. (SILVA, 2017, p. 5-6).

É importante mencionar que existem alguns casos no Brasil em que cartas psicografadas foram apresentadas como provas no processo penal, como por exemplo, o caso de Iara Marques Barcelos, acusada do homicídio de Ercy da Silva Cardoso, na época, a defesa apresentou uma carta psicografada na qual o espírito de Ercy supostamente inocentava Iara do crime:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.389.293 - RS (2011/XXXXX-0)
RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP AGRAVANTE : MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL AGRAVADO : IARA
MARQUES BARCELOS ADVOGADO : LÚCIO SANTORO DE

CONSTANTINO INTERES. : FÁBIO ARAÚJO CARDOSO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO DECISÃO Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que negou seguimento a recurso especial, fulcrado no art. 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal. O acórdão recorrido foi ementado nos seguintes termos: JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do co-réu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido. Opostos embargos de declaração pelo Ministério Público, restaram não conhecidos, nos seguintes termos: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA CONFIRMADA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. APELO EXCLUSIVO DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. A legitimidade para a oposição de embargos de declaração está condicionada à condição de parte no processo. Se o apelo cujo julgamento se pretende aclarar foi interposto apenas pelo assistente da acusação, tendo o Parquet se conformado com a decisão absolutória, não tem esse nobre órgão legitimidade para pleitear o esclarecimento do julgado, pedido que, de resto, envolve apenas uma pretendida reapreciação de questões já decididas. Embargos declaratórios não conhecidos." Diante disso, o Ministério Público interpôs recurso especial, alegando negativa de vigência aos artigos 232, caput, 235, c/c arts 145 a 148 e 619, todos do Código de Processo Penal. A Corte Estadual negou seguimento ao recurso, por considerar sem plausibilidade a argumentação do recorrente e face à incidência do enunciado da Súmula 283/STF. No presente agravo de instrumento, pugna-se pela subida do recurso especial interposto. A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do agravo de instrumento (fls. 209/212, e-STJ). É o relatório. Decido: A matéria merece melhor análise, razão pela qual dou provimento ao agravo de instrumento. Converta-se em recurso especial. Publique-se. Brasília (DF), 18 de junho de 2012. MINISTRO GILSON DIPP Relator (STJ - Ag: 1.389.293 - RS, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Publicação: DJ 21/06/2012).

Portanto, o princípio do Devido Processo Legal assegura que todas as partes envolvidas em um processo tenham direito a um processo justo e imparcial, ou seja, o acusado deverá ser tratado de acordo com as leis e procedimentos legais estabelecidos.

O devido processo legal deita suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo criminal. (NUCCI, 2016, p. 76).

Sendo assim, o objetivo do Devido Processo Legal é a aplicabilidade de todos os trâmites exigidos pela lei, de forma a não trazer nenhum prejuízo para o réu, e caso não sejam observadas as regras básicas no processo, ele se tornará nulo. Analisemos, o artigo 5º, inciso LIV, da CRFB/88, que dispõe sobre o devido processo legal:

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:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

No que se refere às provas admitidas em um processo penal, o princípio do Devido Processo Legal implica que elas devem ser obtidas de maneira legal, legítima e de acordo com as garantias constitucionais e legais, respeitando os direitos fundamentais do acusado. Destacamos a seguir o que diz o doutrinador e professor Luiz Guilherme Marinoni:

O direito à prova é o resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra Vigorriti, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações, tornou clara a influência das normas em termos de prova sobre direitos garantidos pelo *due process of law*. A mesma conexão impõe o reconhecimento, em nível constitucional, de um verdadeiro e próprio direito à prova (*right to evidence*) em favor daqueles que têm o direito de agir ou defender em juízo. O direito de produzir prova engloba o direito à adequada oportunidade de requerer sua produção, o direito de participar da

sua realização e o direito de falar sobre os seus resultados. (MARINONI, 2000, p. 258-259).

Diante do exposto, concluímos que a carta psicografada como meio probante não viola o princípio do Devido Processo Legal, pelo contrário, a sua rejeição configuraria o cerceamento ao direito à prova, inserido no campo das garantias que integram o devido processo legal. Conforme já discutido ao longo da pesquisa, a carta psicografada enquadra-se perfeitamente como prova documental, atípica, lícita, sendo assim, não há motivo para proibir que ela seja aceita como meio de prova. Ademais, necessário se faz anotar que não há vedação legal acerca da utilização de cartas psicografadas como meio de prova no processo penal ou em qualquer outro ramo do direito.

4.2. Princípio da ampla defesa

Outro princípio que rege o processo penal é o princípio da Ampla defesa, e é um desdobramento do devido processo legal. A doutrina ao mencionar o direito à prova, ela concatena esse conceito aos princípios do Contraditório e da Ampla defesa, nesse sentido, a doutrina é uníssona, em razão da previsão constitucional, logo, a carta psicografada, como prova documental alicerça-se perfeitamente ao princípio da Ampla defesa. Nesse contexto analisemos a jurisprudência:

HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO - SUSPENSÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO - ATO REALIZADO – PERDA DO OBJETO. PROVA - CARTA PSICOGRAFADA – ILICITUDE – INOCORRÊNCIA – NULIDADE - INEXISTÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL – AUSÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. I - Resta prejudicado o pedido de suspensão da audiência de instrução e julgamento, eis que quando os autos vieram conclusos para análise do referido pleito, em 14.03.2022, o ato já se havia realizado em 08.03.2022, esvaindo-se a pretensão nos termos do artigo 659 do CPP. II – A juntada de um documento psicografado, que caracteriza uma prova indireta, por si só, não fere qualquer preceito legal, tampouco o princípio do contraditório ou a laicidade do Estado, e, a depender das circunstâncias, não pode ser considerado produzido por meios ilícitos, não se enquadrando, portanto, no disposto pelo artigo 5.º, LVI, da Constituição Federal. III – Nos termos do artigo 563, do CPP, impossível reconhecer nulidade na apresentação de documento que nenhum prejuízo produz às partes, já que nada refere sobre a autoria ou à motivação do crime, daí não advindo, portanto, produção de ato processual capaz de influir na apuração da verdade ou na decisão da causa (artigo 566 do CPP). IV - Ordem parcialmente conhecida e, e na parte conhecida, denegada. EM PARTE, COM O PARECER. (TJ-MS - HC: 1402867-05.2022.8.12.0000 – Três Lagoas, Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Data de Julgamento: 10/06/2022, 3ª Câmara Criminal).

Conforme ressaltamos no início, o princípio da Ampla defesa é uma garantia que o acusado tem de se defender por qualquer meio de prova, com exceção das provas obtidas de forma ilícita ou ilegal, para tentar provar a sua inocência. Nucci assim disserta a respeito:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (NUCCI, 2016, p. 78).

Face ao exposto, constatamos que o acusado pode dispor de fartos instrumentos, desde que sejam lícitos e legais, para promover a sua defesa e conseqüentemente influir na convicção do seu julgador, sendo assim, não existe óbice ao uso do material psicográfico. A inobservância do contraditório e da ampla defesa gera como consequência a nulidade absoluta, conforme artigo 564, inciso III, do Código de Processo Penal, e Súmula 523, do STF. Analisemos a disposição constitucional do referido princípio:

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:

(...)

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;

Diante do narrado no inciso supracitado, confirmamos a consagração do direito à prova como um direito fundamental. Aliás contraditório e ampla defesa não são a mesma coisa, contraditório significa o direito de se defender, já a ampla defesa, é de se defender de todas as formas permitidas no ordenamento jurídico. Além do mais a ampla defesa encontra respaldo normativo infraconstitucional também no artigo 369 do Código de Processo Civil que diz:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados

neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Do aludido artigo, concluímos que o direito de produzir prova no processo está intimamente ligado a ideia de ampla defesa, veja que o legislador traz nesse dispositivo uma abertura, mesmo aqueles meios de provas que não estejam previstos na lei, mas que não sejam ilegais/ilícitos, mesmo esses, poderão ser utilizados para que as partes demonstrem as suas alegações, por isso, ampla defesa, ponderemos o que diz Nucci:

Assim, no processo criminal, perante o juiz togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente. (NUCCI, 2016, p. 79).

Sendo assim, não pode haver proibição legal para a produção de um determinado tipo de prova, a Constituição apenas trata da proibição de utilização de provas ilícitas, e, portanto, o limite está na legalidade, obviamente somente não serão autorizadas provas que violem alguma regra da moral de uma determinada sociedade, portanto, não existindo embaraço para acolhimento da carta psicografada como prova documental, já que respeita integralmente o princípio da ampla defesa.

4.3. Princípio da amplitude de defesa

O princípio da Amplitude de Defesa, é outro princípio que vigora no âmbito penal, inclusive também é desdobramento do devido processo legal. A plenitude de defesa é prevista especificamente como garantia do júri, o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal trata da instituição do júri, que é o órgão do judiciário com competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. No Tribunal do Júri é assegurado ao acusado uma defesa absoluta, cabal, global, e por essa razão, o documento psicográfico não infringe esse princípio, observemos o dispositivo:

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:

(...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

No âmbito do Tribunal do Júri, as decisões dos jurados não são baseadas em leis, aqui aplica-se um sistema que não se confunde com o livre convencimento motivado, no qual o júzo deve motivar suas decisões, dentro de padrões aceitáveis de racionalidade, examinemos o que diz Nucci:

Por outro lado, no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito – logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana. (NUCCI, 2016, p. 79).

Portanto, deduzimos que nos tribunais comuns é assegurado ao acusado a ampla defesa, já no tribunal do júri é garantido a amplitude de defesa, tendo vista, que a decisão do jurado é de acordo com a sua consciência e não segundo a lei. Vale destacar que a plenitude de defesa está estruturada no binômio, defesa técnica e autodefesa, contemplemos a seguir o que discorre o professor e doutor Aury Lopes Junior sobre a defesa técnica:

A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado. É o profissional do direito, com conhecimento técnico e habilitação específica para exercer essa atividade defensiva no processo judicial. (LOPES, 2021, p. 112).

Salienta-se que na defesa técnica, o advogado não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, ou seja, é perfeitamente possível que o defensor também utilize argumentação extrajurídica, valendo-se de razões de ordem social, emocional, de política criminal etc. Adjacente à defesa técnica existe a autodefesa, também chamada de defesa pessoal, ao acusado é assegurado o direito de apresentar sua tese pessoal por ocasião do interrogatório, oportunidade em que poderá relatar aos jurados a versão que entender ser a mais conveniente a seus interesses, mesmo que haja divergência entre sua versão e aquela apresentada pelo defensor, sob pena de nulidade absoluta por violação à garantia constitucional da plenitude de defesa. Assim sendo, abstraímos justamente por esse princípio englobar uma defesa mais vasta, não existe obstáculo para carta psicográfica ser apreciada como meio probatório.

4.4. Princípio da liberdade das provas e da busca da verdade real

É irrefutável sempre que aparece o tema prova no âmbito judicial associarmos à verdade, veremos a seguir que a carta psicografada como meio de prova no processo penal, atende impecavelmente o princípio da Liberdade das Provas, quanto o princípio da busca da Verdade Real. Vejamos o esclarecimento:

É princípio regente de direito probatório, ainda mais num país livre, que se diz Democrático de Direito, o da liberdade da prova como decorrência do amplo direito de ação, obviamente, respeitados os limites constitucionais, legais e moralmente legítimos. Dessa forma, tolher da parte o direito de produzir a prova psicográfica – ainda mais quando sob a alegação de que seria fruto de ato de fé – é uma interpretação que não condiz com a Constituição, com o novo Código de Processo Civil e com a escoreta noção de Espiritismo-Ciência. (SILVA, 2017, p. 319).

Nesse diapasão, salienta-se que o princípio da Liberdade das provas está concatenado com o princípio da busca da Verdade Real, uma vez que, o acusado pode utilizar-se qualquer tipo de prova, claro, respeitando as limitações constitucionais, para elucidação da verdade dos fatos, ou tentar chegar o mais próximo da realidade. Nesse sentido alerta Antônio Alberto Machado:

Deve-se considerar, porém, que a busca de uma verdade real nem sempre será uma empresa possível. Primeiro, porque não há como reconstituir no processo um fato criminoso que já não existe mais, que pertence ao passado e que, portanto, não se constitui mais numa realidade. Logo, só será possível representá-lo na memória, no plano mental e na imaginação dos sujeitos processuais. E essa representação, como toda representação, é sempre suscetível de subjetivismos, além do que os meios de prova são também suscetíveis de falhas, distorções, manipulações etc. É justamente por essa razão que, em lugar de uma verdade real, fala-se numa verdade processual, ou seja, numa verdade construída dentro do processo, utilizando as provas, as oportunidades processuais e a argumentação, sempre com o objetivo de estabelecer uma correspondência razoável entre o fato histórico, que pertence ao passado, e o fato representado nos autos, que será julgado no presente. (MACHADO, 2014, p. 461).

No processo, geralmente revelam-se três verdades, a do autor, a do acusado e a verdade real, e que podem ser diferentes entre si. No âmbito do direito processual penal a tarefa árdua do acusado é tentar demonstrar a verdade real ou o mais próximo possível que se possa chegar, dos fatos alegados na peça acusatória para o convencimento do

juulgador (juiz ou jurados), garantindo o devido processo legal, com seus corolários diretos: a ampla defesa e o contraditório, salientamos o que diz Fernando Capez:

No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos. Para tanto, o art. 156, II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, faculta ao juiz, de ofício, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (CAPEZ, 2012, p. 75).

Em face do exposto, constatamos que a busca pela verdade real deve ser sempre exaurida para que a decisão proferida pelo julgador seja justa e adequada com as provas apresentadas durante toda instrução probatória. Assim sendo, para atender a finalidade de encontrar a verdade real dos fatos alegados no processo penal, nos reportamos ao princípio da liberdade das provas, nesse sentido são as lições de Levy Magno:

Repudia-se no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da taxatividade das provas, em que as partes somente poderiam se valer dos meios listados pela lei. Há, pois, plena liberdade na atividade probatória, podendo-se as partes valerem-se de provas nominadas e provas inominadas. Vigora o princípio da liberdade das provas. (MAGNO, 2013, p. 427).

Conforme o entendimento acima, inferimos que apresentação da carta psicografada não viola nenhum dos princípios relacionados acima, tendo em vista, que em nosso ordenamento jurídico vigora a ampla liberdade probatória, assim sendo, assegura às partes a utilização de qualquer tipo de provas, salvo o uso de provas ilícitas e ilegítimas (já definidas em tópico anterior). Na persecução penal não se comporta deduções ilusórias ou distante da veracidade, o julgador trabalha na reconstrução da verdade dos fatos, superando casual descuido das partes na produção das provas, com a finalidade de proferir uma sentença justa e imparcial. Vale lembrar que, admissibilidade da prova psicografada no processo penal está vinculada a apreciação de outras provas, portanto, considerada fonte secundária, o que por si só, não infringe norma material e nem processual.

4.5. Análise grafotécnica na certificação da legitimidade de uma carta psicografada.

Quando o médium psicografa uma carta, ao final o desencarnado aposta sua assinatura, que poderá ser submetida à verificação da sua autenticidade, através da análise grafotécnica. Nesse quadrante, os escritos de Chico Xavier foram submetidos a criteriosa perícia judicial, após o exame em uma das cartas psicografadas pelo médium mineiro, o perito Carlos Augusto Perandrea, concluiu:

A mensagem psicografada por Francisco Cândido Xavier, em 22 de julho de 1978, atribuída a Ilda Mascaró Saullo, contém, conforme demonstração fotográfica (figs. 13 a 18), em 'número' e em 'qualidade', consideráveis e irrefutáveis características de gênese gráfica suficientes para a revelação e identificação de Ilda Mascaró Saullo como autora da mensagem questionada.

(...)

As características gráficas genéricas constantes em diversos símbolos e palavras, bem como a demonstrada em superposição por transparência, altamente valorizada, considerando-se a disparidade dos calibres em suas dimensões naturais, forneceram as respostas, e de forma insofismável e categórica. Respostas a fatos desconhecidos pela Ciência, ou simplesmente sem divulgação. (PERANDRÉA, 1991, p. 56-58).

Como já vimos anteriormente, a carta psicografada é considerada como uma prova documental, atípica, logo, é possível ser periciada por um profissional especializado, legalmente habilitado para tal, caso exista dúvidas sobre a sua autenticidade, conforme disposto no artigo 235 do CPP: “Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade”.

A análise grafotécnica é um tipo de perícia com a função de identificar a veracidade de assinaturas e a letra em documentos, cheques, escrituras e documentos, através de particularidades que são diferentes em cada pessoa, tais como altura da letra, inclinação das palavras, força que se faz no papel durante a escrita, observemos o preceito do termo grafotécnica segundo Polízio:

O TERMO grafotécnico, conforme o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, identifica e denomina aquele que é especialista ou perito em grafotecnia, a ciência de examinar textos escritos à mão ou à máquina para descobrir se são autênticos ou falsificados, se foram escritos por uma mesma pessoa ou não, se numa determinada máquina de escrever ou não etc. (POLÍZIO, 2009, p. 142).

O perito grafotécnico realiza análise do documento comparando com outro documento reconhecidamente escrito pelo indivíduo ou judicialmente reconhecido como dele, sendo assim, considerada como prova emprestada entre processos. Permite-se também documento sobre qual não exista dúvida da sua autenticidade, segundo Nucci:

É o denominado exame caligráfico ou grafotécnico, que busca certificar, admitindo como certo, por comparação, que a letra, inserida em determinado escrito, pertence à pessoa investigada. Tal exame pode ser essencial para apurar um crime de estelionato ou de falsificação, determinando a autoria. Logicamente, da mesma maneira que a prova serve para incriminar alguém, também tem a

finalidade de afastar a participação de pessoa cuja letra não for reconhecida. (NUCCI, 2016, p. 393).

Em consideração ao exposto acima, concluímos que existem mecanismos para verificar a autenticidade da carta psicografada, através da análise grafotécnica o perito analisa o material psicográfico em diversos aspectos para validar a autoria daquele documento com maior precisão, usando como parâmetro outro documento escrito pelo autor, que supostamente escreveu o material que está sendo analisado.

5. Conclusão

Nesse artigo nos objetivamos analisar cientificamente a carta psicografada como meio de prova, questionando a sua admissibilidade no processo penal. Para alcançar esse objetivo maior utilizamos o método dedutivo, porque parte de um conhecimento amplo para obter conclusões específicas, partindo do estudo sobre as provas no Direito Processual Penal, em seguida sobre as cartas psicografadas, por fim o ponto fundamental dessa pesquisa, analisamos o uso da carta psicografada como meio de prova na persecução penal sob à luz dos princípios do Devido Processo Legal, da Ampla defesa, da Plenitude de Defesa, da Liberdade das Provas, da Verdade Real, e a análise grafotécnica na certificação da legitimidade de uma carta psicografada.

A partir das análises realizadas na presente pesquisa chegamos as seguintes conclusões:

I – A carta psicografada como meio probante não viola o princípio do Devido Processo Legal, pelo contrário, a sua rejeição configuraria o cerceamento ao direito à prova, haja visto, que ela é considerada uma prova documental, de acordo com artigo 232 do CPP, quando faz referência a qualquer documento.

II – A doutrina ao mencionar o direito à prova, ela concatena esse conceito aos princípios do Contraditório e da Ampla defesa, logo, a carta psicografada, como prova documental alicerça-se perfeitamente ao princípio da Ampla defesa, uma vez, que o acusado pode se valer de todos os meios de provas admitidos no ordenamento jurídico, para provar a sua inocência.

III – O princípio da Amplitude de Defesa, só se difere do princípio da Ampla defesa, por ser um princípio constitucional do Tribunal do Júri, onde engloba uma defesa mais vasta, absoluta, portanto, não existe obstáculo para a carta psicográfica ser apreciada como meio probatório.

IV – Em face ao Princípio da Liberdade das Provas e da busca da Verdade Real, a liberdade se encontra na ampla e garantida possibilidade de se provar tudo, e por todos os meios, salvo as provas ilícitas e ilegais, para elucidação da verdade dos fatos, ou tentar chegar o mais próximo da realidade, sendo assim, não existe óbice para as cartas psicografadas serem analisadas como mais um elemento de prova.

V – Ademais, o exame grafotécnico poderá atestar a autenticidade das cartas psicografadas, se houver dúvidas sobre sua veracidade.

A pesquisa foi de suma importância, uma vez, que trouxe uma das questões mais controversas, instigantes, que divide opiniões no meio jurídico, o uso da psicografia na

persecução penal. Ao longo do trabalho trouxemos embasamentos constitucionais axiomáticos para o uso da carta psicografada como meio de prova no processo penal, considerando que, o objetivo das provas é a busca da verdade real dos fatos, com a finalidade de influenciar no convencimento do julgador, e ao final proferir uma sentença justa. Esse tema recentemente esteve em evidência na mídia por ocasião do julgamento da Boate Kiss, onde a advogada Tatiana Borsa, fez uso de uma carta psicografada, para defender seu cliente.

Apresentadas as conclusões deste artigo, verifica-se que a presente pesquisa constitui um percurso inicial para o desenvolvimento de estudos posteriores, visando tornar aceitável o uso da carta psicografada como um meio de prova nos Tribunais penais, sugerimos inserir a carta psicografada no rol exemplificativo de provas no Código de Processo Penal, com devidas ressalvas, para garantir sua origem por médium respeitado, e garantir sua autenticidade por meio de exame grafotécnico.

6. Referências bibliográficas

AHMAD, Nemer da Silva. **Psicografia: o novo olhar da justiça**. São Paulo: Aliança, 2008.

ALMEIDA, José Márcio. A psicografia como meio de prova. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 27 mar. 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/84192/a-psicografia-como-meio-de-prova>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

AMORIM, Michele. A análise da psicografia com meio de prova no Direito Processual Penal brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 25 abr. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81588/psicografia-e-a-verdade-processual>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

ASSAIANTE, Marcus Alexandre Marinho. A admissibilidade das cartas psicografadas como meio de prova no processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 16 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46575/a-admissibilidade-das-cartas-psicografadas-como-meio-de-prova-no-processo-penal>>. Acesso em: 11 mar. 2023.

AZEVEDO, Roger. A carta psicografada como prova no processo penal. **Canal Ciências Criminais**, 11 ago. 2022. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/carta-psicografada-prova-processo-penal/>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Habeas Corpus nº 1402867-05.2022.8.12.0000, 3ª Câ. Criminal, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Três Lagoas, j. 10 jun. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 1.389.293 – RS (2011/0037429-0), Rel. Ministro Gilson Dipp, Brasília, j. 18 jun. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KARDEC, Allan. **Livro de introdução ao estudo da doutrina espírita**. São Paulo: Lúmen, 2006.

_____. **O livro dos médiuns, ou, Guia dos médiuns e dos evocadores: espiritismo experimental**. Tradução de Guillon Ribeiro. 71. ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2003.

LIMA, Kelly C. Martins. A psicografia e o exame grafotécnico: a perícia judicial confrontando e legitimando a psicografia como prova documental lícita. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5.245, 10 nov. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59706>>. Acesso em: 11 mar. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de processo penal didático**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Provas no processo penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Samantha Boeira. **A aplicação da psicografia como meio probatório no âmbito do processual penal brasileiro**. TCC, 27 jul. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/6433?locale-attribute=it>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

PERANDRÉA, Carlos Augusto. **A psicografia à luz da grafoscopia**. São Paulo: Fé, 1991.

POLÍZIO, Vladimir. **A psicografia no tribunal**. São Paulo: Butterfly, 2009.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **A prova psicográfica no direito processual brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VAIANO, Bruno. Psicografia no tribunal: por que o Além não vale como prova? **Revista Questão de Ciência**, 17 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.revistaquestaoodeciencia.com.br/index.php/artigo/2022/01/17/psicografia-no-tribunal-por-que-o-alem-nao-vale-como-prova>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

VIANNA, Saulo Guapyassú. **A miopia epistêmica do direito probatório e as cartas psicografadas**. Dissertação de Mestrado. Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa, 10 fev. 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/handle/11144/5222>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

Considerações a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado

*Lucas Rodrigues Oliveira*¹

*Vitor Costa Silva*²

Resumo: A presente pesquisa científica terá como ponto central averiguar a aplicação absoluta do princípio da supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado. Como se pode denotar, a presença desse princípio é extremamente acentuada nas decisões administrativas, e vincula o administrador aos dispositivos legais, pois quando for aplicá-lo deve-se considerar cada conduta à luz dos princípios e normas integrantes do ordenamento jurídico. O presente estudo é de essencial relevância para que seja analisado, do prisma constitucional e administrativo, quem obterá a prevalência, quando do confronto direto entre direitos fundamentais de primeira e segunda geração. Para a elaboração do trabalho serão utilizados o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. Concluímos que, haverá a ponderação de valores no caso concreto, e que, portanto, não é regra absoluta a aplicação do princípio da supremacia do interesse público. O trabalho reconhece a existência do mencionado princípio, e até mesmo o defende tendo em vista sua positivação. Contudo, em um Estado Democrático de Direito que preza e zela pelos direitos fundamentais, a Constituição não tolera a violação destes sob o pretexto de se estar apenas visando o interesse coletivo sem antes analisar se no caso concreto certa coletividade possui maior peso a ser protegido que o específico direito de um particular.

Sumário: 1. Introdução 2. Os direitos fundamentais constitucionais 3. Princípio da supremacia do interesse público contra o interesse privado. 4. A supremacia do interesse público sempre prevalecerá? 4.1. A limitação constitucional da supremacia do interesse público. 4.2. Atos abusivos do Poder Público. 4.3. A parcela resguardada do interesse privado. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-Chave: Interesse público. Interesse privado. supremacia.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo Mineiro – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: lucasroconsultoria@gmail.com.

² Advogado. Pelo IBMEC/Damásio concluiu as Especializações em Processo Civil e em Direito Civil e Empresarial. Preceptor no Centro Universitário do Triângulo, com atuação junto ao Núcleo de Prática Jurídica. E-mail: cvitorsilvaadv@gmail.com.

1. Introdução

O intuito do presente artigo é analisar o princípio da supremacia do interesse público e suas áreas de atuação, principalmente no que diz respeito a seus conflitos contra o interesse privado. O trabalho tem como foco questionar se o referido princípio possui aplicabilidade absoluta, ou a depender da análise do caso concreto, será restringido a fim de prevalecer os direitos individuais.

O assunto abordado é de enorme utilidade para os operadores do direito, em virtude das disposições constitucionais que asseguram não só os direitos fundamentais de primeira geração, como também os de segunda geração. Ao se dispor em circunstâncias nas quais se encontrem entes públicos e privados, cujos interesses se divergem, é oportuno dizer que deve prevalecer algum, caso contrário estaríamos diante de posições neutras, incapazes de atender aos anseios da sociedade a que o direito se destina.

A pesquisa utilizou o método dedutivo, pois visa partir de um pressuposto generalista, demonstrando aspectos principiológicos gerais, como os direitos fundamentais de primeira e segunda gerações, até alcançar sequencialmente conclusões específicas quanto ao objeto de estudo, demonstrando o embate dos princípios da supremacia do interesse público x privado. A partir das premissas indicadas no artigo, a conclusão final é estabelecida. As generalidades componentes do método são derivadas da pesquisa bibliográfica e documental, no intento de especificá-las cada vez mais e assim, poder obter a conclusão almejada. À vista disso, tal método embasou a pesquisa, enriquecendo-a para que fosse obtido, ao final, as fundamentações ao longo deste artigo expostas. De igual forma, foi utilizado o recurso jurisprudencial e legislativo de maneira a integrar todas as argumentações constantes nos tópicos a seguir.

O artigo foi elaborado em duas partes, tendo como ponto principal, na primeira parte, a demonstração de conceitos pertinentes ao tema, e por outro lado, na segunda parte, trabalhado a problemática central com suas nuances, foco da pesquisa como um todo. É apresentada a consistência do princípio da supremacia do interesse público junto de outros princípios mais que possam confrontá-lo, e posteriormente, a resolutiva desta problemática tão importante ao direito.

2. Os direitos fundamentais constitucionais

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve o chamado fenômeno de *constitucionalização do direito*. Nele, não só ocorreram mudanças normativas, mas teve-se uma esfera protetiva em que se consagrou juridicamente direitos tão cruciais a ponto de estarem abarcados no topo do ordenamento jurídico: os direitos fundamentais. Após a vinda destes direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana envolveu todas as relações jurídicas possíveis, ganhando força, e sobretudo, validade no tocante às decisões de entidades públicas. Resta claro que a Constituição passou a ser o epicentro de parâmetro comparativo mediante as situações de conflito resultantes entre os princípios e/ou direitos envolvidos. Conforme lição de Rodrigo Padilha:

Os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Os direitos fundamentais são, antes de tudo, limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado Federal, sendo um desdobramento do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, parágrafo único). (PADILHA, p. 237).

Como mencionado pelo autor, os direitos fundamentais constituem visíveis delimitações de poderes frente ao que o Estado exerce nas suas atribuições constantes. Isso por si só, protege os indivíduos que, sem distinção, são incluídos na área de guarnição constitucional a fim de que tenham um norte de segurança perante as prerrogativas do Poder Público. Os direitos fundamentais possuem sua divisão em primeira, segunda e terceira geração, com uma quarta em construção, sendo necessária a classificação para se ter uma visão ampla quando de seu emprego em cada caso. A primeira geração no que tange ao seu alcance normativo, envolve diretamente direitos tais como: vida, liberdade, propriedade, igualdade entre outros. São conhecidos principalmente como direitos individuais, e muito difundidos na contemporaneidade.

Neste mesmo sentido, tem-se os direitos de segunda geração, ou direitos sociais, em que o Estado auxilia o indivíduo com medidas intervencionistas, tais como: saúde, educação, moradia, transporte entre outros. Há os de terceira geração que são considerados como os direitos coletivos: meio ambiente, direitos do consumidor etc. E por fim, os de quarta geração que eventualmente serão elaborados com base em todo o aparato tecnológico hoje disponível à nossa sociedade. Todos eles consistem em importantes conquistas que garantem a dignidade da pessoa humana, promovendo-a universalmente de modo a impedir condutas que configurem autoritarismo por parte da Administração Pública. A posição hoje ocupada pelos direitos fundamentais foi de tal forma propagada que permeia todo o ordenamento jurídico e se mantém hierarquicamente acima dos demais direitos. Para Edson Ricardo Saleme:

1ª geração ou dimensão – São aqueles pertencentes às liberdades clássicas (propriedade, liberdade, igualdade etc.). Podem ser aí incluídos também os direitos políticos e de nacionalidade. 2ª geração ou dimensão – Gerados a partir da necessidade de intervenção do Estado para coibir determinados abusos do Estado liberal, surgiram com o denominado intervencionismo estatal. São os direitos sociais, previdenciários ou ainda aqueles que viabilizam a intervenção do Estado na economia. 3ª geração ou dimensão – Trata-se dos denominados direitos transindividuais ou coletivos. Buscam a defesa do meio ambiente, dos direitos do consumidor, do idoso, da infância e da juventude. 4ª geração ou dimensão – Atualmente se aponta para uma quarta ou ainda outras dimensões de direitos que buscam equacionar os avanços tecnológicos e a ânsia humana em se autossuperar com valores morais, culturais e tecnológicos. (SALEME, 2022, p. 139).

Assim, é concebível que para o Poder do Estado agir, ainda que de maneira discricionária, tal como a legislação o autoriza, é fundamental que haja coerência para com os direitos fundamentais abarcados pela Constituição. A função destes diz respeito às limitações que em suma, terão de ser invocadas em caso de transgressões à dignidade da pessoa humana, seja pelas entidades municipais, seja pelas estaduais ou mesmo federais. Todo indivíduo, estando amparado pelo manto dos direitos fundamentais, não estará à completa mercê dos atos advindos de órgãos públicos e afins. A administração do Estado, contudo, implementa suas decisões por meio de uma diversidade de princípios que autorizam certos poderes especiais, não estendidos às pessoas físicas ou jurídicas, e entre um destes princípios, o da supremacia do interesse público sobre o privado se destaca na presente análise científica.

3. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Sendo o princípio da supremacia do interesse público em relação aos particulares, um dos pilares norteadores do Direito Administrativo, é imprescindível sua análise crítica no intuito de conferir se o agir do Estado está em consonância direta para com aquele. Cumpre dizer, no Estado democrático de direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, tivemos não só as garantias e direitos fundamentais de primeira geração estabelecidos, como também prerrogativas especiais concedidas ao poder público que deve utilizá-las para um fim maior: o de cumprir com a satisfação dos interesses coletivos. Pois bem, é necessário suscitar o conceito de um Princípio tão complexo, mas necessário para se adotar um parâmetro legítimo de avaliação face às condutas estatais. Conforme ensina Irene Patrícia Diom Nohara:

São princípios basilares do Direito Administrativo e do Estado de Direito: a supremacia do interesse público e a legalidade, pois elas conferem o equilíbrio entre a satisfação dos interesses coletivos e as liberdades individuais. (NOHARA, 2023, p. 76).

Por mais que este citado princípio não esteja expressamente previsto na Carta Magna, há de se reconhecer a sua incidência quanto às atividades exercidas pelo aparelho instrumental do Estado. Como se pode depreender, ele é o que valida às decisões administrativas no decorrer das suas contratações bem como iniciativas que no dado momento, impossibilitam a presença atuante de algum dos direitos individuais dos cidadãos em questão. Mas, não é somente em casos restritos sua aparição, afinal, ele rege desde o momento de elaboração da Lei, as coordenadas legislativas. Nos dizeres de Celso Spitzcovsky e Pedro Lenza:

Este princípio é responsável pela possibilidade de o Poder Público, em nome dos interesses que representa, impor aos administrados, de maneira unilateral, o cumprimento de determinados comportamentos, ainda que nenhuma irregularidade tenham praticado. Dessa forma, estará o

administrador autorizado a desconsiderar a existência de direitos, ainda que expressamente previstos na Constituição Federal, se conseguir demonstrar sua utilidade para a preservação do interesse público, desde que nos limites da lei e assegurada sua indenização. (SPITZCOVSKY; LENZA, 2023, p. 157).

Feita a conceituação de interesse público, resta afirmar quais são os aspectos intrínsecos ao conceito de interesse privado, ou particular. Como de praxe, o nome interliga aos interesses de um ente privado, a exemplo das empresas privadas, ou um sujeito particular, que se encontre em sua convivência privada. Os interesses das referidas pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, podem se opor aos interesses emanados do Poder Público, e nestas situações, *a priori*, o interesse público subjuga o último numa tentativa de fazer valer os interesses de toda uma coletividade a que pretende representar. Diz a doutrina:

Esse princípio está expressamente previsto no art. 2º, *caput*, com detalhamento no parágrafo único, II, da Lei nº 9.784/1999: “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.” Com tais poderes, a Administração passa a exercer uma posição de superioridade diante do particular. (HIGA; et al., 2021, p. 68).

Em outras circunstâncias correlacionadas à temática, pode-se verificar tal superioridade de que dispõe a Administração Pública, quando em conflito contra os direitos de um particular. O ente público possui prazos processuais em dobro para contestar, recorrer e responder recurso, capacidade de rescindir unilateralmente um contrato administrativo firmado entre ele e uma empresa privada, desapropriar propriedade privada caso cumpra os requisitos legais, dentre outras prerrogativas pelas normas jurídicas a ele conferidas. Nas palavras de Alexandre Mazza:

A locução “Fazenda Pública” é normalmente utilizada pelos operadores do Direito para designar o Estado em juízo, ou seja, as pessoas jurídicas governamentais quando figuram no polo ativo ou passivo de ações judiciais, assim como órgãos despersonalizados dotados de capacidade processual especial. No entanto, em decorrência do supraprincípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a legislação processual brasileira reconhece determinadas “prerrogativas especiais para a Fazenda Pública” que somente são aplicadas às pessoas jurídicas de direito público, como ocorre, por exemplo, nas prerrogativas listadas pela Lei n. 9.494/97. (MAZZA, 2022, p. 111-112).

Então, como regra geral, as normas que vigoram em relação aos órgãos públicos, amparadas no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, são as que

estabelecem tais prerrogativas especiais. Ainda, durante o período de propagação do Covid-19, houve a publicação do Decreto Estadual nº 65.563/2021, de São Paulo, em que houve o impedimento de realizações de missas, cultos e outras atividades de cunho religioso, restrição voltada à preservação do interesse público, sob o fundamento de se estar assegurando a saúde pública diante do quadro instável no qual se encontrava o avanço da pandemia. Com aval do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 811/SP, foi considerado constitucional o Decreto responsável por comprometer a liberdade religiosa, tendo como fim último a segurança dos cidadãos sujeitos à disseminação do vírus. Confira-se outro exemplo de decisão que privilegia o interesse público:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CESSÃO DE DIREITOS - ART. 111 DA LEI 8666/93 X LEI 9.610/98 - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO - 1. A legalidade e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado constituem princípios norteadores e basilares do Direito Administrativo e devem pautar toda a atuação administrativa, inclusive, os contratos administrativos. 2. O art. 111 da Lei 8666/93 impõe que o particular ao contratar com a Administração Pública ceda os direitos patrimoniais relativos a obra intelectual objeto do ajuste, dispositivo este que, à vista da supremacia do interesse público, se sobrepõe aos ditames da Lei 9.610/98, notadamente quando aludido texto legal foi expressamente mencionado no preâmbulo do instrumento contratual firmado entre as partes. (TJMG. Acórdão. Processo nº 0015740-34.2010.8.13.0317, Relator Afrânio Vilela; Data do julgamento: 28/04/2015).

Perceba-se, como o princípio da supremacia do interesse público, está explícito na decisão jurisprudencial logo acima transcrita. Ele é o que pauta as fundamentações atinentes às restrições da Lei nº 9.610/98, onde seu teor foi superado perante o interesse público. No mais, ele identicamente condiciona as decisões do administrador durante os processos licitatórios em que se busca a contratação mais vantajosa para a Administração. Sendo assim, cabe dizer sua menção na Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações, conforme este dispositivo legal preconiza a atuação do princípio ora invocado de maneira a reger os certames do procedimento administrativo.

O princípio da supremacia do interesse público sofreu fortes críticas no âmbito doutrinário e é apontado como objeto de releitura na atualidade. A sua aplicação deve ser avaliada em consonância com os demais princípios (ex: legalidade) e com os direitos fundamentais). Embora existam alguns autores que refutem a existência desse princípio, ele permanece servindo de base teórica para o Direito Administrativo e está mencionado na Lei n. 14.133/2021. (FERREIRA FILHO, 2022, p. 45-46).

No artigo 5º, da Lei 14.133/2021, estão elencados diversos princípios que devem dispor acerca das regras da Licitação, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público dentre outros tão importantes. De tudo isso, é imperativo dizer que é indispensável a presença do interesse público, e que como função primordial, ao se entrar em conflito contra os interesses de um particular, ele prevalecerá com o propósito de atender ao bem comum. O Direito Administrativo possui como princípio basilar de seus preceitos, logo, deve utilizá-lo como meio para o dever de conciliar o bem-estar social com o de não se desvincular do ordenamento jurídico pátrio.

4. A supremacia do interesse público sempre prevalecerá?

A presente pesquisa tem como ponto central averiguar se caberá aplicação absoluta do princípio da supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado. Imagine que durante o decorrer de um processo licitatório, há a exigência técnica, por parte da Administração Pública, sob fundamento do interesse público, de as empresas possuírem em seu quadro profissional, um engenheiro formado em curso superior numa universidade estrangeira. Diante do caso, ao restringir o caráter competitivo da licitação e, por conseguinte, ferindo uma de suas finalidades, a empresa Luz Geral LTDA ingressa com um pedido de mandado de segurança para que o certame seja anulado diante de tamanha exigência rigorosa para que se tenha uma disputa justa e equiparável entre as concorrentes. Diante disso, pergunta-se: *sempre o interesse público será superior ao interesse privado?*

Entendemos que nenhum princípio será absoluto, não se excluindo a supremacia do interesse público em relação ao interesse privado. Tendo em vista que a própria Carta Magna consagra, em seu texto, as garantias e direitos fundamentais de primeira geração, não é razoável afirmar, a incidência absoluta do princípio do interesse coletivo capaz de sufocar a abrangência daqueles. Uma vez que para satisfazer o interesse público, é necessário também que se garanta aos cidadãos cada direito individual inerente a si. Tendo como refúgio esse princípio do interesse público, a Administração por vezes, o utiliza ilegalmente para o cometimento de práticas contrárias à legislação. Ademais, é possível visualizar uma parcela inatingível de interesse privado residual mesmo quando há a prevalência da supremacia do interesse público.

4.1. A limitação constitucional da supremacia do interesse público

Nesse diapasão, embora o princípio da supremacia do interesse público tenha a utilidade de garantir valores essenciais aos cidadãos, ele deve se acautelar quando estiver em iminência de ameaça aos direitos fundamentais de um indivíduo. Como nem sempre o interesse privado de uma pessoa necessariamente vincula-o a algum direito fundamental disciplinado na Constituição, não há dúvidas acerca da superioridade nítida trazida pelo interesse público assim que este divergir diretamente para com um interesse privado não derivado de um direito fundamental. Em um exemplo prático, podemos mencionar o interesse privado de pretender frequentar um estabelecimento

interditado pelo Estado em razão de normas sanitárias. Nas palavras de Reinaldo Couto e Álvaro Capagio (com nosso grifo):

Os direitos fundamentais estão axiologicamente acima do ordenamento jurídico mesmo quando não positivados nas Constituições, visto que a positivação incompleta não tem como ensejar a subjugação de um direito fundamental não positivado a uma norma constitucional que não trate de direito fundamental. Assim, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado deve curvar-se a dois controles: o parâmetro de confrontação com os direitos fundamentais e o parâmetro de relevância do direito individual, a fim de que o verdadeiro equilíbrio seja encontrado. *Não se nega a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, porém não se trata de uma regra absoluta como alguns doutrinadores defendem.* (COUTO; CAPAGIO, 2022, p. 191-192).

Diante desta assertiva, é possível induzir a rígida observância aos direitos fundamentais, ainda quando estes não estiverem abrangidos expressamente na Constituição. Seguir os direitos fundamentais se traduz em utilizá-los como ponderação ante o caso concreto, para se evitar qualquer violação aos ditames da Lei Maior. Isso importa em dizer que, o administrador deve ter um olhar relativizado a fim de ser proporcional e equânime às garantias fundamentais, que de igual maneira possuem previsão constitucional e se sagram com primazia no regime jurídico administrativo. Para elucidar o caso, há o exemplo citado por Fabrício Bolzan de Almeida:

Trata-se de acolher orientação que admite até a supremacia do indivíduo em face da coletividade, como no caso de ser uma das pessoas sobre a qual recai o decreto expropriatório portadora de doença grave e em fase terminal. Ora, nesse caso, em razão da necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana (Direito Fundamental), não poderá prevalecer o interesse público que está fundamentado na utilidade pública (oportunidade e conveniência) da área a ser desapropriada. Vale lembrar que utilidade pública está relacionada com a mera conveniência – e não urgência – da Administração na realização da expropriação. Situação diversa poderia ocorrer se o fundamento da desapropriação fosse a necessidade pública, pois neste caso a urgência, por parte do interesse coletivo, estaria presente. (ALMEIDA, 2022, p. 107-108).

Em razão dessa análise efetuada a partir da condição enferma em que o indivíduo se encontra, é que o julgador poderá decidir qual dos interesses se sobressairá. Não é uma ação feita às cegas, descaracterizando outros princípios correlatos que orientam essa investigação, tais como o da razoabilidade cuja área extensiva possibilita ao Poder Público, adequação entre as noções de privado e público.

Destarte, satisfazer o interesse coletivo implica em salvaguardar os direitos individuais que aos cidadãos lhes são devidos. Quando o ente público realiza a construção de viadutos, pontes, dentre outras construções, ele está criando mecanismos que viabilizam a liberdade de locomoção dos civis, um dos direitos fundamentais. Tamanha a importância notada nos direitos fundamentais, que é de dever administrativo garantir pleno acesso à sua concretude:

(...) Defendemos que dentro do conceito de interesse público também encontramos a noção de interesse privado, logo, falar em supremacia do interesse público é, acima de tudo, proteger a superioridade dos direitos fundamentais, ainda que de um só sujeito. (ALMEIDA, 2022, p. 108).

Assim, os direitos e garantias fundamentais não só revolucionaram a seara do direito como um todo, mas serviram como barreira de limitação frente ao que o Estado, em suas prerrogativas funcionais, pode exercer, numa medida de frear quaisquer tentativas de abuso de poder. Sendo as normas de primeira geração um obstáculo legalmente possível, haja vista sua consolidação na Carta Magna é mais que razoável sua aplicação direta quando houver desarmonia entre algum princípio da Administração contra um direito individual. Por meio da ponderação, se deve avaliar qual detém a maior relevância no caso concreto, buscando ao máximo evitar incompatibilidades entre si. Portanto, devido à efetivação dos direitos fundamentais, a doutrina ensina que:

Em primeira análise, quase todos os direitos fundamentais são exigíveis pelo *Parquet*, logo, mesmo havendo colisão entre o direito fundamental vazado pelo interesse público primário e qualquer outro interesse público primário, a natureza daquele resta intacta pela utilização da ponderação de valores para o caso concreto. (COUTO; CAPAGIO, 2022, p. 184).

Deste modo, temos que o interesse público primário não pode ser absoluto tendo em vista sua limitação visível instaurada na figura dos direitos fundamentais. A conciliação entre ambos deve ser o objetivo maior pretendido pela Administração, cujos deveres não devem se restringir à aplicação desmedida de princípios administrativos, sem antes se atentar aos direitos individuais proclamados pela Constituição. Com um agir harmônico, se alcançará valores imperativos como a dignidade da pessoa humana que é o eixo central de todo nosso conjunto de normas e princípios. Eles são, portanto, inerentes a todo indivíduo e não são suscetíveis de afastamento.

4.2. Atos abusivos do Poder Público

Ter como pressuposto a regra absoluta de que o princípio da supremacia do interesse público sempre prevalecerá, independentemente da circunstância fática ou jurídica em que esteja o administrador e administrados, significa incorrer no risco de

ver seus direitos lesados a qualquer instante. Pois, afinal, se a Administração tudo pode baseando-se no princípio comentado, nada a impediria de usufruir da justificativa para se desvencilhar de atos abusivos que infringem direitos constitucionalmente assegurados. É salutar que haja um impedimento contra o princípio, até mesmo para poder contestar autoritarismos da parte daquele quando for utilizado erroneamente. Por consequência, isso se desdobra em novamente, voltar-se ao amparo da Carta Magna e seus preceitos caso se detecte um abuso de poder.

Outro ponto relevante diz respeito às arbitrariedades que ao longo da história foram cometidas pela Administração sob o fundamento do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado defendido pela doutrina tradicional como um instituto a prevalecer de forma absoluta em face do particular. (ALMEIDA, 2022, p. 101).

As arbitrariedades devem a qualquer custo, ser erradicadas. O agente público no exercício de suas funções deve se guiar pelos termos da lei, e não se apropriar das prerrogativas que lhe cabem para fazer uso impróprio destas capacidades especiais. Voltando ao caso do processo licitatório, há por diversas vezes, exigências excessivas da Administração Pública nos editais alegando-se ser apenas para o atendimento ao interesse público. Quando, em verdade, a exigência tem em seu direcionamento a eliminação do maior número possível de licitantes no certame e assim, o favorecimento de uma empresa específica. É claro que o princípio da supremacia do interesse público não foi utilizado de maneira apropriada ao seu fim, contudo ao pô-lo em um patamar inalcançável, abre-se margem a pretextos inadmissíveis de cunho arbitrário vindos do ente público. Em outro ponto, temos a consideração de Alexandre Mazza:

O supraprincípio da indisponibilidade do interesse público enuncia que os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendido. Assim, no exercício da função administrativa os agentes públicos estão obrigados a atuar, não segundo sua própria vontade, mas do modo determinado pela legislação. Como decorrência dessa indisponibilidade, não se admite tampouco que os agentes renunciem aos poderes legalmente conferidos ou que transacionem em juízo. (MAZZA, 2022, p. 258).

No caso em tela, é passível de conclusão a impossibilidade de os agentes públicos agirem conforme suas vontades pessoais, pois devem estrita obediência ao texto constitucional, não desconsiderando a discricionariedade que aos administradores lhes é outorgada pela própria normatividade. Ainda que os agentes utilizem corretamente o princípio da supremacia do interesse público, eles não podem disponibilizar ele a seu bel prazer. É de caráter legal que o interesse público não só tem de ser resguardado, mas utilizado à luz dos princípios administrativos, assim como pronuncia Licínia Rossi:

É vedado à Administração transigir ou deixar de aplicar a lei. O administrador deve gerir os bens, serviços e interesses coletivos conforme ordenado pela lei, uma vez que o agente público é apenas gestor da coisa pública, mero preposto, devendo atuar baseado na vontade da lei – que é a vontade geral e coletiva. O administrador exerce atividade em nome e no interesse do povo. Sem lei, contudo, o administrador não pode agir; está condicionado à observância do princípio da legalidade. (ROSSI, 2020, p. 64).

Diante disso, cumpre salientar a obrigação do Estado de tutelar os bens públicos, e o objetivo do interesse público em não ter sua finalidade desviada por atos arbitrários e atentatórios à dignidade da pessoa humana. Ao se reconhecer os efeitos mitigados do Princípio da supremacia do interesse público, quando em conflito contra os direitos fundamentais estabelecidos pela legalidade, não se está suprimindo os interesses coletivos, mas produzindo meios de comprometer o uso indevido da ferramenta pelos agentes públicos que em suas pretensões pessoais, podem usá-lo injustificadamente apenas para acobertar as suas ações. Quando uma barricada solidificada nos direitos fundamentais é erguida contra a supremacia do interesse público, criam-se limitações ao agente que pensará duas vezes antes de agir. Na Lei nº 14.133/2021, em seu Artigo 9º, II:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

(...)

II - Estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

É de se destacar, aliás, que a lei quando for o caso, ressalva casos nos quais o agente público na área de licitações e contratos, pode atuar conforme trecho recortado do início do art. 9º referente à parte de se *ressalvar os casos previstos em lei*. Logo, se o administrador não age em consonância com os dispositivos legais, ele não está cumprindo com o papel de atender ao interesse público constituinte de sua função. Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe:

Para o desempenho de suas funções no organismo estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e

as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. (DI PIETRO, 2022, p. 554).

Portanto, dizer que o princípio da supremacia do interesse público é absoluto, dá brechas à Administração de acolhê-lo em qualquer situação, até nas que não digam respeito ao interesse coletivo propriamente dito. A Constituição e demais normas infraconstitucionais inauguraram dispositivos aptos a identificar atos arbitrários, selando-os com a previsão fundamental dos direitos individuais e outros regramentos mais que inviabilizam uso ilimitado de privilégios. Necessário se faz, pois, coibir ações ilícitas dos órgãos públicos ao se reconstruir a noção de interesse público tendo como diretriz a própria Carta Magna e o princípio da dignidade da pessoa humana, corolário de um Estado Democrático de Direito.

4.3. A parcela resguardada do interesse privado

Quando o Estado desapropria uma propriedade privada, seja por razões de utilidade ou necessidade pública ou interesse social, há uma parcela resguardada de interesse privado que cumpre à entidade estatal manter, nesse caso, há a indenização prévia, justa e em dinheiro. O particular foi desapropriado, sim, mas não é cabível que seja totalmente prejudicado mesmo em prol do interesse público. Com isso, a indenização efetuada possui o condão de minimamente não desacatar por completo, seu interesse privado ali remanescente. Isso demonstra que por vezes, não incide em termos absolutos o princípio da supremacia ora em comento. Mazza diz:

Há casos em que o ordenamento, com base nos direitos fundamentais, privilegia o interesse privado em detrimento do interesse público, invertendo a lógica tradicional de compreensão da supremacia. Exemplo: dever do Estado, como defesa da propriedade privada, pagar indenização prévia, justa e em dinheiro na desapropriação. (MAZZA, 2022, p. 254).

Além disso, tem-se o instituto do tombamento em que, o indivíduo detentor do bem que vier a ser tombado, não será indenizado em regra, mas ele ainda terá a posse do bem de maneira a não perder seu direito quanto àquela propriedade tombada. A restrição será focada em o proprietário ter a obrigação de conservar o imóvel, contudo, ainda podendo utilizá-lo. É perceptível em como se reservou ao particular uma parcela imprescindível de interesse privado, não repercutindo como uma conduta estatal inteiramente danosa ao proprietário. E se porventura o Estado tiver a pretensão de restringir na sua completude o domínio do bem, Maria Sylvia Zanella adverte (com nosso grifo):

Se, para proteger o bem, o Poder Público tiver que impor restrição total, de modo que impeça o proprietário do exercício de todos os poderes inerentes ao domínio, deverá desapropriar o bem e não

efetuar o tombamento, uma vez que as restrições possíveis, nesta última medida, são apenas as que constam da lei, nela não havendo a previsão de qualquer imposição que restrinja *integralmente* o direito de propriedade. (DI PIETRO, 2022, p. 412).

Sendo assim, a lei permanece sendo o norteamento que orienta as atividades dos órgãos públicos. Quando se decretou interdição de estabelecimentos durante a disseminação do Covid-19, chegando inclusive a não permitir reuniões de cultos religiosos, o objetivo a princípio se resumia em resguardar a saúde da coletividade, e individualmente, a vida de cada um dos integrantes da sociedade, direito fundamental de primeira geração. A tutela da máquina pública se vinculada a um pequeno resguardo que seja de interesse privado, não o promove a uma figura inatingível ou absoluta como sua nomenclatura faz parecer à primeira vista. Lado outro, a importância da indenização nos casos de desapropriação é a de reduzir a agravante da perda de um direito fundamental, e de acordo com a autora:

A indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado; o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente ao dinheiro (agora, em algumas hipóteses, substituído por títulos da dívida pública). (DI PIETRO, 2022, p. 467).

Mesmo diante dessa tentativa de se recompensar o particular pela perda de sua propriedade com a indenização, ainda recai ao cidadão sérios prejuízos decorrentes da demora, em alguns casos, no recebimento da indenização supracitada. Os títulos da dívida pública podem ter um prazo de resgate de até dez anos, o que impacta negativamente os antigos donos da parcela de terra desapropriada. Portanto, quando for instaurada uma reserva de proteção aos direitos fundamentais de primeira geração, durante sua violação a fim de satisfazer o interesse público, que seja de maneira mais razoável à perda do direito em questão.

Durante as execuções de tarefas incumbidas ao Estado, e sobretudo na prevalência do interesse público em relação ao particular, pode se constatar casos em que esteja atribuível de visualização panoramas cujos resultados, não protegem uma única parcela sequer de interesse privado. Para isso, resta imperativo recorrer às normatividades acima comentadas para se demonstrar ao administrador, o rigoroso cuidado que deve se prestar a um direito individual tal como o ordenamento prevê nas indenizações em desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social.

Ainda, na Constituição, é algo de destaque em alguns casos, uma equivalência entre interesse público e particular, como na situação da divulgação de informações pelos órgãos públicos. O Estado, tendo a obrigação de tornar público todos os dados referentes a seus atos, satisfaz simultaneamente um interesse particular de alguém, seja por quaisquer razões que só a ela cabe dizer o porquê de ser benéfico, quanto um interesse coletivo ou geral que se precaverá a partir da informação específica. A um

rápido exemplo, a informação da destinação dos impostos a uma determinada obra de engenharia deve ser divulgada, para que os civis tenham discernimento do que está sendo efetuado com aquela verba. Se será uma obra útil ou desnecessária, tendo em vista outras urgências mais importantes. Nos termos da Constituição Federal vigente em seu art. 5º, XXXIII:

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:

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

De acordo com a referida norma constitucional, ressalvado os casos em que a legislação veda a publicidade de tais informações, o Estado tem essa imposição de prestar contas aos cidadãos, por interesse particular ou coletivo. Há clara equivalência de interesses verificada no citado inciso, pois tanto pelo interesse público quanto pelo interesse privado, a Constituição estabelece o cumprimento de ser publicada informações necessárias à segurança da sociedade e do Estado, e no caso de não serem publicadas, será pelas mesmas razões que motivaram a publicidade.

Outrossim, dada essa preocupação do legislador constituinte à parcela que tem de ser preservada de interesse privado mesmo após ser sobreposta ao interesse público, quando também não se analisa uma igualdade entre ambos, conforme exemplo acima, se denota claramente que o interesse público nunca possuiu supremacia absoluta sem exceções à regra, ao menos desde o advento da Constituição Federal que vigora de 1988 até os dias atuais. O que não falta são exemplos que evidenciam a parcela de resguardo ou inclusive, de igualdade.

Por todo o exposto, conclui-se que, quando se ultrapassa um direito fundamental de um cidadão, o Estado tem como regra o cumprimento de assegurar um resquício de interesse privado diante daquela ação ou igualá-lo ao interesse público. Com uma desapropriação, ele pode promover futuramente uma instituição de saúde ou educação, que atenderá ao interesse privado de inúmeras pessoas que se beneficiarão daquele serviço. Ou seja, o Estado irá auxiliar a promoção da titularidade dos direitos fundamentais de primeira ou segunda gerações.

5. Conclusão

Neste trabalho foi verificado o campo de atuação do princípio da supremacia do interesse público em relação ao interesse privado, com todas suas vertentes. A seguir, questionou-se se é absoluta a regra de o interesse público sempre adotar preferência em

detrimento do interesse privado, uma vez que é uma noção carregada pela doutrina tradicional do Direito Administrativo. Com o intento de poder alavancar os meios plausíveis de análise ao presente estudo, foi utilizado o método dedutivo em que através de uma generalidade, como a dos limites impostos pelos direitos fundamentais, chegou-se à conclusão específica de que a supremacia do interesse público pode sim ser relativa. Assim, foi finalizada a pesquisa após se obter conclusões a respeito do Princípio da supremacia do interesse público quando em confronto direto contra o interesse privado.

A partir das análises efetuadas na pesquisa científica, chegamos às seguintes conclusões:

I – É notável de reconhecimento a incidência do princípio da supremacia do interesse público, no entanto, ele não pode ser utilizado absolutamente sem nenhuma restrição imposta. Para isso, os direitos e garantias fundamentais de primeira geração, principalmente os que concernem a um interesse privado em jogo, devem servir como campo de proteção à dignidade da pessoa humana, impedindo de desconsiderarem a Constituição em seus preceitos assecuratórios hábeis a identificar igual relevância tanto aos direitos fundamentais de primeira geração, quanto aos princípios que regem o agir da Administração Pública. As leis, ou melhor dizendo, a Carta Magna, mais uma vez comprovam seus valores como parâmetro de aferição.

II – O caráter absoluto do princípio da supremacia do interesse público pode incorrer no risco de os administradores o usarem de pretexto para cobrir erroneamente decisões que privilegiem apenas seu interesse pessoal, e não o interesse público. Portanto, estar acautelado com a Constituição permite aos cidadãos uma defesa legítima face às arbitrariedades que do Poder Público podem ser emitidas.

III – Ainda que o interesse público seja favorecido, em determinadas ocasiões, resta uma parcela mínima de interesse privado a ser tutelado pelo ente público. No caso da desapropriação, há a indenização, e no tombamento, o perfeito domínio do bem mesmo não havendo o pagamento de indenização. Isso deve irrigar para os ramos do direito público e pautar as decisões administrativas, a fim de não prejudicar por completo o interesse privado presente. E também pode ser notado uma igualdade entre interesse público e privado, fornecida pela própria Constituição Federal, como no Artigo 5º, XXXIII.

A pesquisa em seu desenvolvimento serve de alerta a juristas, agentes públicos, operadores do Direito, doutrinadores entre outros quanto ao uso devido de um princípio da Administração, o da supremacia do interesse público, intimamente ligado a outros princípios fundamentais da matéria, no que diz respeito às suas aplicações. É importante ressaltar o quão defensor são os direitos fundamentais, em especial os de primeira geração, durante este tipo de investigação, portanto, mister se faz usufruí-los com ponderação diante de quaisquer problemáticas a fim de solucioná-las da melhor forma possível. Que os operadores do Direito encontrem um meio termo entre interesse privado e público, ao recorrer às normas constitucionais. Este é o papel que se impõe aos aplicadores do Direito Administrativo, e que não pode ser desconsiderado no cenário contemporâneo.

Posteriormente às conclusões, esta pesquisa tem como objetivo prosseguir a instigar estudos futuros acerca do Estado e suas prerrogativas. Mas, olhando pela ótica dos direitos fundamentais, é necessário que se analise estes com os novos desafios vindouros. A humanidade está em constante evolução, e como é sabido, não existe

direito fundamental que seja ilimitado. Assim, podemos crer que pelo advento da Inteligência Artificial, até onde ela poderá nos ajudar a promover os direitos fundamentais consubstanciados na Constituição? Ela será uma inovação de respaldo, ou um prejuízo quando os indivíduos forem substituídos inteiramente por suas funções? A lei deve se adequar aos anseios da sociedade, e com isso, temos a certeza de que nosso ordenamento jurídico certamente evoluirá em resposta a isso.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0317.10.001574-0/001, da 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Afrânio Vilela, Itabira, j. 11/05/2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36. ed. Barueri: Atlas, 2022.

COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2022.

HIGA, Alberto Shinji; CASTRO, Marcos Pereira; OLIVEIRA, Simone Zanotello De. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2021.

L'ASTORINA, Felipe Boarin; SCREMIN NETO, Ferdinando. **Coleção Amo Direito: Direito administrativo**. São Paulo: Rideel, 2022.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

_____. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Direito administrativo**. 12. ed. Barueri: Grupo GEN, 2023.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. 5. ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2022.

SANTOS, Marco Aurélio Moura Dos. **Coleção Direto e Reto 1º Fase OAB: direito administrativo**. São Paulo: Rideel, 2022.

SPITZCOVSKY, Celso; LENZA, Pedro. **Coleção esquematizado: direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

Eficácia da colaboração premiada como meio de prova *versus* as garantias constitucionais

Marcelo Vitoriano Gonçalves¹

Israel Rodrigues de Queiroz Junior²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a análise crítica sobre a efetividade do instituto da colaboração premiada como meio de prova e a (in)possibilidade de ofensa às garantias fundamentais de defesa e as quais estão devidamente prestigiadas na Constituição Federal de 1988. A colaboração premiada foi regulamentada no Brasil por meio da Lei nº 12.850/2013 e sua gênese visa o auxílio na investigação de crimes complexos em sua maioria praticados por organizações criminosas. Devido a sua ampla utilização na Operação Lava Jato e das críticas relacionadas à eficácia do instituto, observou-se que de fato pode ocorrer à violação de princípios constitucionais, caso seja conduzida de forma inadequada no que tange a sua eficácia como meio de prova.

Sumário: 1. Introdução. 2. Colaboração premiada: origem e evolução no ordenamento pátrio. 3. A colaboração premiada como meio excepcional de obtenção de provas no âmbito do Pacote Anticrime. 4. As garantias constitucionais relativas ao exercício da defesa e a (im)possibilidade de inconstitucionalidade da colaboração premiada. 5. O caso Operação Lava Jato: análise crítica dos acordos. 6. Considerações sobre a eficácia da colaboração premiada como meio de prova frente às garantias constitucionais. 7. Ilegalidades no uso do instituto da delação premiada. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Meio de prova. Garantias fundamentais.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é a análise crítica sobre o instituto colaboração premiada no âmbito das garantias fundamentais e de sua eficácia como meio de prova na investigação de crimes complexos relacionados à atuação das organizações criminosas.

Nesse diapasão, foi à promulgação da Lei nº 12.850/2013 que regulamentou a colaboração premiada no ordenamento pátrio, com a finalidade de dotar a nação de instrumentos legais mais eficazes no combate ao Crime Organizado, cuja expansão tem sido significativa nas cinco últimas décadas, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo Mineiro – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso, no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: E-mail do autor: marcelo.3pi@gmail.com.

² Mestre em Direito Privado pela Universidade de Marília, Advogado e Professor do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: ajnho@hotmail.com.

Esse instituto ganhou destaque no ordenamento pátrio com a Operação Lava Jato, deflagrada pela Polícia Federal no final de 2014 e que teve fim em 2021. Desde o início desta Operação foram firmados vários acordos que auxiliaram nas investigações. Todavia, esse meio especial de obtenção de provas para a elucidação de crimes complexos foi alvo de reiteradas críticas por parte da doutrina e jurisprudência, notadamente no que diz respeito à eficácia do instituto na obtenção de provas e também a possibilidade de ofensa das garantias fundamentais de defesa do cidadão em um Estado Democrático de Direito.

A escolha do tema se justifica porque ainda não encontra totalmente esgotado frente às contradições que encerram o instituto em epígrafe, sendo necessário trazer informações mais atualizadas sobre o instituto da colaboração premiada. Reflexões sobre a colaboração premiada são essenciais para se compreender os principais aspectos relativos ao instituto, em especial sobre a sua eficácia como valor probatório.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste artigo científico foi à pesquisa bibliográfica na doutrina, legislação e jurisprudência, o qual também abarcou a utilização de fontes bibliográficas publicadas em revistas eletrônicas de direito, periódicos e estudos publicados em bibliotecas virtuais relacionados ao tema.

Para o alcance do objetivo proposto, o trabalho foi subdividido em seções, sendo que elas tratam dos aspectos mais relevantes em relação à colaboração premiada, passando pela origem e evolução do instituto no Brasil, seu valor probatório, as garantias constitucionais relativas ao exercício da defesa, a aplicabilidade do instituto na Operação Lava Jato e, conseqüentemente, as críticas positivas e negativas acerca da colaboração premiada.

2. Colaboração premiada: origem e evolução no ordenamento pátrio

O crime organizado existe há décadas e sempre despertou o interesse da sociedade e dos operadores de direito, tendo em vista a complexidade e particularidades envolvidas nesta modalidade de crime que alcançou expressiva notoriedade nos últimos anos, tanto no Direito Internacional como no direito pátrio. (MELO; NUNES, 2018).

O cartel de Medellín, na Colômbia, a Cosa Nostra na Itália e o Comando Vermelho, bem como o Primeiro Comando da Capital (PCC) no Brasil, são alguns exemplos de organizações criminosas que ficaram conhecidas em razão de sua atuação no comércio ilegal de drogas, armas, roubos, prostituição, enfim, de uma diversidade de crimes, sendo que elas se destacam no mundo do crime em razão de sua alta organização e estrutura hierárquica.

De acordo com parte da doutrina (OLIVEIRA et al, 2022), com o passar dos anos, o desenvolvimento social, econômico e tecnológico contribuiu para a evolução e crescimento da criminalidade organizada. Diversos países, inclusive o Brasil, passaram a encontrar dificuldades no que diz respeito à persecução penal dos delitos envolvendo organizações criminosas.

Especialmente no final da década de 1990, observou-se um aumento significativo do crime organizado em todo o mundo, pois com o processo de globalização e tecnologia, este também se globalizou, sendo que algumas organizações criminosas, nos dias hodiernos, possuem ramificações em todo o mundo. Essa evolução ocorrida no crime organizado trouxe inquietação para toda a sociedade, haja vista que o Estado, responsável

pela promoção da segurança pública e jurídica das instituições, não tem conseguido combater o crime organizado com a mesma eficácia que essas organizações se organizam para cometer os mais diversos tipos de crimes.

Nota-se que o cenário relativo à atuação do crime organizado se agrava mais quando este adentra na política e os agentes públicos passam a usar os seus cargos na Administração Pública direta ou indireta para promover a corrupção ativa, passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, dentro outras modalidades de crimes. Em razão dos prejuízos de tais condutas para toda a sociedade civil organizada, a colaboração premiada também conhecida como Delação Premiada, passou a ser uma das estratégias de enfrentamento do crime organizado. (MELLO; NUNES, 2018).

No Brasil, a repressão do crime organizado com lastro na *accusatio* começou com a Lei nº 9.034 de 1995, que foi pioneira nesse sentido e que trouxe instrumentos inovadores para promover a investigação de organizações criminosas atuantes no Brasil. Porém, foi somente com a promulgação da Lei nº 12.850/2013 que de fato o país avançou na regulamentação no cenário negocial de combate ao crime organizado. Segundo o regramento instituído pela Lei 12.850/2013, considera-se organização criminosa:

[...] a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (art. 1.º, § 1.º).

Em termos conceituais, a Lei supracitada inovou no conceito de organização criminosa até porque, a legislação brasileira possuía um histórico controverso em relação a isso,³ já que era possível a tipificação de crimes semelhantes em diferentes dispositivos legais previstos no Código Penal (Associação criminosa, previsto no art. 288 do CP e associação para o tráfico previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006). (PEREIRA, 2018).

Com esse novo entendimento sobre o que vem a ser organização criminosa, seu conceito tornou-se mais específico e mais prático, sendo que os critérios para a tipificação legal do crime de organização criminosa são: organização de quatro ou mais pessoas; caráter de permanência e estabilidade; estruturação e divisão de tarefas; ter como fim a obtenção de alguma vantagem econômica ou moral. (MELO; NUNES, 2018).

Dentre os temas tratados pela Lei nº 12.850/2013, chama atenção à colaboração premiada como meio de prova e que consiste no ato de colaboração do réu em processo penal pata com o Estado, objetivando evitar a realização de novos crimes, estando essa prevista no art. 3º da Lei em epígrafe.

³ Além de não haver uma tipificação clara sobre o conceito de organização criminosa, o Supremo Tribunal Federal (STF), passou a entender pela necessidade de, no direito interno, haver uma Lei nesse sentido e não seguir o conceito de organização criminosa trazida pela Convenção de Palermo, documento este que regulamenta essa questão na esfera do direito internacional. Ou seja, a Convenção de Palermo não poderia mais ser a base legal para o conceito e tipificação de organização criminosa no Brasil. Esse entendimento é claro no *Habeas Corpus* 121.135 do voto emanado pelo Ministro Celso de Mello.

Art. 3.º [...]. I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Assim, o instituto colaboração premiada encontra-se previsto no artigo 3º, inciso I da Lei nº 12.850/2013. Trata-se de um instituto que versa sobre meios de obtenção de prova durante o procedimento de investigação criminal, com o auxílio da confissão do réu e delação de coautores ou partícipes, devendo ser realizada de forma efetiva e voluntária por parte do colaborador, sendo observados requisitos como: a efetividade das informações, relevância das declarações, repercussão social, dentre outros.

Considerando a relevância da colaboração prestada, o juiz poderá adotar algumas condutas em benefício do delator como o perdão judicial, redução da pena de até dois terços a pena privativa de liberdade, ou de substituição da mesma por pena restritiva de direitos. Também denominada de cooperação processual, visa auxiliar concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores do crime investigado. Esses são os principais benefícios da colaboração premiada.

Os resultados esperados em relação à colaboração premiada são os seguintes: a identificação dos coautores e partícipes e a estrutura de funcionamento da organização criminosa, a prevenção de infrações decorrentes das atividades ilícitas, recuperação total e parcial do produto, ou proveitos decorrentes das infrações e localização de possíveis vítimas com plena saúde física. (BARBOSA; FERREIRA, 2019).

Esse instituto foi reformulado recentemente pelo Pacote Anticrime em 2019. Sancionada em dezembro de 2019, essa Lei promoveu uma verdadeira reforma na legislação penal e processual penal, sendo um dos institutos que sofreram alterações foi à colaboração premiada. As modificações trazidas pela novel legislação, para alguns, trazem avanços, para outros, retrocesso. A seção a seguir comenta em maiores detalhes o instituto colaboração premiada como meio de prova no âmbito das alterações trazidas pelo Pacote Anticrime.

3. A colaboração premiada como meio excepcional de obtenção de provas no âmbito do Pacote Anticrime

Antes da promulgação da Lei 13.964/2019, a colaboração premiada já havia sido recepcionada em lei anterior, com critérios detalhados para a utilização do instituto. Porém, como foi largamente empregada e criticada pelos operadores de direito em algumas Operações deflagradas pela Polícia Federal, dentre elas a Laja Jato, foram

necessárias modificações no instituto com a finalidade de aperfeiçoamento, o que de fato se alcançou em alguns aspectos. Nem poderia ser diferente, já que a ciência jurídica precisa sempre se aprimorar, frente às transformações que ocorrem na sociedade. (CORDEIRO, 2020).

É consenso doutrinário que a Lei em comento trouxe a positivação de ponderações feitas pela doutrina brasileira após a constatação de lacunas normativas, especialmente as que se referem à situação de fragilidade e insegurança jurídica dos colaboradores (delatores). Nesse contexto, a doutrina cuida de apontar os avanços e possíveis retrocessos das mudanças no instituto colaboração premiada com a Lei 13.964/2019, inclusive como meio de prova (MELO; BROETO, 2019).

No que tange aos avanços, o acordo de colaboração premiada ganhou novos contornos em termos de regras e requisitos legais necessários a sua concessão. Pode-se dizer que foram por meio da atuação da doutrina e jurisprudência buscou-se reforçar a importância dos princípios constitucionais resguardados a todos, principalmente aos acusados. Significa dizer atenção especial deve ser dada a não violação dos princípios constitucionais e que os depoimentos recolhidos tem que ter comprovações de sua veracidade e prova material, de modo que a mera palavra não pode ser suficiente para a concessão do instituto colaboração premiada.

A legitimidade para propor o acordo de colaboração premiada cabe ao Ministério Público no curso do processo, mas a autoridade policial, durante o inquérito policial pode propor o acordo, sendo de responsabilidade do delegado, depois de realizado o acordo, remeter ao Poder Judiciário para homologação, uma vez que cabe ao parquet a legitimidade de propositura da ação que conduzirá o acordo para homologação do magistrado.

Uma das grandes preocupações dos operadores de direito é com a banalização do instituto e com as possíveis ilegalidades que podem ocorrer no decorrer da realização do acordo de colaboração premiada. Nesse sentido, é preciso cautela na aplicabilidade do instituto, bem como seguir fielmente as regras instituídas por lei, já que quanto maior for complexo os crimes praticados pelas organizações criminosas, maiores serão as possibilidades de se efetuar Colaborações Premiadas, como ocorreu com a Operação Lava Jato.

Nunca se deve perder de vista, o valor do instituto na investigação, sendo que a sua preservação no ordenamento pátrio é de suma importância para não comprometer todo o processo que envolve a colaboração premiada e isso passa também pelo respeito ÀS garantias fundamentais.

Conquanto, para resguardar a importância da colaboração premiada enquanto meio de prova, é necessário se ater ao que a legislação preconiza, ou seja, seguir todas as regras estabelecidas na Lei que regulamenta o instituto no ordenamento pátrio. Nesse desiderato, enquanto meio de prova, a colaboração premiada pode ser impugnada se as provas se revelarem frágeis, conforme entendimento da Suprema Corte.

Além da validade das provas, ou melhor, de sua veracidade na comprovação dos fatos relevados pelo delator, outra questão que é bastante preocupante diz respeito à possibilidade da violação das garantias fundamentais do cidadão, em que pese as referentes à defesa. Essa é outra questão que também gera acalorados debates entre os operadores de direito. Como isso integra a problemática deste estudo, a seção abaixo faz uma breve análise dessas garantias.

4. As garantias constitucionais relativas ao exercício da defesa e a (im)possibilidade de inconstitucionalidade da colaboração premiada

Como é de conhecimento geral, a Constituição Federal de 1988 possibilitou restaurar o Estado Democrático de Direito, após 20 anos de vigência de Regime Militar (1964-84) e de supressão dos direitos fundamentais. (PEREIRA, 2018).

Perseguindo o objetivo de promover a redemocratização do país após duas décadas consecutivas de ditadura, o legislador constituinte buscou dar ênfase as garantias fundamentais individuais e coletivas, sendo que, no texto constitucional, existem vários artigos que buscam respaldar a liberdade do indivíduo, o devido processo legal, a presunção da inocência, o contraditório e a ampla defesa, a dignidade da pessoa humana etc. (LENZA, 2021).

A despeito das diversas críticas sobre a inconstitucionalidade da colaboração premiada diante da possível violação desses princípios, cabe aqui trazer o posicionamento da Corte Maior do país, ou seja, do Supremo Tribunal Federal (STF), que já decidiu pela constitucionalidade do instituto como meio de prova.

5. Operação Lava Jato: análise crítica dos acordos

A Operação Lava jato foi deflagrada pela Polícia Federal em 17 de março de 2014, com o objetivo de apurar um grande esquema de corrupção envolvendo a Petrobras, uma das empresas públicas mais importantes do país, criada no Governo de Getúlio Vargas, e que foi utilizada para acobertar um esquema de lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, dentre outros crimes envolvendo grandes empreiteiras do país é considerada, agentes e servidores públicos. Há indícios de que tenham sido movimentados cerca de 40 bilhões de reais de forma indevida, recursos esses que foram utilizados para viabilizar esse esquema de corrupção, que, segundo o Ministério Público Federal, atuava da seguinte forma:

[...] nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras, como Camargo Corrêa, OAS, Odebrecht dentre outras, organizavam-se em cartel e pagavam propina para altos executivos da Petrobras e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa. Ainda segundo o MFP, em um cenário normal, empreiteiras concorreriam entre si, em licitações, para conseguir os contratos da Petrobras, e a estatal contrataria a empresa que aceitasse fazer a obra pelo menor preço. Neste caso, as empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para substituir uma concorrência real por uma concorrência aparente. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria

o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal. O cartel tinha até um regulamento, para definir como as obras seriam distribuídas (BARROS, 2015, p. 03).

Grosso modo, pode-se afirmar que a Operação Lava Jato representou um divisor de águas para o Brasil, já que, pela primeira vez, políticos e grandes empreiteiros, donos de enormes fortunas foram presos preventivamente. Inclusive, graças a Operação Lava Jato começou a ser decretada a prisão pena após julgamento em segunda instância.⁴ Das condutas adotadas pelo esquema, os investigados relataram as seguintes:

a) Os políticos indicam nomes de sua confiança para ocuparem cargos nos governos;

b) Empresas contratadas pelo governo e com o interesse de adquirir vantagens com os contratos com a Administração Pública combinam entre superfaturamento, sendo que uma parte dos lucros é direcionada para financiar as campanhas políticas e a governabilidade.

Esse esquema possibilitou não apenas o financiamento das campanhas, mas, também, o enriquecimento ilícito de todos que participavam do mesmo. A Lava jato tornou-se o maior esquema de corrupção já deflagrado no país, atingindo aproximadamente 300 políticos, inclusive ministros de Estados, ex-presidentes da República, entre outros. Com a utilização de outro instituto, a Delação Premiada⁵, essa Operação redefiniu os rumos da política do país.

A Operação Lava Jato é a maior investigação contra a corrupção já realizada no Brasil. Desde que foi deflagrada, em março de 2014, determinou os rumos políticos e econômicos do país, revelando esquemas ilegais na Petrobras, principal estatal brasileira, e em grandes obras de infraestrutura. Baseada em análise de transações financeiras e em delações premiadas de envolvidos nos desvios, a operação mostrou como o superfaturamento combinado com grandes empresários abasteceu o caixa dos mais variados partidos, além de contas pessoais de figuras importantes da República. Com o passar do tempo, a Lava Jato tornou-se um símbolo do combate à corrupção, colocando poderosos na cadeia e servindo de base para outras operações pelo Brasil. Mas seus métodos são questionados, assim como sua parcialidade. Entenda abaixo todos os aspectos que envolvem esse momento, que é um marco no Judiciário e na política brasileira (VENTURINE; ARAGÃO, 2018, p. 03).

⁴⁴ Em relação a isso o Supremo Tribunal Federal (STF), mudou de entendimento por três vezes. Agora prevalece o entendimento de não ser mais possível a prisão em segunda instância, em respeito ao mandamento constitucional do réu ser considerado culpado somente o trânsito em julgado da sentença.

⁵ A Delação Premiada é um instituto que vem sendo utilizada para o enfrentamento do crime organizado no mundo e no Brasil. A Lei nº 12.850/2013, que visa coibir e prevenir a ação das organizações criminosas estabelece os critérios para a realização da delação, bem como os prêmios a serem conferidos aos delatores. É um meio importantíssimo de produção de provas e tem sido largamente empregada no ordenamento jurídico brasileiro.

A despeito de sua importância, muitas foram às críticas sobre a Operação Lava Jato e o principal alvo de discussões reiteradas diz respeito à colaboração premiada.

6. Considerações sobre a eficácia da colaboração premiada como meio de prova frente às garantias constitucionais

No mundo todo, o combate à criminalidade, sobretudo ao crime organizado tem exigido das autoridades competentes, inclusive no que diz respeito à investigação policial, a utilização de instrumentos para se chegar à verdade dos fatos, bem como de todos que estão direta ou indiretamente envolvidos com o planejamento e execução de atividades criminosas. Dentre esses instrumentos, tem-se a colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, que foi regulamentada pela Lei nº 12.850/2013, para combater o Crime Organizado. (ANDREUCCI, 2018).

Como é de conhecimento geral, o Crime Organizado já existe há décadas. Tratando-se do âmbito mundial teve origem com as tríades chinesas, as máfias italianas e a máfia japonesa (Yakuza). Já no Brasil começou com o Cangaço no nordeste brasileiro e foi potencializado com a criação de facções criminosas como o Comando Vermelho (Rio de Janeiro) e o Primeiro Comando (São Paulo). Desde então, tem sido observado uma expansão significativa do Crime Organizado e o seu enfrentamento passa, efetivamente, pelo rigorismo penal. (AMARAL; PRADO, 2020).

Com a globalização que se intensificou a partir da década e 1980 e paralelamente, com os avanços tecnológicos em especial com o advento das Tecnologias de Comunicação e Informação (TIC's) o Crime Organizado ganhou maior visibilidade, assim como os efeitos deletérios das atividades criminosas promovidas no âmbito do Crime Organizado. Nesse cenário, a ferramenta colaboração premiada também começou a ser aventada, em razão da possibilidade de desmantelamento e enfrentamento desta modalidade de crime.

Nessa linha de pensamento, conforme dito alhures, a colaboração premiada, conhecida popularmente como Delação Premiada, é compreendido como um instituto no qual um dos acusados de um crime colabora de forma eficaz para a sua elucidação, e, nesse processo, identifica os envolvidos, a hierarquia existente em torno da organização criminosa, e todos os aspectos relacionados ao crime. Em contrapartida, quem faz a colaboração premiada consegue alguns benefícios, dentre os quais: a redução da pena ou mesmo a sua extinção, a depender do caso concreto. (VIEIRA; VELOSO, 2017; VASCONCELOS, 2017).

Esse instituto tornou-se mais conhecido no Brasil com a Operação Lava Jato⁶, deflagrada em 2014, pela Polícia Federal e que, na época, acabou sendo conhecida como um dos maiores esquemas de corrupção da história brasileira, e também como uma das investigações mais longas da história do país, justamente em razão de seus desdobramentos, e do uso do instituto colaboração premiada. Um olhar mais cuidadoso sobre essa Operação, bem como os envolvidos, mostra que a Lei nº 12.850/2013, sem sombra de dúvidas foi responsável por difundir a popularidade do instituto colaboração premiada no Brasil, já que foi uma das ferramentas mais utilizadas na investigação dos

⁶ A Operação Lava Jato expôs figuras importantes, especialmente no cenário político e de renomeadas empresas cujas atividades criminosas foram descobertas mediante esta modalidade de colaboração processual. Pelo seu uso intenso nessa Operação, não poderia deixar de ser comentada neste estudo, até porque, o instituto ainda mantém a sua importância no ordenamento pátrio.

crimes associados a essa Operação, e cuja finalidade maior é o de obtenção de meios de prova, sendo admitida em qualquer fase da persecução penal, consoante ao disposto no art.3º, inciso I, da lei em epígrafe. (ABREU, 2020).

Desde o início, a colaboração premiada suscitou debates acalorados na doutrina e jurisprudência. Uma das grandes polêmicas em torno da Lei diz respeito, primeiramente, a sua eficácia como meio de prova em contraponto às garantias constitucionais e isso aliado aos pressupostos relacionado a ética e moral suscita críticas e argumentos desfavoráveis ao instituto colaboração premiada:

(...) é tremendamente perigoso que o Direito Positivo de um país permita, e mais que isso incentive os indivíduos que nele vivem à prática da traição como meio de se obter um prêmio ou um favor jurídico. (...) Se considerarmos que a norma jurídica de um Estado de Direito é o último reduto de seu povo, (...) é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a delação premiada em flagrante incitamento à transgressões de preceitos morais intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo. (...) a traição demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para proteger seus cidadãos. (MOREIRA, apud VIEIRA; VELOSO, 2017, p. 05).

Conquanto, para alguns doutrinadores, a colaboração premiada também vista como o Direito Premial, é um instituto criticado por àqueles que julgam o mesmo sob o prisma da moralidade e da ética, ainda que seja um instrumento utilizado para a obtenção de provas contra o crime organizado. Já para outros, e esse é o posicionamento majoritário da doutrina, a colaboração premiada é um mal necessário, devido aos interesses que o instituto protege (NUCCI, 2019).

No que tange a eficácia do instituto, é preciso esclarecer que o colaborador também é réu, não sendo, pois, uma pessoa inocente, que não tenha participado do crime. Em seus depoimentos, o réu colaborador é equiparado a uma testemunha e ao assumir esse papel, terá que renunciar a algumas garantias fundamentais, como o direito ao silêncio, além de prestar o compromisso legal de dizer somente a verdade perante o juízo. Assim, a priori não pode cometer o crime de falso testemunho, por ser vedada a analogia “*in malam partem*” (VIEIRA; VELOSO, 2017).

Diante do significado e das características da colaboração premiada, parte da doutrina perfilha do entendimento que o instituto pode não ser assim tão eficaz, além de deixar evidente a ineficiência do aparelho estatal em promover as investigações sobre as atividades criminosas do crime organizado. Nesse desiderato:

A colaboração, portanto, há de ser vista com cautela e com prudência, cuidados esses que devem ser redobrados quando aquela (colaboração) preceder às diligências regulares que teriam o condão de determinar a abertura de inquérito policial. Se o Santo deve desconfiar quando a esmola é demais, na lição da sabedoria

popular, o Estado, que nem tem a transcendência espiritual daquele, há de se guiar pelos princípios da legalidade e da eficiência na sua atuação, não limitando as investigações à pauta apresentada por eventual colaborador. (PIERANGELLI, 2014, p. 837-838).

Conquanto, pelo comentário acima é possível deduzir, de pleito, que a despeito da importância do instituto na investigação é necessário cuidado e critério em sua utilização, de modo que nenhum crime e sua elucidação pode se pautar tão somente na colaboração premiada.

Dissertando sobre o tema, Bárbara Ferrari (2018), perfilha do entendimento que a colaboração premiada deve ser um meio excepcional de obtenção de provas, ou seja, não pode ser banalizada, pois apesar de trazer vantagens (benefícios) para o réu que coopere com o Estado, em contrapartida o outro lado da moeda é a abdicação dos direitos de defesa consagrados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. Este é um dos aspectos mais criticados pelos operadores de direito:

De todo modo, a colaboração premiada é um instituto que genuinamente apresenta uma certa dificuldade de compatibilização com o Estado de Direito e os princípios constitucionais, haja vista a sua natureza jurídica de negócio processual no qual o Estado, que detém o monopólio da persecução penal, passa a admitir a relativização deste “poder-dever”. Assim, exatamente por sua característica de justiça negocial, bem como por se tratar de meio excepcional de obtenção de provas, deverá necessariamente observar os princípios constitucionais, penais e processuais para que as provas obtidas sejam válidas. Desta forma, deverá estar de acordo com o ordenamento jurídico, visto ser subordinado à reserva de lei e aos princípios, bem como sujeitar-se ao rigoroso controle de constitucionalidade – tanto as normas legais, como também as interpretações realizadas pelo Ministério Público na celebração de acordos de colaboração (FERRARI, 2018, p. 51-52).

Doravante, considerando o comentário acima nota-se, de fato, haver uma aparente contradição entre a Delação Premiada e os Princípios Constitucionais ao haver renúncia de direitos fundamentais que foram incorporados pela Carta Magna. Nesse sentido, convém recorrer às lições de CANOTILHO (2008), não apenas na cautela quanto ao uso da colaboração premiada, como, também, pela possibilidade de violação, por exemplo, do Princípio da Legalidade e da concessão de benefícios que efetivamente excedem o que dispõe a legislação penal brasileira. Essa questão é ainda mais preocupante quanto se leva em conta o “valor probatório” da colaboração premiada, uma vez que, para ter acesso aos benefícios o réu pode faltar com a verdade ou mesmo não dar uma contribuição efetiva para a investigação do crime (SILVA, 2019).

Ademais, outro ponto que também gera discussões diz respeito à natureza jurídica da colaboração premiada considerada pelo autor supracitado como um contrato estabelecido entre as partes, ou seja, o réu-colaborador e o Estado (FERRARI, 2018).

Contrato esse que em muitos casos não se efetiva como o Estado, ou melhor, a legislação determina, devido a fragilidade das provas apresentadas pelos delatores, fato este que acaba por comprometer o instituto colaboração premiada.

De qualquer modo, sendo este o caminho para combater a atuação cada vez mais ofensiva das organizações criminosas, a colaboração premiada está cada vez mais consolidada na legislação infraconstitucional e vem amplamente sendo objeto de discussão da doutrina e jurisprudência. Mas, é necessário cautela e discricionariedade na aplicação do instituto, de modo a impedir a singular inversão de valores (direitos) constitucionais relativos a defesa, uma vez que isso de fato pode acontecer como é o caso da desistência do réu de recursos constitucionais como o *habeas corpus*.

7. Ilegalidades no uso do instituto da delação premiada

Em setembro de 2017 foi criada a CPI mista da JBS, a fim de se apurar suposta irregularidades praticadas pelo grupo J&F, controladora dos frigoríficos JBS junto ao BNDS. Várias irregularidades foram apontadas acerca das negociações para a delação capitaneadas pelo Ministério Público e posteriormente homologadas pelo Judiciário, todas elas envolvendo a operação Lava Jato.

Na ocasião verificou-se que que presos e acusados tornavam-se delatores sob ameaça e não necessariamente por meio de provas. Infortunadamente verificou-se que o judiciário homologava as delações não por aspectos jurídicos e técnicos e sim por pressão da mídia nacional. Afirmaram ainda que o Judiciário tem homologado os acordos por meio de pressão da mídia.

Obviamente a Lei das Delações Premiadas (lei 12.850/2013), aprovada no ano de 2013 pelo congresso, requer uma ampla aprimoração a fim de se garantir transparência nos acordos delativos, evitando-se a repetição das ilegalidades e abusos verificados quando da operação lava jato, tais quais a redução de pena oferecida aos delatores pelo Ministério Público, atribuição que cabe exclusivamente ao Judiciário.

No caso acima comentado, o ministério público federal ofereceu aos então irmãos e donos do grupo J&F, cláusulas de acordo que evitaram o sequestro de bens mesmo que obtidos de forma ilícita.

O ex-ministro da Justiça Eugênio Aragão, procurador da República aposentado, apontou ilegalidade na formação de uma força-tarefa formada pelo Ministério Público, polícia e “um juiz”. “São três autores muito empoderados, sobre os quais não existe nenhum controle de fato. Neste caso, para quem o investigado vai se queixar? Ele está entregue ao arbítrio”, disse.

Já para o juiz Alexandre Morais da Rosa: delação premiada se tornou um mercado: “Joesley Batista não poderia nunca ter recebido imunidade. Isso está na lei, que prevê redução da pena em dois terços e, no máximo, à metade. Mas o Supremo foi constringido a não cumprir a lei”.

O jurista e advogado Aury Celso Lima Lopes Jr., criticou acordos de delação feitos com acusados presos: “No Brasil, se você delatar terá benesses; se não delatar terá penas altíssimas. É uma ameaça. E estão usando as prisões cautelares para pressionar sim”

Por óbvio a pauta do ministério público nas delações criminosas não é ofertar redução de pena, posto que esta é atribuição estritamente do Juiz. Dessa forma durante todo o transcorrer da Lava Jato o Ministério Público transigiu sobre penas e forma de cumprimentos atenuados de pena em troca de delações.

8. Considerações finais

Conforme asseverado no início deste trabalho o objetivo deste artigo foi analisar o instituto da colaboração premiada no âmbito das garantias fundamentais relativas ao exercício de defesa do cidadão com foco para a sua eficácia como meio de prova. A problemática do estudo está justamente em levantar informações sobre a qualidade e eficácia da colaboração premiada como meio de prova e se isso fere princípios constitucionais relativos à defesa.

Utilizando as fontes bibliográficas da doutrina e com base no entendimento da jurisprudência observou-se que a colaboração premiada é a alternativa mais viável que juristas e governantes encontraram para o enfrentamento de organizações criminosas que ganham poder a cada dia, especialmente no mundo globalizado.

Tais organizações cometem crimes dos mais diversos prejudicando não apenas uma pessoa, mas toda a coletividade, especialmente quando essas organizações se inserem na Administração Pública. Como exemplo foi citado o caso da Operação Lava Jato que utilizou sobremaneira esse instituto, à ponto de comprometer a sua eficácia como meio de prova. Na verdade, em relação a esse aspecto, muitas críticas foram feitas não apenas em relação à quantidade excessiva de delações (banalização do instituto), assim como em relação às prisões coercitivas, consideradas por parte da doutrina, como violadoras dos direitos e garantias constitucionais.

Da Operação Lava Jato e de outras que a sucederam é possível constatar que a colaboração premiada, embora criticada por alguns doutrinadores acerca dos aspectos éticos e morais, é uma ferramenta de suma importância no enfrentamento do crime organizado, notadamente quando os meios de prova são robustos e atendam aos requisitos da Colaboração premiada.

Entretanto, não pode ser utilizada de qualquer maneira, a ponto de ser banalizada, sendo ainda preciso seguir todas as regras constantes da legislação que regulamenta o instituto no Brasil, para que não possa ocorrer mitigação das garantias fundamentais, tampouco comprometer a eficácia do instituto como meio de prova, que, por sua vez, está condicionado ao que o colaborador de fato conhece sobre os crimes, hierarquia, participes e onde está localizado o produto dos crimes praticados pelas organizações criminosas.

9. Referências bibliográficas

ABREU, Rafael Gonçalves. O uso da colaboração premiada na Operação Lava Jato. **Revista de Direito da Unigranrio**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, 2023. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/6847/3398>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

AMARAL, Patrick Borba; PRADO, Florestam Rodrigo. A evolução histórica do crime organizado. **Encontro de Iniciação Científica**, Presidente Prudente, v. 16, n. 16, 2020, Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8633/67649960>>. Acesso em: 22 maio 2023.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

BARBOSA, Igor de Andrade; FERREIRA, Andressa Marta Gomes. Colaboração premiada: análise crítica da Operação Lava Jato. **Revista Âmbito Jurídico**, jul. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/colaboracao-premiada-analise-critica-na-operacao-lava-jato/>>. Acesso em: 28 de mai. 2023.

BARROS, Mariana. Análise da ‘operação lava jato’ a luz dos conceitos da governança corporativa. **Anais do XI Congresso Nacional de Excelência em Gestão**, ago. 2015. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/25709632-Analise-da-operacao-lava-jato-a-luz-dos-conceitos-da-governanca-corporativa.html>>. Acesso em 01 maio 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008.

CORDEIRO, Néfi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRARI, Bárbara Dorati. Análise crítica de acordos de colaboração realizados no âmbito da operação Lava-Jato à luz das coordenadas constitucionais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 78, out./dez. 2020, p. 45-73.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. **Colaboração premiada: aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. Pacote Anticrime e seus impactos na colaboração premiada. **Consultor Jurídico**, dez. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada>>. Acesso em 19 maio 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Ana Paula Matheus; VOLKERS, Jorvana Aparecida; MARCHIORI, Mirian; COSTA, Lusca Kaiser. **Colaboração premiada como mecanismo eficaz no combate às organizações criminosas**. Disponível em: <<https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2022/05/colaboracao-premiada-como-mecanismo-eficaz-no-combate-as-organizacoes-criminosas.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2023.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, Janes Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2020.

SILVA, Danni Sales. **Justiça penal negociada**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf>. Acesso em: 30 maio 2023.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes. **colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VENTURINE, Lílian; ARAGÃO, Alexandre. Lava Jato: a origem e o destino da maior Operação anticorrupção no país. **Nexo Jornal**, 16 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2018/03/16/Lava-Jato-a-origem-e-o-destino-da-maior-opera%C3%A7%C3%A3o-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-do-pa%C3%ADs>>. Acesso em: 10 maio 2023.

VIEIRA, Ramon Fernandes; VELOSO, Cristielle Dias Leão. Colaboração premiada: efetividade como meio de prova frente aos princípios e garantias constitucionais. **Humanidades**, Montes Claros, v. 6, n. 2, jul. 2017, p. 35-60.

Exclusão da culpa na nova Lei de Improbidade Administrativa

*Olavo Sabino Carlos Filho*¹

*Israel Rodrigues de Queiroz Junior*²

Resumo: Neste traça-se um estudo sobre a exclusão da culpabilidade da conduta dos agentes públicos na tipificação de ações de improbidade, introduzida pela Lei nº 14.230/2021, que alterou dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Conforme abaixo discorrer-se-á, tal exclusão prejudica a gestão da Administração Pública e enfraquece o combate à corrupção, além de violar princípios constitucionais como a legalidade, moralidade e eficiência, bem como princípios implícitos, entre eles a proporcionalidade e a razoabilidade. A análise da culpabilidade na conduta dos agentes públicos fortalece a segurança jurídica, ao possibilitar decisões fundamentadas e coerentes, o que resulta em sanções apropriadas e reduzem a probabilidade destas questões serem levadas à esfera judicial.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito administrativo e sua aplicação na Administração Pública. 3. Da necessidade de análise da culpa na improbidade administrativa. 4. Da exclusão da culpa nos atos de improbidade administrativa e seu impacto na Administração Pública. 4.1. Da eficiência da gestão pública e do combate à corrupção. 4.2. Da lesão aos Princípios da Administração Pública quando da exclusão da culpa nos atos administrativos. 4.3. Nova Lei de Improbidade Administrativa e às repercussões no Supremo Tribunal Federal. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Agente público. Culpa.

1. Introdução

O presente artigo faz uma análise da exclusão da culpabilidade da conduta dos agentes públicos na tipificação de ações de improbidade, introduzida pela Lei nº 14.230/2021, que alterou dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), indagando sobre a solidificação do novo regimento e da promoção de segurança jurídica à sociedade administrada.

O estudo deste tema tem importante contribuição para a sociedade, num todo, que é regida por um Estado Democrático de Direito, onde todo poder emana do povo, o que

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: olavoscfc@hotmail.com.

2 Mestre em Direito Privado pela Universidade de Marília, Advogado e Professor do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: ajnho@hotmail.com.

torna necessária a análise sobre a Administração Pública, se na execução de suas atividades, tem observado seus princípios regentes, uma vez que afetam diretamente a segurança jurídica do Estado e o resguardo do Direito dos cidadãos.

2. O direito administrativo e sua aplicação na Administração Pública

O direito administrativo, assim como as demais ciências jurídicas, é regido por vários princípios, além de regras específicas, que refletem o momento político em que vive a sociedade, e que merecem profunda observância e reflexão. Para Irene Nohara, “direito administrativo é o ramo do direito público que trata de princípios e regras que disciplinam a função administrativa e que abrange entes, órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela Administração Pública na consecução do interesse público.” (NOHARA, 2014, p. 6).

Nesse sentido, é sábio dizer que o direito administrativo é o conjunto de normas e princípios que disciplinam a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que o exercem, visando atender ao interesse público. Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro o conceitua da seguinte maneira:

Partindo para um conceito descritivo, que abrange a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, definimos o direito administrativo como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública. (DI PIETRO, 2014, p. 48)

Não há dúvidas que com os avanços normativos, os princípios foram alçados dos Códigos às Constituições, ganhando *status* de normas jurídicas de superior hierarquia. Antes eram tidos como pautas supletivas das lacunas do ordenamento, conforme orientação do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Contudo, com o avanço da hermenêutica jurídica é sabido que os princípios não são mais adotados apenas como sugestões interpretativas, dado o seu caráter vinculante, imperativo ou obrigatório, atribuídos pela própria posição que empossou no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, entendem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que aos princípios são conferidas a normatividade e imperatividade inerente a qualquer comando previsto na norma fundamental, assim explica:

Especificamente em relação aos princípios regentes da atividade estatal, é importante lembrar que estão eles inseridos, em profusão, no texto constitucional. Este fato, longe de representar a mera constatação da força legitimante da Constituição, por ocupar ela o ápice da pirâmide normativa, torna cogente que aos princípios

sejam conferidas a normatividade e a imperatividade inerentes a todo e qualquer comando contido na norma fundamental. Negar essas características como inerentes aos princípios é o mesmo que negar a própria dignidade normativa da constituição, relegando a plano secundário sua rigidez e supremacia e fazendo com que a adequação ao texto constitucional seja vista sob um prisma meramente formal, mantendo em plano secundário a pauta de valores contemplada pelo constituinte. (GARCIA; ALVES, 2004, p. 44-45).

Assim, ao analisarmos o contexto histórico em que o direito administrativo se desenvolve, fica evidente a necessidade de garantir a eficiência da função administrativa e a conformidade dos agentes públicos com os princípios administrativos. Foi em um cenário de desconfiança social em relação à gestão pública e ao combate à corrupção que surgiu a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

A Lei de Improbidade Administrativa foi promulgada no dia 2 de junho de 1992 e é considerada o mais denso e importante conteúdo do princípio da moralidade, boa-fé, decoro, honestidade, lealdade, correção de atitudes, já que objetiva punir com severidade os desvios de conduta dos agentes públicos corruptos com relação aos dinheiros públicos, dano ao erário e violação aos princípios da Administração. (ROSSI, 2021, p. 621).

Promulgada em um momento nacional marcado pela crescente demanda por transparência e responsabilidade, essa legislação representa um importante instrumento para assegurar a probidade na atuação dos agentes públicos. A Lei de Improbidade Administrativa estabelece normas rigorosas e prevê sanções para condutas ímprobas, visando salvaguardar o interesse público e reforçar a ética na administração.

Dessa forma, a criação da Lei de Improbidade Administrativa demonstra a preocupação em fortalecer a confiança da sociedade nas instituições e garantir uma gestão pública transparente e comprometida com o bem-estar coletivo. A efetiva aplicação do direito administrativo, aliada à função firme por meio da Lei de Improbidade Administrativa, objeto de discussão nesta pesquisa, surge como um importante mecanismo para assegurar o cumprimento dessa obrigação.

O direito administrativo é a área do direito voltada para a regulamentação das atividades da Administração Pública e seus servidores, possuindo leis e princípios próprios que conferem autonomia e alto grau de especialização enquanto ramo do direito, possuindo como característica primaz a prevalência do interesse público sobre o privado, ou seja, a desigualdade nas relações jurídicas. Então, o Estado é superior ao indivíduo, desta maneira boa parte da doutrina administrativa se umbilica à ideia do Estado de Direito e o conceito do princípio da legalidade.

Desta forma o direito administrativo, tem como função principal coibir a atuação abusiva do Estado, responsabilizando-o por aquilo que desrespeita a legislação, com isso, é possível notar que para a sociedade e, principalmente, para a preservação da paz social,

o direito administrativo é extremamente importante. Afinal, atua como um mecanismo que coíbe o abuso de poder do Estado com o objetivo de garantir a liberdade dos indivíduos.

3. Da necessidade de análise da culpa na improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece punições para condutas ímprobas, e mesmo com as últimas alterações legislativas incluindo a necessidade de dolo para a caracterização do ato ímprobo, é imprescindível uma análise criteriosa da culpa. Isso permite discernir o zelo do agente público envolvido na prática de condutas ímprobas em cada caso concreto. É inegável que não há razoabilidade em punir agentes públicos por simples erros ou equívocos que, sem intenção, lesionam o interesse público. No entanto, existem casos em que tais erros são tão flagrantes que não se pode evitar a suposição de má-fé. Esses erros graves elevam a culpa a um nível equivalente ao dolo, tornando necessária a imposição de punição.

De um lado, a responsabilização do agente pública nos casos de dolo e erro grosseiro tem o efeito de reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave. De outro lado, admitir o erro, salvo quando grosseiro, faz sentido num regime jurídico que pretenda viabilizar soluções inovadoras e impedir que as carreiras públicas se tornem armadilhas para pessoas honestas, capazes e bem-intencionadas. (MORENO; CARNEIRO, 2023, p. 9).

Isso significa que, mesmo em situações em que não haja intenção deliberada de cometer um ato ímprobo, a culpa grave é equiparada ao dolo, sendo passível de punição. Essa equivalência é relevante para garantir que atitudes que causem danos ao interesse público sejam devidamente analisadas e sancionadas, mesmo que não exista o elemento subjetivo do dolo. A responsabilização da conduta do agente público por erro grosseiro encontra-se positivada no Decreto nº 9830/2019, *in verbis*:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Entretanto, mesmo com seu conceito legalmente definido, a culpa grave em uma conduta pode passar despercebida pela Lei de Improbidade. Desconsiderá-la é mais fácil do que buscar mecanismos para sancioná-la. Essa dificuldade reside na comprovação subjetiva da culpabilidade (dolo e culpa), ligada as intenções e conhecimento do agente. A

culpa ao envolver negligência, imprudência ou imperícia, torna sua identificação desafiadora por estar enraizada no imaginário da pessoa e por vezes dificultar sua demonstração objetiva. Mais uma razão para que tais desafios não sejam desconsiderados e sim analisados criteriosamente.

Diante do exposto, a culpa permite avaliar se o agente público agiu com cuidado e responsabilidade ao considerar a produção e consequências de seus atos, ou seja, se suas ações foram norteadas pelos princípios do direito administrativo. Essa avaliação é de suma importância em casos que afetam a Administração Pública, garantindo uma avaliação razoável à luz da lei de improbidade administrativa. Além disso, ela protege o agente público, reconhecendo que ações em prol do interesse público não devem ser injustamente penalizadas. A conduta honesta e de boa fé de um agente público não deve ser prejudicada ou punida de forma indevida.

4. Da exclusão da culpa nos atos de improbidade administrativa e seu impacto na Administração Pública

O problema central do trabalho será analisar se a exclusão da culpabilidade, advinda da alteração da Lei nº 14.230/2021, que modificou o artigo 1º, parágrafo 1º da Lei 8.429/1992, prejudica a gestão pública e fere princípios importantes do direito administrativo. Imagine que através de uma conduta não dolosa, mas evidentemente negligente, um agente público provoque grave prejuízo ao patrimônio público e não sofra nenhuma espécie de sanção administrativa pelo mero fato de não ter havido intenção em seus atos. É possível afirmar que essa exclusão do elemento subjetivo na análise da aplicação da lei prejudica a gestão pública e entra em conflito com princípios basilares do direito administrativo?

Compreendemos que a exclusão da culpabilidade acarreta prejuízos à Administração Pública, uma vez que a culpa é elemento essencial na caracterização da improbidade administrativa, e sua desconsideração enfraquece o combate à corrupção e a eficiência da gestão pública. Ademais, a exclusão da culpabilidade pode violar princípios constitucionais do direito administrativo, como a legalidade, moralidade e eficiência, bem como princípios implícitos, como a razoabilidade e proporcionalidade. A inclusão da análise do elemento subjetivo, na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, fortalece a segurança jurídica, permitindo decisões mais bem fundamentadas e coerentes, o que permite uma adequação proporcional entre as sanções aplicadas e os atos praticados, resultando em uma redução da quantidade de casos que ultrapassam a esfera administrativa e são levadas ao judiciário.

4.1. Da eficiência da gestão pública e do combate à corrupção

É imperativo que a Administração Pública deve sempre estar norteadada pela supremacia do interesse público, o que torna a improbidade administrativa uma questão de extrema relevância no contexto da gestão pública. A conduta ímproba marcada pela desonestidade e violação dos princípios éticos, compromete a eficiência da administração e fomenta a desconfiança da sociedade. Nesse contexto, a culpa emerge como um elemento essencial na caracterização desse tipo de prática, desempenhando um papel

crucial para análise das condutas dos agentes públicos. Desconsiderar a culpa compromete a eficiência da gestão e o combate à corrupção, permitindo a impunidade de condutas negligentes ou inadequadas. Portanto, é fundamental que as condutas sejam cuidadosamente diligentes e minuciosas em sua formação, a fim de evitar sanções e garantir a transparência e responsabilização.

(...) nosso país é afamado pela distância entre a realidade e a norma jurídica. A nova Lei de Improbidade, na sua interpretação literal, distancia-se da realidade ao ponto de se tornar inaplicável, seja no seu aspecto material – caso, por absurdo, exija-se o dolo específico na constituição do ilícito (...) (CAVALIERI FILHO, 1997, p. 73).

Podemos perceber que o legislador objetivando minimizar o elemento subjetivo para amoldar a conduta de improbidade administrativa, alterou a redação do artigo 11, da LIA, positivando a seguinte a redação para a violação dos princípios administrativos:

Art. 11. (...)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

Extraímos da literalidade do parágrafo 1º do artigo mencionado que, para a configuração da improbidade administrativa na modalidade de violação aos princípios administrativos e outros tipos especiais (excluindo o enriquecimento ilícito e a lesão e prejuízo ao erário), não se deve apenas considerar a culpa, mas é necessário ir além, exigindo o dolo específico. Esse requisito implica que, além da vontade de praticar determinado ato, é preciso ter conhecimento e intenção de alcançar um propósito especial previsto na norma legal. Entretanto, é importante evitar uma interpretação literal restrita, a fim de proteger o erário e combater condutas irresponsáveis. Nos casos concretos, é necessário analisar cuidadosamente os contextos envolvidos, a fim de garantir uma aplicação justa e efetiva da lei.

Uma interessante teoria norte-americana denominada “teoria da ignorância deliberada” ou “teoria do avestruz” corrobora com este entendimento conforme ensina Alexandre Mazza:

Originária da Suprema Corte dos Estados Unidos, a referida teoria foi desenvolvida no Direito Penal com a finalidade de punir a

ignorância consciente de agentes que intencionalmente fingem não enxergar a prática de atos ilícitos para, com isso, obter algum tipo de benefício. Trata-se de um comportamento similar ao do avestruz, ave que enfia a cabeça debaixo da terra, supõe-se, para não ver o que ocorre ao redor. (MAZZA, 2023, p. 558).

Teoria já utilizada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, no julgamento da Apelação Cível n. 009252-56.2010.8.26.073 da 9ª Câmara de Direito Público do TJ-SP no qual o Ministério Público denunciava como conduta ímproba um prefeito e um instituto privado em razão de superfaturamento na contratação, sem licitação:

Guardadas as devidas proporções, é evidente, em tempo de exposição pública e notória pelo julgamento televisionado ao vivo da Ação Penal 470 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em que de forma corajosa e destemida o Poder Judiciário não se encolheu, frente aos muitos interesses envolvidos, na condenação de criminosos que estavam a praticar infrações penais (corrupção passiva, ativa, lavagem de dinheiro) e, nesta ocasião, uma determinada teoria foi suscitada pelo sempre profundo Ministro Celso de Mello, e que poderá ser agora aventada neste caso concreto, qual seja TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA ou DA IGNORÂNCIA DELIBERADA, também conhecida como DOCTRINA DA CEGUEIRA INTENCIONAL, TEORIA DAS INSTRUÇÕES DE AVESTRUZ ou DOCTRINA DO ATO DE IGNORÂNCIA CONSCIENTE, criada pela Suprema Corte Norte Americana (*willful blindness doctrine*), cuja síntese diz respeito à tentativa de se afirmar ignorância deliberada e fingida acerca da situação de ilicitude, com vistas a objetar uma determinada vantagem. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 0009252-56.2010.8.26.0073. 9ª Câmara de Direito Público. Comarca de Avaré. São Paulo, j. 9 abr. 2014).

Dando continuidade ao raciocínio, a Lei de Improbidade Administrativa possui um caráter preventivo, atuando como um mecanismo dissuasor para agentes públicos envolvidos em práticas corruptas. Por meio de punições como perda de bens, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, busca-se desencorajar a corrupção, preservando a integridade dos recursos e o interesse coletivo. No entanto, é importante considerar que qualquer atualização legislativa deve ser avaliada com cautela, ao deixar de analisar a culpa e considerar apenas o dolo em uma conduta ímproba, isso gera uma fragilidade que agentes de mal-intencionados poderão explorar, segundo José de Faria Costa (2017, p. 416) o uso de elementos especiais subjetivos raramente se materializa em fatos externos.

Nesse sentido, é essencial atualizar e aprimorar constantemente a legislação para prevenir e combater a corrupção, levando em consideração que possíveis mudanças que não criem lacunas exploráveis. Recordando o momento conturbado da história brasileira

em relação à corrupção, no qual a LIA foi criada, é imprescindível que as atualizações legislativas sejam minuciosamente analisadas em relação às suas consequências práticas, a fim de assegurar a efetividade contínua dessa importante lei no combate à corrupção.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei 8.429/1992, é um exemplo dessa instabilidade. Esse diploma legal surgiu em um momento político turbulento, ocorrendo praticamente no mesmo contexto histórico de um processo de "impeachment" do então Presidente da República, que era acusado de envolvimento em atos de corrupção. É curioso notar que o referido chefe do Poder Executivo Federal adotava um discurso firme de combate aos abusos administrativos, que são uma das maiores mazelas do Brasil. Inclusive, a Lei de Improbidade Administrativa foi sancionada por ele e publicada no Diário Oficial da União em 3 de junho de 1992. (DINIZ, et al., 2022, p. 66).

Lamentavelmente, no contexto brasileiro, a corrupção é um problema arraigado que remonta às origens históricas do país. Diferentemente de muitos outros países, em que a corrupção pode ter se desenvolvido em determinados períodos ou sistemas políticos, no Brasil, ela parece estar enraizada em diversas esferas sociais e políticas. Essa atitude do legislador, ao não considerar a culpa como critério para identificar atos ímprobos, parece revelar uma falta de preocupação em relação aos danos financeiros resultantes da irresponsabilidade, incompetência e negligência graves por parte dos agentes públicos.

A corrupção não se apresenta univocamente na literatura e nem nas leis, ainda mais tomando-se o direito estrangeiro em comparação. É certo que, senão a definição, ao menos o tratamento da corrupção deve ser dado pela legislação de cada país. Nesse cenário, o Brasil é signatário de diversas convenções internacionais pelas quais se obriga, no plano interno, a prevenir e combater a corrupção. (LOBO; SOUZA JÚNIOR, 2022, p. 789-790).

Desse modo, constata-se que a probidade administrativa é um pilar fundamental para o bom funcionamento da Administração Pública e a confiança da sociedade. A consideração da culpa como elemento essencial na caracterização da improbidade administrativa é imprescindível para garantir a responsabilização dos agentes públicos e promover uma gestão eficiente e transparente. A atualização legislativa deve ser realizada de forma criteriosa, visando preencher lacunas e fortalecer a luta contra a corrupção, sem comprometer a efetividade da lei.

Assim, é essencial que sejam adotadas medidas preventivas e aprimoramentos constantes na legislação, levando em conta os desafios e contextos enfrentados, para assegurar a integridade dos recursos públicos e a preservação do interesse coletivo. Somente assim poderemos avançar na construção de uma Administração Pública ética, responsável e confiável para o desenvolvimento do país.

4.2. Da lesão aos princípios da Administração Pública quando da exclusão da culpa nos atos administrativos

A Administração Pública encontra-se vinculada a lei para a prática de seus atos, sendo que o direito administrativo possui a finalidade de reger estas atividades. E, tratando-se de uma atuação tão variada, por vezes surgem normas que são emanadas de um contexto ou de uma situação específica da atividade administrativa, tornando necessária a edificação de uma base normativa solidificada, na busca de garantias e seguranças jurídicas aos administrados.

Destarte que a solidez dessas normas vigentes no ordenamento é constituída pelos princípios, também conceituados como base e estrutura, desde os gerais de Direito até os específicos de cada matéria. Tais princípios visam interligar os diversos institutos do direito administrativo, objetivando a não contradição, a segurança jurídica e ao cumprimento das finalidades do Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, é de extrema relevância abordar a importância dos princípios no direito administrativo, e para tanto, é fundamental conceituar o termo “princípio”. Conforme Karl Larenz (apud MEDAUAR, 2010, p. 125), princípios são fórmulas que englobam os pensamentos diretores do ordenamento jurídico, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico. Além disso, é vital assegurar que os agentes públicos cumpram esses princípios para uma gestão eficiente. Nesse contexto, destaca-se a Lei de Improbidade como um dos mecanismos que contribuem para o respeito aos princípios. Sua aplicação desempenha um papel crucial na promoção da integridade e responsabilidade na Administração Pública. Assim, a observância dos princípios é um pilar fundamental para a manutenção da boa governança. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que princípio é:

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente para definir a lógica e a racionalidade no sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2010, p. 53).

Tendo em vista que princípios possuem caráter normativo, e, portanto, passíveis de sanções ante seu desatendimento, foram criados instrumentos sancionatórios a fim de garantir a observância destes, dentre os quais destaca-se a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Em relação à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que é o foco da problemática, destaca-se parte do artigo 11, que abrange s princípios elencados neste trabalho, *in verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo.

Nos termos do § 1º, do artigo 1º da Lei 8.429/92, as condutas dolosas tipificadas no artigo 11 da mesma normativa, além daquelas previstas nos artigos 9º, 10, e dos tipos previstos em leis especiais, são consideradas atos de improbidade administrativa, ressaltando que a Lei é claramente específica em relação à violação dos princípios da Administração Pública, ilustrando assim a relevância desses institutos e seus reflexos quando violados.

Nesse contexto, quando se menciona a exclusão da culpabilidade na improbidade administrativa vislumbra-se a afetação direta os princípios do direito administrativo Brasileiro. Diante disso, importa ressaltar que a supressão da culpabilidade da legislação administrativa não pode servir como justificativa para a ausência de responsabilização dos agentes públicos por atos ímprobos, sob pena de se permitir a má gestão do patrimônio público. E, sendo a Lei de Improbidade Administrativa é uma normativa que busca o combate aos atos ímprobos praticados por agentes públicos que violem a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência, necessária a observância e aplicação de suas recentes alterações.

O princípio da legalidade, por exemplo, exige que todo ato administrativo esteja previsto em lei e seja realizado de acordo com o que foi determinado na norma, respeitando o devido processo legal e os direitos fundamentais dos cidadãos. Se a culpabilidade for excluída na análise de um ato ímprobo, pode haver uma interpretação equivocada da lei, e conseqüentemente, uma violação a este instituto, enfraquecendo assim, a confiança da sociedade na Administração Pública.

O princípio da impessoalidade exige que a Administração Pública trate todos os administrados de forma igualitária, sem discriminação ou favoritismo. A exclusão da culpabilidade na improbidade administrativa pode ferir esse princípio, uma vez que poderia permitir que agentes públicos sejam punidos de forma diferente, mesmo tendo praticado atos semelhantes de improbidade, apenas com base em critérios subjetivos, como sua capacidade de compreensão da ilegalidade do ato.

Além disso, a exclusão da culpabilidade pode levar a uma falta de responsabilização dos agentes públicos que agem de forma contrária ao interesse público, prejudicando a efetividade da Administração e sua capacidade de prestar serviços de qualidade à sociedade. Por isso, é importante que a análise da culpabilidade seja levada em consideração na apuração de atos de improbidade administrativa, a fim de garantir a imparcialidade e eficiência da Administração Pública.

A exclusão da culpabilidade na improbidade administrativa pode violar também o princípio da moralidade do direito administrativo, pois esse princípio exige que os agentes públicos atuem com honestidade, ética e boa-fé no exercício de suas funções. Se a culpabilidade não for analisada devidamente, pode ocorrer a aplicação de sanções a

agentes públicos que agiram de boa-fé, mas cometeram erros em razão de circunstâncias alheias a sua vontade. Por outro lado, se a culpabilidade for desconsiderada, agentes públicos desonestos e com condutas antiéticas podem não ser responsabilizados adequadamente, o que fere o princípio da moralidade.

Sobre a necessidade de publicidade dos atos administrativos, tem-se que a exclusão da culpabilidade na improbidade administrativa pode afetar diretamente a transparência na gestão pública, uma vez que a responsabilização dos agentes públicos por condutas ímprobas é um importante mecanismo de transparência na administração pública. Quando se permite a exclusão da culpabilidade, sem a devida análise subjetiva da conduta do agente, corre-se o risco de permitir a impunidade e a falta de transparência na gestão pública, o que viola o princípio da transparência, e impede o controle social sobre as ações do poder público.

O princípio da eficiência exige que a administração pública atue de forma a buscar a melhor utilização dos recursos disponíveis, visando sempre à obtenção dos melhores resultados possíveis. Nesse sentido, a exclusão da culpabilidade na improbidade administrativa pode levar a uma gestão ineficiente dos recursos públicos, uma vez que a ausência de responsabilização adequada dos agentes públicos pode estimular a prática de condutas ilícitas e prejudicar o desempenho eficiente da administração pública.

Dessa forma, a análise da culpabilidade se torna um elemento essencial para garantir a eficiência da gestão pública, na medida em que a responsabilização adequada dos agentes públicos que cometem atos ímprobos é fundamental para coibir a prática de condutas ilegais e garantir que os recursos públicos sejam utilizados de forma eficiente e em benefício da coletividade.

4.3. Nova Lei de Improbidade Administrativa e às repercussões no Supremo Tribunal Federal

Como é de costume nacional, após a promulgação da Lei, vários pontos foram objetados e discordados junto ao Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou a respeito.

Acerca das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, especificamente no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989, que julgou o tema 1199 e nas ações diretas de inconstitucionalidade-ADIn 7.042 e 7.043.

Em relação ao tema 1199, o que discutiu no STF foi a definição de eventual (ir) retroatividade das previsões da lei 14.230/21, em especial (I) a necessidade da presença do elemento dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Já no julgamento das ADIns 7042 e 7043, o que se discutiu foi o reconhecimento do Ministério Público como o único competente para o ajuizamento da ação de improbidade. Sobre tais decisões o site Migalhas (BORGES, 2022) lancetou em seu artigo que em 31/08/2022 o STF julgou, por 8 votos a 3, decidindo pela legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e a advocacia pública para a propositura da ação de improbidade administrativa. Para o tribunal, o art. 129, parágrafo 1º, da Constituição Federal não veda a legitimidade para terceiros, logo deve-se autorizar que tanto o

Ministério Público quanto a fazenda pública prejudicada possam demandar a ação de improbidade.

No julgamento do tema 119, que foi finalizado em 18/08, quando o STF, por maioria, firmou quatro teses: a) o dolo subjetivo precisa ser comprovado, b) modalidade culposa da improbidade não retroage nem em casos de execução penal; c) a norma que aboliu a improbidade culposa retroage e é aplicável imediatamente aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, cabendo ao juízo competente, em qualquer caso, analisar eventual dolo do agente, hipótese em que a ação poderá continuar tramitando; d) o novo regime prescricional é irretroativo e começam a correr a partir da publicação da lei, garantindo-se a eficácia dos atos praticados anteriores à Lei.

Conforme o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, os processos ativos e em curso que relatem a prática do crime culposos, seu desfecho deve ser a improcedência da demanda em razão da ausência de previsão culposa na Lei de Improbidade.

Por outro lado, em processos cujo trânsito em julgado já tenham operado, nada muda, visto que as regras da nova lei não se aplicarão ao caso transitado. Por fim, com relação à prescrição, nas ações em andamento o novo prazo não se aplica.

5. Considerações finais

No decorrer deste estudo, compreendemos a importância da análise da culpabilidade na caracterização da improbidade administrativa e os impactos negativos decorrentes de sua exclusão. A culpa desempenha um papel fundamental na identificação e responsabilização dos agentes públicos que praticam atos contrários aos princípios que regem a Administração Pública.

A exclusão da culpabilidade acarreta prejuízos significativos à Administração Pública, minando os esforços de combate à corrupção e comprometendo a eficiência da gestão pública. A culpabilidade é um elemento essencial para assegurar a responsabilização adequada daqueles que abusam de seu poder, violam deveres éticos e prejudicam a coletividade.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a exclusão da culpabilidade pode violar princípios constitucionais do direito administrativo, como a legalidade, a moralidade e a eficiência. A responsabilização dos agentes públicos deve estar pautada na observância desses princípios, a fim de preservar a ética e a transparência no exercício das funções públicas.

Além dos princípios expressos na Constituição, há princípios implícitos, como a razoabilidade e a proporcionalidade, que devem ser considerados na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. A análise do elemento subjetivo fortalece a segurança jurídica, permitindo decisões embasadas em critérios mais sólidos e coerentes. Dessa forma, é possível alcançar uma adequação proporcional entre as sanções aplicadas e os atos praticados, evitando excessos ou injustiças.

No âmbito do direito administrativo brasileiro, é essencial destacar a importância de uma atuação responsável e comprometida dos órgãos de controle e fiscalização, bem como do Poder Judiciário. A correta apreciação da culpabilidade é de grande importância

para preservar a integridade do sistema administrativo, incentivando a prevenção e a punição adequada da improbidade.

Cabe salientar que a inclusão da análise da culpabilidade não visa dificultar o processo de responsabilização, mas sim aprimorá-lo, tornando-o mais justo e efetivo. Ao fortalecer a segurança jurídica, é possível evitar casos de abusos, preservando a confiança da sociedade nas instituições públicas e reduzindo a quantidade de casos que transbordam a esfera administrativa e são levados ao Poder Judiciário.

Por fim, é imprescindível ressaltar a necessidade contínua de aperfeiçoamento das normas e dos mecanismos de responsabilização no âmbito da improbidade administrativa. A criação de dispositivos legais que considerem a culpabilidade como elemento central no processo de responsabilização dos agentes públicos é um passo importante para garantir uma atuação ética e transparente no exercício das funções administrativas.

Portanto, é imperativo reconhecer e valorizar a relevância da culpabilidade na caracterização da improbidade administrativa, a fim de fortalecer a probidade no setor público e preservar os princípios que regem a Administração Pública brasileira.

6. Referências bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 31 maio 2023.

BORGES, Diego da Mota. O que o STF decidiu sobre as alterações na lei de improbidade administrativa. **Migalhas de Peso**, São Paulo, 23 set. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/374045/alteracoes-na-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 05 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 635/2017. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Processo nº 006.166/2007-2. Tipo de Processo: Tomada de Contas Especial (TCE). Brasília, 05 abr. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2931/2018. Plenário. Relator: José Mucio Monteiro. Processo nº 011.325/2015-1. Tipo de Processo: Acompanhamento (ACOM). Brasília, 12 dez. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 11762/2018. Segunda Câmara. Relator: Marcos Bemquerer. Processo nº 014.766/2014-0. Tipo de Processo: Tomada de Contas Especial (TCE). Brasília, 27 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 11289/2021. Primeira Câmara. Relator: Vital do Rêgo. Processo nº 031.322/2015-8. Tipo de Processo: Tomada de Contas Especial (TCE). Brasília, 17 ago. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 5547/2019. Primeira Câmara. Relator: Benjamin Zymler. Processo nº 026.095/2006-8. Tipo de Processo: Tomada de Contas Especial (TCE). Brasília, 09 jul. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2550/2019. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Processo nº 004.708/2017-2. Brasília, 23 out. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4485/2020. Primeira Câmara. Relator: Benjamin Zymler. Processo nº 003.041/2016-6. Brasília, 14 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 0009252-56.2010.8.26.0073. 9ª Câ. Dir. Público. Comarca de Avaré. São Paulo, 9 abr. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica**. São Paulo: Forense, 1997.

COSTA, José de Faria. **Direito penal**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). **Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores**. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOBO, Saulo Maurício Silva; SOUZA JÚNIOR, Armando Araújo de. **Open Science Research VIII**. Guarujá-SP: Editora Científica Digital, 2022.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORENO, Amanda Amarante Oliveira Sobral; CARNEIRO, Sarah Carolina Viana de Macedo. **Nova lei de licitações e contratos: teoria e prática na assessoria jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROSSI, Lacínia. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

Limites da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais

*Athos Couto Cunha*¹

*Gabriel Oliveira de Aguiar Borges*²

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente o exercício da liberdade de expressão nas redes sociais, questionando quais são seus limites no âmbito das redes sociais. O presente estudo é de fundamental importância para ajudar os indivíduos a visualizar melhor a definição de liberdade de expressão e seus limites, buscando prevenir práticas abusivas de utilização dessas mídias, como por exemplo ferir a honra alheia, a privacidade da imagem e melhorar o uso da internet em prol da não violação dos direitos fundamentais. Para elaboração do trabalho foi utilizado o método de pesquisa não experimental, utilizando o método de pesquisa documental e bibliográfica que abrange a literatura, documentação, livros. A busca para realização desta pesquisa se deu a partir de escritos disponíveis em outros trabalhos de conclusão de curso, documentos, sites, livros, artigos, teses decorrentes de pesquisas anteriores que foram adequadamente desenvolvidas e catalogadas. Consideramos, assim, que os discursos presentes nas mídias sociais possuem uma formação discursiva progressista, portanto, a informatização tem o potencial de tornar a comunicação interpessoal mais individualizada, resultando em um aumento de sentimentos de egoísmo e impulsionando assim, as violações de direitos fundamentais dos indivíduos, atentando aos direitos à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Redes sociais. Limites.

Sumário: 1. Introdução 2. Exercício da liberdade de expressão nas redes sociais. 3. A delicada balança dos limites: liberdade de expressão em debate 4. Limites da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais. 4.1. Limites diante da calúnia, injúria e difamação previstos no código penal. 4.2. Limites legais da liberdade de expressão em relação as *fake news*. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo Mineiro – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: athoscouto1@outlook.com.

² Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI/MG). Advogado. E-mail: gabrieloab@outlook.com.

1. Introdução

A problemática desta pesquisa tem por objetivo expor os limites da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais. Suponha-se que um intenso debate de aspecto político se inicie nas redes sociais e argumentos são expostos, entre eles um argumento científico, factual, mas que ofenda outras pessoas. O autor do argumento estaria violando os limites da liberdade de expressão?

Questiona-se se a utilização das redes sociais intensifica a violação dos limites à liberdade de expressão. O trabalho busca esclarecer a definição de liberdade de expressão e seus limites, para, então, evitar uma possível violação de direitos fundamentais.

Entende-se que a liberdade de expressão, no âmbito das redes sociais, não é um direito absoluto e possui limites, como a tipificação dos crimes injúria, calúnia e difamação, previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal.

A pesquisa usou o método indutivo para elaboração do trabalho, porque foi utilizado o método de pesquisa não experimental, utilizando o método de pesquisa documental e bibliográfica que abrange a literatura, documentação e livros. A busca para realização desta pesquisa se deu a partir de escritos disponíveis em outros Trabalhos de conclusão de curso, documentos, sites, livros, artigos, teses, decorrentes de pesquisas anteriores que foram adequadamente desenvolvidas e catalogadas.

O artigo foi estruturado em duas partes. Na primeira, foram trabalhados os aspectos gerais do tema, como conceitos e princípios. Já na segunda parte, se analisou o problema central da pesquisa, qual seja, os limites da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais

2. Exercício da liberdade de expressão nas redes sociais

A liberdade de expressão é um direito humano fundamental que permite que os indivíduos expressem seus pensamentos e opiniões sem medo de censura, retaliação ou perseguição por parte do governo. Esse direito está consagrado em muitos instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e é protegido por lei em muitos países. Nesse sentido, “A liberdade de expressão é um direito fundamental que garante o livre fluxo de ideias e informações na sociedade, sendo essencial para a formação da opinião pública e para o exercício pleno da cidadania” (MORAES, 2020).

No entanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e pode ser limitada em determinadas circunstâncias. Por exemplo, pode ser limitada em casos de discurso de ódio, incitação à violência, discriminação ou a disseminação de informações falsas que possam causar danos a indivíduos ou à sociedade como um todo. Ora,

A liberdade de expressão, embora protegida constitucionalmente, não pode ser utilizada como um escudo para o discurso de ódio ou para a propagação de informações falsas, que podem causar danos à dignidade e aos direitos de terceiros (MENDES, 2018).

Além disso, é importante considerar a responsabilidade das plataformas de redes sociais na moderação do conteúdo publicado por seus usuários. Essa moderação, no entanto, deve ser equilibrada para evitar a censura indevida e respeitar o direito à liberdade de expressão. É dizer,

A liberdade de expressão nas redes sociais deve ser regulada para combater a polarização e a disseminação de informações falsas, sem que isso implique em censura, mas sim em garantir um ambiente de debate saudável e informado (SUNSTEIN, 2017).

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), a liberdade de expressão é um direito inerente à dignidade humana, que deve ser garantido pelo Estado e respeitado por todos os indivíduos. Segundo ele (2012), "a liberdade de expressão é um direito fundamental do homem, sem o qual ele não pode se realizar plenamente, desenvolver-se e participar da vida em sociedade". Ora, a liberdade de expressão deve ser garantida como um direito fundamental, mas também deve ser objeto de ponderação diante de outros direitos igualmente valiosos, como a proteção da honra, da privacidade e da dignidade humana (ALEXY, 2019).

Na mesma linha, Guilherme Nucci (2017) explica que é necessário que a liberdade de expressão esteja amparada por um interesse público ou social relevante, para que possa ser considerada legítima. Segundo ele, "a liberdade de expressão somente será legítima quando exercida com o propósito de informar, orientar, criticar, denunciar, discutir ideias e opiniões, sem que haja intenção deliberada de ofender" (2017, p. 424). "A liberdade de expressão possui uma dimensão individual e uma dimensão social, sendo essencial para a democracia e para a pluralidade de opiniões na esfera pública" (CANOTILHO, 2020).

Assim, a discussão sobre os limites da liberdade de expressão nas redes sociais é de extrema importância atualmente. A internet e as redes sociais proporcionam um espaço excelente para o compartilhamento de ideias e o exercício da liberdade de expressão, mas também apresentam desafios que exigem uma reflexão cuidadosa. No próximo tópico, serão trabalhados os aspectos gerais acerca do conceito de limite.

3. A delicada balança dos limites: liberdade de expressão em debate

Os limites consistem em uma questão complexa que permeia o Direito desde seus primórdios. Entre os direitos fundamentais da sociedade brasileira, está a liberdade de expressão, que desempenha um papel primordial, mas desperta debates acerca de seus limites.

Neste estudo, será explorado o conceito de limites, conectando-o com a subjetividade e individualidade de cada pessoa, analisando o que é considerado um limite razoável para a liberdade de expressão. Os limites são elementos fundamentais para estabelecer uma ordem social equilibrada. No contexto da liberdade de expressão, esses limites se tornam ainda mais relevantes, uma vez que a expressão de ideias e

opiniões pode ter impactos significativos na vida das pessoas e na própria sociedade. “A liberdade de expressão não pode servir de pretexto para propagar discursos de ódio, discriminação ou incitação à violência. É importante que existam limites legais para coibir essas práticas” (MORAES, 2020).

No entanto, a definição de limites para a liberdade de expressão é tarefa difícil, pois envolve considerações subjetivas e individuais. Cada pessoa tem sua própria concepção do que é um limite razoável para a expressão de suas opiniões, crenças e ideias.

Um possível entendimento seria no sentido de que este direito seja entendido como absoluto, o que permitiria que qualquer tipo de discurso fosse proferido, independentemente de suas consequências. Porém, há autores consagrados que entendem que existem limites claros e bem definidos que devem ser respeitados para evitar danos a terceiros ou à própria sociedade.

Nesse sentido,

A liberdade de expressão é um direito fundamental, mas não pode ser exercida de forma irresponsável, devendo ser observados os limites estabelecidos pela lei para proteger outros valores constitucionais, como a ordem, a moralidade e os direitos de terceiros (DI PIETRO, 2019).

A determinação de limites razoáveis para a liberdade de expressão envolve uma análise cuidadosa dos contextos em que as opiniões são expressas. A incitação ao ódio, a propagação de discursos discriminatórios e a disseminação de informações falsas são exemplos de situações em que esse direito pode ultrapassar os limites considerados aceitáveis. Em tais casos, é necessário estabelecer mecanismos legais e sociais para responsabilizar aqueles que exercem esse direito de forma abusiva.

A liberdade de expressão não pode ser um pretexto para disseminar o ódio, a discriminação e a violência. É necessário estabelecer limites para garantir a convivência harmoniosa na sociedade e a preservação dos valores constitucionais. (BONAVIDES, 2019).

Além disso, os limites para a liberdade de expressão também podem variar de acordo com as normas e valores culturais de uma sociedade. O que é considerado aceitável em um contexto pode ser visto como inaceitável em outro. Portanto, é importante buscar um equilíbrio entre a garantia da liberdade de expressão e a proteção contra discursos que possam causar danos ou perpetuar injustiças.

Os limites desempenham um papel crucial na garantia liberdade de expressão, e quando aplicados, surgem questionamentos sobre até onde essa liberdade pode chegar e até onde estaria sendo cometido um ato de censura. Por envolver considerações subjetivas e individuais, além de variar de acordo com os contextos e normas culturais

de cada sociedade, a definição de limites razoáveis para a expressão de ideias e opiniões torna-se um desafio.

Embora seja importante garantir a liberdade de expressão como um direito fundamental, é igualmente essencial estabelecer limites que protejam a integridade e a dignidade de todos os membros da sociedade. Esses limites devem levar em consideração o potencial de danos causados por discursos de ódio, discriminação e desinformação, bem como respeitar os valores e direitos de cada indivíduo. A liberdade de expressão “é um direito essencial, porém, não absoluto. É necessário ponderá-la com outros direitos fundamentais, como a honra, a privacidade e a dignidade humana” (MENDES, 2019).

É fundamental buscar um equilíbrio entre a salvaguarda da liberdade de expressão e a prevenção quanto a quebra desses limites. Tal coisa torna-se mais tangível por meio de leis e regulamentações, como os artigos 138 a 140 do Código Penal, que tratam da calúnia, difamação e injúria respectivamente, estabelecendo responsabilidades e consequências para aqueles que ultrapassam os limites da razoabilidade.

4. Limites da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais

A problemática abordada por esta pesquisa tem como objetivo a exposição dos limites da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais. Em um cenário hipotético, um debate político intenso de caráter político se inicia nas redes sociais, no qual diversas justificativas são apresentadas. Entre essas justificativas, encontra-se um argumento científico e factual que, entretanto, acaba por ofender outras pessoas. Nessa situação, a pessoa estaria potencialmente ultrapassando os limites da liberdade de expressão ao proferir tais ofensas.

Dessa forma, o presente artigo levanta o questionamento sobre se a utilização das redes sociais intensifica a tendência de ocorrência de transgressões aos limites da liberdade de expressão. Cumpre ressaltar que a liberdade de expressão, no âmbito das redes sociais, não é um direito absoluto. Elas encontram limitações, sobretudo relacionadas à injúria, calúnia e difamação, condutas tipificadas nos artigos 138 a 140 do Código Penal.

Para fundamentar a tese sustentada neste trabalho, é possível ainda argumentar sobre as disseminações de desinformação (*fake news*), conforme disposto no artigo 287 do Código Penal, bem como na lei nº 13.834/2019.

4.1. Limites diante da calúnia, injúria e difamação previstos no código penal

A liberdade de expressão não é direito absoluto e pode ser limitada em determinadas circunstâncias, como em casos de discurso de ódio, incitação à violência, discriminação ou disseminação de informações falsas, que possam causar danos a indivíduos ou à sociedade como um todo. Outros direitos fundamentais, como o direito à privacidade, o direito à dignidade e o direito a um julgamento justo, também podem ser considerados ao analisar os limites da liberdade de expressão.

Esses limites variam de país para país e dependem do sistema jurídico e dos valores culturais. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a liberdade de expressão é protegida em alto grau, e o governo só pode limitá-la em casos de dano ou perigo iminente. Em outros países, como a Alemanha, o discurso de ódio é estritamente proibido e os sujeitos podem ser processados por fazerem declarações que insultem, incitem ao ódio ou discriminem determinados grupos.

A liberdade de expressão não pode ser utilizada como pretexto para o cometimento de crimes contra a honra, como a difamação, a injúria e a calúnia. Essas condutas são passíveis de sanções penais e podem limitar o exercício da liberdade de expressão em determinadas circunstâncias. (BARROSO, 2011).

Deste modo, é possível entender que a calúnia consiste em imputar a alguém um fato criminoso que não cometeu, com o objetivo de prejudicar sua reputação. Já a difamação, por sua vez, se caracteriza pela imputação de um fato ofensivo à reputação de alguém, mas que não é necessariamente um crime. Por fim, a injúria consiste em ofender a honra de alguém com o uso de palavras ou gestos ofensivos.

Além disso, a liberdade de expressão deve ser exercida de forma responsável e respeitando os direitos fundamentais de terceiros, como a honra e a imagem, conforme lição de Guilherme Nucci, para quem

a liberdade de expressão não é um direito absoluto, devendo ser exercida de forma responsável e respeitando os direitos fundamentais de terceiros, como a honra e a imagem. Caso contrário, as condutas de calúnia, difamação e injúria podem limitar esse direito (NUCCI, 2017).

A liberdade de expressão é tema de grande importância e complexidade, que envolve não só questões jurídicas, mas também sociais, políticas e culturais. Por isso, é fundamental que o exercício desse direito seja compreendido de forma ampla e consciente, a fim de garantir a sua efetivação e proteção.

Como explica Luiz Flávio Gomes (2016), “a liberdade de expressão não pode se converter em um direito absoluto, sem limites e sem freios, sob pena de atropelar outros valores e interesses que igualmente merecem proteção”.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido clara ao estabelecer que a liberdade de expressão não pode ser utilizada como escudo para o cometimento de crimes contra a honra, como afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do HC 95.519/RS: “a liberdade de expressão não pode servir de pretexto para a difamação, a injúria ou a calúnia, sob pena de se transformar em verdadeira licença para matar a honra e a dignidade das pessoas”.

Desta forma, faz-se necessário falar sobre os limites causados no âmbito das redes sociais, podendo se destacar assim, a calúnia que é definida como a imputação

falsa de um crime a alguém, ou a atribuição de fato ofensivo à honra ou à reputação de uma pessoa.

A calúnia, assim como a difamação e a injúria, são consideradas crimes contra a honra, que são regulamentados pelo Código Penal brasileiro. No âmbito das redes sociais, a calúnia pode se disseminar rapidamente e causar danos graves à imagem e reputação de uma pessoa. Neste contexto, é importante entender como as leis e doutrinas se aplicam à calúnia nas redes sociais.

A honra é o princípio ético que incide sobre a reputação do indivíduo, sua imagem perante os outros, que envolve, dentre outras coisas, o respeito ao nome e à imagem. O patrimônio moral da pessoa é de grande valor e, por isso, a lei protege sua inviolabilidade (BRASIL, 2017)

Neste caso, é importante destacar que a calúnia nas redes sociais pode ter consequências graves para o autor da ofensa, como ação penal e indenizações por danos morais. De acordo com o artigo 138 do Código Penal brasileiro, a calúnia é definida como “atribuir a alguém fato definido como crime, sabendo ser ele inocente”.

Esse crime é punível com pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa. No entanto, quando a calúnia é praticada no âmbito das redes sociais, sua dimensão pode ser muito maior, uma vez que a informação falsa pode ser disseminada rapidamente e alcançar um grande número de pessoas em questão de minutos.

A Lei nº 12.965/2014, também conhecida como Marco Civil da Internet, prevê que as empresas responsáveis pelas redes sociais devem manter a privacidade e a segurança dos usuários, além de garantir a liberdade de expressão. No entanto, a lei também estabelece que é proibido o uso da internet para "prática de condutas ilícitas", o que inclui a calúnia. Além disso, o Marco Civil da Internet prevê que as empresas de internet devem remover conteúdo ilegal assim que tomarem conhecimento da sua existência.

Por fim, para evitar a prática da calúnia nas redes sociais, é importante que os usuários tenham cuidado ao compartilhar informações sobre outras pessoas. Antes de divulgar uma informação, é preciso verificar se ela é verdadeira e se não pode causar danos à honra ou à reputação de alguém. Além disso, caso seja vítima de calúnia nas redes sociais, é possível buscar reparação na Justiça.

No que se refere à injúria, no âmbito das redes sociais, pode ser caracterizada como um crime contra a honra o qual está previsto no artigo 140 do Código Penal, que define a injúria como “ofensa à dignidade ou ao decoro de alguém”. Quando essa ofensa é proferida nas mídias sociais, a dimensão do dano pode ser ainda maior, uma vez que as informações na internet propagam rapidamente.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) também trata do assunto, afirmando que “o provedor de aplicações de internet é responsável civil pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”. Isso significa que, se alguém publica uma ofensa em uma rede social, tanto o agressor quanto a plataforma podem ser responsabilizados pelos danos causados.

Além disso, é fundamental que os usuários das redes sociais tenham consciência da importância da preservação da honra e da dignidade das pessoas, e que utilizem esses meios de comunicação com responsabilidade e respeito aos direitos fundamentais. A injúria proferida em redes sociais pode gerar consequências para quem as pratica, tanto no âmbito criminal quanto no cível, e a liberdade de expressão deve ser exercida de forma consciente e ética, respeitando os limites impostos pela lei e pela moralidade social. É importante lembrar que as redes sociais não são um ambiente de impunidade, e que as ofensas proferidas podem gerar prejuízos irreparáveis para as vítimas.

Portanto, é fundamental que as pessoas sejam responsáveis pelo que publicam em suas redes sociais e evitem proferir ofensas ou comentários injuriosos. A internet é um espaço de interação social, mas também é um espaço público, que deve ser utilizado com respeito e responsabilidade. É preciso que a sociedade se conscientize da importância da preservação dos valores fundamentais, como a honra, a dignidade e a intimidade, e que saibam exercer sua liberdade de expressão com responsabilidade, respeitando os limites impostos pela lei e pela moralidade social.

É necessário falar também sobre a difamação, conduta que pode ser praticada por meio das redes sociais, o que gera diversos danos para a reputação e honra das pessoas envolvidas. Não sem motivo, a difamação é tipificada como crime no art. 139 do Código Penal, que a define como “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”. Para que haja a configuração desse tipo penal, é necessário que a pessoa difamada tenha sofrido um dano à sua honra subjetiva, ou seja, que tenha sido abalada emocionalmente.

Nas redes sociais, a difamação pode ser praticada de diversas formas, como a divulgação de informações falsas, comentários ofensivos, publicações com intenção de denegrir a imagem da pessoa, entre outras. É importante lembrar que, ainda que a pessoa não seja a autora direta da difamação, ela pode ser responsabilizada por compartilhar, “curtir” ou comentar conteúdos difamatórios.

Além das penas previstas no Código Penal – três meses a um ano de detenção, mais multa, aumentada em até um terço se a vítima for servidor público no exercício ou em razão de sua função –, a pessoa difamada também pode buscar reparação pelos danos morais sofridos.

Para evitar a prática de difamação nas redes sociais, é importante que as pessoas tenham cuidado ao compartilhar informações ou opiniões sobre terceiros. O princípio da precaução deve ser seguido para evitar que informações falsas ou ofensivas sejam disseminadas.

Por fim, é importante destacar que a liberdade de expressão é um direito fundamental, mas não dá supedâneo para a prática de crimes, como a difamação. É necessário que as pessoas tenham responsabilidade ao se comunicar nas redes sociais, respeitando os direitos alheios e evitando condutas que possam gerar danos para a reputação e honra de terceiros.

4.2. Limites legais da liberdade de expressão em relação as *fake news*

Quando se trata de *fake news*, ou notícias fraudulentas, os limites legais da liberdade de expressão se tornam particularmente relevantes. A disseminação

deliberada desse tipo de conteúdo pode ter sérias consequências para a sociedade, como a manipulação de eleições, danos à reputação de pessoas e instituições, além de incitar a violência. Nesse contexto, os ordenamentos têm buscado estabelecer limites que visam a proteger a sociedade contra esse tipo de abuso.

No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 garante a liberdade de expressão, mas estabelece que ela não é absoluta e pode ser restringida em casos de abuso. Na esteira da luta contra as *Fake News*, a Lei nº 13.834/2019 tipificou a denúncia caluniosa com cunho eleitoral, estabelecendo pena de até 8 anos de prisão e multa, aumentada de um sexto se o autor do fato se usar do anonimato ou de nome suposto.

Em outros países, também há limites legais à liberdade de expressão quando se trata de fake news. Por exemplo, na Alemanha, a Lei de Execução da Rede de Informação (*NetzDG*) de 2018 obriga as plataformas de mídia social a removerem conteúdos considerados ilegais, incluindo notícias falsas, sob pena de multas elevadas. Essa legislação tem sido objeto de debates acerca da possibilidade de censura e restrição da liberdade de expressão.

No âmbito da jurisprudência, há decisões judiciais relevantes sobre o tema. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte decidiu, no caso do *New York Times v. Sullivan* (UNITED STATES, 1964), que é necessário provar que as declarações falsas foram feitas com "malícia real" para que haja responsabilização por danos.

No entanto, é importante ressaltar que a regulação da liberdade de expressão em relação às *fake news* deve ser realizada com cautela, a fim de evitar abusos e garantir a proteção dos direitos fundamentais. A definição do que constitui uma *fake news* e a identificação de sua origem muitas vezes são tarefas desafiadoras, e a imposição de restrições excessivas pode levar a uma supressão indevida da liberdade de expressão legítima.

Além disso, é fundamental considerar a liberdade de imprensa e a liberdade de informação como pilares da democracia. O controle excessivo do discurso, inclusive por meio de leis restritivas, pode abrir margem para a censura e a manipulação governamental da informação, comprometendo a transparência e a pluralidade de opiniões.

Em suma, os limites legais da liberdade de expressão em relação às fake news são estabelecidos com o objetivo de proteger a sociedade contra os danos causados por informações falsas. Contudo, é necessário encontrar um equilíbrio que preserve a liberdade de expressão e evite a censura.

5. Conclusão

O presente trabalho se propôs a analisar cientificamente a liberdade de expressão nas mídias sociais, questionando os limites da liberdade de expressão nesse âmbito. Para alcançar esse objetivo maior, foi utilizado o método indutivo para elaboração do trabalho, com pesquisas documentais e bibliográficas que abrangem a literatura, documentação e livros.

A partir das análises realizadas neste trabalho, foi possível chegar à conclusão de que a liberdade de expressão é um direito fundamental, mas não é absoluta e pode ser

limitada em determinadas circunstâncias. Em casos como discurso de ódio, incitação à violência e disseminação de informações falsas que possam causar danos à sociedade ou a indivíduos, é legítimo impor restrições à liberdade de expressão. Além disso, outros direitos fundamentais, como o direito à privacidade, à liberdade e ao julgamento justo, também devem ser considerados ao estabelecer os limites da liberdade de expressão.

No contexto das redes sociais, é importante mencionar que a calúnia, a difamação e a injúria são consideradas crimes contra a honra e são regulamentados pelo Código Penal brasileiro. A disseminação desses crimes nas redes sociais pode causar danos graves à imagem e à confiança das pessoas. Portanto, é necessário ter cuidado ao compartilhar informações sobre terceiros e verificar a veracidade delas antes de divulgá-las.

A liberdade de expressão não pode ser usada como pretexto para difamar, injuriar ou caluniar outras pessoas, pois isso prejudica a dignidade e a honra das mesmas, contudo, a regulação da liberdade de expressão deve ser realizada com cautela, a fim de evitar abusos, garantindo assim a proteção do direito fundamental à liberdade de expressão.

Em relação às notícias falsas, também conhecidas como *fake news*, os limites legais da liberdade de expressão se tornam relevantes. A disseminação deliberada de informações falsas pode ter consequências prejudiciais para a sociedade, como a manipulação de eleições e danos à percepção de pessoas e instituições. Diversos países têm adotado legislações para combater as *fake news* e preservar a integridade do processo eleitoral e o acesso à informação.

Em resumo, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e pode ser limitada em casos como discurso de ódio, disseminação de informações falsas e crimes contra a honra. É importante exercer a liberdade de expressão de forma responsável, respeitando os direitos fundamentais de terceiros e combatendo a disseminação de *fake news*, que sempre deve ser realizada com cautela, buscando evitar violações quanto ao direito fundamental à liberdade de expressão.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor e direitos conexos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 ago. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95.519/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11/06/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1393442/SC, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 22/08/2017, DJe 28/08/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2019. v.2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar. Jurisprudência do STF sobre liberdade de expressão nas redes sociais. **Revista de Direito Constitucional**, v. 30, n. 2, p. 57-82, 2018.

MENDOZA, Juan Carlos. **Direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito internacional público**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. t.1.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Manual de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SUNSTEIN, Cass. **#Republic: divided democracy in the age of social media**. Princeton University Press, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **New York Times versus Sullivan (1964)**. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1963/39>>. Acesso em 20 jun. 2023.

Negociação coletiva: a importância da mediação sindical na resolução dos conflitos trabalhistas

*Sarah Victoria Oliveira Vieira*¹

*Carlos Eduardo de Oliveira Gontijo*²

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente a importância da associação sindical no processo de negociação coletiva, questionando se há validade jurídica nas negociações construídas diretamente entre empregados e empregador. O presente estudo é de fundamental importância para a área trabalhista, visto que nas relações de trabalho sempre há a existência de conflitos e demandas que necessitam estarem alinhadas visando assim o alcance de todos os objetivos e metas esperados pelo empregador como a efetivação dos direitos trabalhistas. Para elaboração do trabalho será utilizado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. Sendo assim, com base na CF/88, concluiu-se pela regra geral de obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas, salvo nos casos previstos no artigo 617 e parágrafo único do artigo 444 da CLT quando serão válidas também nas negociações construídas diretamente entre empregados e empregador.

Sumário: 1. Introdução. 2. A negociação coletiva enquanto instrumento democrático das relações de trabalho. 3. A associação sindical no Brasil: a luta sindical em prol dos trabalhadores. 4. A negociação coletiva e a legislação: limites e fundamentos. 4.1. A relevância do sindicato na construção dos acordos coletivos. 4.2. A negociação coletiva sem a representação sindical: o que diz a CLT? 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Negociação coletiva. Representação sindical.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar de que maneira as leis que regulamentam o Direito do Trabalho tem se organizado para garantir que as negociações coletivas sejam construídas de forma legal, visto que é a associação sindical é a responsável por realizar junto aos demais interessados acordos e convenções que tratam dos interesses da classe trabalhadora.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo Mineiro – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em agosto de 2023. E-mail: saraholiveira@icloud.com.

² Advogado. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP. Mestre em Geografia pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: contatogontijoadvogados@gmail.com.

Pretende-se responder a seguinte problemática: há validade jurídica nas negociações coletivas construídas diretamente entre empregados e empregador ou sempre será indispensável a participação da associação sindical dos trabalhadores nas negociações?

Nesse sentido, foram elaboradas seções com objetivos de, primeiramente, apontar a origem da negociação coletiva e a sua consolidação enquanto um direito do trabalho. Em seguida, abordou-se a origem sindical no Brasil, bem como os movimentos que o têm fortificado ao longo da história, além de análise de previsões da Constituição Federal de 1998 e da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) relativas aos sindicatos. Por fim, na última seção, pretendeu-se identificar se há validade jurídica nas negociações feitas sem a presença da associação sindical para, finalmente, concluir o trabalho, respondendo o problema proposto.

Sendo assim, buscou-se através do método dedutivo pois, se trata de um método que parte da análise do geral para o particular, isto é, fundamentado na Constituição Federal e na Legislação. Realizou-se a pesquisa bibliográfica através da análise de livros e artigos de autores sobre o tema.

Além do mais, realizou-se a pesquisa documental, através da consulta da legislação, visto que é por meio dessa que os discursos possuem validade, assim utilizou-se como fonte de investigação a Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A partir da análise e interpretação dos artigos nestas apresentadas foi sendo construído a análise com base nas referências e doutrinas consultadas.

Para isso, serão levantadas referências e doutrinas que tratam do tema, além do mais, será analisado tanto a Constituição Federal de 1988, como Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943.

A escolha deste tema se dá mediante a importância de contribuir com a construção de materiais científicos que buscam interpretar a legislação brasileira, em especial as leis do trabalho, que se originam de um espaço de lutas e disputas antagônicas que se desenvolveram, com maior ascensão, a partir da década de 1930, momento fervoroso de modificações políticas e econômicas, intervindo nas relações de trabalho.

Além disso, justifica-se a escolha deste tema devido à importância de compreender melhor sobre os direitos trabalhistas, diante do seu processo histórico e a importância desse em mundo globalizado no qual as relações trabalhistas têm se modificado cotidianamente.

Para melhor entendimento do leitor este trabalho está dividido da seguinte forma: na segunda seção, conceitua-se o tema proposto, apontando a origem da negociação coletiva e a sua consolidação enquanto um direito do trabalho; terceira seção é feita uma abordagem histórica da origem sindical no Brasil, bem como uma análise de previsões na Constituição Federal de 1998 e na Consolidação das Leis de Trabalho sobre os sindicatos. Em seguida, na quarta seção, é realizada uma análise da validade jurídica das negociações feitas sem a presença da associação sindical. Por fim, nas conclusões são apresentadas as considerações finais com a resposta do problema proposto.

2. A negociação coletiva enquanto instrumento democrático das relações de trabalho

A negociação coletiva é um dos principais direitos adquiridos no âmbito da área trabalhista. Esta é um instrumento democrático de mediação e de resolução de conflitos, uma vez que, propicia as partes interessadas levantarem suas necessidades e buscarem assim alinhar e negociar as melhores condições tanto para a classe trabalhadora como para o empregador.

Na negociação coletiva não deve haver prevalecimento do interesse de classe sobre o interesse público (ou seja, a regra é de indisponibilidade de direitos básicos do trabalhador como higiene, segurança do trabalho e integridade moral – honra, intimidade, privacidade, boa fama...) (NUNES; SILVA, 2016, p. 1).

Dentro de uma abordagem histórica e dialética Cardoso e Lima (2020, p. 11) definem a negociação coletiva, apontando que ela corre em face de conflitos contraditórios.

A negociação coletiva é um processo político no qual os diferentes e desiguais atores sociais definem condições nas quais se dará a relação entre trabalho e capital. Ela se mostra necessária considerando que essa relação, em que o trabalhador detém a força de trabalho e o capital, os meios de produção, ocorre em contexto de conflito de interesses contraditórios, dado que o capital busca ampliar seu ganho fazendo os trabalhadores trabalharem mais por menos, e os trabalhadores, por sua vez, buscam laborar menos horas e ter um trabalho de qualidade.

Sendo assim, reconhece-se que a negociação coletiva possibilita aos trabalhadores, a conquista de direitos tanto individuais como coletivos em favor da classe, direitos que vêm sendo buscados ao longo da história do Brasil, mediante a um campo tenso de disputas e constates transformações no cenário social, político e econômico e que tem interferido nas relações do trabalho. Então, reconhecendo a luta de classes construída ao longo da história, bem como a busca da classe operária pela consolidação dos direitos básicos, a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2015, p. 5), reafirma a relevância da negociação coletiva, afirmando que esta “[.] é considerada um direito facilitador da realização do trabalho digno e das relações laborais sólidas”.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), é uma agência que compõe as Nações Unidas e desempenha um papel importante para promoção de políticas e diretrizes que influenciaram as leis do trabalho. A agência foi criada em 1919, sendo a única das Nações Unidas de organização tripartite, ou seja, possibilita a participação do Estado, dos empregadores e dos trabalhadores em seu órgão executivo trabalhando juntos em convenções na busca de construir orientações sobre as relações trabalhistas. Além do mais, o seu objetivo é promover condições de trabalho dignas, decentes e apoiadas na segurança, como forma ainda de contribuir com o desenvolvimento sustentável e reduzir as desigualdades sociais (KALIL, 2020).

A OIT já realizou diversas convenções e diretrizes que tem influenciado a construção de normatizações e leis de trabalho em todo mundo e em relação a negociação coletiva, esta esteve presente nas “Convenções 98 e 154 da OIT, sendo ambas ratificadas pelo Brasil” (MOREIRA, 2006).

Neste sentido, levando em consideração as convenções e com base no Guia Político da OIT (2015), a negociação coletiva atua como uma importante regulamentação que complementa a legislação, sendo um meio favorável tanto para aos trabalhadores como também para as empresas.

O reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva possibilita o desenvolvimento de uma forma de regulamentação que complementa a legislação. As convenções coletivas podem reforçar o cumprimento das disposições legais, permitir que as partes as melhorem e disponibilizar um mecanismo de resolução de problemas específicos de determinadas empresas ou setores econômicos. Esta situação pode ser benéfica para ambas as partes, ao garantir que os trabalhadores recebem uma parcela justa dos ganhos de produtividade e, em simultâneo, não prejudicando a capacidade de operação lucrativa dos empregadores. Quando as partes se encontram bem-organizadas, os acordos coletivos também podem ser usados para estabelecer salários-mínimos e condições de trabalho numa indústria ou num setor industrial (OIT, 2015, p. 5).

Compondo então a legislação brasileira, a negociação coletiva é um direito prescrito tanto na Constituição Federal de 1998 como na Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). Na Constituição a negociação está descrita no artigo 7º e na CLT no artigo 611 e seguintes.

Além do mais, a Consolidação das Leis do Trabalho traz dois modelos de negociação coletiva, sendo estes: O Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) e a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT). A convenção coletiva acontece junto aos sindicatos dos trabalhadores e o Sindicato da Categoria econômica. Já o acordo coletivo, dentro de uma delimitação local, envolve apenas os sindicatos dos trabalhadores e os representantes da empresa (BATISTA, 2021).

Em relação aos acordos e convenções, cabe frisar que é impassível de negociações direitos considerados fundamentais e essenciais, estes não podem ser modificados visto que esta modificação pode ser caracterizada como ato ilícito (VIZE, 2021).

3. A associação sindical no Brasil: a luta sindical em prol dos trabalhadores

Diante ao fato que as negociações coletivas possuem validade, sendo assegurada pela Constituição Federal e a Consolidação das leis de trabalho (CLT) mediante a

representação sindical, visto que este atua em favor da defesa dos direitos dos trabalhadores, cabe primeiramente, argumentar sobre a origem do sindicalismo no Brasil. Estes que nascem em meio a organização dos movimentos sociais num período de constantes transformações de origem social, política e econômica, marcando assim o início do processo de Revolução industrial no Brasil, na década de 1930 (LUZ; SANTIN, 2010; SILVA, 2013).

Além do mais, torna-se valido essa contextualização, visto que é por meio dos acontecimentos históricos e das lutas de diferentes setores sociais e até governamentais que têm sido construído o sistema legislativo brasileiro.

Os movimentos sociais realizaram, de fato, um papel histórico maior do que simplesmente revelar as tensões e contradições sociais de cada momento histórico. Eles estão acima de tudo uma bússola para a ação social, impulsionando o campo social para formas superiores de organização e buscando a institucionalização jurídico-legal das conquistas. Neste sentido, os movimentos sociais causados efeitos que extrapolam o limite das demandas localizadas, ampliando e universalizando o campo formal do direito para todo o conjunto da sociedade. Mudanças institucionais devem à existência dos movimentos sociais a sua qualidade, estando intimamente atreladas à força transformadora destes. A ausência ou a pequena força dos movimentos sociais refletem-se-ão, inevitavelmente, na estrutura jurídico-legal das sociedades (BEM, 2006, p. 1138).

O marco do Sindicalismo no Brasil se dá em meio ao processo de Revolução Industrial, momento histórico importante, mas de intensos conflitos entre a classe operaria e a burguesia diante as situações precárias de trabalho, baixos salários e situações insalubres que os trabalhadores estavam submetidos nos chãos das fábricas.

Os sindicatos surgiram como institutos que tinham como objetivo representar classes de trabalhadores, visando assim viabilizar negociações tanto com os empregadores quanto com o próprio governo na busca por direitos. Não bastava mais apenas garantir direitos individuais para cada trabalhador. Com a evolução da economia e consequentemente do modo de produção de riquezas, fez-se necessário se estabelecer garantias para toda uma categoria de trabalhadores. Portanto, só faz sentido em falar em Direito Coletivo do Trabalho a partir da Revolução Industrial, quando a complexidade da produção e das relações de trabalho se desenvolveu ao ponto de se fazer necessário o amparo legislativo a toda uma coletividade da classe trabalhadora, que se fortalecia e se conscientizava da sua importância no desenvolvimento da economia (SILVA, 2013, p. 26).

Então, em meio a esse caos via -se espalhar cada vez mais, grupos e movimentos operários que reivindicavam por melhorias. A priori esses grupos possuíam apenas anseios pela classe operária, mas com o passar do tempo movimentos partidários e ideológicos foram surgindo passando por transformações e controle tanto no período do governo de Getúlio Vargas. Nesse Governo instituiu-se o Ministério do trabalho em 1930 criando normas por meio do Decreto 19.770 de 1931 sobre a organização sindical no país, estando esses atuando a favor e sobre controle do Estado (BEM, 2006; SILVA, 2013; SOUZA, 2017).

No entanto, esses se mantiveram fortes e em ascensão, atuando em prol de diversas mudanças estruturais, convocando greves e buscando melhoria a classe operária, até que na década de 1960, mais precisamente em 1964, com a instauração do regime militar os sindicatos voltaram a ser coagidos pelo Estado, sendo estes controlados. Mas, diante a força dos movimentos sociais, os sindicatos mantiveram-se resistindo e lutando por Diretas Já e pelo processo de redemocratização do país que se deu na década de 1980 (SOUZA, 2017).

Junto à redemocratização do Brasil, também ocorreu a construção da Constituição da República Federativa do Brasil. Essa apresentou um novo olhar tanto às relações de trabalho como às organizações sindicais, dando a estes maior liberdade e possibilitando a sindicalização até mesmo de servidores públicos.

Reconhecendo então a importância do sindicalismo no Brasil, bem como da negociação coletiva como meio de conquista de direitos trabalhistas, propõe se por meio deste trabalho analisar as questões relacionadas a validação das negociações coletivas, buscando assim entender de que maneira e se é possível a realização de acordos sem presença sindical visto que tanto a Constituição Federal como a Consolidação das Leis do Trabalho dispõem como obrigatória a presença desses, visto seu caráter representativo.

4. A negociação coletiva e a legislação: limites e fundamentos

A problemática desta pesquisa será analisar a validade jurídica de negociação entre empregador e empregados quando há um órgão sindical que atua como representante dos interesses dos empregados, mas que se nega a negociar ou entrar em acordo com a empresa. Analisa-se a seguinte situação: uma empresa que possui um número significativo de empregados que são representados por um órgão sindical tem buscado realizar uma negociação com o órgão sindical. Entretanto, todas as tentativas foram sem êxito.

Então, em diálogo com os empregados, a empresa consegue chegar a um acordo coletivo, porém, sem a presença e o consentimento do órgão sindical. A partir dessa situação, este trabalho buscará responder a seguinte pergunta: A negociação coletiva entre empregador e empregados (que possuem representação sindical) possui validade jurídica?

Com base na Constituição Federal, cabe ao órgão sindical a defesa dos direitos e interesses das classes representadas, sendo assim, é imprescindível a intermediação sindical na busca de evitar abusos e coerção no ato da negociação. No entanto a Consolidação das Leis do Trabalho, traz a possibilidade de negociação entre trabalhadores e empregador quando não há acordo ou negociação com o sindicato ou órgão

representativo.

Mas, cabe ainda levar em consideração que esses acordos precisam atender critérios da CLT, podendo estes serem cancelados, inclusive, se ocorrer indícios de coerção ou pressão por parte da empresa com os empregados no ato da negociação. Sendo assim, há a necessidade de criação de uma comissão de representantes da classe para que negociem em nome da categoria buscando assim defender os direitos e os interesses da mesma.

4.1. A relevância do sindicato na construção dos acordos coletivos

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco importante na consagração dos direitos sociais e do trabalho, traçando um novo olhar as representações sindicais e suas responsabilidades enquanto instrumento de conquista aos direitos trabalhistas (RODRIGUES, 2015; SOUZA, 2017).

A Constituição de 1988 também ampliou de forma importante as prerrogativas da representação sindical. Antes de 1988, as normas da CLT sobre direitos individuais do trabalho só permitiam ações judiciais individuais. Mesmo que uma empresa burlasse os direitos de todos os seus trabalhadores (seja sobre salários ou condições de trabalho), cada trabalhador deveria exigir individualmente o seu direito nos tribunais do trabalho. Mas o art. 8, inciso III da Constituição afirma que os sindicatos podem ser “substitutos” nos tribunais, agindo em defesa dos direitos e interesses individuais ou coletivos das categorias que representam (CARDOSO, 2023, p. 19).

Além do mais, a Constituição possibilitou um novo olhar à Consolidação das Leis do Trabalho, visto que anterior a construção dessa “[...] as normas da CLT sobre direitos individuais do trabalho só permitiam ações judiciais individuais. Mesmo que uma empresa burlasse os direitos de todos os seus trabalhadores (seja sobre salários ou condições de trabalho)” (CARDOSO, 2023).

Diante disso, entende-se a relevância que a representação sindical possui na luta pelos interesses da classe trabalhadora, visto que esse tem desde o princípio buscado melhorias no ambiente de trabalho aos quais estes trabalhadores estão inseridos bem como a conquista de direitos e até melhorias nos salários.

E sendo então a representação sindical a principal associação que atua diretamente em prol dos direitos dos trabalhadores, é imprescindível que esta participe da construção dos acordos coletivos, já que tem conhecimento das reais demandas e necessidades dos trabalhadores, além do mais atua como instrumento jurídico válido em favor dos interesses coletivos da classe trabalhadora, sendo esse direito reconhecido e firmado pela Constituição Federal de 1988 (BERNARDO, 2019; TAVARES, 2019).

A negociação coletiva vem disciplinada na Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e na Convenção nº. 154, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (TAVARES, 2019, p. 1).

Alem do mais, cabe frisar que, o objetivo explícito da negociação coletiva é a de se chegar em algum acordo, a partir de um tema demandado. “Isto não equivale à criação de uma harmonia ou consenso, mas principalmente colocar-se de acordo sobre um mínimo aceitável por uns e um máximo tolerado pelos outros” (MELO, 1991, p. 53)

Deste modo, a negociação coletiva é um importante marco da construção dos Direitos trabalhistas no Brasil, uma vez que, por meio dessa é possível alinhar as necessidades e demandas entre empregador e empregados, sendo assim possível alcançar bons resultados sem a necessidade de via judicial.

Gaia (2017) também reconhece a negociação coletiva como um importante marco nas relações de trabalho, uma vez que por esta é possível alinhar o interesse de ambas as partes envolvidas.

A negociação coletiva de trabalho, por meio da celebração de convenções e de acordos coletivos de trabalho, representa a manifestação do princípio da autonomia da vontade das partes. Pressupõe-se de um lado, portanto, a igualdade entre os atores sociais negociantes. Por outro lado, a negociação coletiva de trabalho é reconhecida como um dos instrumentos para efetivar o direito fundamental social da proteção do hipossuficiente (GAIA, 2017, p. 3).

No entanto, pondera-se que para que essa negociação coletiva seja construída de forma efetiva e válida, é essencial a participação da associação sindical ou qualquer outra representação que atue em favor dos direitos dos trabalhadores.

Corroborando com essa afirmação, a Constituição Federal (1988) nos traz em seu artigo 8º que é livre a associação profissional e sindical e cabe ao sindicato a defesa dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, sendo obrigatória a participação deste no ato das negociações.

Observa-se expresso nesse artigo, inciso III, o princípio da representação, o sindicato então detém a representação da categoria, sendo este então o responsável por alinhar junto ao empregador as melhores condições aos trabalhadores, e caso essa negociação não seja possível, sendo necessário uma negociação judicial, este ainda deverá mover as ações necessárias e cabíveis.

Pelo texto constitucional, não é prevista a intervenção do Ministério do Trabalho, através das Delegacias Regionais do Trabalho, como mediador nas mesas de negociação entre empregados e empregadores, a exemplo do que a Consolidação das Leis do Trabalho prevê. Uma outra modificação relaciona-se à

possibilidade das partes poderem eleger árbitros para dar tratamento aos conflitos trabalhistas, se frustrada a negociação coletiva (MELO, 1991, p. 50).

A partir disso, entende-se que toda negociação coletiva e realização de convenções e assembleias ficam nas mãos das partes interessadas nas relações de trabalho. Para o Estado fica a parte na resolução dos conflitos trabalhistas, sendo o seu papel então de promover através da Justiça do Trabalho o dissídio quando a negociação coletiva não é realizada com êxito.

Quanto a validade da representação sindical e a importância dessa nas decisões jurídicas, analisa-se a ementa da jurisprudência abaixo:

ACORDO COLETIVO FIRMADO ENTRE EMPREGADOS E EMPREGADOR - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO - É obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8o., VI, da CF/88), não havendo como se emprestar validade a Acordo Coletivo firmado entre empregados e empregador - no qual se transacionava, entre outras parcelas, o adicional de periculosidade - sem observância dos preceitos legais contidos nos artigos 612 e seguintes da CLT. (TRT-3 - RO: RO 1800000 18000/00 , Relator: Jose Maria Caldeira, Segunda Turma, Data de Publicação: 31/01/2001, DJMG).

Por meio da análise da ementa, observa-se que não houve reconhecimento do acordo firmado entre empregador e empregados sem a participação sindical, visto que ocorreu irregularidades no caso, sendo citado o artigo 612 da CLT que traz regras sobre uma possível negociação sem a presença sindical.

Sobre esse conflito, Tavares (2019) nos traz que uma série de medidas são analisadas no ato dos acordos coletivos por via judicial, afirmando ainda que uma norma infraconstitucional não pode sobrepor a constitucional. No entanto, também é levado em consideração o que melhor for para resguardar os direitos trabalhistas, buscando sempre manter a proteção da parte hipossuficiente.

Essa análise se tornaria simples da ótica do direito comum, regrado pela hierarquia onde uma norma infraconstitucional não pode se sobrepor a uma norma constitucional, contudo o direito jus trabalhista não adota essa sistematização, utilizando como critério de aplicabilidade aquela que dê maior eficácia aos princípios basilares do direito trabalhista sendo eles a proteção da parte hipossuficiente, portanto o critério utilizado é o da norma mais favorável ao trabalhador, podendo se chegar a aplicação de norma infraconstitucional em detrimento da normal constitucional desde que mais benéfica ao obreiro (TAVARES, 2019, p. 1).

Ressalta-se ainda que, na inexistência sindical, cabe a outros órgãos superiores a construção e organização de elementos coletivos que atuem frente as negociações, legitimando assim a função sindical (BERNARDO, 2019).

Reconhecendo então que cabe ao órgão sindical a defesa dos direitos e interesses das classes representadas, entende-se que é imprescindível a intermediação sindical na busca de evitar abusos e coerção no ato da negociação. Reconhecendo isso, também se torna direito do servidor público se filiar a uma associação sindical podendo realizar negociações coletivas em prol de melhorias para classe, sendo esta formalização realizada por meio da convenção 151 da Organização Internacional do trabalho em 15 de junho de 2010 (CAMARGO, 2010).

Com esse passo, obriga-se o estado, em todos os seus níveis de governo (União, Estados e municípios), regulamentar princípios e diretrizes respeitantes às organizações representativas dos servidores públicos que visem proteger a liberdade sindical, a independências dessas organizações , a ingerência de autoridades públicas em face dessas, a acessibilidade dos dirigentes sindicais ao exercício de suas atividades, e ainda, regulamentar organizações que permitem as negociações das condições de trabalho entre as autoridades públicas e as organizações de trabalhadores da função pública (CAMARGO, 2010, p. 15).

Neste sentido, fica demonstrada a importância que o sindicato possui na luta e consolidação dos direitos trabalhistas. Portanto, cabe a ele enquanto representante de sua categoria profissional atuar na frente das negociações coletivas já que possui o conhecimento necessário para reivindicar os direitos das classes, não permitindo que estes venham a ser violados em virtude de interesses maiores, seja pela via privada ou do estado enquanto empregador.

4.2. A negociação coletiva sem a representação sindical: o que diz a CLT?

A Constituição Federal, em seu art. 8º, nos trouxe a liberdade e o dever da associação sindical atuar na representação e na luta pelos interesses e direitos individuais e coletivos. No entanto, o artigo 617 artigo da CLT coloca à disposição uma possível negociação entre trabalhadores e empregadores, caso não tenha a representação sindical, devendo ser analisado alguns pontos.

Art. 617. Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acordo Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva

categoria econômica.

Com base no artigo apresentado, considera-se que a CLT, define em tese, orientações e regras caso os trabalhadores queiram negociar, no entanto para que isso ocorra, o sindicato representativo dos trabalhadores precisa ser notificado quanto a essa negociação tendo o prazo de 8 dias para se dispor, caso isso não aconteça, é possível que a negociação entre os interessados aconteça, conforme frisa o § 1º do artigo 617.

§ 1º. Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, no mesmo prazo, assume a direção dos entendimentos. Esgotado êsse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final.

Sendo assim, é possível identificar decisões do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de serem válidos acordos entre empregador e empregados quando inexistentes prejuízos no ato da negociação entre as partes. O Tribunal Superior tem reconhecido a recepção do artigo 617 da CLT pela Constituição Federal de 1988, que no caso de omissão do sindicato e com base no artigo 617 da CLT, a negociação feita por trabalhadores e empregador é válida.

NEGOCIAÇÃO COLETIVA CELEBRADA SEM A PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADE SINDICAL. I - O TRT considerou válidos os acordos coletivos celebrados, ao entendimento de que o § 1º do art. 617 da CLT foi recepcionado pela Carta Magna, sendo possível a substituição do ente sindical pelos empregados diante da recusa do Sindicato em negociar. II - Não reconhecida a existência de prejuízo na negociação em questão, não se visualiza a ofensa ao art. 468 da CLT... (TST - RR: 20035050102-27.2003.5.05.0102, Relator: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 05/12/2007, 4ª Turma,, Data de Publicação: DJ 08/02/2008).

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 299408720045050007. Data de publicação: 28/05/2010. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACORDO COLETIVO CELEBRADO DIRETAMENTE ENTRE EMPREGADOS E EMPREGADOR - POSSIBILIDADE - RECEPÇÃO DO ARTIGO 617 DA CLT PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - ARTIGO 8º , INCISO VI , DA CF . RECUSA DO SINDICATO. Nega-se provimento a agravo de instrumento que visa liberar recurso despido dos pressupostos de cabimento. Agravo desprovido.

Porém, essa omissão deve ser caracterizada recusa injustificada, inconsistente do sindicato. Nesse sentido, é o entendimento prevalecente da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, conforme abaixo (grifo nosso):

TST. ARR 11568520165120007 Jurisprudência•Data de publicação: 07/10/2022 [...] Quanto à possibilidade de transferência da negociação aos próprios empregados no caso de recusa sindical à negociação, com base no artigo 617, § 1o, da CLT, este Relator possui o entendimento de que o referido dispositivo, em sua amplitude original, foi revogado (não recebido, ao menos em parte) pelo advento da Constituição Federal de 1988 (artigo 8o, VI). *Todavia, a douta SDC entende pela recepção do art. 617 da CLT e seus parágrafos para as situações em que ocorra efetiva recusa injustificada, inconsistente, caprichosa, do sindicato obreiro em direção à negociação coletiva trabalhista.* Ressalva-se, pois, o entendimento deste Relator no particular quanto à referida interpretação. Cumpre-nos, assim, analisar se o caso dos autos se enquadra na hipótese legal acima. Para a validade de um instrumento normativo firmado diretamente pelos trabalhadores, sem a participação do *sindicato* respectivo, o referido dispositivo de lei exige não só a comprovação da inércia injustificada, inconsistente, da entidade sindical, como também a demonstração de que a federação e a confederação correspondentes foram, sucessivamente, notificadas para assumir a negociação, tendo se omitido também de maneira injustificada - fatos extraordinários não descritos no acórdão recorrido, não podendo, pois, ser presumidos. *No caso dos autos, não ficou registrada qualquer recusa inconsistente, injustificada, do Sindicato em negociar (pelo contrário, consta apenas sua anuência na "declaração" firmada por empregados da Reclamada, tão somente). Tal documento não observa as formalidades indispensáveis à existência e validade de um acordo coletivo de trabalho (ACT), não se equiparando, portanto, à autorização exigida pelo art. 7º, XIV ...*

Por outro lado, nos casos em que os sindicatos não são omissos, mas a negociação não foi frutífera, não terá validade uma eventual negociação direta entre a empresa e trabalhadores. Portanto, nos casos em que o sindicato participa das negociações, não há garantias que um acordo seja firmado, uma vez que a deliberação do acordo se dará a partir de assembleia convocada pela associação sindical.

Assim traz o § 2º do 617 da CLT, afirmando que, “Para o fim de deliberar sobre o Acordo, a entidade sindical convocará assembleia geral dos diretamente interessados, sindicalizados ou não, nos termos do art. 612”.

Com base no artigo 612, frisado nesse inciso, para que ocorra validações e tenha validade as negociações realizadas é necessário o comparecimento e votação de 2/3 dos associados, e ainda “[...] se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acordo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de

28.2.1967)” (BRASIL, 1943, p.1). Portanto, nesse caso, eventual negociação direta dos empregados com a empresa não será válida.

Todavia, em todos os casos de negociação deverão ser respeitadas as hipóteses legais em que tais acordos ou conveções possam ter prevalência sobre a lei, nos termos do artigo 611-A introduzido pela Lei nº 13.467 de 2017:

A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Cabe frisar também sobre outra alteração trazida pela Lei nº 13.467 de 2017 que introduziu a possibilidade do empregado hipersuficiente, ou seja, que tenha formação em nível superior negociar de forma direta com o empregador, sem necessitar da mediação sindical, conforme frisa o parágrafo único do artigo 611-A.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Com base nesse parágrafo, torna-se válido essa negociação. No entanto, podem ser citadas diversas críticas de doutrinadores em relação a esse ponto, visto que segundo Delgado (2019 apud OLIVEIRA, 2020), há uma segregação dos empregados, além do mais, de acordo com a Constituição não há distinção entre o trabalho manual, técnico ou

intelectual.

Oliveira (2020) afirma também que essa possibilidade é vista como inconstitucional, uma vez que, o direito do trabalho entende o trabalhador como parte hipossuficiente, e como forma de sustentar sua tese, traz doutrinadores como Leite (2018) e Romar (2018) que entendem esse parágrafo como dispositivo de violação de direitos já adquiridos.

Por esse motivo, pode-se afirmar pela necessidade da participação da associação sindical e da construção de assembleias antes de tornarem válido qualquer que seja o acordo realizado entre empregado e empregador.

Contudo, com base na análise dos artigos aqui levantados, verificou-se que mesmo diante da possibilidade de uma convenção coletiva, e até mesmo negociação, quando se trata de trabalhadores que possuem representação sindical, é quase que inviável a realização desse acordo, visto que é por meio das assembleias e convenções pela associação convocada que será tornado válido o proposto e acordado entre trabalhadores e empregador. A não ser em casos, em que de todas as formas cabíveis, e resguardadas pela lei o sindicato se negue até mesmo mediar essa negociação.

De toda forma, deverão ser observadas regras que limitam essas negociações, como exemplo das previsões do artigo artigo 611-B da CLT.

Outro ponto que se deve salientar é a necessária prevalência do interesse público sobre os interesses particulares, ou, ainda, da categoria, princípio hermenêutico estabelecido no art. 8º da CLT. É, inclusive, em razão de tal prevalência que o Estado estabelece parâmetros mínimos que não podem ser afastados pela negociação das partes, como se vê no artigo 611-B da CLT, que estipula direitos que não podem ser reduzidos ou suprimidos, ainda que por convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho (ALMEIDA; SOUZA, 2020, p. 1).

De acordo com o artigo 611-B da CLT, os direitos que não podem ser reduzidos ou suprimidos são: gozo de férias, salário família, normas de higiene, segurança e saúde, licenças médicas, licença paternidade, aposentadoria, seguro contra acidentes de trabalho, direito de greve, adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, dentre outros.

Neste cenário, também cabe apontar que há autores que discutem a situação difícil em que os sindicatos se encontram desde a Reforma Trabalhista, sancionada através da Lei 13.467/2017, que teve alteração em diversos artigos, colocando fim na contribuição sindical, “[...] aporte que possuía natureza de tributo e foi suprimido pela nova redação dos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 608 da CLT” (PEREIRA, 2018, p. 1).

Neste sentido, em virtude da queda da receita sindical, como forma de amenizar as crises enfrentadas, as associações começaram a propor a volta da taxa para “[...] inclusão nas convenções e acordos, inclusive de PLR. A mensalidade também ganhou espaço, mas seu crescimento depende da ampliação do quadro de associados” (GALVÃO et al., 2019, p. 253).

Essa contribuição então pode ser dialogada, e utilizada como estratégia, mas, com base na interpretação da legislação vigente não há inconstitucionalidade na extinção das cobranças, uma vez que, não há nenhum comando em lei que dita sobre a tributação desta, aponta Pereira (2018, p. 1).

Considerando que existem julgados que desobedecem aos comandos da Reforma Trabalhista, com sentenças que declaram a inconstitucionalidade incidental da supressão da cobrança do tributo, e ainda, sopesando que não existe nenhum comando constitucional que estabelece expressamente a cobrança do tributo, pressupõe-se que são constitucionais os comandos da Reforma Trabalhista em consonância com os princípios da autonomia e da liberdade sindical, destarte, esta cobrança obrigatória pode ser extinta por lei ordinária.

De tal, forma reconhece-se que mesmo diante tal fato, as obrigações enquanto órgão representativo continuam intactas, sendo de obrigação trabalhar conforme as necessidades de seus representados, de forma a se adequar as realidades impostas pela Constituição Federal, e pela CLT.

No mais, em relação a essa negociação sem a presença da associação sindical, Almeida e Souza (2020) salientam que, a posição do sindicato é clara enquanto parte interessada nessas negociações, e sua ausência pode dar espaços a situações que não estão previstas em lei, mas é dever da justiça analisar os pontos levantados durante essa negociação coletiva, visto que há direitos que não podem ser negociados, reduzidos ou reprimidos.

5. Conclusão

A partir da construção deste trabalho, foi possível constatar a relevância da negociação coletiva nas relações de trabalho, e o quanto esta se faz necessária enquanto instrumento democrático para mediação dos conflitos gerados no ambiente de trabalho.

Para melhor compreensão do tema, buscou-se discutir a negociação coletiva a partir da Organização Internacional do Trabalho, um importante órgão que atua frente a construção de normas que integram o direito do trabalho e também nas fiscalizações das condições de trabalho.

Aqui no Brasil a negociação coletiva é prevista tanto pela Constituição Federal, como pela CLT, e para que essa tenha validade, há a exigência de órgãos representativos das classes. Esses órgãos, como é o caso dos sindicatos atuarão de forma a proteger os direitos trabalhistas, buscando ainda a mediação dos interesses.

Com isso, cabe frisar que a construção do direito do trabalho se deu mediante constates lutas de diversos segmentos organizados em prol de melhorias na área trabalhistas, sendo os movimentos sociais imprescindíveis dentro de um movimento histórico que demonstra a notoriedade desses ao longo dos tempos enquanto agentes fundamentais da luta de classes.

Os avanços na legislação se devem as movimentações históricas que buscaram maior visibilidade em busca da construção de um Estado de Direito, Estado este que olhe as diferentes composições sociais, e leve em consideração as demandas por elas apresentadas.

Assim, ao recorrer a história do Brasil, compreende a real necessidade da construção e efetivação sindical enquanto um movimento que luta em prol dos interesses da classe trabalhadora seja de forma individual ou coletiva.

Assim, ao se deparar com as garantias e o reconhecimento da representação sindical na Constituição, observa-se uma importante conquista dos movimentos sociais, visto que um de seus objetivos é a defesa dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores. Neste sentido, buscou-se responder a seguinte indagação: há validade jurídica em acordos coletivos realizados entre empregador e empregado que possui associação sindical? A partir desta, identificou-se uma regra geral, mas com 2 (duas) exceções.

Conclui-se que a Constituição Federal exige como regra geral a participação do sindicato nas negociações coletivas.

Porém, houve a recepção Constitucional do artigo 617 da CLT permitindo a sua aplicação somente nos casos que as associações sindicais sejam omissas, mas, mesmo assim, é necessário se atentar as orientações do que é prescrito pela legislação para que um possível acordo seja validado.

Caso ocorra a participação do sindicato na negociação e ela seja infrutífera, eventual negociação direta da empresa com os trabalhadores será inválida, visto que a associação sindical é a maneira legal para conduzir essas negociações, apontando assim as necessidades da classe trabalhadora.

Outra possibilidade de negociação sem participação do sindicato foi introduzida pela Lei 13.467 de 2017 ao inserir o parágrafo único do artigo 444 da CLT que permite a negociação direta do empregado com o empregador, caso o empregado tenha curso superior e salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Portanto, concluiu-se pela regra geral de obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas, salvo nos casos previstos no artigo 617 e parágrafo único do artigo 444 da CLT quando serão válidas também nas negociações construídas diretamente entre empregados e empregador.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Ciro Fernando de; SOUZA, Nathália Vagas de. Ensaio sobre a releitura do art. 617 da CLT em tempos de Covid-19: a negociação coletiva, o sindicato, a coletividade e o estado de exceção. **Migalhas**, n. 5614, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/323465/ensaio-sobre-a-releitura-do-art-617-da-clt-em-tempos-de-covid-19-a-negociacao-coletiva-o-sindicato-a-coletividade-e-o-estado-de-excecao>>. Acesso em: 15 maio 2023.

BATISTA, Homero. Atuação sindical em juízo. In: BATISTA, Homero. **Direito do trabalho aplicado: teori ageral do direito do trabalho e do direito sindical**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/capitulo-12-atuacao-sindical-em-juizo-parte-2-direito-coletivo-do-trabalho-direito-do-trabalho-aplicado-teoria-geral-de-direito-do-trabalho-e-do-direito-sindical/1394701359#a-276305520>>. Acesso em: 22 maio 2023.

BEM, Arim Soares do. A centralidade dos movimentos sociais na articulação entre o Estado e a sociedade brasileira nos séculos XIX e XX. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 27, n. 97, pág. 1137– 1157, set./dez. 2006.

BERNARDO, Carlos Magno da Silva. **A importância dos sindicatos de trabalhadores nas negociações coletivas de trabalho**. 80 p. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça, 2019.

BRASIL. **Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 22 maio 2023.

CAMARGO, Edna Massae Horie Calasans. **A evolução da negociação coletiva no setor público: construção do processo regulatório e sua eficácia**. 47 p. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Especialização em Negociação Coletiva. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

CARDOSO, Adalberto. Negociação coletiva e extensão de seus resultados no Brasil: permanências e rupturas. **Revista Dados**, Rio de Janeiro, v. 67, n. 1, 2023.

CARDOSO, Ana Cláudia Moreira; LIMA, Cláudia Rejane de. A negociação coletiva e as possibilidades de intervenção nas situações de risco à saúde no trabalho. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, Juiz de Fora, v. 45, 2020.

DOMINGUES, Tassio. Aspectos sobre a negociação coletiva. **Jus Brasil**, Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/aspectos-sobre-a-negociacao-coletiva/152373056>>. Acesso em: 23 maio 2023.

GAIA, Fausto Siqueira. Negociação coletiva de trabalho: limites e fundamentos sociais. **Revista Jurídica Direito & Paz**, Lorena-SP, ano IX, n. 36, p. 3-17, 1º semestre, 2017.

GALVÃO, Andréia; CASTRO, Bárbara; KREIN, José Dari; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. Reforma trabalhista: precarização do trabalho e os desafios para o sindicalismo. **Caderno CRH**, Salvador, v. 32, n. 86, p. 253–270, maio 2019.

KALIL, Agnes. Entenda o que é a Organização Internacional do Trabalho e como ela influencia a legislação brasileira. **Politize**, Florianópolis, out. 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/organizacao-internacional-do-trabalho/>>. Acesso em: 16 maio 2023.

LUZ, Alex Faverzani da; SANTIN, Janaína Rigo. As relações de trabalho e sua regulamentação no Brasil a partir da revolução de 1930. **História**, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 268–278, dez. 2010.

MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes. Negociação coletiva: tratamento teórico e prática. **Revista de Administração de Empresas**, v. 31, n. 4, p. 49–62, out. 1991.

NUNES. Keyciane Mendonça; SILVA, Luis Gustavo. Negociação coletiva no direito do

trabalho: aspectos legais e doutrinários. **Revista Jurídica Online Jus**, jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51076/negociacao-coletiva-no-direito-do-trabalho-aspectos-legais-e-doutrinarios>>. Acesso em: 20 maio 2023.

OLIVEIRA, Larissa Carlos de. O empregado hipersuficiente na reforma trabalhista e a (in)constitucionalidade na aplicação dos princípios que idealizam o direito do trabalho. **Revista Jurídica Online Jus**, jun. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/83437/o-empregado-hipersuficiente-na-reforma-trabalhista-e-a-in-constitucionalidade-na-aplicacao-dos-principios-que-idealizam-o-direito-do-trabalho/2>>. Acesso em: 23 ago. 2023.

PEREIRA, Marcos José. Direito fundamental à negociação coletiva de trabalho: a reforma trabalhista e o instituto da ultra-atividade das normas coletivas. **Revista do TST**, São Paulo, v. 84, n. 1, jan./mar. 2018. p. 189-210.

SILVA, Bruno Ferreira Viana da. **Evolução histórica das negociações coletivas de trabalho e sua inocuidade ante o ordenamento jurídico brasileiro**. 61 p. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2013.

SOUZA, Isabela. História do sindicalismo no Brasil e no mundo. **Politize**, Florianópolis, abr. 2017. Disponível em <<https://www.politize.com.br/sindicalismo-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em: 24 maio 2023.

TAVARES, Carlos Rodrigues. Breves considerações sobre a negociação coletiva. **Jus Brasil**, 2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/breves-consideracoes-sobre-a-negociacao-coletiva/719129504>>. Acesso em: 23 maio 2023.

VIZEU, Márcia. Acordos e convenções coletivas do trabalho com a reforma trabalhista. **Instituto de Direito Real**, Rio de Janeiro, nov. 2021. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/acordos-convencoes-coletivas-trabalho>>. Acesso em: 22 maio 2023.

O uso do Whatsapp como instrumento hábil para citação e intimação

*Mariana Rocha da Silva*¹

*Ricardo Salgado Carvalho*²

Resumo: Este artigo tem por finalidade analisar a possibilidade e legalidade do uso do WhatsApp como instrumento hábil para citação e intimação pelo Judiciário, nos termos do Código de Processo Civil. Objetiva verificar a validade da realização dos atos processuais por meio do aplicativo de mensagens WhatsApp. Também, objetiva demonstrar a validade e a eficácia do WhatsApp como meio hábil para citação e intimação, trazendo entendimento divergentes no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Foi feita pesquisa doutrinária em livros, artigos jurídicos e jurisprudência. Faz uma breve síntese sobre a comunicação dos atos processuais e como se deu o surgimento dos atos processuais eletrônicos. De forma específica, trata, dos atos processuais através do WhatsApp como ferramenta facilitadora de intimação e citação. Foi utilizado o método dedutivo para análise do tema. Por fim, concluiu-se que a modernização do processo judicial é um caminho que não permite retrocesso e que o uso das comunicações dos atos do processo por intermédio do WhatsApp é mais econômico, célere, eficaz e legal, atendendo a todos os princípios que regem a prestação jurisdicional.

Sumário: 1. Introdução. 2. Comunicação dos atos processuais. 3. Dos atos processuais eletrônicos. 4. O uso do Whatsapp como instrumento hábil para citação e intimação. 4.1. Posicionamento da jurisprudência. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chaves: Atos processuais eletrônicos. Citação. Intimação. Whatsapp.

1. Introdução

Cabe ao Estado prover a função jurisdicional de compor os conflitos de interesses que ocorrem na sociedade, devendo fornecer uma tutela jurisdicional eficaz, que atenda os desejos e as necessidades dos jurisdicionados. Nas palavras de BEDAQUE (2003, p. 17), *a tarefa principia do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também garantir sua satisfação.*

No presente artigo buscou-se demonstrar a utilização do aplicativo de mensagens

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso, no semestre 2023-1. E-mail: marianarochasilva023@hotmail.com.

² Advogado. Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. E-mail: ricardosalgadoarvalho@hotmail.com.

WhatsApp como ferramenta hábil de comunicação dos atos do processo judicial. A justificativa da escolha do tema se deu pela importância de analisar os avanços decorrentes da tecnologia, face a evolução digital e o impacto positivo no Poder Judiciário Brasileiro com enfoque na celeridade, economia e efetividade processual.

Para melhor entendimento do tema, o segundo tópico trata sobre a comunicação dos atos processuais, demonstrando que o legislador trouxe, na reforma do Código de Processo Civil a possibilidade de que os atos processuais sejam feitos por meios eletrônicos, bem como foi conceituado citação e intimação.

Já no terceiro tópico tem-se uma linha do tempo sobre as mudanças que ocorreram nas formas de citar e intimar as partes processuais, mostrando que a primeira vez que constou a possibilidade de intimação/ citação por meios eletrônicos foi com a Lei n. 8.245/1991, vindo até os tempos atuais.

O quarto tópico é feita uma análise sobre o uso do WhatsApp como meio hábil de citação e intimação pelo Judiciário, demonstrando que seu uso traz agilidade, eficácia e vai de encontro a todas as regras que regem o direito brasileiro, asseverando também que sua prática é segura e que, mesmo com a autorização do Conselho Nacional de Justiça, existe, ainda, a falta de regulamentação por lei, já que a lei não determina qual tipo de aplicativo de mensagens deve ser usado.

A escolha do WhatsApp como forma de comunicação pelo Poder Judiciário se deu pela sua amplitude, já que o Brasil é o segundo país no mundo com acesso ao aplicativo. Neste tópico também foi feito uma breve síntese de como o aplicativo WhatsApp foi incluído no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Por fim, no subtópico foi feita uma análise de duas jurisprudências, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que demonstram que a falta de regulamentação do uso do WhatsApp vem causando divergências entre os julgadores.

2. Comunicação dos atos processuais

O processo pode ser definido com um instrumento de exercício da jurisdição pelo Estado, de exercício da ação a favor do autor e da defesa do réu, ou seja, o processo se inicia por iniciativa da parte interessada, e seu desenvolvimento se dá por impulso oficial, exercido pelos juízes e tribunais. Nas palavras de BEDAQUE (2003, p. 11), o processo é o *conjunto de princípios e regras que regulam o exercício da jurisdição, da ação, da defesa e do processo.*

Após a formação da relação jurídica processual, entendida como a relação triangulada entre partes opostas e Estado-Juiz, deve ser analisada a presença dos requisitos de validade e existência, os chamados pressupostos processuais, responsáveis por operar o processo de modo eficiente e regular, ao passo que a sua ausência, tem o condão de invalidar o processo ou torná-lo viciado.

Importante trazer a lição de Luiz Guilherme Marioni:

A leitura dos chamados “pressupostos processuais” à luz dos interesses das partes, assim como dos seus direitos fundamentais processuais e do dever estatal de prestação da adequada tutela

jurisdicional, impõe o afastamento da neutralidade ínsita à teoria da relação jurídica processual e transforma em dogma a ideia de que os pressupostos são requisitos para a constituição, para a validade ou para a simples apreciação do mérito. A preocupação com as partes e com os direitos fundamentais obriga a pensar os “pressupostos processuais” apenas como requisitos de um “processo justo” ou como requisitos de um processo conforme os direitos fundamentais e o Estado Constitucional. (MARIONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 678).

Em linhas gerais, os atos processuais podem ser definidos como toda manifestação de vontade que objetiva produzir algum efeito no processo, podendo ser de forma oral ou escrita. Sobre os atos processuais, Bueno (2014, p.389) leciona que “eles, na sua gênese, são atos jurídicos que, quando praticados, assumem alguma importância no plano do processo ou tendem a surtir efeitos processuais.”

Denota-se que há a necessidade das práticas de atos sucessivos e lógicos no âmbito processual, seguindo os procedimentos determinados em lei, sob pena de invalidar a relação processual. Este procedimento objetiva garantir a finalidade essencial do processo e foi implantado na reforma do Código de Processo Civil.

A comunicação dos atos processuais, prevista no Título II do Livro IV da Parte Geral do Código de Processo Civil, é considerada com um dos atos mais significativos do processo, uma vez que qualquer inobservância do descrito nos artigos pode levar a nulidades processuais.

No atual ordenamento jurídico existem duas modalidades de comunicação dos atos processuais: citação e intimação, responsáveis por promover o equilíbrio e a equidade nos processos judiciais. A citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou interessado para integrar a relação processual e a intimação é o meio que ocorre as comunicações às partes e a terceiros.

A citação é o ato mais importante em toda a relação processual, uma vez que inicia o processo, ela é um ato indispensável no processo e sua função está disposta no art. 238 do CPC/15.

Já a intimação é definida como o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo. Humberto Theodoro Júnior leciona:

Intimação é, na definição legal, “o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo” (NCPC, art. 269). Não há mais, desde o código de 1973, a distinção entre intimação e notificação de atos processuais, que o Código de 1939 fazia de maneira imprecisa e imperfeita. Entre os atos de comunicação processual, o novo Código só conhece a intimação dos atos do processo, a qual, tecnicamente, tem o objetivo de dar ciência de um ato ou termo processual. Trata-se de ato de comunicação processual da mais relevante importância, pois é da intimação que começam a fluir os prazos para que as partes exerçam os direitos e as faculdades processuais. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 736).

O Código de Processo Civil de 2015 busca a efetividade do desenvolvimento do processo e dos direitos das partes, devendo ser observada as formas dos atos processuais, inclusive no que tange a lei.

Atualmente, a lei processual dispõe de diversos instrumentos para possibilitar a comunicação dos atos processuais, quais sejam, publicação em Diários Oficiais, envio de carta registrada pelos Correios com aviso de recebimento, através de oficial de justiça, publicação em edital, através de meios eletrônicos etc.

Ressalta-se, novamente, que a comunicação dos atos processuais é imprescindível para a validade da discussão judicial, já que oportuniza as partes participarem ativamente do processo.

O Código de Processo Civil buscou dar uma maior efetividade a justiça, passando a possibilitar que citações e intimações sejam efetivadas através de meios eletrônicos, sendo o mais usual o aplicativo de mensagens WhatsApp.

Nos termos do art. 246 e 270 da lei processual, a citação e a intimação serão realizadas de forma preferencial, e sempre que possível, por meio eletrônico, no prazo de até 02 (dois) dias úteis.

Após todo o exposto, fica claro que o legislador pátrio deu preferência para que citações e intimações sejam realizadas através de meio eletrônico com intuito de reduzir o tempo de duração do processo judicial, levando em consideração o princípio da celeridade processual. Tal situação demonstra a modernização do Poder Judiciário Brasileiro.

3. Dos atos processuais eletrônicos

A prática de atos processuais por meio eletrônicos foi implementada, pela primeira vez, com a promulgação da Lei n. 8.245/1991, Lei do Inquilinato, no inciso IV do art. 58:

Art. 58. Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar - se - á o seguinte:

I - [...]

IV - desde que *autorizado no contrato*, a *citação*, intimação ou notificação far - se - á mediante correspondência com aviso de recebimento, ou, tratando - se de pessoa jurídica ou firma individual, *também mediante telex ou fac-símile*, ou, ainda, sendo necessário, pelas demais formas previstas no Código de Processo Civil” (grifo nosso).

Denota-se que o legislador possibilitou, desde que autorizado no contrato de locação, que as citações fossem realizadas através de meios, que até então, considerados não convencionais. Tal fato já foi considerado como um grande avanço para o nosso

ordenamento jurídico.

Já em 1999, através da Lei n.9.800, denominada *Lei do Fax*, que permitiu a utilização de sistemas de transmissão de dados para a prática de atos processuais, o uso do fac-símile para a prática de atos processuais passou a ser aceita em todo o Judiciário, com a ressalva de que a peça original deveria ser juntada no processo no prazo de 05 (cinco) dias. Nesse mesmo ano houve um debate nos Tribunais sobre a possibilidade do envio de petições por e-mail, todavia o Supremo Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que não ser cabível a interpretação extensiva a Lei n. 9.800/99.

Em 2001, houve o primeiro grande avanço em relação a prática de atos processuais por meios eletrônicos, com a edição da Lei n. 10.259, que trata dos Juizados Especiais Federais, a qual, em seu art. 8º, permitiu a prática de todos os atos por meios eletrônicos.

A primeira tentativa do legislador em incluir a tramitação dos atos por meio eletrônico, no Código de Processo Civil, ocorreu, também, em 2001, através do parágrafo único do art. 154, contudo o texto legal foi vetado pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República, sob alegação de que não havia previsão expressa da adoção de uma estrutura de certificação digital nos moldes do ICP-Brasil.

Com o passar dos anos a ideia de utilização dos meios eletrônicos pelo Judiciário ganhou força, tendo sido promulgada a Lei n. 11.419/06, que implementou a informatização do processo eletrônico.

Por fim, em 2015, o Código de Processo Civil trouxe a possibilidade da utilização dos meios eletrônicos para satisfação dos atos processuais.

Nos termos do art. 193 do códex processualista os atos processuais podem se totais ou parcialmente digitais, permitindo que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico. Já o art. 194 traz que os sistemas de automação processual devem respeitar a publicidade dos atos, o acesso e participação das partes e procuradores, observando as garantias de disponibilidade, independência da plataforma computacional entre outros.

Já no art. 195 temos a estipulação de que todo ato processual eletrônico deve ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos autos em segredo de justiça, confidencialidade.

Acerca desses requisitos, ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

autenticidade (identificação do ator do ato processual), integridade (impossibilidade de modificação do conteúdo do ato após ele ter sido praticado), temporalidade (identificação do dia e horário da prática do ato), não repúdio (de origem, que protege o receptor da mensagem, indicando que a mensagem efetivamente originou-se do declarante, e de envio, que protege o declarante, comprovando que a mensagem foi efetivamente recebida pelo destinatário), conservação (preservação dos atos, mantendo-os íntegros pelo tempo que se fizer necessário), e, nos casos que tramitem em segredo de justiça a confidencialidade. (NEVES, 2018, p. 413).

O art. 196 afirma que é competência do Conselho Nacional de Justiça e, completa, aos tribunais, regular a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e zelar pela compatibilidade dos sistemas, respeitando as normas fundamentais do código processualista.

No art. 197 tem-se a imposição de que os tribunais divulguem ao público em geral, pela internet, as informações constantes de seus sistemas de automação, sendo que tais informações tem presunção de veracidade e confiabilidade.

Verifica-se que o Código de Processo Civil buscou maior agilidade, credibilidade e mecanismos viáveis a concretização da Justiça, implantando novas tecnologias no andamento da marcha processual.

4. O uso do Whatsapp como instrumento hábil para citação e intimação

O foco principal do trabalho será a análise do uso do WhatsApp como instrumento de intimação, com o intuito de dar efetividade aos princípios que regem o direito brasileiro, principalmente em relação a celeridade, economia e efetividade processual.

Com a reforma do Código de Processo Civil e a inclusão da prática eletrônica dos atos processuais, referendada pelo Conselho Nacional de Justiça, é possível ver a renovação do ordenamento jurídico favorável as inovações tecnológicas, bem como a abertura de precedentes para todos os tribunais do país.

Iremos apontar como principal argumento deste trabalho a efetividade da utilização do aplicativo WhatsApp como instrumento hábil de intimações no processo judicial e sua contribuição ao andamento dos processos judiciais, com enfoque ao seu uso após a COVID-19.

A citação por meio eletrônico possui expressa previsão no Código Processual Civil, e foi classificada como prioritária em detrimento de outras modalidades após a promulgação da Lei n. 14.195/21.

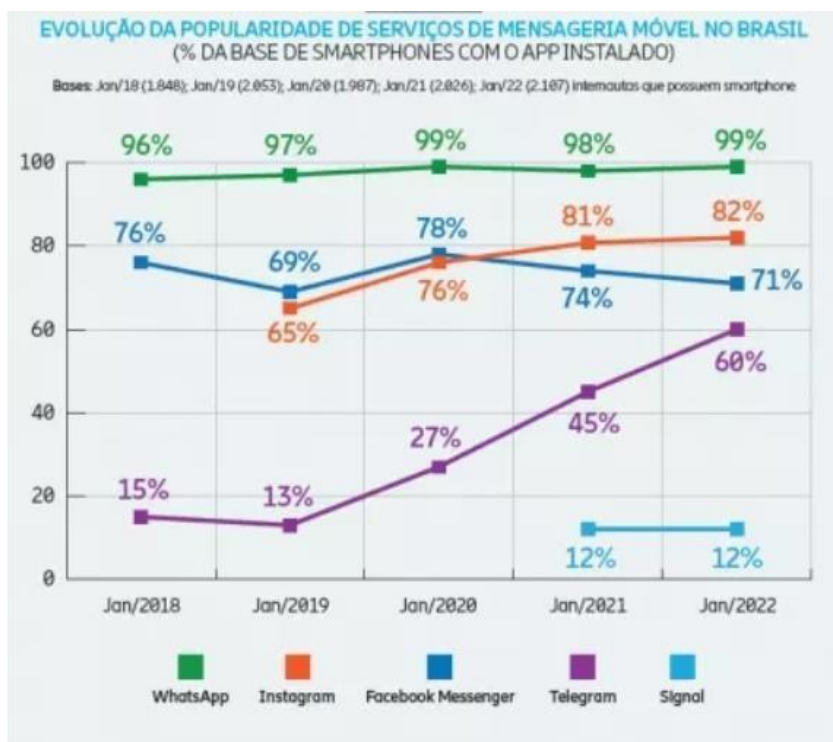
Além do texto de lei, o Conselho Nacional de Justiça, editou durante o período da pandemia da COVID-19, a Resolução 455/2022, diretrizes para a realização de intimações de forma eletrônica. O seu texto definiu a expressão “endereço eletrônico”, como *toda forma de identificação individualizada para recebimento e envio de comunicação/mensagem digital, tal como o correio eletrônico (e-mail), aplicativos de mensagens, perfis em redes sociais e o Domicílio Judicial Eletrônico*

Já o Superior Tribunal de Justiça entende que a citação é válida pelo WhatsApp quando contiver elementos indutivos da autenticidade do destinatário: como número do telefone, confirmação escrita e foto individual.

O WhatsApp está em uso no Brasil desde 2009, mesmo ano em que foi lançado nos Estados Unidos, e depois da Índia, atualmente, ocupamos o segundo lugar no mundo em número de contas: 147 (cento e quarenta e sete) milhões de usuário.

São dois os principais fatores que fizeram do aplicativo um sucesso, o primeiro é a acessibilidade, uma vez que grande parte dos brasileiros acessa a internet por um

smartphone e a outra é o envio de mensagens gratuito. O gráfico abaixo ilustra bem o delimitado aqui:



Necessário destacar que o WhatsApp não facilitou apenas o contato entre amigos e familiares, se tornando um verdadeiro canal comercial, sendo também utilizado por diversos Tribunais do país.

O uso maciço do aplicativo no Judiciário foi a partir das mudanças impostas pela pandemia da COVID-19, quando da imposição do distanciamento social, uma vez que os meios de comunicação eletrônicos se tornaram essenciais com a implementação do *home office* e do atendimento remoto.

Por conta deste novo cenário, o Judiciário, teve que se adaptar as opções proporcionadas pelo avanço das comunicações, especialmente no que se referia aos autos de citação; já que não era crível deixar a prestação jurisdicional até o retorno presencial das atividades, caso isso acontecesse, estaríamos em confronto com o consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Pode-se dizer que o marco inicial do uso do WhatsApp no país se deu com a portaria elaborada, em conjunto, pelo magistrado Gabriel Consiglieri Lessa e a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Piracanjuba, em Goiás.

A portaria editada possibilitava o uso do aplicativo de mensagens como ferramenta de comunicação dos atos processuais para intimar os sujeitos do processo, sendo a adesão facultativa, e as partes interessadas deveriam aderir, voluntariamente, aos termos. Ressalta-se que a portaria era específica, só englobava as intimações.

Todavia a Corregedoria da Justiça do Tribunal de Goiás foi contra a portaria e vetou o uso do WhatsApp no âmbito do juizado especial cível e criminal da Comarca de Piracanjuba/GO. Irresignado, o magistrado instaurou Processo de Controle Administrativo impugnando a decisão de proibição e requerendo a análise da decisão

pelo Conselho Nacional de Justiça.

Em 28/07/2017, através do PCA n. 0003251-94.2016.2.00.000, o CNJ ratificou a utilização do aplicativo de mensagens WhatsApp.

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL. INTIMAÇÃO DAS PARTES VIA APLICATIVO WHATSAPP. REGRAS ESTABELECIDAS EM PORTARIA. ADESÃO FACULTATIVA. ARTIGO 19 DA LEI N. 9.099/1995. CRITÉRIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS. INFORMALIDADE E CONSENSUALIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O artigo 2º da Lei n. 9.099/1995 estabelece que o processo dos Juizados será orientado pelos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. 2. O artigo 19 da Lei n. 9.099/1995 prevê a realização de intimações na forma prevista para a citação ou por “qualquer outro meio idôneo de comunicação”. 3. *A utilização do aplicativo WhatsApp como ferramenta para a realização de intimações das partes que assim optarem não apresenta mácula.* 4. Manutenção dos meios convencionais de comunicação às partes que não se manifestarem ou que descumprirem as regras previamente estabelecidas. 5. *Procedência do pedido para restabelecer os termos da Portaria que regulamentou o uso do aplicativo WhatsApp como ferramenta hábil à realização de intimações no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Comarca de Piracanjuba/GO.* (grifo nosso).

Veja que o CNJ, por unanimidade, aprovou a possibilidade do uso do aplicativo WhatsApp como mecanismo legal para intimações em território nacional; entendendo pela validade do instrumento na comunicação de atos processuais às partes que assim optarem.

Importante destacar trecho do voto da Relatora Conselheira Daldice Santana, que destaca a importância do uso do aplicativo pelo Judiciário:

Acrescente-se que a celeridade na prestação jurisdicional é aspecto que apresenta impacto para além do interesse individual da parte. Na realidade, quando o Poder Judiciário é célere, o cidadão comum passa a acreditar que, caso experimente situação de violação de direitos, poderá recorrer a uma estrutura que efetivamente disponha de condições de promover-lhe a Justiça. [...] Feitas essas considerações, não vejo outra possibilidade de conclusão para o caso em comento senão a total procedência do pedido. O projeto inovador apresentado pelo magistrado requerente encontra-se absolutamente alinhado com os princípios que regem a atuação no âmbito dos juizados especiais, de modo que, sob qualquer ótica que se perquirir, ele não apresenta vícios. [...] E é sobre esse aspecto

que versa o projeto elaborado pelo magistrado requerente: *a garantia da celeridade da comunicação mediante uso de ferramenta tecnológica gratuita difundida em diversas camadas sociais*. A intimação via aplicativo WhatsApp foi oferecida como ferramenta facultativa, sem imposição alguma às partes. Sua utilização foi idealizada para a realização de intimações e não de citações. Além disso, a Portaria em comento preocupou-se em detalhar toda a dinâmica para o uso do aplicativo, estabelecendo regras e também penalidades para o caso de descumprimento (grifos nossos).

Analisando o voto da nobre Conselheira é possível verificar seu alinhamento com a possibilidade legal do uso de novas ferramentas para intimar/citar as partes do processo, respeitando os princípios que regem o nosso ordenamento jurídico.

O Conselho Nacional de Justiça ratificou a utilização do aplicativo, mesmo tendo o Código de Processo Civil, após sua reforma em 2015, trazido a possibilidade de as partes convencionarem sobre seus ônus e faculdades no processo.

Mesmo com a regularização do uso do WhatsApp pelo CNJ, ainda se faz necessário uniformizar seu uso no Judiciário brasileiro, uma vez que devido a extensão geográfica e a falta de normativas que determinem o uso do aplicativo, são os Tribunais que escolhem qual aplicativo mais lhe convém.

O intuito do CNJ é integrar as cortes, com transparência e unicidade para aperfeiçoar o sistema judiciário brasileiro.

Dessa forma, pois, cumpre o CNJ o papel primordial, na esfera administrativa, de supervisionar o funcionamento dos processos eletrônicos, tentando uniformização à luz de um regramento eficiente da relação entre custo e benefício, já que muitos Estados da Federação, ao repassarem verbas para os Tribunais, investem muito pouco na tecnologia, pesquisa e alta-resolução. Ademais, a forte dependência de operadoras de telefonia, em monopólio ou duopólio, cartelizando o mercado, demonstra a pequena opção para o desenvolvimento lento e gradual do processo eletrônico. (ABRÃO, 2017, p. 135).

Desse modo, cabe ao Conselho Nacional de Justiça aprimorar a atividade do Poder Judiciário, desenvolvendo um controle administrativo e processual que colabore para a efetiva prestação jurisdicional.

O uso do WhatsApp pelo Judiciário traz inúmeros benefícios por ser mais prático, reduz o custo com emissão de mandados/citações e reduz drasticamente a duração do processo, uma vez que as respostas são conseguidas de forma imediata e com abrangência global. Nota-se que o uso do aplicativo vai de encontro com o princípio da celeridade, que é um dos pilares do processo judicial.

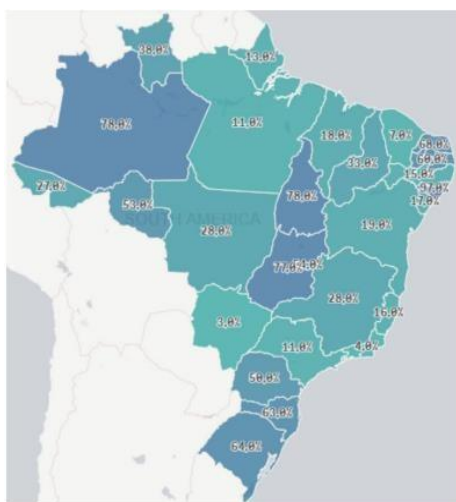
Sobre o uso do WhatsApp e o princípio da celeridade, Patrícia Maurer leciona:

O princípio da celeridade busca uma atividade processual que, sem comprometer os demais postulados do processo, atenda à expectativa das partes num lapso temporal adequado e útil para elas. A celeridade processual está associada a ideia de garantir ao jurisdicionado o acesso a um processo sem dilações indevidas. O principal meio para tornar efetivo o princípio da celeridade processual consiste na utilização de avanços tecnológicos nos processos [...]. Nesse sentido, é possível visualizar a importância da implementação de mecanismos tecnológicos para tornar o processo mais célere. Porém existem questionamentos em relação ao acesso da maioria da população aos dados informatizados. Cabe destacar que a maior parte da população já dispõe de acesso a internet, sendo que desta forma a informatização do judiciário torna-se muito eficiente para a melhor efetividade jurisdicional [...] A tecnologia está presente na vida das pessoas, faz parte do seu cotidiano e faz parte do judiciário. As pessoas precisam se adequar aos avanços tecnológicos garantindo assim um processo muito mais célere, beneficiando desta forma as partes e desafogando o judiciário. (MAURER, 2012).

Denota-se que o princípio da celeridade busca atender as expectativas de uma prestação jurisdicional que atenda as demandas de forma rápida e com o uso do WhatsApp isso é entregue em sua integralidade, uma vez que, quando as intimações/citações são feitas através de AR ou por Oficial de Justiça a pessoa pode tentar se esquivar de ser citada/intimada.

Com o intuito de alcançar a prestação judicial mais célere, apoiada no uso de meios eletrônicos para efetivar os trâmites judiciais, foi criado, através da Resolução n. 345/2020, o Juízo 100% Digital, no qual o cidadão tem a possibilidade de usar a tecnologia para ter acesso à Justiça sem comparecer fisicamente nos Fóruns. Nesta modalidade, em grande parte dos Tribunais, as citações, intimações e audiências são realizadas através do WhatsApp.

No gráfico abaixo podemos ter uma noção do percentual de serventias que aderiram ao Juízo 100% Digital por Estado:



Analisando o gráfico é possível verificar que grande parte dos Tribunais aderiram ao Juízo 100% Digital e ao uso de tecnologias para dar maior efetividade a prestação jurisdicional, incluindo o uso do WhatsApp.

Como se vê o processo judicial eletrônico é uma realidade no Judiciário brasileiro, tendo assim se desenvolvido com o surgimento de novas tecnologias, tendo o WhatsApp se destacando neste contexto, devido a sua funcionalidade.

As citações e intimações via WhatsApp são consideradas válidas pelo fato de que o aplicativo se enquadra no conceito de meio eletrônico, indo de encontro ao previsto no art. 247, caput, do Código de Processo Civil/15: “Art. 247. A citação será feita por meio eletrônico ou pelo correio para qualquer comarca do País, exceto: (...)”.

Sendo assim, vários Tribunais aderiram ao aplicativo para a comunicação dos atos judiciais e um dos casos mais pioneiros, por exemplo, ocorreu no Juizado Especial Cível de Rondônia, no ano de 2014, no qual o magistrado, em cumprimento de sentença, determinou que a autora do processo fosse intimada pelo WhatsApp, considerando a forma menos onerosa e mais célere para o a prestação jurisdicional.

Proc: 1000137-07.2013.8.22.0006
Ação:Cumprimento de SENTENÇA (Juizado Cível)

Advogado(s): OAB:76696 MG

Advogado(s): Felipe Gazola Vieira Marques (OAB:76696 MG)
Fica a parte executada, por via de seu advogado, intimada da r. DECISÃO constante no mov. 61 de teor seguinte: Vistos. Através do Bacenjud, foi possível o bloqueio parcial, no valor de RR\$ 2.334,24, que convolo em penhora, já tendo sido determinada a transferência para a CEF local (ID:072014000010982285). Foi procedida nova tentativa de penhora que restou infrutífera. Intime-se o executado para fins de oposição de embargos. Não sendo apresentado embargos, intime-se a autora, pelo meio menos oneroso e rápido (e-mail, telefone, whatsapp...) para que apresente número de conta bancária para transferência dos valores ou em caso de requerer a expedição do alvará, fica desde já autorizado, bem como requerer o que entender pertinente em relação ao resíduo do débito. Pratique-se o necessário. Presidente Médici, em 16 de Outubro de 2014. João Valério Silva Neto-Juiz de Direito.

Com a leitura da decisão é possível verificar que o Tribunal inovou em relação a forma da intimação, uma vez que a regulamentação de intimações por meios eletrônicos ocorreu em 2015, com a edição do Código de Processo Civil.

De acordo com Ferraz:

[...] a comunicação de atos por meio eletrônicos, além de trazer celeridade ao Poder Judiciário, já tão sobrecarregado pelas

demandas judiciais, atende ao núcleo que norteia todo o ordenamento jurídico processual, qual seja, a cláusula geral do devido processo legal. (FERRAZ, 2016)

Historicamente, o Brasil sempre fora afeito a minimização de formalidades processuais. Vigora na ciência processual brasileira, de cepa panprocessualista, o postulado de que o aspecto externo deve ceder ao conteúdo do ato processual predominando princípios relativizadores das nulidades processuais. Há uma diferença do Brasil para outros países, no sentido de que as próprias cortes constitucionais preveem a possibilidade de mitigação de formalidade, em detrimento da prestação jurisdicional. OLIVEIRA (1997, p. 195), relata que a suprema corte prevê *a regra corretiva do chamado 'exceso ritual', que visa a emendar o 'rigorismo formal', isto é, corrigir o abuso, tanto de direito qual de poder.* Há uma liberdade para o magistrado flexibilizar a prática de atos processuais, reduzindo o formalismo à garantia de direito, e não sua conspurcação.

Da leitura do art. 246 do CPC/15, alterado pela Lei n. 14.195/21, tem-se que o legislador, a fim de conferir celeridade ao tramite do processo e adequá-lo ao atual contexto tecnológico, enfatizou que as citações e intimações, em processos de qualquer natureza, devem ocorrer preferencialmente por meio eletrônico; e essa possibilidade foi referendada pelo Conselho Nacional de Justiça e os regramentos internos dos Tribunais.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi publicada a Portaria Conjunta n.1109/PR/2020, que disciplinou o uso de aplicativos de mensagens instantâneas para a comunicação e prática de atos processuais:

Disciplina a utilização de aparelhos telefônicos móveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e respectivos aplicativos de mensagens instantâneas para a comunicação e prática de atos processuais pelas secretarias das unidades judiciárias de Primeira e Segunda Instâncias, inclusive das unidades jurisdicionais dos Juizados Especiais do Estado de Minas Gerais, bem como pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, e dá outras providências.

A referida Portaria autorizou o uso de aparelhos de telefonia móvel e aplicativo de mensagens instantâneas se houvesse interesse pelos magistrados e que as mensagens seriam enviadas a partir de aparelho celular destinado à secretaria judicial, cartório ou unidade jurisdicional.

O art.3º referenda o uso do aplicativo WhatsApp para todo o procedimento de comunicação dos atos processuais e no art.4º tem-se a forma como as mensagens deverão ser enviadas.

Já no art.5º temos a forma como será considerada a entrega da mensagem, que se dará com os dois ícones de confirmação do WhatsApp.

Observa-se que a Portaria é bem concisa sobre a implantação do uso de meios eletrônicos e aplicativos de mensagem pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, se embasando em leis que já delimitavam sobre o tema.

É notório que o Poder Judiciário avançou de forma significativa nas inovações realizadas para melhorar os resultados e guiar o futuro do novo normal da justiça brasileira, sendo a tecnologia uma aliada apoiada pelo Conselho Nacional de Justiça. Assim, estes avanços tecnológicos mostram-se proveitosos na rotina dos operadores direito, permitindo mais aptidão e trabalho digno.

5. Posicionamento da jurisprudência

Este tópico versará sobre as jurisprudências que abordam as intimações e citações via WhatsApp no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, demonstrando o entendimento dos julgadores.

O primeiro caso é sobre o indeferimento do pedido de citação eletrônica pelo aplicativo Whatsapp, na qual, a parte irresignada com o indeferimento interpôs agravo de instrumento contra a decisão denegatória:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO - CABIMENTO - CITAÇÃO ELETRÔNICA - APLICATIVO DE MENSAGENS WHATSAPP - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 246 DO CPC - PRECEDENTES DO

STJ. I - No julgamento do recurso repetitivo REsp 1704520/MT pelo col. STJ, publicado em 19/12/2018, foi firmada a tese de que "o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação". II - Nos termos do art. 246 do CPC, a citação do requerido será preferencialmente por meio eletrônico. III - O c. STJ já se manifestou no sentido da validade da citação do requerido via aplicativo Whatsapp, desde que contenha elementos indutivos da autenticidade do destinatário, como número do telefone, confirmação escrita e foto individual. (TJ-MG - AI: 01156289720238130000, Relator: Des.(a) João Cancio, Data de Julgamento: 21/03/2023, 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/03/2023).

Na decisão do Desembargador Relator João Cancio teceu considerações sobre o ato processual da citação e que os arts. 246 e 247 do CPC/15 traz a possibilidade de citação através de meios eletrônicos, como é o caso do aplicativo WhatsApp. Assevera que mesmo não havendo previsão legal expressa sobre o uso do WhatsApp, há manifestação do STJ sobre sua validade, desde que respeitado os requisitos necessários.

Por fim, o recurso foi provido para reformar a decisão primeva e determinar a citação da parte ré via aplicativo WhatsApp.

O segundo caso versa sobre pedido de citação do réu, em processo de ação de alimentos, pelo WhatsApp; tendo sido o pedido negado em primeira instância.

Contrariada, a parte agravou a decisão e teve como julgamento o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CITAÇÃO REMOTA POR APLICATIVO DE

MENSAGENS - PORTARIA CONJUNTA N. 952/PR/2020. - Durante o período de implementação das medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo COVID-19 estabelecido na Portaria Conjunta n. 952/PR/2020, é válido o cumprimento dos mandados de citação / intimação por via remota, nos termos do artigo 246, V, do CPC/2015, salvo determinação em contrário do juiz competente para apreciar o processo. (TJ-MG - AI: 10000212243000001 MG, Relator: Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 27/01/2022, Câmaras Cíveis, 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/02/2022)

Na decisão *a quo* constou como motivo do indeferimento o pedido de citação por WhatsApp por não ser previsto e regulamentado no ordenamento jurídico. Todavia, o Desembargador Relator entendeu que, em relação à forma, a lei processual prevê a possibilidade de efetivação por correio, oficial de justiça, por comparecimento do citando no cartório, por edital ou por meio eletrônico. Aduz que nos termos da Portaria Conjunta n. 952/PR/2020 tem-se a possibilidade de as intimações serem cumpridas por meios remotos.

Em seu voto salientou que a referida Portaria, bem como a Nota Complementar, possibilita a implementação da citação por meio eletrônico se for entendimento do Magistrado competente. Sendo assim, não houve reforma da decisão de piso.

Dessa forma, analisando as duas decisões em voga, nota-se que, por omissão ou imprecisão do texto normativo, há entendimentos diferentes no Tribunal, o que gera divergências em vez de regulamentar o uso do WhatsApp.

6. Conclusão

Conforme se verificou no decorrer deste artigo, a atual sistemática processual judicial está extremamente vinculada aos avanços tecnológicos e aos meios eletrônicos, devendo o legislador, ficar atento as inovações, priorizando a comunicação dos atos processuais por meios eletrônicos.

O uso do aplicativo WhatsApp tem como escopo alinhar a prestação jurisdicional aos princípios basilares que regem o processo judicial, ou seja, entregar uma prestação jurisdicional seguindo o preceito constitucional da duração razoável do processo.

A primeira vez que se falou na possibilidade da realização de atos processuais através de meios eletrônicos foi na Lei do Inquilinato e a partir disso, foram promulgadas leis que reforçam essa possibilidade.

A reforma do Código de Processo Civil, ocorrida em 2015, trouxe que os atos processuais serão realizados, preferencialmente, por meios eletrônicos, mas sem definir

quais seriam esses meios eletrônicos e, com a Pandemia da COVID-19, os Tribunais pátrios precisam se alinhar ao distanciamento social e passaram a utilizar o WhatsApp como meio de dar andamento aos atos processuais.

Inúmeras são as vantagens decorrentes do uso do WhatsApp como meio de citação ou intimação, uma vez que o Brasil está no 2º lugar do ranking de uso do aplicativo, visto ser possível diminuir significativamente o tempo do processo, economia processual, agilidade no cumprimento dos atos processuais, rapidez na comunicação dos atos, dentre outros.

A inserção de mecanismos não tradicionais como o WhatsApp é um marco para a otimização do acesso à justiça, oferecendo, ao jurisdicionados, um contato efetivo e expressivo aos seus direitos e deveres, bem como a todo o sistema processual.

É notório que existe uma necessidade latente de que se regularize o uso, específico, do WhatsApp para o cumprimento dos atos processuais, uma vez que há uma lacuna na legislação e isso faz com que cada Magistrado interprete se é possível ou não o uso do aplicativo.

Por fim, é possível concluir que a efetividade do uso do aplicativo WhatsApp importa em benesse à celeridade e economia processual na esfera do Poder Judiciário brasileiro.

7. Referências bibliográficas

ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo eletrônico: processo digital**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ATHAYDE, Aymir Ralyn Pires; FIGUEIRÔA, Gilvandro Soares. **Informática e Justiça. Conteúdo Jurídico**, 21 set. 2010. Disponível em:

<<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21548/informatica-e-justica>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm> Acesso em: 03 mar. 2023.

_____. **Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999**. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9800.htm>. Acesso em: 01 abr. 2023.

_____. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 01 abr. 2023

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Portaria Conjunta nº 1109/PR/2020**. Disciplina a utilização de aparelhos telefônicos móveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e respectivos aplicativos de mensagens instantâneas

para a comunicação e prática de atos processuais pelas secretarias das unidades judiciárias de Primeira e Segunda Instâncias, inclusive das unidades jurisdicionais dos Juizados Especiais do Estado de Minas Gerais, bem como pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc11092020.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2023.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Recurso eletrônico.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Procedimento de Controle Administrativo 0003251- 94.2016.2.00.0000**. 23ª Sessão Virtual. Requerente: Gabriel Consigliero Lessa. Requerida: Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Goiás. Relatora: Cons. Daldice Santana. Julgamento: 23 jun. 2017. Acesso em: 20 maio 2023.

FERRAZ, Cristina. Considerações sobre a citação por meio eletrônico no NCPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC - doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v.1.

MAURER, Patrícia. Princípio da celeridade e o processo eletrônico. **Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**, fev. 2012. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/>>. Acesso em: 14 maio 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018

OLIVEIRA, Carlos Albeto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v.1.

Restrições ao direito de livre circulação de jovens em shopping centers: uma análise constitucional

*Aline Elen de Almeida Gama*¹

*Helen Corrêa Solis Neves*²

Resumo: O objetivo desta pesquisa é analisar a constitucionalidade da restrição de entrada e permanência de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais em shoppings centers. Para isso foram analisados os direitos fundamentais envolvidos no caso, quais sejam: a liberdade de locomoção e reunião, o direito ao lazer e, ainda, o direito à livre iniciativa, o direito do consumidor e o direito à segurança. Além disso, a pesquisa também discutiu a possibilidade de restrição destes direitos. Para elaboração do trabalho foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. O trabalho concluiu que, embora se argumente que tais restrições visam a garantir a segurança, elas representam uma violação dos direitos fundamentais desses jovens, pois mesmo que haja possibilidade formal desta limitação, como depreende-se do art. 149 do ECA, não há razoabilidade a justificar estes cerceamentos. Uma sociedade não deve transgredir as garantias de nenhum cidadão. Nesse contexto, é essencial que a família, a sociedade e o Estado respeitem as garantias fundamentais dos adolescentes, visando assim a garantir a proteção e o pleno gozo desses direitos. Medidas que restringem os direitos fundamentais, como a mencionada, representam um retrocesso social e podem ser consideradas presumivelmente inconstitucionais.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contexto fático e a perspectiva dos *shoppings centers*. 3. Liberdade de locomoção e reunião e o direito ao lazer de crianças e adolescentes. 4. Análise da constitucionalidade da prática de impedir o ingresso e a permanência de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis em *shoppings centers*. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Liberdade de locomoção. “Rolezinhos”. Livre iniciativa.

1. Introdução

O objetivo desta pesquisa é analisar a constitucionalidade da restrição de entrada

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso, no semestre 2023-1. Texto revisado em agosto de 2023. E-mail: alineglaucio2010@hotmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Professora do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: helensolis@gmail.com.

e permanência de crianças e adolescentes desacompanhados em shopping centers. Essa prática levanta questões sobre os direitos e liberdades individuais dos jovens, especialmente no que diz respeito à liberdade de locomoção e ao acesso ao lazer, bem como o debate sobre a garantia da segurança e bem estar dos menores.

Ademais, serão também discutidos os argumentos referentes à livre iniciativa, direito do consumidor e direito à segurança dos menores

O estudo desse tema é fundamental a fim de se verificar qual é o melhor interesse de crianças e adolescentes, consideradas prioridade pela Constituição Federal do Brasil. Sendo seres humanos em desenvolvimento, este debate ganha ainda mais importância, pois decisões jurídicas podem afetar a autonomia dos jovens e impactar negativamente seu amadurecimento e independência.

Em razão disso, também serão analisados os debates que cercam a questão da limitação aos direitos fundamentais.

Com este trabalho, propõe-se, então a responder o seguinte problema de pesquisa: é constitucional a limitação de entrada e permanência de crianças e adolescentes desacompanhados em shopping centers?

Para responder a este questionamento, a pesquisa utilizará o método dedutivo, partindo das prescrições constitucionais para compreender o tema, realizando-se a pesquisa através de diversas fontes bibliográficas, que foram revisadas para abordar o tema em questão.

2. Contexto fático e a perspectiva dos shoppings centers

A complexidade da sociedade atual se manifesta nas inúmeras formas de relações humanas, que foram potencializadas pelo surgimento da tecnologia e, claro, pela expansão dos espaços urbanos.

Nesta perspectiva, os shoppings center se enquadram como um reflexo desta nova sociedade. Estes espaços tornaram-se importantíssimos locais de convivência, além de centros econômicos, que se vendem como seguros e diversificados, facilitando a experiência do consumidor.

Silvana Pintaudi (1989, p. 80) esclarece que o surgimento dos *shoppings centers* no Brasil é uma consequência da intensa urbanização da economia e da população ocorrida a partir da década de 1960, notadamente no Sudeste brasileiro. Diz a autora: “Conforme já mencionado, a aglomeração constitui-se numa necessidade e decorrência do desenvolvimento da sociabilidade - do ser social - que, no caso em tela, é dada pelo capital” (PINTAUDI, 1989, p. 24-27).

Não há dúvidas de que o sucesso deste empreendimento depende da sua capacidade de manter este espaço como adequado ao público pretendido. E há aqui uma intenção de elitização destes locais.

De acordo com Milan, Gasparini e De Toni (2013):

Em um *shopping center*, com características de ser mais um centro de compra de lazer, serviços e símbolos, do que um centro de

compra de produtos úteis, prevalece o encantamento dos consumidores que ali ocupam o seu tempo supostamente livre. Consoante isso, o *shopping center* deve traduzir ao consumidor a imagem de ser um local com melhor qualidade de vida por meio de vias cobertas, iluminadas, limpas e seguras; praças de alimentação e de entretenimento; cinemas e atrações prontas e relativamente fáceis de serem adquiridas e utilizadas (PADILHA, 2007). Inclusive, a experiência de consumo relacionada a um *shopping center* pode ser vista como uma experiência transformadora, podendo envolver tanto sentimentos ou percepções positivas quanto negativas (ZALTMAN; ZALTMAN, 2008).

Inicialmente, não eram acessíveis a toda a sociedade, sejam pelos preços praticados, sejam pela estrutura glamourizada. Mas as redes sociais ajudaram a popularizar estes espaços que passaram a ser ocupados por pessoas de vários níveis econômicos.

Esta ocupação, entretanto, não foi vista por todos como algo positivo, ainda que pudesse gerar aumento de vendas. Isto ficou bem claro quando começaram a ser noticiadas, no ano de 2015, encontros de muitos jovens da periferia das grandes cidades nos shoppings centers.

Os rolezinhos, como ficaram conhecidos, foram narrados pela grande imprensa nacional com cores de denúncia: a presença de tantos adolescentes nos shoppings centers, desacompanhados dos pais, poderia colocar em risco a segurança destes locais, espantando consumidores e afetando o mercado econômico, o que reflete também sobre os empregos dos trabalhadores.

A Folha de São Paulo, como tantos outros jornais, noticiou o fenômeno em matéria escrita por Marcelo Toledo (2015): “Shoppings de SP e MG vão à Justiça para barrar adolescentes sozinhos”. Este é apenas um exemplo das tantas reportagens que circularam à época.

Nesta situação há, portanto, um debate que envolve vários direitos: o direito à liberdade de locomoção, reunião e lazer de crianças e adolescentes, mas também o seu direito à segurança, além é claro, do direito de livre iniciativa dos shoppings centers em administrar seu próprio negócio e o reflexo disso sobre o direitos ao trabalho dos empregados.

Este artigo analisará estes embates em uma perspectiva constitucional.

A livre iniciativa é tratada na Constituição do Brasil como um princípio fundamental do Estado Democrático, contemplado no art. 1º, IV e com assento também na Ordem Econômica, em seu art. 170, *caput*. Isso significa que todas as questões jurídicas nacionais são influenciadas por esta base principiológica. Não há um direito específico à livre iniciativa na Carta Magna, mas não restam dúvidas que ele está presente, como decorrência da cláusula geral de liberdade: os particulares têm direito de livremente, sem intervenção abusiva do Estado, empreender economicamente, gerindo seu próprio negócio segundo os parâmetros desejados.

Marcelo Lauer Leite (2013), citando Martins e Dimoulis afirma: “Assim, a liberdade de iniciativa é congênere às demais liberdades asseguradas pela Constituição, sendo

concebida como livre-arbítrio humano, independentemente das limitações de que possa ser destinatária. Trata-se do viés econômico do direito à liberdade”.

E completa seu pensamento ensinando que:

Por conseguinte, tem-se a livre iniciativa como um direito fundamental assegurado pelo Estado brasileiro, afinal, trata-se de um direito público-subjetivo de pessoas físicas ou jurídicas, representado pelas liberdades de trabalho, empreendimento econômico, contrato e associação, decorrências do princípio da autonomia privada, corolário basilar do direito à liberdade. (LEITE, 2013).

Neste sentido, inicialmente, os proprietários dos shoppings centers têm a livre iniciativa na condução do negócio, podendo tomar providências para a garantia da segurança dos seus empreendimentos.

Esta liberdade, contudo, deve ser analisada em consonância com outros direitos e aqui há de se mencionar o direito do consumidor. O CDC, em seu art. 6º, II, determina que os fornecedores de serviços e produtos devem tratar todos os consumidores com igualdade, na medida em que determina como direito do consumidor o ser tratado com isonomia nas contratações de produtos e serviços.

Sendo assim, mesmo que a proposta de um negócio fundamente-se na sua elitização, reservando-se através dos preços praticados, por exemplo, não há hipótese de se admitir distinção de acesso de qualquer pessoa ao espaço da empresa destinado ao público.

Nesta perspectiva, a defesa da manutenção de empregos de trabalhadores também não pode justificar tratamento diferenciado entre consumidores.

Entretanto, a questão pode ganhar novos contornos se se admite o argumento de que a restrição da entrada de menores ocorre em defesa da segurança destas crianças e adolescentes. Como se trata de um dever do Estado, da família e de toda a sociedade, a sua proteção deve ser preocupação de todos.

Shoppings Centers alegam, em sua defesa, que a circulação de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais em seus espaços representam risco à sua segurança, tornando-os vulneráveis a abordagens ilícitas por parte de criminosos com interesses sexuais e econômicos. Sendo os menores considerados seres humanos em desenvolvimento, a sua capacidade de julgamento sobre pessoas mal intencionadas é bastante diminuída e isso os coloca em risco.

Permitir que crianças e adolescentes circulem pelos shoppings centers sem o acompanhamento dos pais é transferir às empresas uma responsabilidade que deveria ser dos progenitores e isso justificaria a sua restrição de entrada nestes locais.

Herbert Bachett e Cléber Lopes (2020, p. 212), ao analisarem decisões judiciais sobre o uso de revista por seguranças privados em locais como shoppings centers, explicam que a maioria destes julgados justificam esta atuação com base em leis de contrato, consumidor e trabalho. Segundo os autores, o resumo do argumento é: “O proprietário de um estabelecimento aberto ao público tem a obrigação de prover a

segurança e prezar pelo patrimônio e bem-estar físico dos consumidores.”

Esta é a perspectiva publicizada pelas empresas. Mas é necessário analisar também outros direitos fundamentais que se envolvem neste debate.

3. Liberdade de locomoção e reunião e o direito ao lazer de crianças e adolescentes

O direito à liberdade de locomoção é um princípio constitucional que garante a todos os indivíduos o direito de se moverem livremente dentro do território nacional. Esse direito está relacionado à liberdade de ir, vir e permanecer, permitindo que as pessoas se desloquem, circulem e escolham seu local de residência, trabalho, estudo ou lazer, de acordo com sua vontade e necessidades. Esse direito também é reconhecido em vários tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Criança. Ele é considerado um direito fundamental, intrínseco à dignidade da pessoa humana e sua restrição só é admissível em situações limitadas e justificadas, de acordo com a legislação aplicável e os princípios da razoabilidade e legalidade.

Entende-se que esse direito abrange a locomoção e a livre circulação em espaços públicos e espaços particulares de acesso ao público em geral.

Como ensina Norberto Bobbio (2004, p. 20): “(...) todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado”.

É o que também consagram os arts. 15 e 16 do ECA:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; (...) IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

No entanto, é importante ressaltar que o direito à liberdade de locomoção pode ser restrito em certas circunstâncias, como por razões de segurança nacional, ordem pública ou proteção de direitos de terceiros, desde que essas restrições sejam proporcionais e justificadas de acordo com os princípios do Estado de Direito, sendo essencial para garantir a liberdade individual, a igualdade de oportunidades e a participação plena dos jovens na vida em sociedade.

A liberdade de reunião também é um princípio constitucional estabelecido na Carta Magna, no art. 5º, XVI que diz exatamente assim: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...)”, ou seja,

refere-se ao direito dos indivíduos se reunirem pacificamente em grupo para expressar suas opiniões, discutir questões de interesse comum e promover a participação cívica e social. No contexto dos jovens, a liberdade de reunião é especialmente importante, pois permite que eles se organizem, manifestem suas opiniões e se engajem em atividades coletivas que visam à promoção de seus interesses e direitos.

Segue o entendimento do Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2022, p. 423):

(...) direito de reunião pressupõe um agrupamento de pessoas (elemento subjetivo). Não será, porém, todo agrupamento de pessoas que dará lugar a uma reunião, protegida constitucionalmente. O ajuntamento espontâneo em torno de um acontecimento inesperado na rua não espelha a figura protegida constitucionalmente. A reunião deve ostentar um mínimo de coordenação (elemento formal). A aglomeração deve ser o resultado de uma convocação prévia à coincidência de pessoas num mesmo lugar. Quem participa da reunião deve integrá-la conscientemente. O indivíduo que porta um cartaz com palavra de ordem à frente de uma multidão que sai de uma estação do metrô não está participando de uma reunião e pode até ser chamado a, por exemplo, desobstruir uma passagem, sem poder invocar o exercício do direito constitucional em estudo. Tampouco é exercício do direito de reunião o encontro casual de automóveis em ruas e pistas, em que habitualmente os carros afluem para, com buzinas, comemorar algum resultado esportivo. Não se exige, de toda sorte, para caracterizar uma reunião, que se perceba no grupo uma estrutura organizada em pormenores, como é o caso quando se cogita da existência de uma associação.

O art. 21 do Pacto de Direitos Civis e Políticos (promulgado no Brasil pelo Decreto 592/92) e o art. 15 da Convenção Sobre os Direitos da Criança (vigente no Brasil desde a expedição do Decreto 99.710/90), também proclamam o direito de quaisquer pessoas, infantes ou adultas, realizarem reuniões pacíficas.

Ainda nos arts. 6º, 215 e 227 da Constituição Federal, o direito ao lazer está descrito na Constituição Federal como sendo direito social. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer (...) e diz respeito à sua capacidade de desfrutar de momentos de recreação, descanso e entretenimento. Esse direito está relacionado ao bem-estar físico, emocional e social dos jovens, reconhecendo a importância de atividades lúdicas e de lazer para o seu desenvolvimento integral. Pode-se dizer que o lazer e a diversão para os jovens devem envolver o acesso a espaços e recursos que permitam a prática de atividades culturais, artísticas e de entretenimento, incluindo assim o acesso a parques, shoppings, bibliotecas, teatros, cinemas, museus e outros tantos espaços físicos destinados ao público jovem.

Como explica José Afonso da Silva (2012, p. 187): “Lazer é entrega à ociosidade repousante. Recreação é entrega ao divertimento, esporte, ao brinquedo. Ambos se

destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos, repletos de folgedos e alegrias”.

A liberdade de reunião, o direito ao lazer e o direito de locomoção são para os jovens, direitos fundamentais para promover sua participação ativa na sociedade e assim estimular seu desenvolvimento pessoal, fortalecendo a construção de uma cidadania plena para o exercício da democracia. Esses direitos devem ser protegidos e garantidos, proporcionando aos jovens oportunidades de expressão, interação social e enriquecimento cultural.

4. Análise da constitucionalidade da prática de impedir o ingresso e a permanência de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis em shopping centers

O problema central do trabalho será analisar a constitucionalidade do impedimento do ingresso de menores (crianças e adolescentes) desacompanhados dos pais, responsáveis ou representante legal, em estabelecimentos como shopping center ou afins.

A restrição a direitos fundamentais ocorre nas hipóteses de permissão constitucional e em caso de conflito entre direitos da mesma estatura normativa.

Considerando o objeto deste trabalho, verifica-se que, constitucionalmente, a liberdade de locomoção pode ser limitada em caso de guerra, como se apreende em uma interpretação *a contrario sensu* do texto: “art. 5º, XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;”. Interpretação que também decorre do art.139 da Constituição Federal ao admitir que a decretação do Estado de Sítio pode obrigar a permanência em localidade determinada.

A liberdade de reunião pode ser constitucionalmente limitada se seu objetivo não for pacífico (Art. 5º, XVI, CF/88). E o direito ao lazer (art. 6º) não possui restrição constitucional expressa.

O direito ao lazer (art. 6º) não possui restrição constitucional expressa. Como ensina Flávio Martins (2022, p. 524): “Embora seja um direito fundamental importantíssimo, entende-se que é regido pela sistemática geral dos direitos sociais, que exige o maior cumprimento possível, mas dentro dos limites da razoabilidade, proporcionalidade e reserva do possível”. Em suma, depende bastante do orçamento público para a sua efetivação.

A livre iniciativa, como fundamento do Estado, encontra sua restrição clara nos valores sociais do trabalho que foram conjuntamente colocados no mesmo inciso da Constituição (Art. 1º, IV).

O direito do consumidor, como norma de eficácia limitada, foi inteiramente desenhado infraconstitucionalmente. O direito à segurança, como direito social, presente no art. 6º da Constituição do Brasil também não está cingido de forma patente no texto da norma Maior.

Pode-se, então, concluir que a Constituição, de forma expressa não é capaz de apresentar uma solução para o problema em debate e isso não significa entender que os

direitos fundamentais em discussão não podem ser limitados, já que há outra hipótese de restrição que é exatamente o cerne da questão deste artigo: o conflito entre direitos.

A doutrina e a jurisprudência são fartas na afirmação de que a restrição a direitos fundamentais exige o respeito ao princípio da razoabilidade. Mas antes de adentrar este tema, é fundamental também que se discuta a questão da forma como a contenção deve acontecer.

Leis formais e decisões judiciais, por respeitarem o princípio democrático e o devido processo legal, estão aptas a positivarem os limites aos direitos fundamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, como norma especial da situação ora analisada, é lei formal que merece um olhar apurado, notadamente o seu art. 149.

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I – a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

Este artigo de lei, embora extenso, é necessário de ser transcrito neste artigo dada à sua importância.

Por expressa disposição normativa, o juiz está autorizado a editar portaria, classificada como norma infralegal, a fim de restringir a entrada de crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais, nos locais que menciona.

A norma infralegal encontra seus próprios limites do arcabouço formal superior que permitiu a sua criação, no caso o ECA, não estando autorizada a inovar o ordenamento jurídico, além do estabelecido pela lei.

O que se depreende do artigo é que a portaria tem autorização legal para limitar a entrada e permanência de crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais nos locais que menciona, desde que se observem os fatores descritos no §1º do mesmo artigo e seja fundamentada caso a caso, vedadas as disposições de caráter geral.

Neste sentido, uma portaria somente seria válida do ponto de vista formal se não tiver caráter geral.

Desse modo, Ildeara de Amorim Digiácomo e Murillo José Digiácomo (2020, p. 315-316) explicam, dentre outras coisas, que:

A competência normativa da Justiça da Infância e da Juventude está restrita às hipóteses taxativamente relacionadas no art. 149, do ECA, que de maneira expressa veda determinações de caráter geral (cf. parágrafo segundo do citado dispositivo), posto que não cabe à autoridade judiciária “legislar” e, muito menos, decidir de forma contrária à lei e à Constituição Federal. Fora das hipóteses restritas do art. 149, incisos I e II, do ECA, portanto, o Juiz da Infância e da Juventude não tem competência para expedição de portarias e alvarás, e qualquer ato judicial que extrapole os referidos parâmetros/limites legais será nulo de pleno direito (...). Assim sendo, não há mais lugar para práticas arbitrárias de outrora, como os famigerados “toques de recolher” que, embora bastante comuns à época do revogado “Código de Menores”, hoje violam de forma expressa não apenas o âmbito da competência normativa da Justiça da Infância e da Juventude, mas as próprias disposições contidas nos arts. 3º; 4º, caput; 5º; 15; 16, inciso I e 18, do ECA, bem como o disposto no art. 5º, inciso XV, da CF (que assegura a todos, independentemente da idade, o direito de ir e vir dentro do território nacional). Importante observar que, mesmo nas hipóteses em que a Lei confere à Justiça da Infância e da Juventude a competência para expedir portarias e alvarás, a atividade jurisdicional deve ser exercida com a estrita observância de determinadas regras e parâmetros, mais uma vez sob pena de nulidade do ato respectivo. As únicas hipóteses que admitem a regulamentação judicial via portaria são aquelas expressamente relacionadas no inciso I deste dispositivo, não tendo a autoridade judiciária competência para abranger situações ali não contempladas(...) (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2020, p. 315316).

Observa-se, portanto, que, salvo nos casos específicos listados no art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a autoridade judiciária não tem o poder de restringir o direito de locomoção de crianças e adolescentes, impondo uma espécie de “toque de recolher” para aqueles que estão fora de casa sem a companhia dos pais ou responsáveis, como ocorria anteriormente com o revogado Código de Menores.

Na perspectiva da razoabilidade, é necessário se perguntar se a restrição à liberdade de locomoção, reunião e lazer de crianças e adolescentes é proporcional quando em conflito com a livre iniciativa e a segurança destes mesmos menores.

Em artigo publicado sobre o tema, Ana Flávia Canuto Veloso e Helen Corrêa Solis Neves (2020, p. 46) ensinam a lição de Alexy.

A máxima da proporcionalidade é composta por três máximas parciais que devem ser observadas ao se resolver a colisão entre os princípios. A primeira analisa a dimensão jurídica: a chamada proporcionalidade em sentido estrito verifica se as vantagens da restrição ao direito superam as desvantagens. As duas outras estão relacionadas ao plano fático: adequação, que observa se a restrição estabelecida alcançará o fim desejado; e necessidade, em que se analisam se não há meios menos gravosos de se proceder perante o caso. (Alexy, 1999, p. 277-278).

Sobre esse tema exposto, Edilson Farias, assim se expressa, em resumo:

(...) Nessa ordem de ideias, cumpre evocar que, embora nem toda intervenção realizada no âmbito de um direito fundamental constitua uma restrição (limitação do âmbito de proteção do direito fundamental), pois às vezes o que a lei faz é determinar ou regulamentar com mais precisão o conteúdo do direito fundamental (configuração), nos casos específicos de restrição, entretanto, o legislador tem limites, máxime aqueles gizados pelo núcleo essencial e a máxima da proporcionalidade. Vale dizer: a lei restritiva não deve atingir o "coração" do direito fundamental em questão, desfigurando-o, a pretexto de regulamentá-lo e, igualmente, o legislador ordinário não deve impor medida restritiva ao direito fundamental inadequada, desnecessária e sem ponderação dos valores em jogo (máximas parciais da regra da proporcionalidade). Em suma, lei ocisiva de núcleo essencial do direito fundamental ou da regra da proporcionalidade será manifestadamente inconstitucional. (FARIAS, 2000).

Compreende-se que, o próprio legislador não pode impor medidas restritivas inadequadas, desnecessárias e sem ponderação dos valores e garantia fundamentais em jogo, portanto o Poder Judiciário também não o pode fazer de forma arbitrária. De fato, o art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o direito à liberdade abrange diversos aspectos, incluindo o direito de ir, vir e estar nos espaços públicos e comunitários, sujeito às restrições legais. Portanto, qualquer restrição a esse direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários só pode ser imposta por meio de uma lei formalmente estabelecida, porém de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido o ministro de Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão julgou o Habeas Corpus n. 320.938, julgado em 05/06/2015, em que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo foi a impetrante contra o ato de indeferimento da liminar no HC do TJSP (n. 2052411-64.2015.8.26.0000). Neste caso o relator suspendeu os efeitos de uma portaria que impedia o livre acesso de jovens em centros comerciais e shopping centers da comarca de Ribeirão Preto (SP):

(...)Em tese, o direito à integridade física pode ter mais peso do que o direito de ir e vir ou do direito ao lazer. Contudo, (...) o impedimento à entrada e permanência de crianças e adolescentes em centros comerciais não evita eventuais danos à integridade física dos menores. Pelo contrário, se os pais não podem acompanhá-los, estes ficarão nas ruas ou parques expondo-se a riscos ainda maiores ou ficarão em casa privados do convívio com outras crianças e adolescentes e do lazer(...)concedo a ordem liminar de ofício para suspender os efeitos das portarias (,,), a fim de *restabelecer o integral direito de locomoção de todas as crianças e adolescentes.* (grifo nosso).

O ministro ainda completa que “...assim, o conflito entre o direito à integridade física dos menores e o direito ao lazer é apenas aparente. Na verdade, o único interesse protegido é o econômico dos centros comerciais”, ficando evidente que na sua fala que os direitos das crianças e adolescentes, como o direito de ir e vir, de reunião e de lazer, devem sempre prevalecer diante do interesse econômico desses estabelecimentos.

Assim, é fundamental que qualquer medida restritiva imposta ao direito fundamental de liberdade seja devidamente embasada em lei, considerando a necessidade, a proporcionalidade e a ponderação adequada dos valores. Isso garante que os direitos individuais sejam preservados e que as restrições sejam aplicadas de maneira justa e em conformidade com os princípios constitucionais. O Poder Judiciário, ao analisar casos que envolvam restrições a esse direito fundamental, deve agir com base na legislação existente e garantir a preservação dos direitos e liberdades individuais.

Não bastasse isso, advertem Daniel Vizzotto Pinheiro e Maura Peixoto Xavier Rodrigues (2015):

Como já visto, os adolescentes possuem garantias fundamentais como todo cidadão. Com a legislação constitucional do Brasil e ainda ECA, nos dias de hoje, fica claro que a proibição de adolescentes desacompanhados dos pais nos shoppings fere gravemente o princípio da proteção integral. Tal restrição afeta profundamente os direitos estipulados no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, pois acaba criminalizando os infantes, fazendo até mesmo uma volta ao tempo da vigência do Código de Menores, ocasião que era pregada a Doutrina da Situação Irregular. Ou seja, a partir do momento que um lugar público proíbe o acesso de adolescentes desacompanhados de responsáveis, a sociedade acaba negando garantias fundamentais, como o direito

ao lazer e ao direito de ir e vir existindo, assim, uma fuga do princípio da proteção integral. Nesta toada, é válido ressaltar a importância do Shopping para adolescentes, tendo em vista que é um lugar movimentado e público. A “sociedade como um todo” está ali dentro. Um Adolescente, para o seu desenvolvimento, necessita ter a experiência desse convívio com várias pessoas de todos os cantos de uma cidade. Assim, um shopping quando barra a entrada de adolescentes acaba “retirando” os mesmos de dentro da sociedade, e demonstrando para os próprios adolescentes que eles não possuem os mesmos direitos que qualquer outro cidadão, como o direito de ir e vir, da liberdade de reuniões pacíficas e até mesmo a proteção da dignidade da pessoa humana.

A principal função dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos, liberdades e garantias, é proteger a pessoa humana e sua dignidade perante os poderes do Estado. Os direitos fundamentais desempenham o papel de defensor primordial dos cidadãos em duas perspectivas: 1) eles estabelecem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo principalmente suas interferências na esfera jurídica individual; 2) eles implicam o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e exigem ações dos poderes públicos para evitar agressões prejudiciais por parte deles (liberdade negativa) em um nível jurídico-subjetivo. Tal qual o ilustre jurista português Canotilho nos diz:

A primeira função dos direitos fundamentais - sobretudo dos direitos, liberdades e garantias - é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Os direitos fundamentais cumprem a função de direito de defesa (ou de liberdade) dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 2002, p. 405).

É essencial ressaltar que o agrupamento desses jovens não é motivado por reivindicações específicas, não apresenta nenhum envolvimento político ou partidário, e não está ligada a conflitos para a defesa de grupos sociais minoritários. Esses jovens simplesmente sentiram a necessidade de estarem juntos no mesmo local e ao mesmo tempo.

Todas as análises jurídicas do tema devem ser realizada à luz do que dispõe o *caput* do art. 227 da Constituição: a criança, o adolescente e o jovem possuem prioridade absoluta. E prioridade somente pode ser uma. Se houver mais de uma, há que se estabelecer a prioridade da prioridade, o que é uma contradição em termos.

A Convenção Internacional de Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1992,

estabelece em seu preâmbulo:

(...) a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, *liberdade, igualdade e solidariedade*; (grifo nosso).

Logo, a preponderância da livre iniciativa e do direito do consumidor no caso em questão encontra óbice constitucional patente.

Contudo, a questão da segurança há que ser considerada. Há risco real de que crianças e adolescentes estejam em perigo, caso frequentem shoppings centers desacompanhados dos seus pais?

Obviamente que o risco existe, porque é impossível eliminá-lo na esfera da vida humana, mas ele pode ser mitigado através de uma atuação séria dos empresários.

É responsabilidade do estabelecimento comercial e seus administradores garantir a segurança de seus frequentadores, não podendo ser transferida tal responsabilidade ao Poder Público, através da simples conveniência de proibir o ingresso de qualquer jovem, pois isto viola, de forma muito drástica direitos outros de crianças e adolescentes.

Embora tenham a livre iniciativa para gerir seus negócios, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais obriga particulares a respeitarem o direito de crianças e adolescentes.

Isto posto, sabemos que a liberdade de crianças e jovens no Brasil, conforme estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é um direito protegido e deve ser exercido de forma responsável, considerando seu processo de desenvolvimento e garantindo sua segurança, proteção e participação ativa na sociedade.

5. Conclusão

Neste artigo, propôs-se a analisar cientificamente a constitucionalidade da restrição da entrada e permanência de crianças e adolescentes em centros comerciais do tipo shopping centers.

Foram analisados os direitos à liberdade de locomoção, reunião e lazer de crianças e adolescentes, bem como a livre iniciativa e o direito do consumidor, além do direito à segurança.

Após estes estudos, o trabalho discutiu a questão da restrição aos direitos e, por isso, conclui que não são constitucionais as limitações à entrada e permanência de crianças e adolescentes, desacompanhadas dos pais, em estabelecimentos como shoppings centers.

A sociedade e os donos de shopping centers não podem violar as garantias de nenhum de seus cidadãos, inclusive as crianças e adolescentes. Nesse contexto, é essencial que todos, a família, a sociedade e o Estado respeitem as garantias fundamentais dos

adolescentes expressas na Constituição Federal de 1988, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como os direitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A restrição da entrada e permanência de crianças e adolescentes nos Shopping Centers, quando desacompanhados de seus responsáveis, é um problema atual que precisa ser articulado, uma vez que tais medidas desprezam os direitos das crianças e se preocupam apenas com a abordagem comercial do estabelecimento, negligenciando neste caso o aspecto do lazer e da vida em comunidade. Conseqüentemente, é necessário que os pilares responsáveis por garantir os direitos da criança e do adolescente - família, sociedade e Estado - estejam mais atentos às irregularidades existentes.

Sabe-se que é fundamental priorizar os interesses das crianças antes de quaisquer outros, pois a garantia dos direitos “infantis e juvenis” é abrangente, exclusiva e completa. Posto isto, à medida que trata de restringir a entrada de adolescentes desacompanhados nos shoppings é simplesmente uma violação dessas garantias, pois elas foram negligenciadas ou nem mesmo levadas em conta durante a tomada dessa decisão da restrição.

Importante salientar que a mera existência de uma portaria emitida pela autoridade judicial não é suficiente para promover a limitação, haja vista a necessidade de compatibilizá-la com o ECA e também com a Constituição Federal.

Assim, o esforço argumentativo para se promover esta espécie de restrição deve ser consistente e mais exigente, sob pena de banalização do direito de crianças e adolescentes.

Embora este trabalho tenha se centrado na discussão que envolve os shoppings centers, é claro que este entendimento há que ser utilizado também para outros locais e situações. Sabe-se que nas periferias urbanas há muita violação de direitos de crianças e adolescentes pobres como, por exemplo, a retirada destes jovens do transporte público simplesmente porque se dirigem a locais da cidade considerados mais ricos. A justificativa apresentada para tais atos é a mesma dos shoppings centers: prevenir problemas, vez que são tidos como riscos sociais. Assim, a argumentação elaborada neste trabalho deve ser estendida também para estas situações, sob pena de violação da ideia de igualdade e perpetuação das históricas discriminações existentes na sociedade brasileira.

6. Referências bibliográficas

BACHETT, Herbert; LOPES, Cléber da Silva. **O poder de revista da segurança privada: os fundamentos e limites das revistas realizadas em consumidores**. 2020. Disponível em https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/7812/1/RBCP_N1_P203-226.pdf. Acesso em 27 ago. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 320.938-SP, 2015/0080619-0, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJU 05/06/2015.

DIGIACOMO, Murillo José; DIGIACOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 8. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2020.

FARIAS, Edilsom. Restrição de direitos fundamentais. **Seqüência**, Florianópolis, v. 21, n. 41, 2000, p. 67-82. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416/13989>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

LEITE, Marcelo Lauar. Descortinando um direito fundamental: notas sobre a livre iniciativa. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos (UFRN)**, v. 6, n. 2, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5795>>. Acesso em: 27 ago. 2023.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais: em tempos de crise econômica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MILAN, Gabriel Sperandio; GASPARIN, Francieli Montanari; DE TONI, Deonir. A configuração da imagem de um shopping center na percepção de consumidores locais. **Revista Eletrônica de Administração**, Porto Alegre, n. 19, abr. 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/read/a/JFzzPshdtQNqj53rwMb6yfR/?lang=pt#>>. Acesso em 27 ato. 2023.

PINHEIRO, Daniel Vizzoto; RODRIGUES, Maura Peixoto Xavier. A proibição de entrada de adolescentes desacompanhados de pais ou responsáveis nos shoppings: ferimento dos direitos fundamentais e da proteção integral ou necessidade pública? **UNISC**, Santa Cruz do Sul, 2015, Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/viewFile/14284/2735>>. Acesso em: 03 jun. 2023.

PINTAUDI, Silvana Maria. **O templo da mercadoria: estudo sobre os shopping centers do Estado de São Paulo**. São Paulo: USP. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Geografia da faculdade de Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 2012.

TOLEDO, Marcelo. Shoppings de SP e MG vão à Justiça para barrar adolescentes sozinhos. **Folha de São Paulo**. Cotidiano, maio 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1625281-shoppings-de-sp-e-mg-vao-a-justica-para-barrar-adolescentes-sozinhos.shtml>>. Acesso em 27 ago. 2023.

VELOSO, Ana Flávia Alves Canuto; NEVES, Helen Corrêa Solis. Restrição à liberdade de locomoção e reunião no Brasil em tempos de pandemia: limites e possibilidades, p. 43-62. In: MESQUITA, Gil Ferreira de; ALVES, Jonatan de Jesus Oliveira. **Desafios jurídicos da pandemia**. Uberlândia : LAECC, 2020.

Superendividamento: aspectos da Lei nº 14.181/21 e a lacuna quanto ao crédito imobiliário

Nayara Aparecida Silva Miranda¹

Vitor Costa Silva²

Resumo: O estudo tem por objetivo analisar os aspectos da lei de proteção ao superendividamento e aprofundar sobre a ausência da proteção referente ao crédito imobiliário. O superendividamento de consumidores é um relevante problema econômico, social e jurídico da sociedade contemporânea de consumo, uma vez que o ato de consumir trata-se de estar incluído socialmente. Aqueles que têm o seu crédito suprimido, encontram-se excluídos da sociedade consumerista. O comportamento da sociedade contemporânea é consumista sob o ponto de vista social, e o comportamento dos núcleos da população frente ao crédito deve ser debatido. A lei do superendividamento e seus desdobramentos são apresentados de forma multidisciplinar, através da prevenção e do tratamento. O presente trabalho adota como metodologia o método indutivo, partindo de uma generalidade e discorrendo sobre a proteção constitucional ao consumidor, desenvolvendo os conceitos de vulneráveis e hipervulneráveis. Após isso, serão discutidas as características da lei de prevenção do superendividamento e a forma de tratar as excessivas dívidas. Por fim, abordará a especificidade da lei 14.181/21 ao não prever tratamentos referentes aos créditos imobiliários, através do método de pesquisa bibliográfica. Tal método se justifica pela vasta quantidade de estudos acadêmicos e livros que abordam o superendividamento.

Sumário: 1. Introdução 2. Aspectos do superendividamento 3. Enfrentando desafios: o superendividamento e a hipervulnerabilidade dos idosos 4. Desafios do financiamento imobiliário no contexto do superendividamento 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Superendividamento. Consumidor. Vulnerabilidades.

1. Introdução

O consumidor, agente constitucionalmente vulnerável, é definido pelo do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, como sendo toda pessoa física ou jurídica que

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo Mineiro. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso, no Semestre de 2023-1. E-mail: nmiranjesus@gmail.com.

² Advogado. Pelo IBMEC/Damásio concluiu as Especializações em Processo Civil e em Direito Civil e Empresarial. Preceptor no Centro Universitário do Triângulo – UNITRI, com atuação junto ao Núcleo de Prática Jurídica. E-mail: cvitorsilvaadv@gmail.com.

adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Enquanto o fornecedor, aquele que integra o outro polo da relação de consumo, encontra sua definição no art. 3º do CDC.

Apresentados os agentes da relação de consumo, é importante destacar a vulnerabilidade do consumidor. Na relação consumerista, este não detém o conhecimento absoluto referente ao produto. Ressaltando que o princípio da vulnerabilidade do consumidor é um desdobramento do princípio da Isonomia, pois equiparar o consumidor ao fornecedor, detentor de todas as informações referentes ao produto.

Bittencourt (2004, p. 258) propõe em seu texto:

O reconhecimento da vulnerabilidade é unívoco no mundo. A resolução da ONU nº 29/248 reconhece que os consumidores estão em desequilíbrio no tocante à condição econômica, educacional e capacidade financeira. Para o Prof. João Batista de Almeida, não há dúvida de que, quando se refere a desequilíbrio, a Resolução o faz no significado de hipossuficiência, e, pois, vulnerabilidade. Como assinalamos, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconhece implicitamente esse princípio no art. 5º, XXXII, quando determina que ao Estado cabe a defesa do consumidor. Aliás, ao situá-lo no Título 11, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, o legislador propicia indicações de que o tratou como direito humano. Mais adiante, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, dispõe ser um dos princípios o da defesa do consumidor (Art. 170, V). Ao refletir sobre essa formulação, parece claro que só se defende quem está em posição de desvantagem; estando estas normas defendendo a parte mais fraca, vulnerável, muito embora se objetive a livre concorrência.

Reconhecer esse desequilíbrio é necessário para compreender as falhas sistêmicas e para identificar as limitações da legislação atual, buscando abordagens mais efetivas na proteção ao consumidor, conforme previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXII, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Com isso, princípios como função social dos contratos, força obrigatória dos contratos (derivada do conceito de autonomia privada) e a boa-fé objetiva, surgem como uma forma de proteção ao consumidor também. Esses princípios tentam minimizar a vulnerabilidade presente na relação.

Neste momento, visando proteger o consumidor por meio da prevenção ou do tratamento do superendividamento, surge a lei 14.181/2021. Assim, surge a necessidade do presente estudo, para analisar as características da lei e identificar eventuais lacunas. Isso deve ser abordado, uma vez que aqueles que se encontram em grau elevado de endividamento, enfrentam severos desafios para recuperar seu crédito perante a sociedade novamente. Debater este tema é necessário para garantir a proteção dos direitos dos consumidores, assegurando uma atuação mais eficaz do sistema jurídico no enfrentamento desse problema social.

2. Aspectos do superendividamento

O conceito de superendividamento refere-se à situação em que o consumidor, pessoa física, de boa-fé e que se encontra impossibilitado de quitar todas as dívidas de consumo sem prejudicar sua subsistência mínima, conforme conceitua Cláudia Lima Marques (2013, p. 39).

Aqueles que se encontram nesta situação, a Lei nº 14.181/21 apresenta soluções para o tratamento e prevenção do superendividamento, como a negociação de dívidas, podendo o consumidor estabelecer renegociação direta com os credores e instituições financeiras para planos de pagamentos. Segue artigo da Lei nº 8.078/90, CDC:

Art. 54-A. Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

Conforme podemos identificar, a lei é uma espécie de ‘recuperação judicial’ da pessoa física. Ela possui diversos requisitos para que aqueles que se encontram superendividados possam acionar o judiciário e renegociarem seus débitos, de forma que seja possível quitá-los sem que o consumidor sofra com o seu mínimo existencial, conceito este que será desenvolvido no decorrer do trabalho.

Sendo assim, podemos identificar algumas obrigatoriedades para utilizar a lei, sendo a boa-fé um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva dos contratos. Aqueles de boa-fé podem se encontrar em elevado grau de endividamento por diversos motivos, como a falta de escolaridade, a escassez de educação financeira e as práticas abusivas por parte de instituições financeiras. Esses são fatores cruciais que agravam o quadro do superendividamento.

Muitos consumidores, especialmente aqueles com baixo nível de instrução formal, enfrentam dificuldades em compreender os termos e condições dos contratos, o que os torna vulneráveis a cláusulas abusivas e armadilhas financeiras. A ausência de conhecimento sobre finanças pessoais contribui para a má gestão do orçamento e para a tomada de decisões financeiras desfavoráveis.

Difícilmente são percebidos os fatores sociais que conduzem a essa situação, como o baixo grau de escolaridade, a falta de educação financeira, as práticas comerciais abusivas (inclusive no campo da oferta da publicidade), a falta de informação e aconselhamento adequados por parte do fornecedor, além dos

acidentes da vida como desemprego, doença, morte na família. (BERGSTEIN; KRETZMANN; 2022, p. 22).

O superendividamento é comumente caracterizado pela doutrina como a incapacidade do devedor pessoa física de arcar com o pagamento de suas dívidas com o patrimônio e renda que possui. Este fenômeno pode resultar do consumo desequilibrado, resultante das influências da sociedade contemporânea de consumo aliada ao crédito. As transformações na sociedade de consumo modificam as necessidades de aquisição de bens, as quais passam a ser baseadas em um imaginário de poder e bem-estar. Este tipo de mentalidade acarreta novas urgências quanto à aquisição de bens, assim como promove uma sociedade embasada no consumo irrefletido.

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar um sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar da maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. (BAUMAN, 2008, p. 20).

Conforme o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), existem aproximadamente trinta milhões de pessoas em situação de superendividamento. Além disso, o Conselho Nacional do Comércio (CNC) traz o dado de que quase 80% das dívidas dos brasileiros são oriundas do cartão de crédito. Dessa forma, dado o avanço dessa desoladora e crescente condição econômica da população, mostra-se relevante do ponto de vista acadêmico a construção de conhecimento nessa temática.

O consumidor endividado é a pessoa física, leiga e de boa-fé que adquire bens e serviços com o intuito de adimplir com a obrigação, nos termos em que foi assumida, mas que, em decorrência de fatos sobre os quais não tem controle, é impedido de assim fazê-lo por não dispor de renda e/ou patrimônio suficiente. (SIQUINEL, 2018, p. 28).

Portanto, estão incluídas dentro do âmbito do superendividamento apenas os indivíduos de natureza física e de boa-fé. Isso significa que engloba aqueles que se encontram endividados devido a eventos inesperados da vida como desemprego, doenças na família, mortes e rupturas da estrutura familiar decorrente de divórcios, separações, entre outros.

A lei não protege um consumidor que propositalmente fez dívidas além de suas possibilidades, mas sim aqueles que enfrentam circunstâncias imprevistas e que causam impacto direto no seio familiar. Não há um valor fixo para definir o superendividamento, mas ele se configura pela impossibilidade de quitar as dívidas da pessoa física. Por exemplo, se o pagamento das dívidas compromete mais de 30% da renda líquida mensal do consumidor, é possível presumir que o mínimo existencial está sendo afetado,

resultando na incapacidade de arcar com despesas necessárias básicas para uma vida digna como alimentação, vestuário, higiene, saúde, transporte, entre outros.

Isso ocorre porque, mesmo diante da existência de uma gama de disposições normativas que objetivam proteger os consumidores vulneráveis, o ato de consumir representa, atualmente, muito mais do que uma simples compra de objetos, ou contratação de serviço, em si mesma considerada. Diametralmente, como resultado de uma perigosa e profunda inversão de valores e percepções, experimentada diariamente pelos indivíduos contemporâneos, os quais são envoltos pelos certos e irresistíveis apelos do mercado e das mídias, o consumo ganhou status de referencial de existência e satisfação humana (SANT'ANNA; NASCIMENTO PEREIRA; CONSALTER, 2020, p. 68).

O impacto na saúde dos indivíduos superendividados também compromete sua produtividade no trabalho e nos estudos, criando um círculo vicioso difícil de ser quebrado. As consequências devastadoras do superendividamento são perpetuadas sem perspectivas concretas de uma solução futura. É importante ressaltar ainda que essa condição afeta diretamente o mínimo existencial das famílias, violando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 5º, III).

3. Enfrentando desafios: o superendividamento e a hipervulnerabilidade dos idosos

O conceito de hipervulnerabilidade surge quando o vulnerável acumula condições que agravam ainda mais a situação de desvantagem junto ao fornecedor.

[...] a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos) ou sua situação de doente (assim como o caso do glúten e as informações na bula de remédios). (MARQUES, et. al. 2013, p. 360).

A incessante pressão das instituições financeiras com as propostas de empréstimos consignados nos benefícios previdenciários, frequentemente utilizados para auxiliar familiares em situações difíceis, agrava a problemática do superendividamento dos idosos, tornando-a ainda mais preocupante e necessitando de atenção especial devido à sua hipervulnerabilidade. Eles vivem com recursos limitados,

dependendo de aposentadorias ou pensões, que podendo não serem suficientes para cobrir suas despesas básicas.

A população idosa é um grupo especialmente vulnerável a situações de endividamento excessivo, o que pode resultar em consequências financeiras, psicológicas e até mesmo na perda de sua dignidade e qualidade de vida. Muitos idosos possuem renda limitada, dependendo principalmente de suas aposentadorias, o que torna difícil arcar com os encargos financeiros de um financiamento imobiliário de longo prazo. Além disso, a falta de atualização tecnológica e de familiaridade com ambiente digital pode dificultar o acesso a informações e recursos online, prejudicando sua capacidade de comparar opções, negociar termos favoráveis e tomar decisões.

Em observância à doutrina e à jurisprudência, uma vez que não existe no ordenamento jurídico dispositivo que tutele especificamente sobre esse grupo de consumidores, definem-se por hipervulneráveis os consumidores que possuem vulnerabilidade intensificada diante das relações de consumo. Dentre eles, idosos, crianças, analfabetos, doentes, qualquer indivíduo que possua a vulnerabilidade intrínseca ao consumidor, somada com a fragilidade específica que o atinge. (SCHMITT, 2014, p. 217).

A fragilidade física e mental associada ao envelhecimento também aumenta a suscetibilidade dos idosos a práticas abusivas por parte de instituições financeiras. Diante desses desafios, é necessário estar atento para as necessidades específicas dos idosos, promovendo medidas de proteção adequadas, como educação financeira direcionada, assistência jurídica e políticas de inclusão digital acessíveis.

Os consumidores hipervulneráveis merecem atenção especial quando se trata do tema do superendividamento. Esses consumidores, caracterizados pela sua fragilidade econômica e social, estão mais suscetíveis a serem prejudicados pelas práticas abusivas e pela falta de informação adequada por parte das empresas. Conforme citam Cláudia Lima Marques e Antônio Benjamin:

“A jurisprudência brasileira tem reconhecido que dentro do conceito de vulnerabilidade estão abarcados sujeitos cujas características próprias (sociais, biológicas e econômicas) os conferem um nível ainda maior de ‘fraqueza’ (vulnerabilidade agravada) frente aos fornecedores.

[...]

É por isso que a Lei 14.181/2021 incluiu regras de combate ao assédio de consumo a grupos, como os idosos. Em 30 anos de CDC observou-se que o nosso mercado é muito agressivo e abusa da fraqueza dos idosos, as novas regras visam proibir as práticas comerciais abusivas brasileiras que levam ao superendividamento destes consumidores.” (MARQUES; BENJAMIN, 2022, p. 356).

É fundamental, portanto, que sejam implementadas medidas específicas de proteção e amparo a esses consumidores, visando equilibrar a relação de consumo e garantir que eles não sejam prejudicados de forma desproporcional. Isso pode incluir ações como a facilitação do acesso a informações claras e adequadas, a oferta de linhas de crédito mais acessíveis e com juros mais baixos, além de políticas de educação financeira direcionadas para esse público. O objetivo é promover a inclusão e a igualdade de oportunidades, assegurando que os consumidores hipervulneráveis tenham condições justas e equitativas de participar do mercado de consumo, sem correrem o risco de se encontrarem em situações de vulnerabilidade financeira.

Difícilmente são percebidos os fatores sociais que conduzem a essa situação, como o baixo grau de escolaridade, a falta de educação financeira, as práticas comerciais abusivas (inclusive no campo da oferta e da publicidade), a falta de informações e aconselhamento adequados por parte do fornecedor, além dos acidentes da vida como desemprego, doença, morte na família. (BERGSTEIN; KRETZMANN, 2022, p. 22).

Outro fato marcante que contribuiu para o aumento do índice de endividamento foi a pandemia da COVID-19, conforme defendem Felipe Granito e Thiago Regis Donato no site Consultor Jurídico (2021). A crise sanitária e suas consequências, como o aumento do desemprego e a redução de renda de muitos consumidores, agravaram ainda mais a situação de superendividamento. A pandemia de COVID-19 trouxe desafios adicionais para os consumidores em situação de superendividamento. As restrições impostas pelo distanciamento social, a perda de empregos e a redução da renda afetaram diretamente a capacidade de pagamento das dívidas. Muitos consumidores enfrentaram dificuldades em honrar seus compromissos financeiros, aumentando ainda mais o quadro de superendividamento. De acordo com a Subsecretaria de Saúde Gerência de Informações Estratégicas em Saúde CONECTA-SUS, os idosos estão entre os que mais foram prejudicados pela pandemia. As taxas de letalidade entre os adultos com mais de 60 anos são mais elevadas do que em outras faixas etárias.

Diante do exposto, no que diz respeito à hipervulnerabilidade dos idosos diante do superendividamento, fica evidente a necessidade de ações efetivas e abrangentes para proteger essa parcela da população. É indiscutível que a legislação e as políticas públicas precisam estar alinhadas com as particularidades desse grupo, garantindo mecanismos de prevenção, tratamento e suporte adequados.

4. Desafios do financiamento imobiliário no contexto do superendividamento

O financiamento imobiliário é uma modalidade de crédito de grande relevância para a aquisição de moradia no Brasil. No contexto do superendividamento, essa forma de endividamento pode desempenhar um papel significativo, uma vez que a falta de uma regulamentação específica na Lei 14.181/2021 acerca do tratamento do financiamento imobiliário pode gerar lacunas e incertezas para os consumidores. Torna-se fundamental debater a ausência de dispositivos claros e abrangentes que regulem essa

modalidade de crédito na legislação atual, a fim de identificar os impactos dessa lacuna na proteção dos consumidores e sugerir possíveis medidas para mitigar os riscos do superendividamento relacionado ao financiamento imobiliário.

É imprescindível destacar a relevância do financiamento imobiliário para os consumidores e a ausência de sua inclusão na Lei 14.181/21 é uma lacuna significativa. Este crédito desempenha um papel fundamental na realização do sonho da casa própria, representando um dos maiores compromissos financeiros na vida de muitas pessoas. Ao não abordar o financiamento imobiliário, a legislação de superendividamento deixa uma lacuna preocupante, uma vez que não oferece oportunidades para proteger os consumidores nesse tipo de transação. Sem uma regulamentação adequada, os consumidores ficam expostos a riscos, práticas abusivas e falta de transparência por parte das instituições financeiras que concedem os financiamentos. Conforme afirma Cláudia Marques:

Desde o substitutivo aprovado em plenário e que será o PL 3515/2015 que o texto daquele parágrafo primeiro do Art. 104-A foi sendo modificado e inclui um maior número de limitações, mesmo que dívidas de consumo. O PL 3515/2015 já excluía a 'repactuação de dívidas com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural'. (MARQUES, 2022, p. 40).

Muitos consumidores, especialmente os de baixa renda, encontram-se em situações de extrema fragilidade financeira ao buscar uma moradia digna. Nesse contexto, a falta de acesso a crédito e a urgência em adquirir um imóvel podem levá-los a contratações precipitadas e desvantajosas. A ausência de uma proteção legal específica para esses consumidores hipervulneráveis deixa uma preocupação no sistema. Pois, apesar da dívida entrar na soma de todos seus débitos, para se discutir montante do débito do superendividado, os credores deste débito não são obrigados por lei a renegociarem para que o consumidor consiga se reestruturar.

Em outras palavras: se o consumidor tem um financiamento imobiliário para a Minha Casa Minha Vida ou programas semelhantes, no SFH, essas dívidas não serão repactuadas, nem as garantias por cédulas de crédito rural. As dívidas serão computadas para o cálculo do mínimo existencial, sem dúvida, assim como as dívidas em impostos em alimentos, mas não serão repactuadas ou incluídas no plano de pagamento. (MARQUES, 2022, p. 41).

A exclusão do financiamento imobiliário na legislação pode acarretar severas consequências para os consumidores que se veem na iminência de perder o imóvel adquirido por meio desse tipo de crédito. A possibilidade de perder a casa, que muitas vezes representa a estabilidade e segurança emocional para as famílias, gera profundo impacto psicológico. A incerteza em relação ao futuro, o medo da desestruturação

familiar e a sensação de fracasso podem levar a problemas de saúde mental, como ansiedade, depressão e estresse crônico.

O superendividado ativo inconsciente, por sua vez, é aquele que agiu impulsivamente, sem planejamento financeiro, mas também sem dolo de ludibriar os seus credores. Nestes casos, “o devedor superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu orçamento ou por ceder às tentações do consumo e da publicidade, na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológica e socialmente) se impõe” (KIRCHER, 2008, p. 74).

A dignidade humana é um princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal que resguarda a integralidade e o valor inerente a cada indivíduo. Nesse sentido, a garantia do direito à moradia digna não se restringe apenas à dimensão material, mas também inclui a proteção do aspecto emocional e psicológico dos indivíduos, assegurando que a dignidade humana seja preservada mesmo em situações de crise e vulnerabilidade. Segue artigo da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

Além disso, a perda do imóvel pode gerar um sentimento de desamparo financeiro e dificuldade de recuperação, uma vez que o patrimônio imobiliário muitas vezes é considerado um investimento em longo prazo. A falta de políticas de proteção adequadas nesse contexto pode agravar ainda mais o quadro, deixando os consumidores sem suporte adequado para lidar com as consequências psicológicas e financeiras.

Esta instabilidade financeira e esta gestão ‘no fio da navalha’ repercutem-se negativamente na sua produtividade, no seu desempenho social, nas suas relações familiares e na sua saúde física e psíquica. E especifica os impactos advindos do fenômeno ao descrever “estados depressivos, tendências suicidas, abuso de substâncias, violência doméstica, desespero e revolta são características observáveis nestes indivíduos e nas suas famílias”. (FRADE, 2012, p. 17).

Pelo exposto no que diz a respeito à exclusão do financiamento imobiliário torna-se evidente a necessidade de uma revisão e atualização da lei. É fundamental que sejam

adotadas medidas que assegurem a inclusão do financiamento imobiliário na lei de superendividamento.

5. Considerações finais

Com isso, pode-se concluir que a promulgação da legislação tem como objetivo alavancar o princípio da Isonomia, numa tentativa de equilibrar o consumidor vulnerável em relação ao fornecedor. Para isso, trouxe obrigações ao fornecedor para que conscientize seus consumidores no intuito de não se encontrem em estado de superendividamento, condição esta que prejudica a coletividade como um todo. Se o devedor não consegue quitar com seus débitos, isso gera prejuízo aos seus credores, que podem, em algum momento, deixar de cumprir também suas obrigações, criando uma cadeia de dívidas.

Em um segundo momento, a lei objetiva tratar aqueles que já se encontram nesta situação delicada, fornecendo meios que obriguem os credores a renegociarem o débito e as formas de pagamento, respeitando o mínimo existencial do endividado, para que este possa retornar ao mercado e quitar com seus credores, reiterando sempre o princípio da boa-fé.

Apesar da lei possuir suas vantagens para proteger o vulnerável e hipervulnerável, é essencial estar sempre aprimorando seu texto, por exemplo, a ausência de proteção referente ao crédito imobiliário. A exclusão do financiamento imobiliário na repactuação de dívidas traz desfechos desvantajosos para os consumidores, uma vez que o crédito imobiliário é uma das modalidades mais comuns e relevantes no endividamento. Essa exclusão deixa os consumidores desprotegidos, sem diretrizes claras sobre seus direitos e deveres. Portanto, são fundamentais que sejam adotadas medidas legislativas que abordem essa lacuna, visando à proteção e a promoção dos direitos dos consumidores no contexto financiamento imobiliários.

É crucial que a legislação seja constantemente aprimorada, visando proporcionar um ambiente mais seguro e amparado para essa população tão relevante e vulnerável. Além disso, é importante a promoção de debates e discussões que envolvam os diversos atores da sociedade, como instituições financeiras, órgãos de defesa do consumidor e entidades de apoio aos idosos, para que juntos possam desenvolver estratégias eficazes de enfrentamento do superendividamento e suas consequências negativas para essa parcela da população. Somente dessa forma, será possível garantir a proteção dos direitos dos idosos e promover uma vida digna e saudável para todos os cidadãos, independentemente de sua faixa etária.

Sendo assim, pode-se constatar que, com a evolução da sociedade, podem surgir novas modalidades de créditos que não estarão previstas expressamente em lei, sendo necessária uma abordagem principiológica mais ampla da legislação, objetivando à proteção dos vulneráveis.

6. Referências bibliográficas

ALENCAR JÚNIOR, Emilison Santana. Novo mínimo existencial é definido no Distrito Federal (Lei nº 7.239/2023). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, abr. 2023. Disponível em: <<https://jus.com.br/noticias/103856/novo-minimo-existencial-e-definido-no-distrito-federal-lei-n-7-239-2023>>. Acesso em: 1 maio 2023.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BATISTA, Roberta Reis. Lei do superendividamento. **Migalhas de Peso**, São Paulo, out. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/374867/lei-do-superendividamento>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Maritni. **Comentários à lei 14.181/2021: Atualização do CDC em matéria de superendividamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BERGSTEIN, Laís; KRETZMANN, Renata Pozzi. **Noções práticas de prevenção e tratamento do superendividamento**. São Paulo: Saraiva, 2022.

BITENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004, p. 248-265.

BRASILCON. Proposta de regulamentação do CDC por decreto presidencial: mínimo existencial. **Consultor Jurídico**. Garantias do Consumo. 21 out. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-21/garantias-consumo-proposta-regulamentacao-cdc-decreto-presidencial-minimo-existencial>>. Acesso em: 1 abr. 2023.

FARIA, Laura Stela Inácio. Análise da Lei 14.181 de 2021 e sua aplicabilidade imediata: métodos adequados de solução de conflitos nas situações de Superendividamento do Consumidor. **Conteúdo Jurídico**, dez. 2022. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/60650/anlise-da-lei-14-181-de-2021-e-sua-aplicabilidade-imediata-mtodos-adequados-de-soluo-de-conflitos-nas-situaes-de-superendividamento-do-consumidor>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

FRADE, Catarina. **Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas**. In: Congresso de Direito da Insolvência. Lisboa: Almedina, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à “Lei do Superendividamento” (Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável: uma primeira análise. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6.575, jul. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/91675/comentarios-a-lei-do-superendividamento-lei-n-14-181-de-1-de-julho-de-2021-e-o-principio-do-credito-responsavel>>. Acesso em: 14 maio 2023.

GARBI, Carlos Alberto. Superendividamento ou insolvência? **Migalhas**. Novos Horizontes do Direito, fev. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/novos-horizontes-do-direito-privado/360268/superendividamento-ou-insolvencia>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

GRANITO, Felipe; DONATO, Thiago Regis. Lei do Superendividamento é uma luz para o consumidor endividado. **Consultor Jurídico**, dez. 2021. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2021-dez-23/artx-lei-superendividamento-luz-consumidor-endividado>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

KAWAUTI, Marcela. 8 em cada 10 inadimplentes sofreram impacto emocional negativo por conta de dívidas. **CDL Gramado**, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.cdlgramado.com.br/8-em-cada-10-inadimplentes-sofreram-impacto-emocional-negativo-por-conta-das-dividas-revela-pesquisa-cndl-spc-brasil/>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando as soluções. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.) **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KIRCHER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, jan./mar. 2008, p. 70-74. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/84357>>. Acesso em: 15 maio 2023.

LIMA, Clarissa Costa. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

_____; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e o superendividamento. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.) **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; BERGSTEIN, Laís Gomes. Nova lei do superendividamento: um respiro para o consumidor. **Migalhas**. Migalhas de Peso, jul. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/349083/nova-lei-do-superendividamento-um-respiro-para-o-consumidor>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

OLIVEIRA, Janeson Vidal. A Lei do Superendividamento e o olhar do Poder Judiciário. **Consultor Jurídico**, nov. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-26/opiniaio-lei-superendividamento-olhar-judiciario>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

PAISANT, Gilles. A reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a cidade e a renovação Urbana. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.) **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO OLIVEIRA, Antônio Ítalo. O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50902/o-minimo-existencial-e-a-concretizacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

SALGADO, Igor de Alencar. Aspectos do superendividamento do consumidor idoso. **Jus Navigandi**, Teresina, abr. 2023. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/36742/aspectos-do-superendividamento-do-consumidor-idoso>>. Acesso em: 20 maio 2023.

SANT'ANNA, Adriana; PEREIRA, Dirce do Nascimento; CONSALTER, Zilda Mara. Boa-fé e superendividamento nas relações de consumo. p. 63-103. **30 anos do Código de Defesa do Consumidor**. Coleção Comunicação e Políticas Públicas. Agendas Fáticas. Boa Vista: Editora da UFRR. 2020. Disponível em: <<https://works.bepress.com/eloi/644/>>. Acesso em: 15 maio 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina TRF-4**, Porto Alegre, jul. 2008. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 15 mar. 2023.

_____. O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência. **Consultor Jurídico**, maio 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

_____; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revistas de Investigações Constitucionais**, Curitiba, jul. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

SIQUINEL, Roberto. **Tratamento jurídico do superendividamento do consumidor brasileiro no resgate da sua cidadania**. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania). Centro Universitário Curitiba. Curitiba, 2018.

Uma análise da possível fragilidade estatal na fiscalização e acompanhamento do trabalho externo do preso

*Diego Lopes Silva*¹

*Geilson Nunes*²

Resumo: A presente pesquisa teve por objetivo analisar a constitucionalidade da vedação Estatal do trabalho externo sob o argumento de fragilidade na fiscalização e acompanhamento dos condenados que cumpre pena de reclusão em regime fechado, ao questionar inicialmente a matéria que trata dos princípios constitucionais e a Lei de Execução Penal (LEP), observar-se-á a possibilidade de violação de direitos e garantias fundamentais. A LEP, que regulamenta o benefício do trabalho externo, não menciona expressamente a vedação desse tipo de trabalho em casos específicos, o que levanta são questões sobre a possibilidade de sua revogação. Salienta, também, que a deficiência na gestão do sistema de execução penal pode acarretar prejuízos irreparáveis ao apenado, uma vez que o trabalho tem por finalidade valorar aspectos humanizadores da pena. Além disso, argumentar-se-á que o trabalho externo não apenas qualifica o indivíduo preso, como também pode reduzir o tempo de cumprimento de pena, acelerando o processo de reintegração na sociedade. Para a elaboração do trabalho será utilizado o método de abordagem dedutivo, utilizando-se de um referencial teórico constitucional, legal e doutrinário.

Sumário: 1. Introdução. 2. Óbice do Estado em conceder benefício: trabalho para detentos no sistema prisional. 3. Trabalho externo de detentos em regime fechado no sistema prisional. 4. Fragilidade estatal na fiscalização e acompanhamento constitui óbice em conceder o benefício do trabalho externo. 5. Valoração dos aspectos de humanização. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Detentos. Ressocialização. Trabalho externo.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso, no semestre 2023-1. E-mail: dls.18@hotmail.com.

² Doutor em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, Especialista em Segurança Pública pela Fundação João Pinheiro, possui graduação em Direito pela Fundação Carmelitana Mário Palmério (2015). É Graduado em Ciências Militares com Ênfase em Defesa Social pela APM/MG (Curso de Formação de Oficiais - CFO) É Tenente Coronel PM. Leciona as disciplinas de Direito Penal, Processo Penal. Parecerista de Periódicos e Membro de Corpo Editorial de Revista Jurídica. Professor de Direito Penal e Processo Penal para os Cursos de Formação de Sargentos e Soldados da PMMG. Atualmente é docente na pasta de Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: capgeilson41@gmail.com.

1. Introdução

O objeto da presente pesquisa será proceder com um estudo científico sobre a fragilidade Estatal na fiscalização e acompanhamento do trabalho externo e questionar a matéria que trata dos princípios constitucionais, viola direitos e garantias fundamentais, como também a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, qual seja, a Lei de Execução Penal (LEP), que regulamenta esse benefício enseja apenas na revogação em casos específicos, inexistindo a expressão “vedação”.

O estudo do tema se justifica pela importância a presente questão, pois se fundamenta na proteção que possui no âmbito jurídico, especialmente no que diz respeito ao trabalho realizado pelos detentos e sua aplicação no contexto da Lei de Execução Penal em um estabelecimento prisional. O trabalho é reconhecido como uma ferramenta essencial para a ressocialização do preso e sua reintegração à sociedade.

Ressaltar-se-á que todo condenado com pena definitiva está obrigado ao trabalho no sistema prisional, mas é fundamental distinguir essa obrigação do trabalho forçado. O trabalho realizado pelos detentos tem uma dupla finalidade: educativa e produtiva. Para a obtenção dos resultados almejados na presente pesquisa, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, a partir de pesquisas das mais diversas fontes que tratam do tema, trazendo fatos exemplificativos e dados qualitativos para alcançar os resultados propostos. Sendo baseada na pesquisa de caráter essencialmente bibliográfico documental.

Assim, se buscará, com este trabalho científico, analisar lacuna legislativa que pode acarretar prejuízo a condenados à pena de prisão em regime fechado. Para tanto o artigo foi estruturado em três partes. Na primeira, a óbice do estado em conceder benefício: trabalho para detentos no sistema prisional. Posteriormente, trabalho externo de detentos no sistema prisional e por fim a fragilidade estatal na fiscalização e acompanhamento constitui óbice em conceder o benefício do trabalho externo. Esses elementos fundamentam-se na defesa da valorização do trabalho como um instrumento de ressocialização e humanização da pena.

2. Óbice do Estado em conceder benefício: trabalho para detentos no sistema prisional

A princípio, é importante destacar que a oferta do trabalho para detentos no sistema prisional é um assunto de grande relevância para a execução da pena, visto que existem duas formas em que o detento poderá realizá-lo, podendo ser interna ou externamente. Nesses casos, o trabalho pode configurar-se como sendo uma ferramenta de grande utilidade, pois além de qualificá-lo reintegra-o à comunidade, constituindo, a LEP em um instrumento adequado na reintegração social.

Ao lecionar sobre o trabalho penitenciário, Júlio Frabbrini Mirabete (2023) traz o conceito esclarecendo que a concepção do trabalho penitenciário seguiu historicamente a evolução experimentada na conceituação da pena privativa de liberdade. Inicialmente, estava ele vinculando à ideia de vingança e castigo e manteve essas características como forma mais grave e aflitiva de cumprir a pena de prisão. Mesmo depois, encontrando-se na atividade laborativa do preso uma fonte de produção para o Estado, o trabalho foi

utilizado nesse sentido, dentro das tendências utilitárias dos sistemas penais e penitenciários. Na moderna concepção penitenciária, o momento da execução da pena contém uma finalidade reabilitadora ou de reinserção social, assinalando-se o sentido pedagógico do trabalho.

Toda via, verifica-se que todo o condenado com pena definitiva, com exceção do preso provisório e o condenado por crime político (art. 31, parágrafo único e 200 da LEP)³, está obrigado ao trabalho penitenciário, o que não se pode confundir com trabalho forçado, proibido pela Constituição Federal (art. 5º, XLVII, alínea c)⁴. Nesse sentido, o trabalho dos detentos, além de ser um dever, constitui-se como um direito adquirido na execução da pena, estando ele ligado a uma dupla finalidade: educativa e produtiva.

Assim, Renato Marcão (2017, p. 213) assevera:

Modernamente predomina o caráter reeducativo e humanitário do trabalho penitenciário. Colabora na formação da personalidade do condenado, ao criar-lhe hábitos de autodomínio e disciplina social, e na preparação da reinserção social, ao dar ao recluso uma profissão, a ser posta a serviço da comunidade livre. Se, para todo homem, o trabalho é um instrumento de autorrealização e aperfeiçoamento, para o condenado será um instrumento de humanização e liberação.

Acompanhando esse raciocínio e visando demonstrar a necessidade de atuação positiva Estatal em atender a finalidade da pena privativa de liberdade e aos requisitos impostos pela Lei de Execução Penal, Mariel Muraro (2017, p. 138) aponta que:

Nesse sentido, toda a assistência que se espera do sistema prisional, prevista na LEP, é necessária para garantir um ambiente mais digno para quem cumpre pena. Não é possível pensar no retorno à sociedade de pessoas que vivem em condições sub-humanas e sem qualquer perspectiva de vida dentro ou fora da prisão. Nesse contexto, o trabalho, para fins de remição de pena, é uma das formas de se pensar na reinserção do preso na sociedade.

Faz-se necessário destacar que o trabalho é o meio principal de alcançar a ressocialização do recluso. Todavia, a superlotação carcerária, a falta de oferta de vagas

³ Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Art. 200. O condenado por crime político não está obrigado ao trabalho.

⁴ 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:

XLVII - não haverá penas:

c) de trabalhos forçados.

de trabalho e o déficit de agentes penais, tem acarretado danos irreparáveis. Dessa forma, o Estado não consegue a efetivação dos mandamentos existentes nas disposições contidas na sentença, tão pouco a harmônica integração social, em contrapartida, o detento permanece na ociosidade e sem conseguir uma qualificação (profissão) no período em que se encontra sob custódia Estatal.

Não se pode admitir, na sociedade contemporânea, que se questione a existência de direitos aos presos, condenados ou provisórios, e aos internados pela prática de algum ilícito. Independentemente da conduta do sujeito, ele tem o direito de cumprir a pena imposta com dignidade, pelo que alguns direitos mínimos lhe devem ser garantidos, como forma de evitar-se abusos no cárcere (VENERAL, 2021, p. 55).

Portanto, a oferta do trabalho para detentos no sistema prisional é um tema importante na execução penal, uma vez que visa a efetividade do trabalho prisional, seja como um dever ou direito ao condenado. Entre as espécies de trabalho prevista na LEP, destaca-se o trabalho interno e externo. Cada uma dessas espécies possui requisitos próprios, devendo ser aplicados consoante as peculiaridades do regime. No próximo tópico trabalharemos, especificamente, o trabalho externo de detentos no sistema prisional.

3. Trabalho externo de detentos em regime fechado no sistema prisional

O trabalho externo de detento em regime fechado é uma das formas em que o apenado pode remir o cumprimento da pena prevista na Lei de Execução Penal. Ele permite que o preso que cumpre pena de reclusão em regime, exclusivamente, fechado, possa diminuir o tempo no cárcere, ou seja, 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. Em se tratando dessa modalidade de trabalho, faz-se necessário ressaltar que há restrições para sua admissibilidade. Nessa esteira, Renato Marcão (2023, p. 122-123) assevera:

Os presos que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto podem receber autorização para o desempenho de trabalho externo, fora do estabelecimento prisional. [...] e a prestação de trabalho a entidade privada depende do consentimento expresso do preso (§ 3º). Diz a Súmula 562 do STJ que “É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros”. O trabalho externo submete-se à satisfação de dois requisitos básicos. Um subjetivo, qual seja, a disciplina e responsabilidade, e outro objetivo, consistente na obrigatoriedade de que tenha o preso cumprido o mínimo de um sexto de sua pena.

Júlio Fabbrini Mirabete (2023) salienta que ao preso que estiver cumprindo a pena em regime fechado somente poderá ser atribuído trabalho externo em serviços ou obras públicas realizados por órgão da administração direta, ou indireta, ou entidades privadas, tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina”. Nessa toada, uma indagação que se levanta é: será se o detento poderá ser impedido de laborar extramuros nos casos em que o Estado não dispor contingente para acompanhar e fiscalizar o trabalho externo.

É importante, frisar que o órgão Estatal fica impedido de aplicar restrições além do texto legal, podendo incorrer em violação do princípio da legalidade. Nas palavras de Néelson Hungria e René Ariel Dotti (2017), traz o conceito alinhado aos princípios constitucionais: Princípio da legalidade. A fonte única do Direito Penal é a norma legal. Não há Direito Penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. *Sub specie juris*, não existe crime “sem lei anterior que o defina”, nem pena sem prévia cominação legal. A lei penal é, assim, um sistema fechado [sic]: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida [sic] pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais de direito”, ou pelo costume.

Seguindo por este viés, ter leis adequadas é um primeiro passo, pois a implementação efetiva da norma é essencial para garantir que os direitos dos presos sejam realmente protegidos. Assim, é fundamental que a lei seja aplicada de maneira consistente e eficaz para promover a reintegração e ressocialização de condenados, e não uma penalização arbitrária, uma vez que o trabalho externo irá proporcionar oportunidades significativas de reintegração à sociedade.

Nesse sentido, importante lição nos traz Renato Marcão (2017, p. 213):

São inúmeras e incontáveis as vantagens que decorrem do trabalho do preso, daí por que apontado no art. 28, *caput*, da LEP, como condição de dignidade humana, o que remete à leitura do art. 1º, III, da Constituição Federal, de onde se extrai que o princípio da dignidade da pessoa constitui fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

Assim, fica evidente o importante papel do Estado em assumir o exercício da efetivação das disposições da sentença do detento, visando a implementação das condições para a harmônica integração social do condenado, em especial, a atribuição de trabalho a todos que atenderem aos requisitos impostos pela Lei e que requeiram o benefício. Complementando, Mariel Muraro (2017, p. 140) assevera:

Verificamos que o trabalho é a principal forma de buscar a ressocialização do interno, no entanto poucos têm a oportunidade de trabalhar, pois há escassez de vagas em canteiros de trabalho. Além disso, muitas vezes o trabalho realizado não é uma atividade que qualifica o interno, oferecendo-lhe uma perspectiva de vida.

Em suma, o trabalho externo realizado por detento em cumprimento de pena em regime fechado é uma das formas na qual permite que o apenado possa remir o cumprimento da pena prevista na Lei de Execução Penal. Sendo um dos elementos básicos

da política criminal, que tem como objetivo proporcionar a reintegração social, controla a massa carcerária, tirando-os da ociosidade diária, aprimorar a formação humana, preenchendo o vazio proporcionado pelo cárcere e diminuir a promiscuidade. No próximo tópico, enfrentaremos a problemática proposta.

4. Fragilidade estatal na fiscalização e acompanhamento constitui óbice em conceder o benefício do trabalho externo

Este estudo tem por finalidade central analisar a fragilidade Estatal na fiscalização e acompanhamento do trabalho externo do condenado em constituir ou não óbice à concessão do benefício, uma vez que além de ser um dever social, é também um direito do preso, que cumpre pena em regime fechado e atende aos requisitos previstos no artigo 37 da Lei de Execução Penal – LEP. Imagine um indivíduo condenado a pena de reclusão, inicialmente, fechado, atendendo todos os requisitos impostos pela lei, decida requerer a concessão do benefício para trabalhar extramuros, no intuito de remir sua pena no cárcere por tempo de trabalho. No entanto, o Estado vede tal direito sob a justificativa de não haver condições de adotar as precauções necessárias para evitar fugas e promover a disciplina. O trabalho irá inquirir a constitucionalidade ou não do referido impedimento.

Faz-se necessário ressaltar que a vedação para concessão do benefício de trabalho externo sob a justificativa de fragilidade na fiscalização e acompanhamento do detento é inconstitucional, porque a matéria que trata dos princípios constitucionais, viola direitos e garantias fundamentais, como também a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, qual seja, a Lei de Execução Penal (LEP), que regulamenta esse benefício enseja apenas na revogação em casos específicos, inexistindo a expressão “vedação”. Vale, ainda, destacar que a deficiência na gestão do sistema de execução penal pode acarretar prejuízos irreparáveis ao apenado, uma vez que o trabalho tem por finalidade valorar aspectos humanizadores da pena. Por fim, para sustentar a tese defendida no presente trabalho, podemos argumentar também o fato que o trabalho externo o qualifica e abrevia parte da pena do indivíduo, acelerando o processo de retorno ao convívio em sociedade.

O trabalho do detento está sujeito as condições contidas na Lei de Execução Penal entre o trabalho prisional e livre, sendo que aquele (matéria de estudo deste trabalho) se distancia deste quanto sua natureza, ademais o trabalho prisional é um dever que se insere em um conjunto de obrigações integrante da pena, mas também é um direito a ser garantido pelo órgão Estatal não podendo este vedar a concessão do benefício de trabalho externo sob a justificativa de fragilidade na fiscalização e acompanhamento, uma vez que a Lei não faz tal referência, acarretando, assim, na violação de direitos e garantias fundamentais. Conforme Mirabete (2023), não se trata, como adverte a exposição de motivos, de regras meramente programáticas, mas de direitos do prisioneiro, positivados por preceitos e sanções, indicados com clareza e precisão, a fim de se evitarem a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissões.

Acompanhando este raciocínio e procurando demonstrar a atuação positiva do Estado na aplicação efetiva da Lei de Execução Penal, Mirabete (2002, p. 40) aponta que para não comprometer a dignidade e a humanidade da execução é necessário impedir o excesso e desvio da execução, visto que a Lei torna expressa a extensão de direitos

constitucionais do preso. A saber, o direito ao trabalho externo (arts. 34 do CP, §3º⁵ e 28⁶, 36⁷, 37⁸ e 41, II, da LEP⁹). Por outro lado, além dos direitos mencionados expressamente, assegura também aqueles implícitos e decorrentes do regime e dos princípios que a Constituição Federal adota (art. 5º, §2)¹⁰.

Nesse sentido, se de um lado se pode impor ao recluso as sanções penais estabelecidas na legislação, observadas as limitações constitucionais, de outro não se admite que ele seja submetido a restrições não contidas em lei, importante consideração traz Mirabete ao afirmar [...] o princípio da legalidade “domina o corpo e o espírito da lei, para impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”. (MIRABETE, 2002, p. 28).

Para Juarez Oliveira (1996) o fato é que a LEP trouxe inovações em diversos aspectos da humanização da pena, principalmente quando prevê o trabalho como obrigação do Estado e direito e dever do preso como condição essencial para sua ressocialização. Mas, infelizmente, o trabalho não tem sido praticado, devido ao Estado não proporcionar condições de executá-lo, tornando, assim, os presídios em meros depósito de reclusos, sem ocupação laboral essencial para sua ressocialização.

No ambiente prisional, o trabalho assume um caráter primordial e funciona como amparo para livrar os condenados dos desvios sociais aos quais estão inseridos. Ele oferece inúmeras vantagens aos reclusos, uma vez que além de proporcionar a reintegração social, controla a massa carcerária, tirando-os da ociosidade diária, aprimora a formação humana, preenche o vazio proporcionado pelo cárcere e diminui a promiscuidade. Dessa forma, as rebeliões, os motins e crimes, não são comandados com tanta frequência de dentro dos presídios.

Como se sabe, uma das condições, dentre outras, para a execução do trabalho extramuros, aos reclusos em cumprimento de pena em regime fechado, consoante a Lei de Execução Penal, é a necessidade de vigilância direta da Administração, ou seja, é necessária a escolta como cautela contra a fuga e em favor da disciplina. No entanto, sabe-se que os Órgão Estatais não estão amparados de contingente suficiente para atender à necessidade, obstando em negativa de direito aqueles que atendam aos requisitos

⁵Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

³º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

⁶ Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

⁷ Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta, ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

⁸ Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

⁹ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

II - Atribuição de trabalho e sua remuneração.

¹⁰ 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:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

previstos na LEP; por isso, é imprescindível ser realizada uma seleção cuidadosa dos apenados para sua atribuição a fim de se evitar problemas de fuga e indisciplina.

Nesse contexto é oportuno fazermos uso do AgRg no HABEAS CORPUS Nº 612.255 - RS (2020/0235028-0):

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRABALHO EXTERNO ADMITIDO EM EMPRESA PRIVADA FAMILIAR JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A decisão agravada está em sintonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que é admitido ao apenado a realização do trabalho externo em empresa privada de seu familiar: o col. STF já entendeu que inexistente vedação legal ao trabalho externo em empresa privada, inclusive tratando-se de empresa pertencente a familiares ou eventuais amigos, considerando que não é incomum que os sentenciados busquem oportunidades de trabalho junto a pessoas conhecidas. Consignou, ainda, que eventuais irregularidades constatadas poderiam ensejar a revogação do benefício, e não a sua vedação [...] (HC 480.348/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019).

É notório que na antiguidade as características das penas consistiam, principalmente, em castigos físicos, demonstrando a representação de poder dos governantes. Sobre a conceituação atual de prisão:

A prisão, em si, é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do reconhecimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Pena, regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória (NUCCI, 2010, p. 571).

Seguindo nesse prisma, na contemporaneidade temos regras descritas em leis (CF, CP, CPP e LEP), sobre o significado de prisão, no entanto, as pessoas ainda tendem, de forma errônea, a um entendimento de que a pena de prisão deve ser aplicada como meio de proporcionar castigo ao infrator, exprimindo um sentimento de vingança, pois na concepção geral, o transgressor da lei ao causar algum mal a sociedade deverá “pagar” pelo que fez e tudo estará resolvido.

Michel Foucault (1997, p. 32), em sua obra *Vigiar e Punir*, nos remete ao passado ao narrar parte de uma sentença, ocorrida no ano de 1757, vejamos:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queima com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas lançadas ao vento.

Não se pode negar que o ato punitivo representa, de certa forma, agressões ao indivíduo. Todavia, ao refletir a respeito das sanções jurídicas, genericamente falando, não será difícil identificar que todas são, ainda que em grau mínimo, formas coercitivas de cumprimento do sistema normativo vigente. Embora vivamos em um direito penal de estrita legalidade, faz-se necessário que não nos apeguemos a uma tradição como legitimação apenas do punir, mas sim de assegurar o efetivo cumprimento dos direitos e garantias fundamentais quanto a condição de dignidade da condição humana.

Tal sentença nos faz refletir, dentro da análise entre o ato de punir e os direitos fundamentais, a respeito da citação acima, esclarece Antônio Reis Gaim Neto (2016, p. 20), que o código penal traça as diretrizes de como se estruturará uma dogmática que conduzirá à avaliação da responsabilidade penal, trabalhando com o pressuposto jurídico que o punir em si não é apenas possível, como também autorizado normativamente. Porém, esse mandamento direto e expresso é inexistente em nosso ordenamento jurídico. No presente, é preciso buscar refúgio no documento legal, que estrutura todo o sistema normativo, a qual seja, a Constituição Federal, sendo ela o instrumento idôneo para se buscar os fundamentos de atos punitivos.

Assim, partindo deste raciocínio e procurando demonstrar os limites de interferência e responsabilidades Estatais em garantia de direitos de apenados em regime fechado, bem como os princípios voltados à Lei de Execução Penal para proporcionar uma adequada execução da pena. Vemos que o trabalho é uma forma eficaz de empregar o tempo e reduzir as consequências da vivência carcerária, proporcionando inúmeros benefícios, tanto aos detentos como ao próprio Estado, com o dever de assegurar tais direitos, uma vez que o Estado tem a intenção de converter o preso em um cidadão melhor, a ponto de que ele volta para a sociedade, para que assim ele possa retornar ao convívio em sociedade.

5. Valoração dos aspectos de humanização

A realidade dos presídios no Brasil é preocupante, pois a superlotação deles tem, como uma de suas justificativas, a reincidência no cometimento de crimes e, por conseguinte, a rotatividade de pessoas presas no sistema carcerário em razão do modo de operação na execução da pena. Mas também o não cumprimento adequado dos direitos dos apenados. Tendo em vista a vital importância de suas finalidades como aspecto de

valoração para humanização da pena e real concretização dos direitos fundamentais sociais. Contribuindo, Débora Veneral (2021, p. 233), esclarece que:

[...] quando os governantes direcionam seu foco para o atendimento das questões materiais, deixando de lado os aspectos humanos relacionados à recuperação, capacitação para o trabalho e consequentemente ressocialização para a reinserção social desses presos, o problema tende a crescer ainda mais.

De acordo com esse entendimento, antes de se falar em mais construções de prisões para resolver o problema da superlotação carcerária, convém entender que essas questões devem ser amplamente debatidas, em contrapartida, a sociedade deve ocupar sua posição e exigir políticas sociais que visem a ressocialização do condenado para reintegrá-lo ao convívio social.

Conforme esclarece Mirabete (2023), a ausência prolongada do condenado de seu meio social acarreta um desajustamento que somente poderá ser superado se forem oferecidas a ele condições adequadas a sua reinserção social quando for liberado. É preciso, pois, que toda a comunidade seja conscientizada da missão que lhe cabe na tarefa de assistir aquele que, tendo transgredido a lei penal, está resgatando o débito criado com a prática do crime, muitas vezes em condições materiais bem abaixo de suas necessidades comuns a todas as pessoas.

Nesse contexto, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC nº 94.163/RS, que tratam sobre o tema em questão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DE RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE (FUGA). DATA-BASE DE RECONTAGEM DO PRAZO PARA NOVO LIVRAMENTO CONDICIONAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Além de revelar o fim socialmente regenerador do cumprimento da pena, o art. 1º da Lei de Execução Penal alberga um critério de interpretação das suas demais disposições. É falar: a Lei 7.210/84 institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isto para favorecer, sempre que possível, a redução das distâncias entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Tanto é assim que o diploma normativo em causa assim dispõe: "*O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança*" (Art. 4º), fazendo, ainda, do Conselho da Comunidade um órgão da execução penal brasileira (art. 61). 2. Essa particular forma de parametrar [sic] a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem

por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna". 3. O livramento condicional, para maior respeito à finalidade reeducativa [sic] da pena, constitui a última etapa da execução penal, timbrada, esta, pela idéia-força [sic] da liberdade responsável do condenado, de modo a lhe permitir melhores condições de reinserção social. 4. O requisito temporal do livramento condicional é aferido a partir da quantidade de pena já efetivamente cumprida. Quantidade, essa, que não sofre nenhuma alteração com eventual prática de falta grave, pelo singelo, mas robusto fundamento de que a ninguém é dado desconsiderar tempo de pena já cumprido. Pois o fato é que pena cumprida é pena extinta. É claro que, no caso de fuga (como é a situação destes autos), o lapso temporal em que o paciente esteve foragido não será computado como tempo de castigo cumprido. Óbvio! Todavia, a fuga não "zera" ou faz desaparecer a pena até então cumprida. 5. Ofende o princípio da legalidade a decisão que fixa a data da fuga do paciente como nova data-base para o cálculo do requisito temporal do livramento condicional. 6. Ordem concedida (Grifo nosso).

Condicionar a efetivação na lutar por implementações de políticas sociais, objetivando o equacionamento dos problemas detectados, em especial, nesse caso, as finalidades específicas, qual seja, educativa e produtiva, deveria ser a prioridade. No entanto, o que se tem visto é a omissão por parte tanto do Estado quanto da própria sociedade.

Assim pondera, o Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Deputado Greenhalgh, em introdução feita no Relatório – Situação do Sistema Prisional Brasileiro elaborado pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara dos Deputados em parceria com a Pastoral Carcerária na Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB:

Na sociedade predomina o desprezo aos internos no sistema prisional. Não há sensibilização suficiente para provocar a mobilização eficaz face às condições de saúde deploráveis, os ambientes superlotados, a ausência de atividades laborais e educativas. [...] a crise do sistema prisional não é um problema só dos presos, é um problema da sociedade. E toda a sociedade passará a sofrer o agravamento das consequências de sua própria omissão.

Vale salientar, então, que os direitos previstos na legislação, são vazios, por si sós, quando não dotados de efetividade. Nesse sentido, em razão da prevalência dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário, como intérprete e aplicador do direito, garantir

efetividade às normas constitucionais, nas palavras de Graim Neto (2016, p. 32), extrai-se que:

[...] Embora a dignidade humana seja predominantemente tratada como grande escopo dos direitos fundamentais, entende-se que, antes mesmo disto, como pressuposto para se discutir dignidade, seja a liberdade. [...] Há de se admitir, entretanto, que, com algum esforço interpretativo, é possível se analisar a liberdade, em seu sentido amplo, dentro das concepções de dignidade humana, ou dizer que tratar de dignidade é, ao mesmo tempo, tratar de liberdade, até mesmo porque, em se falando de pena de prisão, quando há a restrição temporária da liberdade de locomoção, pugna-se permanentemente por um cárcere que atenda a postulados de dignidade humana.

Embora não restes dúvidas o caráter falencial existente da aplicabilidade da legislação por parte do órgão administrador, enquanto não se observa a redução da criminalidade, não se pode negligenciar os valores mínimos existenciais da dignidade humana pela simples perda da liberdade de locomoção.

Ao encontro desse posicionamento, Sônia Proença (2020, p. 55) afirma que não se pode admitir, na sociedade contemporânea, que se questione a existência de direitos aos presos, condenados ou provisórios, e aos internados pela prática de algum ilícito. Independentemente da conduta do sujeito, ele tem o direito de cumprir a pena imposta com dignidade, pelo que alguns direitos mínimos lhe devem ser garantidos, como forma de evitar-se abusos no cárcere.

Não é possível, no entanto, elencar quantitativamente os elementos que acarretam dano, ao detento, devido à restrição de direitos fundamentais sociais, proporcionando em real prejuízo, físico, econômico ou psicológico, sendo necessária uma análise cautelosa do caso em concreto e do direito fundamental em questão, parafraseando as palavras de Mandela (s.d):

Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.

Diante do exposto, vale ressaltar, que é preciso dar essencial valor humano, como referência, para a comunidade prisional e desmistificar que as fictas soluções no sentido de agravar ainda mais as normas de cumprimento de pena é o meio ideal como resposta ao infrator e o delito cometido. No entanto, é necessário investir mais no enfrentamento das causas e menos nas consequências do ato criminal, visto que essas medidas têm sido empregadas sem sucesso, deixando de lado o direito daqueles que o detêm.

É importante se atentar que o detento perde o direito de permanecer em liberdade após sua condenação, sofrendo, assim, outras restrições em decorrência da pena imposta pela lei ou em detrimento da sentença. No entanto, observa-se que, mesmo recolhido em

cela, o apenado é um indivíduo com direitos, principalmente no tocante àqueles inerentes à pessoa natural.

[...] Somente o Estado pode ser sujeito do direito de executar a pena, de modo que nem é preciso que isso conste da sentença. Os limites desse direito, porém, são traçados pelos termos da sentença condenatória, que é o título executivo da execução penal. Dentro desses limites, além do direito de privar de liberdade o condenado pelo tempo determinado, em princípio, na sentença, a que deve submeter-se o condenado, há que se institui o quadro de direitos e deveres do condenado, eliminando-se deles, nos limites exatos dos termos da condenação, alguns direitos e alguns deveres que ele era sujeito antes da condenação. São eliminados ou suspensos os deveres que o condenado tinha antes e cujo cumprimento depende da liberdade de locomoção, mas da sentença condenatória transitada em julgado surgem novos deveres, a serem especificados, inclusive para conhecimento dos obrigados (MIRABETE, 2023, p. 123).

Ao lecionar sobre o instituto da remição, Paulo Lúcio Nogueira (1996, p. 199) esclarece que, o instituto da remição é uma das grandes inovações da LEP e está, intimamente, ligado ao trabalho, sendo fator de maior importância no desenvolvimento da reeducação do apenado, porque somente por meio da laborterapia é que poderá existir, de fato, um adequado tratamento ao recluso, que vive sob a custódia do sistema prisional na mais completa ociosidade.

Sendo assim, a remição da pena pelo trabalho consiste justamente no resgate ou possibilidade de o preso poder abater, por intermédio do trabalho, parte da pena, sentindo-se, assim, útil a si e à sociedade, importante destaque traz Newton Fernandes (2000, p. 290):

[...] ao aprender um ofício ou profissão e adquirir bons hábitos de trabalho, um detento pode aumentar expressivamente suas chances de se integrar com sucesso à sociedade após ser solto. Não obstante, apenas uma minoria entre os detentos brasileiros tem a oportunidade de trabalhar.

Deste modo, a benesse do trabalho externo, para aqueles que se encontram cumprindo pena em regime fechado, abarca importante papel, visto que qualifica profissionalmente e abreviar o tempo para o retorno ao convívio em sociedade. Célio César Paduani (2002, p. 10) salienta que,

Ressocializar o preso pelo labor significa tornar a socializá-lo, à vista de sua exclusão por força de sua conduta anti-social [sic] quando do cometimento de infração delitiva. Teleologicamente, se a condenação imposta ao infrator tem, por primeiro, o propósito de

efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, ao mesmo tempo, prepara as condições, especificamente pela execução do trabalho, para devolvê-lo sadiamente à sociedade.

Portanto, a ressocialização dos condenados por meio do trabalho e qualificação profissional alicerçam-se na argumentação de que o trabalho é o motivo de equidade na humanização e é promotor da reeducação social nos presídios de todo o mundo. Através dele, os indivíduos garantem equilíbrio e melhor estado psicológico, desse modo, executar uma atividade/ofício enquanto a sanção é executada é a forma mais adequada para reabilitar os detentos. “[...] Envolvendo-se em atividades produtivas ou artísticas o condenado pode encontrar maior ânimo para superar a adversidade da prisão” (SILVA; BOSCHI, 1986, p. 124).

Compreende-se que a ressocialização é uma árdua tarefa que vem sendo enfrentada ao longo dos anos, nesse sentido, pode-se observar que ela é um grande fenômeno na execução penal, onde se discute as inúmeras formas de recuperar os detentos, para que ao final do cumprimento da pena se possa reinseri-lo ao convívio em sociedade “[...] as penas, portanto, e o método de infligi-las devem ser escolhidos de modo a causar, guardada a proporção, a impressão mais eficaz e mais durável no ânimo dos homens e o menor tormento no corpo do criminoso” (BECCARIA, 2020, p. 23).

Para Albergaria (1987, p. 62) a instituição prisional não deve ser considerada como um local de caridade pública, nem uma fonte de exploração. No entanto, os estabelecimentos penais precisam passar por uma transformação, tornando-se instituições voltadas para a readaptação social, onde o trabalho, com foco na produtividade e no aprimoramento das habilidades dos detentos, possibilite a sua reeducação e auxilie suas famílias. Paulo Lúcio Nogueira (1996, p. 38) assevera:

A adoção de medidas alternativas da pena privativa de liberdade (prisão) é realmente o melhor caminho para resolver os problemas do cárcere, que tanto afligem o preso e oneram a sociedade, sem que tragam nenhuma eficácia para o regime punitivo, pois a prisão nos moldes existentes só avilta, revolta e embrutece o condenado.

Neste sentido, o instituto da remição como direito do apenado proporciona-lhes inúmeros benefícios, tal qual o reabilita, reeduca, qualifica, reincorpora, disciplina, sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do recluso, sobre isso aduz Mirabete (2023) que a remição “trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena. Oferece-se ao preso um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para poder passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva”.

Dessa forma, reconhecemos a importância de trabalhar incansavelmente para alcançar o objetivo central da punição, a reintegração social completa do indivíduo condenado. Para atingir essa meta, é crucial que tanto o Estado quanto a sociedade estejam cientes da situação atual do sistema prisional e das condições desumanas enfrentadas pelos detentos. É fundamental compreender que o trabalho e a educação

exercidos durante a privação de liberdade são elementos primordiais para a ressocialização e para o aprimoramento do sistema carcerário brasileiro.

6. Considerações finais

O estudo aqui apresentado procurou analisar a constitucionalidade da vedação para concessão do benefício de trabalho externo sob a justificativa de fragilidade na fiscalização e acompanhamento do trabalho externo dos detentos em regime fechado.

Após as análises realizadas neste estudo, chega-se a um ponto em que surgem mais questionamentos do que respostas. Isso ocorre porque a tentativa de buscar a essência de algo que já é essencial parece ser uma busca interminável, gerada em um ciclo de redundância, aonde se retorna sempre ao mesmo discurso.

Entretanto, é possível concluir objetivamente que não se trata de proposições juridicamente definitivas. No entanto, isso fornece um ponto de partida para discussões de cunho prático, uma vez que a Lei de Execução Penal é reconhecida como uma das mais avançadas do mundo, ademais a classificação do trabalho, em seu texto, como uma forma educacional e produtiva, adquirida na ressocialização do preso e atendendo aos princípios que orientam a execução penal.

Assim como a Constituição Federal estabelece direitos, a Lei de Execução Penal apresenta uma lista exaustiva de direitos e deveres dos detentos, especialmente no que se refere ao trabalho, visando promover a disciplina e a ressocialização do condenado.

Para tal questão, o trabalho listou, primeiramente, a óbice do estado em conceder benefício: trabalho para detentos no sistema prisional. Posteriormente, o trabalho externo de detentos no sistema prisional e por fim a fragilidade estatal na fiscalização e acompanhamento em constituir óbice ao benefício do trabalho externo.

No que diz respeito ao trabalho externo, constatou-se que os presídios enfrentaram dificuldades para aplicar conceder o direito do trabalho fora das unidades prisionais para quem cumpre pena em regime fechado. Isso ocorre devido à falta de convênios com empresas ou obras públicas, à falta de vagas disponíveis e, principalmente, à escassez de recursos para garantir as medidas de segurança contra fugas e em favor da disciplina, ocorridas no descumprimento do dispositivo legal. Portanto, os únicos trabalhos oferecidos são os realizados internamente dentro das prisões.

A discussão relevante sobre o trabalho externo penitenciário destaca-se como uma das principais fontes de ressocialização do indivíduo condenado. Verificou-se que além de proporcionar ao preso o aprendizado de uma profissão para o futuro, o trabalho externo ocupa sua mente com atividades que lhes oferecem oportunidades além dos limites da prisão.

Diante disso, é fundamental que o Poder Público e a sociedade não ignorem essa realidade, rotulando os presos como pessoas sem perspectivas. Cabe ao Poder Público investir no trabalho extramuros como parte do processo de ressocialização, e à sociedade abandonar preconceitos e começar a acreditar e oferecer oportunidades aos indivíduos em reclusão. É necessário um esforço conjunto para quebrar estigmas e promover a reintegração dos detentos na sociedade.

A justificativa para este estudo reside no fato de que, mais cedo ou mais tarde, o preso será liberado da prisão e poderá reintegrar-se à sociedade, seja com uma profissão e uma base sólida, ou, simplesmente, sendo lançado de volta à comunidade sem perspectivas, o que aumenta o risco de reincidência criminal. Para evitar esse cenário e evitar que todos nós, de forma voluntária ou involuntária, soframos as consequências, é crucial refletir sobre os benefícios também do trabalho externo na ressocialização do condenado. Não basta apenas a vontade do preso, mas também é essencial o apoio e a conscientização do Poder Público e da sociedade em geral.

Em conclusão, verifica-se que a dignidade humana é um direito inalienável de todos os indivíduos. Portanto, o estudo desse tema é de extrema importância para revelar a realidade do sistema prisional em relação ao trabalho externo dos presos. Os problemas existem e estão se tornando cada vez mais graves, enquanto as soluções para melhorar a situação dos detentos permanecem predominantemente no âmbito teórico. As leis estão disponíveis para todos, porém, não basta ter regras se elas não forem cumpridas conforme estabelecido na legislação. Portanto, é crucial implementar de forma efetiva as normas existentes em nosso ordenamento jurídico, inclusive a Lei de Execução Penal, que possui disposições específicas sobre o assunto em questão.

É uma sugestão muito relevante! A continuidade dessa pesquisa, que visa explorar mais a fundo os métodos que possam garantir a inserção dos apenados que cumpram a pena em regime fechado em trabalhos extramuros, é extremamente valiosa. Investigar e identificar abordagens eficazes para viabilizar o trabalho externo dos presos é essencial para promover sua ressocialização e reintegração à sociedade. Isso envolveria analisar os desafios legais, incluídos e de segurança associado ao trabalho extramuros, bem como examinar iniciativas bem-sucedidas em outros países ou jurisdições. Portanto, recomenda-se a continuação dessa pesquisa para aprofundar o estudo sobre métodos que garantam a execução efetiva de trabalhos extramuros para os detentos em regime fechado.

7. Referências bibliográficas

ALBEGARIA, Jason. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Matheus Coutinho Figurinha. Petrópolis: Vozes, 2020. Recurso eletrônico.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório: situação do sistema prisional brasileiro: relatório da Comissão de Direitos Humanos e Minorias das Câmara dos Deputados**. Brasília, jul. 2006. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/RelatSitSistPrisBras.html>>. Acesso em: 27 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 480.348, de Minas Gerais. 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12/02/2019, DJe 19/02/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.163, do Rio Grande do Sul. 1ª Turma, Relator Min. Carlos Britto, j. 02/12/2008, DJ 23/10/2009.

FERNANDES, Newton. **A falência do sistema prisional brasileiro**. São Paulo: RG Editores, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GRAIM NETO, Antonio Reis. **Punir é um direito fundamental?** Fundamentos da pena a partir da teoria feral dos direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

HUNGRIA, Néelson; DOTTI, René Ariel. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017. Recurso eletrônico.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Recurso eletrônico.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 16. ed. Indaiatuba: Foco, 2023. Recurso eletrônico.

_____. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MURARO, Mariel. **Sistema penitenciário e execução penal**. Curitiba: Intersaberes, 2017. Recurso eletrônico.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11-7-1984**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Juarez. **Lei de execução penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PADUANI, Célio César. **Da remição na lei de execução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

PROENÇA, Sônia de Oliveira Wormes. **Sistema penitenciário: execução penal**. Curitiba: Contentus, 2020. Recurso eletrônico.

SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antonio Paganella. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.

VENERAL, Débora. **Execução penal: teoria e prática**. Curitiba: Inter Saberes, 2021. Recurso eletrônico.

União poliafetiva: uma nova entidade familiar

Vanesca Soares Vieira¹

Gil Ferreira de Mesquita²

Resumo: O objetivo desta pesquisa é analisar se existe a possibilidade de reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro da constituição de uma união poliafetiva como entidade familiar, tendo como questão central se as uniões poliafetivas baseadas na afetividade e no livre exercício da autonomia privada merecem reconhecimento jurídico e de tutela estatal. Estudos desta natureza ganham importância em razão de serem tais uniões fundadas na afetividade e no livre exercício da autonomia privada, merecendo reconhecimento estatal, assim como as demais entidades familiares já reconhecidas pelo ordenamento, garantindo aos envolvidos a efetividade de seus direitos fundamentais, tal como ocorreu com o reconhecimento das uniões homoafetivas em maio de 2011.

Sumário: 1. Introdução. 2. União poliafetiva. 3. Reconhecimento da união poliafetiva. 4. Uma nova entidade familiar. 4.1. Afetividade. 4.2. Exercício da autonomia privada. 4.3. Família nos tempos modernos. 5. O entendimento do Conselho Nacional de Justiça. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito de família. União poliafetiva. Poliamor.

1. Introdução

A presente pesquisa abordará o tema da união poliafetiva, analisando-o cientificamente e questionando se é possível o seu reconhecimento como entidade familiar diante das disposições do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de oferecer tutela estatal e garantir que seus integrantes tenham seus direitos fundamentais resguardados.

Tal análise é relevante e atual, visto que esta configuração familiar é uma realidade em nosso país e, sendo assim, é fundamental que ela receba respaldo jurídico, não podendo os indivíduos dessa nova espécie de relacionamento ficarem sujeitos a julgados controversos.

O direito de família foi criado com o propósito de regular as relações familiares e solucionar possíveis conflitos provenientes dela, regulando e legislando, preservando

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Texto originalmente escrito para o Trabalho de Conclusão de Curso no semestre 2023-1 e revisado para publicação em julho de 2023. E-mail: vanescasoares01@gmail.com.

² Professor e Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI, Mestre em Direito, Advogado e Avaliador de cursos pelo INEP/MEC. E-mail: contato@gilmesquita.com.

seu maior bem jurídico – a família – para que o indivíduo possa existir como cidadão. No dizer de Arnaldo Wald (2000, p. 3), “o direito de família regula as relações existentes entre os seus diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens”. Por isso, a omissão diante da problemática proposta não fará com que as relações poliafetivas deixem de existir. Desta forma, a presente pesquisa procura contribuir para que os direitos fundamentais de cada indivíduo estejam respaldados.

O trabalho foi estruturado em três partes. Na primeira foram trabalhados os aspectos gerais do tema união poliafetiva, trazendo em seu texto conceitos e princípios, assim como a relevância e a importância do tema para o direito de família. Na segunda parte abordamos o reconhecimento das uniões poliafetivas como entidade familiar. E na parte final, enfrentamos o seguinte questionamento: existe a possibilidade de reconhecimento legal e estatal no Brasil sobre a constituição de união poliafetiva como entidade familiar, pautadas na afetividade e no livre exercício da autonomia privada? A pesquisa realizada demonstra que a lacuna legislativa presente na problemática pode ser extinta aplicação de princípios constitucionais fundamentais, o que ainda não tem sido reconhecido pela jurisprudência pátria, mas que em futuro próximo certamente receberá a devida guarida, como se demonstrará no decorrer do trabalho.

2. União poliafetiva

Como já afirmado, no direito civil o reconhecimento das uniões poliafetivas é um tema que vem ganhando importância por já estar presente no direito de família contemporâneo, uma vez que existem muitos casos de casais que vivem em relacionamentos poliamorosos e buscam oficializar a união em busca de reconhecimento legal como uma entidade familiar. Nesse caso, seu reconhecimento é uma forma de garantir que todas as partes envolvidas tenham seus direitos e deveres resguardados, uma vez que são uma realidade para a sociedade atual e isso, por si só, exige do Direito uma disciplina adequada.

O relacionamento poliafetivo inspirou-se certamente, nos valores supremos da dignidade humana e no afeto, princípios constitucionais presentes na construção dos vínculos familiares, e quando a Carta Federal tutela a pluralidade familiar, justifica sua função a partir da promoção da pessoa humana, literalmente desencarnada do seu precedente biológico e do seu viés econômico, para fincar os elos psicológicos do afeto e sua comunhão contígua e solidária, os quais se sobrepõem aos valores materiais e hereditários valorizados no passado. (MADALENO, 2021, p. 45).

Quando nos referimos à união poliafetiva, estamos falando em uma relação pautada principalmente no *afeto entre três ou mais pessoas*, que tenham interesse em constituir uma entidade familiar, que é a composição dos novos modelos de famílias, com todos os preceitos que fazem parte do conceito de família tradicional, como afetividade, respeito recíproco, relacionamento público, contínuo, duradouro,

apresentar objetivo de constituir família e não apresentar impedimentos matrimoniais.

Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 14) entende que ao reconhecer a união estável como entidade familiar, a Constituição Federal (art. 226, § 3º) e, posteriormente o Código Civil, ampliaram o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com seus filhos, afastando a ideia de que a família tem como pressuposto o casamento. Desta forma, tendo reconhecido que um dos pais e seus filhos constituem família, o ordenamento deixou de exigir a necessidade de um par, subtraindo de sua finalidade a proliferação.

A poliafetividade advém do poliamor, que é definido por um tipo de relacionamento entre três ou mais pessoas, com simultaneidade e ao mesmo tempo de forma consensual entre todos, o que não se traduz em um relacionamento aberto – que pode ou não existir –, mas sempre de forma consensual e respeitosa, sendo compreendido como um relacionamento não monogâmico.

O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 508-509).

Não parece haver dúvida, portanto, de que a união poliafetiva deve ser equiparada ao casamento, uma vez que é composta por um grupo familiar, onde todos residem na mesma casa, diferenciando-se apenas pela quantidade de pessoas que integram essa relação. Dessa forma, o tratamento oferecido às demais entidades familiares reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro devem ser estendidas às uniões poliafetivas. Assim defende Maria Berenice Dias:

A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares. (2021, p. 70-71).

Portanto, o reconhecimento da união poliafetiva tem como objetivo inseri-la no conceito de “entidade familiar”, garantindo direitos e deveres civis inerentes aos que dela participam, incluindo-a no grupo das demais entidades reconhecidas: a união estável, a monoparental e a matrimonial. Tais reconhecimentos estão, sem dúvida alguma, alicerçados nos princípios da dignidade da pessoa humana, do livre exercício da autonomia privada, da igualdade, da intimidade e da liberdade e da não discriminação por orientação sexual.

3. Reconhecimento da união poliafetiva

O reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar permite que casais praticantes do poliamor tenham suas relações reconhecidas e seus direitos garantidos, assim como nas entidades já reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, não gerando qualquer dano a terceiros, mas benéfico aos seus integrantes.

Nesse sentido a lição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

(...) a pluralidade de matizes que envolvem este conceito, arriscamo- nos a afirmar que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 61).

Contudo, esse reconhecimento ainda sofre resistência por parte de muitos grupos, pois há uma certa confusão entre a poliafetividade e o poliamor com a *poligamia*, que não é um sistema aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro e, socialmente, recebe restrições notórias. Na união poliafetiva há concordância e conhecimento da relação por parte de seus integrantes:

É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infiéis quando homens e mulheres convivem abertamente relações apaixonadas envolvendo mais de duas pessoas. Vivem todos em notória ponderação de princípios, cujo somatório se distancia da monogamia e busca a tutela de seu grupo familiar escorado no elo do afeto. (MADALENO, 2021, p. 46).

Um dos aspectos diferenciadores entre a união poliafetiva e a poligamia é que raramente as pessoas sabem que a mesma existe, configurando-se como uma “família paralela” ou um relacionamento entre amantes. A poligamia é a união de uma pessoa em maneira paralela com duas ou mais pessoas.

Não constitui família aquele que prossegue residindo com a esposa e com os filhos conjugais, pois é pressuposto da vontade de formar família estar desimpedido para formalizar, pelo casamento ou pela via informal da união estável, a sua efetiva entidade familiar. Aliás, querendo constituir família com a amante, tudo o que o polígamo precisa fazer é romper apenas de fato a sua relação com a primeira mulher, ficando até dispensado do formal divórcio, pois com esse simples ato de romper factualmente o passado para assentar no presente, relação de fidelidade e exclusividade com a sua nova mulher, é gesto suficiente para concluir que fortaleceu os seus esforços, e que concentrou seus desejos e energias em uma nova entidade familiar. (MADALENO,

2021, p. 43).

Também importa esclarecer que a união poliafetiva não se assemelha às relações simultâneas ou paralelas, que são caracterizadas pelo relacionamento entre pessoas casadas ou que vivem em união estável com outra pessoa que pode ou não ser casada ou está em um relacionamento conjugal, desde que atinja as características de entidade familiar, tal relação não possui os pressupostos para constituir uma família.

As uniões simultâneas não são proibidas. Nem infringem o dogma da monogamia. Sequer configuram o crime de bigamia (CP, 235), pois proibida é a ocorrência de dois casamentos. No entanto, todos resistem em emprestar efeitos jurídicos ao relacionamento, ainda que presentes as características de ostensividade, publicidade e continuidade. Vez por outra, é exigido que a companheira afirme desconhecer a existência do casamento e a nomina de união estável putativa de boa-fé. (DIAS, 2021, p. 641).

Ao reconhecermos a união poliafetiva como entidade familiar, pautada no afeto e no livre exercício da autonomia privada, amparada nos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, abre-se oportunidade, por exemplo, para que sua existência e condições sejam documentadas em escrituras públicas.

4. Uma nova entidade familiar

Não havendo dúvida quanto à existência da união poliafetiva nas relações sociais contemporâneas, o questionamento fundamental que este trabalho pretende responder é: as relações poliafetivas, tem direito ao reconhecimento jurídico e a tutela estatal?

A resposta que entendemos juridicamente correta é positiva, baseada na *afetividade*, mas também no *livre exercício da autonomia privada*. Em que pese a lacuna legislativa, o exercício hermenêutica deve ser realizado no sentido de preencher o vazio da lei pelos princípios constitucionais fundamentais, como (e principalmente) a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a liberdade e a não discriminação por orientação sexual, lembrando que raciocínio de mesma natureza foi utilizado para o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Ainda podemos utilizar como argumento na tese de defesa do presente trabalho a questão da mudança do entendimento sobre família nos tempos modernos, posto que a entidade familiar não é mais singular, fundada apenas no casamento.

4.1. Afetividade

Os novos rumos do direito de família não estão necessariamente vinculados à

família patriarcal, de modo que os novos modelos reconhecidos trazem a *afetividade* como parte dos conceitos, o que ficou abandonado por séculos em razão do racionalismo e positivismo. Na atualidade não há como estudar o direito de família sem considerar o afeto como elemento a ser observado pelo legislador e pelo intérprete.

Obviamente, não há um conceito de afetividade estampada na Lei brasileira, mas não significa que não possa ser extraído do contexto jurídico, mais especificamente dos princípios constitucionais que invocamos neste tipo de interpretação, especialmente a a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e a solidariedade (art. 3º, I, CF). Sendo assim encarada, a família não está mais alicerçada em parâmetros exclusivamente biológicos, mas também de natureza cultural.

Desta forma a afetividade é um conceito jurídico que não se confunde com o *afeto* enquanto fato psicológico, porque deste modo seria impossível constatar sua presença em muitos casos. Portanto, há que se trabalhar com a existência presumida, pois é um fato da vida social e um dever jurídico imposto, por exemplo, aos pais em relação aos filhos e destes em relação a seus ascendentes. Não fosse assim, como seria possível o julgamento de questões que chegam ao judiciário envolvendo o “abandono afetivo”?

Para Flávio Tartuce (2014) a afetividade trouxe profundas alterações na forma de se pensar juridicamente a família brasileira, apontando três situações em que sua presença é indiscutível: a) o reconhecimento da união homoafetiva; b) a admissão da reparação de danos em casos de abandono afetivo; c) o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco, aqui justificado no termo “outra origem” contido no art. 1.593, do Código Civil.

Exemplo que já é clássico no direito de família pátrio o reconhecimento de que a paternidade socioafetiva se sobressai, em muitos casos, à biológica, bem como quando falamos na igualdade entre irmãos adotados e biológicos, porque em ambos os casos prevalece a força da afetividade e da solidariedade.

Com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar. (GONÇALVES, 2021, p. 16).

Ainda que não exista menção aos termos *afeto* ou *afetividade* no Texto Constitucional ou mesmo no Código Civil, tais conceitos podem ser vistos em garantias constitucionais explicitadas, especialmente a dignidade da pessoa humana, que é um mandamento que deve nortear as ações de Estado no sentido de garantir uma sociedade livre, justa e solidária. Tais ideais devem estar em consonância com a proteção constitucional dada à entidade familiar (art. 226, CF), como leciona Maria Berenice Dias:

O Estado tem obrigações para com os seus cidadãos. Precisa

atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização, de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos - políticas públicas - que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo. (DIAS, 2021, p.74).

Em tempos outros o conceito de família estava ligado à necessária união entre homem e mulher, à ideia de procriação, representando tradicionais conceitos de conforto social e conforto econômico. Ocorre que a mudança natural da sociedade, especialmente após a liberdade jurídica conferida pela Constituição Federal de 1988, fez surgir novas entidades familiares, muitas delas baseadas na ideia de afetividade em detrimento de outros requisitos anteriormente imprescindíveis. Por isso Rolf Madaleno define a *família poliafetiva* como aquela integrada:

(...) por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher, ou somente entre duas pessoas do mesmo sexo, vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional. (MADALENO, 2021, p. 46).

Importante ressaltar que a ideia de poliafetividade já existia em tempos outros, mas representado por relações chamadas *poligâmicas*, nas quais não existe o consentimento de todos os envolvidos para sua configuração. A palavra *poliamor*, ligada ao tema ora em discussão será utilizada de forma mais adequada em relações *poliafetivas* em que há total assentimento dos envolvidos na relação e a constituição da entidade familiar estará amparada por todos os aspectos legitimadores de qualquer outra entidade tradicional.

Por isso é que para Maria Berenice Dias (2021, p. 453) o *poliamor* deve ser considerado uma forma de relacionamento íntimo existente e válido com mais de uma pessoa simultaneamente, de modo que tal situação forme um único núcleo e que estas múltiplas uniões sejam do conhecimento de seus integrantes, de modo que estarão presentes os princípios estruturantes da família, quais sejam, a liberdade, a solidariedade e a igualdade de seus membros, tendo como objetivo último a felicidade.

4.2. Exercício da autonomia privada

A autonomia da vontade privada, tomando emprestado um conceito do direito contratual, consiste no poder conferido às partes envolvidas de estipularem livremente, de acordo com sua conveniência, mediante ajuste de suas vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica (DINIZ, 2003, p. 40).

Na Teoria dos Direitos Fundamentais os direitos de *primeira geração* são também

conhecidos por “direitos da liberdade” e têm o indivíduo como titular, sendo oponíveis ao Estado e considerados, portanto, direitos de resistência ou de oposição, traduzindo-se como “faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico” (BONAVIDES, 2000, p. 517).

Na temática que ora se discute não é possível desvincular a ideia de *autonomia da vontade privada* ao reconhecimento da união poliafetiva, pois é a partir dela que as relações familiares tomaram maior amplitude, justamente por permitir aos particulares estipularem as melhores condições para as relações familiares das quais participam. Como exemplo, a possibilidade de casar, de escolher o cônjuge ou mesmo não se casar. No âmbito dos efeitos patrimoniais há a liberdade de escolha do regime de bens tanto na união estável, como no casamento, por meio do pacto antenupcial. Como diz Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 20), “esse espaço reservado ao livre consentimento é exercido, entretanto, dentro dos limites constitucionais e legais, que traduzem o modelo social de conduta determinado pela ordem jurídica”.

Nesse diapasão, reconhecer que a autonomia da vontade privada é direito fundamental, e considerando a evolução das relações sociais já reconhecidas pelo tradicional direito de família, é caminho natural que o direito brasileiro reconheça a união poliafetiva na legislação ordinária ou, ao menos, não considere nulos os atos para a constituição destes núcleos familiares, especialmente por escrituras públicas, especialmente quando não são violados direitos de terceiros.

Em que pese a grande resistência por parte de setores mais conservadores do Congresso Nacional, bem como de setores da sociedade civil, em adotar e aceitar novas espécies de relacionamentos, que fujam da heterossexualidade e da monogamia. Porém, não deveria ser desta forma, porque há fundamentos muito claros para a legalidade das uniões poliafetivas.

Primeiro destacamos o *princípio da legalidade* (art. 5º, II, CF) cuja previsão de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” é de aplicação automática ao tema em discussão. Aos que argumentam que não há previsão legal poderíamos dizer que também que a monogamia não está expressa na Constituição Federal, sendo mais uma propensão cultural!

Segundo, se a *autonomia da vontade privada* é direito fundamental de primeira geração, pois ligado diretamente à ideia de liberdade, estamos diante de um direito que visa proteger o cidadão permitindo-o o exercício de suas vontades, buscado realização e felicidade, limitando a intervenção do Estado.

Dessa forma, para suprir a lacuna legislativa existente, o princípio do livre exercício da autonomia privada é considerado um dos pilares mais sólidos na luta pelo reconhecimento das uniões poliafetivas, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, do pluralismo de famílias e da liberdade (em sentido *lato*), não nos esquecendo que o direito de família pertence ao ramo do direito privado justamente por regular relações privadas, o que limita sem dúvida a intervenção do Estado.

Por fim, vale lembrar o disposto no art. 1.513, do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Trata-se da consagração do princípio da liberdade ou da não-intervenção na ótica do Direito de Família, que mantém íntima relação com a autonomia privada, que no direito de família também é aplicado, pois não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, pois quando “escolhemos, na escalada do afeto, com quem

ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente" (TARTUCE, 2007).

4.3. Família nos tempos modernos

Inegável que o conceito de família se afastou do padrão patriarcal do início do século XX, passando a ser encarada como entidade plural e não mais singular, reconhecendo-se três tipos de família: i) a *união estável*, que é a relação duradoura, contínua, que tenha objetivo de constituir família; ii) a *monoparental*, constituída por pais viúvos, solteiros que criam seus próprios filhos ou filhos adotados, pais separados ou mulheres que utilizam técnicas de inseminação artificial; iii) e a *matrimonial*, que é a tradicional, onde existe o efeito do contrato de casamento.

Assim, o pluralismo do novo conceito de família se afastou dos padrões convencionais, evoluindo para um vínculo afetivo, interpretação autorizada pelo texto constitucional, que "absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família", a partir da convivência pública, duradoura e contínua, de modo que o art. 226, da CF, deve ser interpretado para admitirmos que "a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição" (GONÇALVES, 2021, p. 16).

A resistência para admitir a união poliafetiva em muito está relacionada à confusão que se faz com a poligamia, há muito moralmente condenada. A principal diferença entre a união poliafetiva para a poligamia é que raramente as pessoas sabem que esta existe (como nas famílias paralelas ou relacionamento entre amantes), enquanto para aquela a ciência dos envolvidos é imprescindível. Nesse sentido vale a lição de Berenice Dias:

As uniões simultâneas não são proibidas. Nem infringem o dogma da monogamia. Sequer configuram o crime de bigamia (CP 235), pois proibida é a ocorrência de dois casamentos. No entanto, todos resistem em emprestar efeitos jurídicos ao relacionamento, ainda que presentes as características de ostensividade, publicidade e continuidade. Vez por outra, é exigido que a companheira afirme desconhecer a existência do casamento e a nomina de união estável putativa de boa-fé. (DIAS, 2021, p. 641).

É compreensível que a união poliafetiva receba da sociedade em geral, sem formação jurídica e alheia às disposições do Texto Constitucional, um tratamento com reservas, desconfiado até. No entanto, devemos lembrar que assim foi com as uniões homoafetivas, cuja existência concreta era indiscutível, mas que somente foi reconhecida como entidade familiar em 2011, pelo Supremo Tribunal Federal, que à unanimidade entendeu que os princípios da igualdade e da não discriminação deveriam ser aplicados para permitir a união estável entre casais do mesmo sexo.

Nessa esteira, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ emitiu a resolução nº 175 proibindo as serventias cartorárias de recusarem a habilitação, celebração de casamento

civil ou a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo (art. 1º), sujeitando-se à comunicação imediata ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis (art. 2º). Embora não exista legislação sobre o tema, na prática estas uniões são reconhecidas e respeitadas juridicamente desde então.

Inegável, neste contexto, que a qualidade ou gênero dos componentes não indica a existência ou não de uma entidade familiar, pois a não discriminação, a afetividade, a liberdade de escolha, são parâmetros muito mais adequados ao moderno direito de família, não se confundindo com poligamia ou qualquer outra configuração que mereça repulsa social. Como atesta Maria Berenice Dias (2021, p. 71), merecem ser abrigadas sob o manto do direito de família as uniões poliafetivas, parentais e as pluriparentais.

5. O entendimento do Conselho Nacional de Justiça

Em 2012, na comarca de Tupã (SP) foi lavrada a primeira *escritura pública* de união poliafetiva, gerando inúmeros questionamento sobre a legalidade deste ato. A tabeliã que registrou o documento alegou que o ato é legal e fundamentado em relacionamento baseado na convivência e companheirismo de anos, na lealdade entre os envolvidos, valores tão caros ao direito de família. Alegou, ainda, que foi respeitada a autonomia da vontade privada, além de não vislumbrar qualquer prejuízo a terceiros, sendo apenas a formalização de uma união estável (IBDFAM, 2012).

Este registro abriu portas para vários outros casais pleitearem o registro de suas uniões poliafetivas como entidades familiares, tendo em vista não haver vedação expressa e invocando a existência de lacuna legislativa. Porém, esta situação gerou um *pedido de providências* junto ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que decidiu em 26 de junho de 2018, por maioria de votos, que aos cartórios é vedada a lavratura de escritura pública declaratória de união poliafetiva.

Embora tenha o CNJ determinado a proibição da lavratura de escrituras públicas nestes casos, o próprio texto da ementa aponta que este entendimento não perdurará por muito tempo, pois o órgão apresenta argumentos presentes no raciocínio que se faz neste trabalho para reconhecimento da união poliafetiva.

O texto da ementa reconhece: i) que a Constituição Federal assegura à família “a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las”; ii) reconhece que a família é “um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar”; iii) entende que as uniões afetivas conjugais (sejam advindas do casamento ou não) são produto social e cultural por serem reconhecidas como “instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas”; iv) que a alteração jurídico-social tem início no mundos fatos e vai sendo incorporada gradativamente pelo direito, surgindo primeiro a mudança cultura, depois a mudança legislativa que passa a regular “os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes”.

Dito isso, o CNJ passa a fornecer argumentos que – como dissemos – podem prevalecer por um tempo, mas que já apontam a possibilidade de reconhecimento das uniões poliafetivas à medida em que sua presença social fique marcada de forma indelével.

Diz o CNJ que: i) relação “poliamorosa” é um relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas, mas é praticamente “ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos”; ii) os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência de nosso povo, sendo ainda necessária a “aceitação social” do *poliafeto* para que se admita o tratamento jurídico da pretensa família poliafetiva; iii) que o atual estágio da sociedade, dada a falta de amadurecimento do debate, inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar; iv) que uniões formadas por mais de dois cônjuges ainda sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no Brasil não são suficientes para configurarem uma posição geral da sociedade sobre do tema, o que não autoriza a modificação no mundo jurídico; v) que a sociedade brasileira ainda não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, ficando a hipótese carente de maturação.

Ao final, o Conselho Nacional de Justiça, admite que o entendimento poderá mudar, se futuramente haja o amadurecimento da união poliafetiva como entidade familiar na sociedade brasileira. A vedação à lavratura da escritura pública, segundo o texto da decisão, esbarra no fato de que “as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa ‘poliafetiva’, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos” e que “existem consequências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos”.

Assim, estaria vedada a lavratura da escritura para reconhecimento de união poliafetiva porque a sociedade brasileira tem como elemento estrutural da família a *monogamia* e “os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo”. Com isso, estaria limitada a autonomia da vontade das partes, pois a afirmação dos declarantes ao tabelião de seu comprometimento uns com os outros “não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos”.

Todavia, o entendimento não foi unânime e os *votos divergentes* de três conselheiros³ apontam para um rumo diferente a ser tomado no futuro desta discussão.

Para Luciano Frota, negar a formalização de uniões poliafetivas perante o Estado, “com base em um conceito vetusto de entidade familiar, não abrigado pela Constituição”, significa perpetuar uma situação de exclusão e de negação de cidadania que não são compatíveis com os valores democráticos de nosso país. Para ele, não cabe ao Estado determinar previamente qual entidade familiar pode ser constituída, mas declarar sua formação, dando-lhe a proteção social.

O Conselheiro Aloysio Corrêa da Veiga, a seu turno, acompanhou o relator, entendendo não ser possível a lavratura de escritura pública para reconhecimento da união poliafetiva, mas entende que “as partes podem se valer de escritura pública de declaração de sociedade de fato para efeitos patrimoniais, com referência à destinação dos bens, em caso de eventual dissolução da sociedade, em vida”.

A Conselheira Daldice Santana reconhece, de igual forma, que a escritura pública

³ Estes três conselheiros não mais ocupam cargos no CNJ, tendo retornado às suas ocupações de origem, lembrando que o art. 103-B, da Constituição Federal, determina que os mandatos serão de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução.

não poderá declarar a existência de união poliafetiva como entidade familiar. Todavia, na estreira de Flávio Tartuce, citado por ela em seu voto, entende a Conselheira que não há nulidade absoluta no ato por suposta ilicitude do objeto ou das razões motivadoras do ato. Assim, a escritura deve ser considerada válida “por apenas representar uma declaração de vontade hígida e sem vícios dos envolvidos, não havendo também qualquer problema no seu objeto”.

Trouxe à baila a lição do mesmo civilista ao afirmar que não há que se falar em dano social, pois não estamos diante de uma conduta socialmente reprovável. Assim, o reconhecimento de um afeto espontâneo entre duas ou mais pessoas não é situação de dano à coletividade. Ao contrário, é a reafirmação de transparência e solidariedade entre as partes.

6. Considerações finais

Ao vasculharmos os conceitos do direito de família do início do Século XX, encontramos que com o Código Civil de 1916 “o homem mantém, com algumas pequenas restrições, a sua posição anterior de chefe de família, em oposição à mulher casada, que o direito incluiu no dol dos relativamente incapazes, dependendo do marido para poder exercer uma profissão” (WALD, 2000, p. 21).

Desde então essa concepção hoje inaceitável de preponderância do homem sobre a mulher evoluiu, assim como outros institutos próprios do direito de família surgiram e foram sendo modificados à medida em que a sociedade assim exigiu. Por isso, cremos que não haverá de ser diferente com as uniões poliafetivas, pois os argumentos que autorizam seu reconhecimento estão presentes em nosso ordenamento jurídico e, como bem deixou claro o próprio CNJ no julgamento de 2018, o reconhecimento pela sociedade brasileira autorizará o avanço no entendimento hoje prevalente.

Apresentados os argumentos no decorrer deste trabalho, podemos apontar seguintes conclusões:

a) a *afetividade* é a origem das relações socioafetivas e um dos princípios fundamentais que regem o direito de família. A união poliafetiva se baseia principalmente no afeto constituído na convivência com outras pessoas, seja no ambiente familiar ou não, mesmo que não exista um vínculo sanguíneo.

b) a *autonomia privada* não se limita apenas a negócios jurídicos, mas também a relações extrapatrimoniais, como o casamento, a união estável e a união homoafetiva, dando liberdade concreta no exercício da autonomia privada, permitindo que cada cidadão realize contratos com as garantias e direitos que lhes convém, sem interferência do Estado. O direito de família contemporâneo tem grande apreço pelo livre exercício da autonomia privada, o que originou uma maior liberdade nas relações familiares, pois trata-se de reconhecer o poder dado a particulares para determinar seus próprios interesses.

c) a entidade familiar é *plural* e não mais singular, de modo que a intervenção do Estado não deve ser tão ampla quanto em outros tempos, pois existe amparo constitucional a qualquer conceito de família que tenha por base a afetividade, sendo cabível a equiparação da união poliafetiva aos mesmos preceitos da união estável e do casamento. Os casais que vivem a poliafetividade buscam proteção jurídica e de tutela

estatal, de forma igualitária aos demais institutos reconhecidos como família. É dever do legislativo suprir os anseios de seus jurisdicionados, em busca de igualdade social e jurídica.

d) em que pese existirem dominantes posicionamentos contrários ao reconhecimento da união poliafetiva, não há dúvida de que com a evolução natural da sociedade os entendimentos também serão alterados, como ficou claro no *judgamento não unânime* do CNJ, em 2018, ao decidir que não se poderia constituir nova entidade familiar poliafetiva via escritura pública.

Apresentadas estas conclusões, consideramos que o moderno direito de família está autorizado a admitir a possibilidade jurídica das uniões poliafetivas em face dos princípios constitucionais que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro, mas especialmente porque é uma realidade que se apresenta e, sem dúvida, é função do Direito e de seus intérpretes adequá-lo à sociedade em que vigora.

7. Referências bibliográficas

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 24, n. 102, abr./jun 1989, p. 207-230.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Rel. João Otávio de Noronha. J. 26/06/2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Presidência. Resolução nº 175, de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. DJE 15/05/2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HAAS, Maiara Francieli. O reconhecimento das uniões poliafetivas pelo ordenamento jurídico brasileiro e os efeitos decorrentes da dissolução inter vivos. **Ibdfam**, Belo Horizonte, fev. 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1645/O+reconhecimento+das+uni%C3%B5es+poliafetivas+>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Assessoria de Comunicação. **Escritura reconhece união afetiva a três**. 21 ago. 2012. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/4862>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada? **Jus Navigandi**, Teresina, 21 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38318/autonomia-da-vontade-e-ou-autonomia-privada>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SILVA, Brenno Gomes. Uniões poliafetivas e seu possível reconhecimento como entidade familiar no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, 27 out. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/94426/unioes-poliafetivas-e-seu-possivelreconhecimento-como-entidade-familiar-no-brasil>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Ibdfam**, Belo Horizonte, 27 jun. 2007. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+\(1\)](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+(1))>. Acesso em 7 mar. 2023.

_____. O princípio da afetividade no direito de família. **Jus Brasil**, 2 jun. 2014. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direitode-familia>>. Acesso em 8 mar. 2023.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/28461>>. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____; CEOLIN, Isabella Arrais de Almeida Schmitberger. União poliafetiva: uma entidade familiar constitucionalmente tutelada. **Jus Navigandi**, Teresina, 15 ago. 2022. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/613129174/uniao-poliafetivauma-entidade-familiar-constitucionalmente-tutelada>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Resumos

Os 26 trabalhos a seguir foram aprovados previamente pela Comissão Científica do evento e seus autores participaram regularmente das sessões de comunicação oral. Estão aqui apresentados em suas versões sintéticas, pois não foram revisados para efeito de publicação final, como trabalhos completos.

A guerra fiscal entre os Estados e a reforma tributária que se avizinha

Thiago Fernandes Mendes da Silva¹

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente a guerra fiscal entre os Estados e a necessidade de uma reforma tributária institucionalizada o quanto antes, enfatizando um sistema tributário eficiente, considerado fundamental para aumentar a competitividade saudável das empresas e, conseqüentemente, acelerar o ritmo de crescimento econômico do Brasil, gerando empregos e renda para a população. O presente estudo é de fundamental importância para denotar que a política de incentivos fiscais, ligada a uma iminente reforma tributária, possui uma profunda e eficaz fundamentação teórica e econômica; é utilizada em todos os países e se torna positiva e transformadora quando adota critérios seletivos e conectados de forma sagaz a redes de empresas, arranjos produtivos locais, cadeias produtivas, e outros. Para elaboração do trabalho será utilizado o método dedutivo, e a pesquisa será feita de forma bibliográfica e documental. Concluímos que a reforma tributária traz algumas formas de se “amenizar” a questão da guerra fiscal propriamente dita, já que essa reforma é a proposta do Governo Federal para simplificar o sistema tributário brasileiro extinguindo e substituindo os tributos como PIS, Cofins, IPI, ICMS e ISS por um Imposto sobre Operações com Bens e Serviços (IBS), buscando modernizar a arrecadação de tributos e impostos para favorecer a competitividade das empresas. Acatar a Reforma Tributária pode contribuir para solucionar e/ou sintetizar problemas como a desigualdade dos repasses entre os Estados e a possibilidade de garantia de uma alíquota única de ICMS para todos os Estados da Federação e o Distrito Federal.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os benefícios da Reforma Tributária em contraposição à Guerra Fiscal. 3. As cargas tributárias no Brasil e a necessidade de homologação da Reforma Tributária. 4. A Reforma Tributária: uma análise positiva e eficaz. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Sistema tributário. Reforma tributária. Guerra fiscal.

¹ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: adcontri@hotmail.com.

A greve política é amparada pelo ordenamento jurídico nacional?

Márcia de Souza Ribeiro Oliveira²

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente a greve política, questionando se o exercício da referida modalidade de greve é amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou não. A pesquisa é de fundamental importância para averiguar se os grupos que fazem uso dessa ferramenta estão incorrendo em ato ilícito, abusivo e/ou ilegal ou se apenas estão exercendo um direito que lhes cabe, de uma forma legalmente constituída. Para elaboração do trabalho foram utilizados o método indutivo e a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental. Concluímos que a greve política definitivamente encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na trabalhadores a decisão quanto a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Contudo o judiciário, notadamente trabalhista, responsável por julgar as questões relativas à greve, não tem reconhecido tal direito, limitando o entendimento de licitude da greve conforme previsão na lei 7783/89 (lei de greve), gerando assim um impasse entre a previsão constitucional e a norma infraconstitucional. Entendemos que em tal situação a Constituição Federal deverá prevalecer. Verificamos a partir deste estudo que as decisões e entendimento jurisprudencial têm aos poucos sinalizado avanço neste sentido.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito de greve. 3. Greve política. 4. Problemática. 4.1. A greve política e a Constituição Federal de 1988. 4.2. O Judiciário e a greve política. 4.3. OIT e a Greve Política. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Greve política. Justiça do Trabalho.

² Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: marcia.oliveira33@yahoo.com.br.

A inconformidade dos parâmetros de pagamento de indenização segundo o art. 223 da CLT perante o ordenamento jurídico brasileiro

*Joyce Lorena Vieira Romão*³

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente o artigo 223 da Convenção de Leis Trabalhistas, questionando sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, observando a inconformidade perante a legislação pátria. O presente estudo é de fundamental importância para a sociedade considerando se tratar de um direito que envolve o trabalho, e por consequência, toda a sociedade. Para elaboração do trabalho foi utilizado o método dedutivo e as pesquisas bibliográfica e documental. Concluímos a presente norma não respeita o normativismo hierárquico brasileiro, ao destituir a noção de equidade constitucional destinada a todas as pessoas, para formular algo totalmente novo na justiça do trabalho que segrega e cria castas de trabalhadores, funcionando como verdadeiro mecanismo para distanciar o empregador detentor do poder econômico do trabalhador que se sujeita.

Sumário: 1. Introdução 2. Tema. 3. Delimitação do tema. 4. Problemática 5. O princípio da equidade no tocante do ordenamento jurídico brasileiro 5.1. Conceito do princípio da equidade 5.2. Aplicação do princípio da Igualdade como regra normativa na edição de leis. 6. Os critérios de Bobbio para caracterizar o direito através da norma jurídica. 6.1. Critério formal. 6.2. Critério material. 6.3. Critério do sujeito que põe a norma. 6.4. O critério do sujeito ao qual a norma é destinada. 6.5. Análise dos critérios sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. 7. O direito como subproduto da norma e do ordenamento jurídico. 8. O judiciário e seu papel soberano de decidir a validade da norma. 9. Dano extrapatrimonial no direito do trabalho. 9.1. Dano moral no direito civil *versus* dano moral no direito do trabalho. 10. Conclusão. 11. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: CLT. Dano extrapatrimonial. Equidade.

³ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: j.vieira019@gmail.com.

A (in)constitucionalidade das prisões penais em segunda instância

*Ana Izabel Mendes Iplinsky*⁴

Resumo: O artigo tem como objetivo principal a análise referente a constitucionalidade das prisões ocorridas em segunda instância, antes do esgotamento de todas as vias de defesa, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sob uma perspectiva garantista. Com ênfase no princípio da presunção da inocência, bem como o princípio do devido processo legal, a presente pesquisa abordou uma discussão e os diferentes entendimentos e interpretações do Poder Judiciário quanto a execução da pena. A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece em seu texto, no artigo 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, necessário a análise em que medida a interpretação do Supremo Tribunal Federal afronta o princípio da não-culpabilidade ou presunção da inocência, previsto na Constituição Federal. O presente estudo é de fundamental importância para que seja analisado a importância da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em 2019 e todo o caminho que levou até a referida decisão. Além da análise dos princípios penais, foi realizado um estudo acerca do trâmite da execução penal e dos tipos de penas previstos em lei. Para elaboração do trabalho foi utilizado o método de pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, com embasamento em leis, enfatizando a Constituição Federal e o Código Processo Penal, artigos científicos, livros e jurisprudências. Concluímos que a prisão executada antes do esgotamento de todas as vias judiciais, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é inconstitucional e deverá prevalecer o entendimento recém decidido pelo STF de que o cumprimento da pena deverá começar somente após o esgotamento de todos os recursos.

Sumário: 1. Introdução 2. O devido processo legal e a execução penal no Brasil. 3. O princípio da presunção de inocência como garantia do devido processo legal. 4. As prisões penais em segunda instância, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, são consideradas constitucionais? 4.1. Um estudo sobre a (in)constitucionalidade da prisão em segunda instância com base no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal e o entendimento do STF. 4.2. A impossibilidade de reexame de provas, sob a ótica da Súmula no 7 do STJ, prejudica a garantia da presunção de inocência? 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Prisão em segunda instância. Presunção de inocência. Inconstitucionalidade.

⁴ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: anaiplinsky@gmail.com.

A inconstitucionalidade do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos

*Daniela dos Reis Silva*⁵

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente a inconstitucionalidade da imposição do casamento com separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, questiona-se: o texto constitucional vigente, exposto no artigo 1.641, inciso II é constitucional? O presente estudo é de fundamental importância para enfatizar os princípios constitucionais que são devidamente feridos decorrente há privação de escolhas dos nubentes. Para elaboração do trabalho serão utilizados o método exploratório e as pesquisas bibliográfica e documental. Concluímos que o artigo acima pautado é passivo de interpretações onde apresenta lacunas e conflitos que violam a capacidade civil, princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, uma vez que, a alta idade por si só não configura insanidade mental, e ao colocar um idoso nessa condição é vexatório e ilegal para o nosso ordenamento jurídico, deve ser respeitado o direito de tutela patrimonial.

Sumário: 1. Introdução 2. Do casamento. 3. Da capacidade civil do idoso. 4. Dos princípios constitucionais e os direitos dos idosos no que compete ao impedimento de escolha de regime de bens. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Regime de bens. Idoso. Inconstitucionalidade.

⁵ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: danielavini94@gmail.com.

A (in)eficácia das medidas de proteção da Lei Maria da Penha como meio de prevenção do feminicídio

*Erislene da Silva*⁶

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente a (in)eficácia das medidas protetivas estipuladas pela Lei Maria da Penha como fator capaz de coibir a prática de feminicídios, questionando se as medidas protetivas da Lei Maria da Penha são eficazes como meio preventivo dos casos de feminicídio no Brasil. O presente estudo é de fundamental importância para observar os efeitos da violação constante de medidas protetivas, a qual, através da reincidência, acaba ocasionando a prática do feminicídio. Para elaboração do trabalho serão utilizados o método dedutivo, a pesquisa bibliográfica e revisão de literatura. Conclui-se pela ineficácia das medidas de proteção elencadas pela Lei Maria da Penha como meio de prevenção do feminicídio, pois que diversos fatores devem ser sopesados na análise de dados referente aos feminicídios praticado no âmbito de violência doméstica e familiar, os quais variam desde a morosidade da justiça à falta de segurança proporcionada ao Estado.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). 2.1. Medidas protetivas estabelecidas pela Lei Maria da Penha. 3. Aspectos históricos do feminicídio. 4. A ineficácia das medidas de proteção da Lei Maria da Penha como meio de prevenção do feminicídio. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medidas protetivas. Feminicídio.

⁶ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: erisleneesandrodavi@gmail.com.

A (in)eficácia do regime simplificado de tributação – Simples Nacional – para as micro e pequenas empresas

*Jesaias Costa Silva*⁷

Resumo: O objetivo da pesquisa será pesquisar cientificamente se o regime simplificado de tributação do Simples Nacional para as micro e pequenas empresas é mais vantajoso frente aos demais regimes tributários. As micro e pequenas empresas se tornaram reconhecidas pela economia, destacando a forte geração de novos empregos. Assim o governo com o intuito de incentivar e promover o tratamento tributário e jurídico diferenciado para as micro e pequenas empresas criou o regime Simples Nacional, concedendo benefícios fiscais e simplificações administrativas, bem como a simplificação dos tributos. Entretanto, ainda que as empresas possuam a opção de escolha pelo Simples Nacional não o fazem, vez que existem exigências que dificultam o enquadramento e manutenção no regime, levando a optarem pelo lucro real ou lucro presumido. O objetivo do presente estudo será analisar os regimes tributários, com ênfase no Simples Nacional, bem como realizar comparação entre os demais regimes. Para desenvolvimento do artigo será utilizado o método de pesquisa qualitativa e documental, com análise de doutrinas, artigos científicos, dados estatísticos, livros, leis e jurisprudências. Concluímos que o Simples Nacional para micro e pequenas empresas não resulta em vantagens significativas para torna-las competitivas ao ponto de manter como força matriz da economia, pelo contrário, pode acarretar em desvantagem, principalmente pelo fato de não permitir o aproveitamento de demais benefícios e incentivos fiscais, ressaltando que o sistema unificado de recolhimento de tributos não é um programa, tampouco um sistema de benefícios fiscais, mas sim um regime simplificado de recolhimento de tributos e de obrigações tributárias.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Simples Nacional. 3. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. 4. A comparação dos Regimes Tributários do Brasil frente ao Simples Nacional. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito tributário. Simples Nacional. Microempresas.

⁷ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: jcs.udia@gmail.com.

Alienação parental: a violação dos direitos das crianças e adolescentes

*Jôse Lucy Barreto de Souza Cavalcante*⁸

Resumo: O objetivo principal desta pesquisa é analisar a alienação parental no contexto brasileiro, abordando a questão de se essa prática configura uma violação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes sob a ótica do Direito. Este estudo é de vital importância, pois busca elucidar as implicações jurídicas, sociais e psicológicas da alienação parental, bem como o seu impacto prejudicial no bem-estar das crianças e adolescentes afetados. Utilizamos o método dedutivo e realizamos uma pesquisa bibliográfica e documental para aprofundar nosso entendimento sobre o fenômeno da alienação parental e suas consequências. Através da análise de vários textos legais e estudos acadêmicos, pudemos avaliar a eficácia da Lei de Alienação Parental no Brasil, bem como as lacunas existentes na sua aplicação. A partir desta investigação, concluímos que a alienação parental, apesar dos esforços legais para preveni-la, efetivamente viola os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Esta prática afeta negativamente a formação psicológica dos menores, contraria os princípios do melhor interesse da criança e da convivência familiar, configurando uma transgressão de seus direitos assegurados constitucionalmente. Essa constatação sublinha a necessidade de um debate jurídico e social mais amplo sobre o tema, além de incentivar a realização de mais pesquisas para encontrar soluções eficazes que mitiguem este problema preocupante.

Sumário: 1. Introdução 2. Conceito de família. 3. Alienação parental e os direitos das crianças e adolescentes. 4. Violação dos direitos fundamentais 4.1. Infringência à Lei de Alienação Parental e interferência na formação psicológica. 4.2. afronta ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 4.3. Violação ao princípio da convivência familiar. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Criança e adolescente. Alienação parental. Violação.

⁸ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: josypolumseguros@gmail.com.

Análise da retroatividade do acordo de não persecução penal em processos criminais anteriores à Lei nº 13.964/2019

Glesiano Nunes Freitas⁹

Resumo: O propósito deste estudo é examinar a possibilidade de utilizar o acordo de não persecução penal (ANPP) de maneira retroativa em processos criminais que foram iniciados antes da Lei nº 13.964/2019, contanto que os requisitos objetivos e subjetivos da norma sejam cumpridos. Para tal finalidade, adotou-se uma abordagem dedutiva e dialética, utilizando-se de revisão bibliográfica, análise jurisprudencial acerca do tema, pesquisa doutrinária e de julgamentos relacionados a outros institutos de despenalização. De acordo com a pesquisa realizada, conclui-se que o ANPP pode ser utilizado em casos de fatos ocorridos e processos judiciais iniciados antes da aprovação da Lei nº 13.964/2019, contanto que a denúncia ainda não tenha sido aceita. No entanto, é importante ressaltar que há divergência de opiniões judiciais acerca da retroatividade desse instituto, sendo necessário avaliar a aplicação caso a caso. Além disso, é preciso observar que existem prazos processuais específicos para a oferta do acordo.

Sumário: 1. Introdução. 2. A polêmica em torno da aplicação retroativa do acordo de não persecução penal: desafios e perspectivas. 3. A retroatividade do acordo de não persecução penal (ANPP) e seus impactos no sistema de justiça criminal. 4. Da (ir)retroatividade do acordo de não persecução penal. 4.1. Natureza jurídica do acordo de não persecução penal. 4.2. A aplicabilidade retroativa e a contribuição do acordo de não persecução penal na redução dos processos criminais. 4.3. O acordo de não persecução penal como uma alternativa para a resolução consensual de conflitos. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Justiça consensual. Retroatividade.

⁹ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: glesianonf@gmail.com.

Análise quanto à culpabilidade de delinquentes psicopatas

*Rayane Oliveira Rosa*¹⁰

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente a culpabilidade dos delinquentes psicopatas questionando se esse delinquente pode responder pelos seus próprios atos, ou seja, essa pessoa vai ser imputável e consequentemente condenado a uma prisão comum por exemplo ou ele será considerado semi-imputável podendo receber uma medida de segurança que se trata de um tratamento médico já que o delinquente é portador de uma psicopatia. Os crimes praticados por esses delinquentes tendem a ser cruéis e em sequência gerando um número significativo de vítimas, movidos simplesmente pela vontade, embora nem todo psicopata será um delinquente como nem todo delinquente é um psicopata. O presente estudo é de fundamental importância para o ordenamento jurídico brasileiro já que existe uma lacuna jurídica causando uma insegurança jurídica quanto aos casos concretos como o de “Chico Picadinho” que se trata de um psicopata brasileiro, seu caso perdura até os dias de hoje como uma incógnita jurídica, pois assumiu dois tipos distintos de culpabilidade em duas condenações distintas, ele é um exemplo claro do crime em série pois mesmo após ter cumprido pena assim que foi solto matou novamente. Para elaboração do trabalho serão utilizados o método indutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. Concluímos que essa condição de psicopatia não os faz incapazes de saber o que estão fazendo e as consequências de seus atos. Portanto o a justiça deve observar todos os aspectos para que não devolva a sociedade uma pessoa ainda com potencial para matar novamente e não mantenha alguém.

Sumário: 1. Introdução. 2. Delinquentes psicopatas e seus crimes. 3. Culpabilidade. 4. Da medida de segurança como pena de um delinquente psicopata 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Culpabilidade. Psicopatia. Estudo de caso.

¹⁰ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: rayaneoliveira301@gmail.com.

Aplicabilidade da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas individuais

*Gabriele Oliveira de Sousa*¹¹

Resumo: O presente artigo científico tem como objetivo analisar a aplicabilidade da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos individuais no âmbito trabalhista. Para isso, serão considerados os princípios protetivos do Direito do Trabalho, a natureza dos direitos trabalhistas e a desigualdade de poder existente entre empregador e empregado. Serão exploradas questões relacionadas à constitucionalidade da arbitragem nesse contexto, levando em consideração a indisponibilidade e irrenunciabilidade de muitos direitos trabalhistas. Também serão abordadas a proteção dos grupos vulneráveis e a limitação da autonomia da vontade como elementos fundamentais no Direito do Trabalho. Por fim, serão apresentadas sugestões para pesquisas futuras que possam aprofundar o tema e buscar alternativas que garantam a proteção dos trabalhadores.

Sumário: 1. Introdução. 2. Resolução de conflitos. 3. Instituto da arbitragem. 4. Constitucionalidade da aplicação de arbitragem para solução de conflitos trabalhistas individuais. 4.1. Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. 4.2. Hipossuficiência do empregado. 4.3. Autonomia da vontade. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Resolução de conflitos. Arbitragem.

¹¹ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: sougabriele552@gmail.com.

Da (in)constitucionalidade da confissão como requisito na celebração do acordo de não persecução penal

Enzo Sardela de Faria Freitas¹²

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente a constitucionalidade do requisito da confissão no âmbito do acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei 132.964/2019, questionando se o referido requisito não vai de encontro a princípios elementares do direito penal, como o da presunção de inocência. O presente estudo é de fundamental importância para entender se se justifica a suposta celeridade trazida pelo pacote anticrime frente a possíveis violações de direitos fundamentais. Para elaboração do trabalho será utilizado o método a pesquisa dedutivo, baseada na pesquisa bibliográfica e documental. Em síntese apertada, é essencial que o acordo de não persecução penal seja ajustado aos princípios da Constituição Federal, a fim de evitar injustiças e violações constitucionais, considerando que nosso país ainda se baseia em um Estado Positivista, concluindo por sua inconstitucionalidade, frente ao requisito da confissão formal, que violação os princípios da presunção de inocência, do *nemo tenetur se detegere* e da isonomia., dentre outros.

Sumário: 1. Introdução. 2. Justiça penal negociada. 3. Justiça penal negociada no Brasil. 4. O Pacote Anticrime (Lei no 13.964/2019) e a formalização em lei do ANPP. 5. A inconstitucionalidade da confissão como requisito para celebração do ANPP. 5.1. A inconstitucionalidade pelo viés da presunção de inocência 5.2. A inconstitucionalidade pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*. 5.3. O princípio da igualdade no processo penal e sua incompatibilidade com a confissão no âmbito da ANPP. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: ANPP. Confissão. Inconstitucionalidade.

¹² Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: enzofaria15@hotmail.com.

Desfiliação partidária por formação de federação: uma análise da possibilidade de justa causa sem perda de mandato

*Diego Aguirre de Melo*¹³

Resumo: O objetivo primordial da presente pesquisa consiste em realizar uma análise científica acerca da lacuna jurídica no que tange à hipótese da formação de federações partidárias, verificando se tal formação pode configurar justa causa para desfiliação partidária sem perda do mandato eletivo. A pesquisa aborda a questão da criação de uma federação partidária como possível justa causa para desfiliação partidária, considerando-se mudanças substanciais no programa partidário e a criação de nova organização política. O presente estudo possui fundamental importância para contribuir com o debate jurídico em curso no Tribunal Superior Eleitoral. Para a elaboração do trabalho, serão utilizados o método dedutivo, a pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que existem elementos suficientes para sustentar a tese de justa causa nos casos de desfiliação partidária em razão de federação partidária, sem que haja configuração de infidelidade partidária.

Sumário: 1. Introdução 2. Tema. 3. Reformas eleitorais. 4. O instrumento das federações partidárias 5. Delimitação do tema. 6. Justa causa em fusões e incorporações 7. Problemática 7.1. Equiparação do direito à desfiliação: comparando fusões, incorporações e federações partidárias 7.2. A mudança substancial do programa partidário na federação 7.3 Desafios na implementação da Lei das Federações Partidárias: realidade local e desfiliação parlamentar 8. Conclusão 9. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Federação partidária. Fidelidade partidária.

¹³ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: diegoaguirrefu@gmail.com.

Filiação socioafetiva: prevalência da filiação afetiva sobre a biológica

Murilo Rodrigues Mendes¹⁴

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar a relevância da filiação socioafetiva e discutir a problemática do artigo que é sua prevalência sobre a filiação biológica, bem como os reflexos do seu reconhecimento no sistema jurídico brasileiro. A presente pesquisa faz-se necessária, mas sem a pretensão de esgotar o tema, haja vista, a necessidade de demonstrar à sociedade que com a promulgação da Constituição de 1988, a paternidade não pode ser mais vista apenas pelo aspecto biológico ou simplesmente registral. O presente estudo é de fundamental importância para proporcionar maior familiaridade com a questão da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, com vista a apontar quais os argumentos mais consistentes do ponto de vista jurídico. Para isso utilizaremos a metodologia usada no presente trabalho será a pesquisa bibliográfica e documental, Devido às mudanças sociais ocorridas na sociedade, o Direito de Família passou a valorizar os laços afetivos existentes entre pais e filhos, e passou a reconhecer uma nova modalidade de filiação, a socioafetiva, que é aquela filiação pautada na convivência familiar, na solidariedade, no amor entre pais e filhos, sem que exista necessariamente vínculo biológico ou jurídico entre ele. O atual entendimento doutrinário e jurisprudencial tem admitido com grande frequência a socioafetividade no direito, sob a ótica que a paternidade, não deve ser vista apenas sob laços sanguíneos e registrais, mas pelas ligações afetivas que norteiam as relações ente pais e filhos.

Sumário: 1. Introdução. 2. Filiação. 2.1 Família. 2.2. Tipos de família. 2.3. Matrimonial. 2.4. Homoafetiva. 2.5. Paralelas ou simultâneas. 2.6. Poliafetiva. 2.7. Família monoparental. 2.8. Anaparental. 2.9. Pluriparental ou mosaico. 2.10. Família substituta. 3. Filiação socioafetiva. 3.1. Breve histórico. 4. Prevalência da filiação afetiva sobre a biológica. 4.1. Jurisprudência. 4.1. Prevalência da filiação socioafetiva. 4.3. Prevalência da filiação biológica. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito de família. Filiação socioafetiva. Filiação biológica.

¹⁴ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: murilommendes19@gmail.com.

Guarda compartilhada: remédio para alienação parental ou placebo para seus sintomas?

*Fábio Silva Barcelos*¹⁵

Resumo: O principal objetivo do texto é analisar a guarda compartilhada como solução do problema de alienação parental, ou não, questionando se ela realmente interfere na convivência dos pais com os filhos, impedindo a alienação parental. Tendo em vista que a família é considerada, inclusive pela Constituição Cidadã, como base da sociedade, ainda que o tema de família pareça recorrente, é fundamental que seja constantemente rediscutido, pois as alterações na dinâmica familiar são constantes, sendo cabível dizer que é inesgotável a matéria. Para o desenvolvimento do tema, foi utilizado o método indutivo com abordagem qualitativa, por meio da pesquisa descritiva com análise documental e bibliográfica. Ao longo do texto, busca-se criar uma linha de raciocínio onde, sendo a guarda compartilhada ou unilateral, estando todos aptos e com vontade de priorizar o filho, essa relação será saudável, sem atritos, o que afasta o embate. Por isso, para além dos regramentos jurídicos, é necessário que as famílias busquem maneiras de se nutrirem e se unirem, pois a mera sentença judicial não é capaz de tornar as pessoas felizes e presentes na vida do outro. Concluiu-se que a guarda compartilhada, apesar de ser um instituto que promove a igualdade e participação de ambos os pais, sendo mais benéfico que a unilateral na lei, ainda não é capaz de sozinha, exterminar o problema que é a alienação parental.

Sumário: 1. Introdução 2. Direitos e deveres inerentes à família: desdobramentos do poder familiar. 3. Guarda, regime de convivência e melhor interesse do menor. 4. Guarda compartilhada: remédio ou placebo para alienação parental? 4.1. Guarda compartilhada em respeito ao princípio do melhor interesse do menor. 4.2. Democratização do poder familiar: ferramenta para contenção da alienação parental. 4.3. Alienação Parental: problema social independente do regime da guarda. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito de família. Guarda compartilhada. Alienação parental.

¹⁵ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: fabiosbarcelos@hotmail.com.br.

Holdings patrimoniais: análise da legitimidade no planejamento sucessório

Roberta Sousa Ferreira¹⁶

Resumo: O objetivo é analisar se a constituição de *holdings* patrimoniais é uma prática legal ou se infringe as normas de herança e partilha de bens. Este estudo é de fundamental importância, em função do aumento significativo na busca por planejamentos patrimoniais e sucessórios, intensificado, principalmente, após os impactos da pandemia da Covid-19. Os empresários estão optando cada vez mais em constituir *holdings* patrimoniais em função das vantagens obtidas e como forma de administrar e proteger seus bens móveis e imóveis, sendo necessário auxílio de um profissional habilitado para estar em conformidade com as normas de herança e partilha de bens, evitando possíveis violações legais e desfavorecimento de algum herdeiro necessário. Para compor esse trabalho, utilizamos o método dedutivo, utilizando-se de pesquisas bibliográficas e documentais. Além disso, a realização desse trabalho possibilitou o aprendizado de como desenvolver um trabalho científico, contribuindo com a comunidade científica e profissionais da área. Concluímos que, as constituições de *holdings* patrimoniais são reconhecidas como uma prática legal, desde que estejam em conformidade com as normas de herança e partilha de bens estabelecidas pelo sistema jurídico e desde que observados os regulamentos e a boa-fé dos envolvidos.

Sumário: 1. Introdução. 2. *Holdings*. 3. Uso de *holdings* patrimoniais no planejamento sucessório e suas vantagens 4. A constituição de *holdings* patrimoniais é uma prática legal ou infringe as normas de herança e partilha de bens? 4.1. A constituição de *holdings* patrimoniais e o exercício da liberdade patrimonial. 4.2. *Holding*: pessoa jurídica independente. 4.3. *Holdings* patrimoniais e o princípio da legítima. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito sucessório. *Holding* patrimonial. Legítima.

¹⁶ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: beta2000@live.com.

Liberdade de expressão e equilíbrio

Bruno Santos Silva Porto¹⁷

Resumo: Este trabalho visa lidar com a liberdade de expressão nas redes sociais de modo que possamos questionar se a liberdade de expressão é ou não um direito absoluto isso é importante uma vez que se limitado esse direito poderíamos construir um estrada perigosa para a censura ou a perseguição de opiniões contrárias, embora fique claro a necessidade de alguma ação quando notamos os danos causados por esse direito nos casos da privacidade, dignidade da pessoa humana e Fake News, podemos analisar a seguinte situação onde uma pessoa insatisfeita com o atendimento de um dito restaurante faz uso de sua liberdade de expressão para atacar o estabelecimento na redes sociais com calúnias e expondo os funcionários do local com informações pessoais e ofensas maldosas neste contexto seria a Liberdade de expressão é superior a outros direitos? Para encontrar um equilíbrio entre proteger a liberdade de expressão e evitar a disseminação de conteúdo prejudicial nas redes sociais, é necessário que as plataformas de mídia social sigam as diretrizes estabelecidas pelo Marco Civil da Internet no Brasil, que define a responsabilidade das plataformas de mídia social em relação ao conteúdo postado pelos usuários entendemos que o Código Penal Brasileiro prevê a criminalização de atos de racismo, xenofobia e apologia ao crime, o que ajuda a combater o discurso de ódio e a violência nas redes sociais e as plataformas de mídia social também devem investir em tecnologias avançadas.

Sumario: 1. Introdução. 2. Liberdade de expressão. 3. Liberdade de nas redes sociais. 4.1. Liberdade nas redes contra privacidade. 4.2. Liberdade nas redes contra dignidade da pessoa humana. 4.3. Liberdade nas redes contra fake News. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Redes sociais. Liberdade de expressão. Direitos.

¹⁷ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: b-kaizer@live.com.

Liberdade de expressão e suas limitações e restrições na área militar

Márcio Lopes de Andrade Júnior¹⁸

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente Liberdade de Expressão, questionando se existem limitações no direito à liberdade de expressão na área militar. O presente estudo é de fundamental importância para verificar, estudar e entender que a limitação e restrição ao direito de liberdade de expressão é inconstitucional, caso esteja em desacordo com Constituição de 1988. Porque a liberdade de expressão é um direito fundamental, e os direitos fundamentais são invioláveis. Entretanto a área Militar tem como base a hierarquia e a disciplina, sendo os dois pilares que a sustenta. Para elaboração do trabalho será utilizado o método indutivo, uma vez que este método é de dedução lógica que inicia a partir de casos específicos para alcançar uma conclusão geral. O método indutivo é fundamentado na observação de fenômenos e casos particulares que já ocorreram para se chegar a uma conclusão que possa ser aplicada em outras situações mais amplas, além disso, pode gerar discussões relacionadas ao tema abordado. e a pesquisa bibliográfica e documental. Concluímos que a pesquisa que tem como objetivo analisar a liberdade de expressão na área militar é de extrema relevância para a compreensão de um tema complexo e controverso. A garantia do direito à liberdade de expressão é um direito fundamental, que deve ser respeitado e protegido. Contudo, na área militar, a hierarquia e a disciplina são valores que devem ser preservados, o que pode gerar conflitos em relação ao exercício desse direito.

Sumário: 1. Introdução. 2. Liberdade de expressão na área militar. 3. Liberdade de expressão: limites e restrições. 4. Existem limitações no direito à liberdade de expressão na área militar? 4.1. Das limitações e restrições à liberdade de expressão na área militar. 4.2. Da liberdade de expressão. 4.3. Da hierarquia e disciplina. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Militar. Forças armadas. Liberdade de expressão.

¹⁸ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: mjkmarciolopes2011@gmail.com.

O emprego das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem

*Luiz Martins Vilela*¹⁹

Resumo: Durante toda a história das Forças Armadas do Brasil teve como objetivo atuar no âmbito externo e interno, de forma tal que a própria Constituição Federal sempre deu guarida a todas as suas ações, cujo papel no âmbito interno, sempre se pautou por questões políticas, principalmente na situação em que nosso país vivencia, que é no combate desenfreado à violência, que sempre foi pauta nas diversas reuniões e debates internacionais. A Constituição Federal de 1988 descreve quais são os órgãos que compõem as forças da segurança pública, sendo que o art. 144 da CF/88 enumera de forma taxativa quais são os órgãos e suas atribuições, excluindo nesse sentido, o aparato das forças armadas. A garantia da ordem pública é função dos Estados, através de suas polícias administrativas, sendo que no § 5º do art. 144 da CF/88, estipula a ordem pública como responsabilidade das Polícias Militares, bem como o Art. 142 da Carta Magna, preconiza sobre a atuação das forças armadas na salvaguarda da garantia da Lei e da Ordem, tendo esta instituição, sendo ultimamente demanda para conter as ondas de violência que assola a sociedade, mormente a cidade do Rio de Janeiro. É importante esclarecer que o papel das forças armadas é subsidiário, ou seja, sua atuação só ocorre depois de esgotados todos os demais órgãos enumerados no art. 144 da CF/88, de forma a obedecer ao que preconiza na Carta Magna.

Sumário: 1. Introdução. 2. Órgãos constitucionais responsáveis pela segurança pública. 3. Força policial ou força militar de intervenção. 3.1. Forças Armadas: competências constitucionais. 4. Multifaces do uso da força. 4.1. Garantia da Lei da Ordem: uso das Forças Armadas em apoio ao aparato da segurança pública. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Forças Armadas. Garantia da Lei e da ordem. Segurança pública.

¹⁹ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: luizmartins1998vilela@gmail.com.

O uso do “Sisfron” como ferramenta de redução da criminalidade na faixa de fronteira no Brasil

*Laiane Rodrigues Magalhães de Melo*²⁰

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente o protagonismo das novas tecnologias para combater a criminalidade e conseqüentemente melhorar a segurança pública na faixa de fronteira no Brasil, questionando se como o uso das novas tecnologias podem conduzir a uma diminuição da criminalidade e melhorar a segurança pública na faixa de fronteira no Brasil? O presente estudo é de fundamental importância pois a implementação do SISFRON é necessária para a prevenção e repressão de crimes nas regiões de fronteira entre o Brasil e outros países da América Latina, por intermédio da sua integração com as Forças Armadas, os Órgãos Governamentais e Estados da Federação na Defesa Nacional. Para a elaboração do trabalho foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental, sua natureza é qualitativa, passando pela análise de conteúdo de documentos institucionais, mapeamento dos atores relevantes das instituições envolvidas na proteção das regiões de fronteira, e o papel destas na promoção da segurança pública e de fronteira no Brasil. Ao final espera-se comprovar que o SISFRON surge como importante ferramenta da Política Nacional de Defesa, pois ao mesmo tempo em que prioriza a segurança interna e fortalece a defesa territorial junto às fronteiras, permite ser elo entre os países fronteiriços pela possibilidade de compartilhamento de dados e atuações conjuntas contra os diversos ilícitos transfronteiriços.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras. 3. O Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras como instrumento de redução da criminalidade nas faixas de fronteira. 4. A análise da utilização do sistema integrado de monitoramento de fronteiras na redução de criminalidade nas regiões de fronteira no Brasil. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Novas tecnologias. Sistema integrado de monitoramento de fronteiras. Repressão de crimes.

²⁰ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: laianerodriguesmagalhaes@gmail.com.

Os dados obtidos por meio de apreensão de celulares e seus reflexos como meio de prova na investigação criminal

*José Anchieta Paulino da Silva*²¹

Resumo: O problema central da pesquisa será indagar como os dados obtidos por meio de apreensão de aparelhos celulares podem ser requisitados sem ferir a constitucionalidade da proteção a Intimidade elencada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Também abordaremos nessa pesquisa como o advento da inteligência artificial no Brasil afetou principalmente os campos jurídicos e de investigação criminal trazendo questionamentos acerca de como a tecnologia interfere na garantia do direito de intimidade do indivíduo com tantas tecnologias surgindo a população cada vez mais usa maneiras de guardar dados em um dispositivo. A relação entre direito, inteligência artificial, tecnologia da informação é tri-direcional. Por um lado, tornou-se objeto preferencial da atenção dos que se preocupam em estabelecer um arcabouço jurídico adequado para enfrentar seus riscos. Assistimos, assim, ao surgimento de uma incipiente “Lei de Inteligência Artificial”. Por outro lado, a própria atividade jurídica começa a se transformar em consequência da progressiva introdução da “inteligência artificial no Direito”. A combinação de big data, *machine learning* e técnicas de processamento de linguagem natural está permitindo o desenho de ferramentas que automatizam tarefas jurídicas que até agora só podiam ser executadas por juristas especializados. Dessa maneira o Objetivo do trabalho será questionar se a obtenção de dados de aparelhos durante a abordagem com fundada suspeita sem autorização judicial pode ou não ferir a constitucionalidade do princípio da intimidade. O método de estudos utilizados neste artigo científico foi o dedutivo tendo por base bibliografias, leis, jurisprudências e doutrinas.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito de intimidade de dados pela Constituição Federal e pela LGPD. 2.1. Primeiras investigações criminais. 2.2. As provas cautelares no processo penal. 3. Apreensão de dados durante uma abordagem e seus reflexos como prova. 4. Os dados obtidos por meio de apreensão de celulares e seus reflexos como meio de prova na investigação criminal. 4.1. A Revolução 4.0 na inteligência artificial. 4.2. Os desafios profissionais e organizacionais diante da Revolução 4.0. 4.3. Inteligência artificial e direito. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Investigação criminal. Inteligência Artificial. Revolução 4.0.

²¹ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: paulino.dasilva@hotmail.com.

Responsabilidade civil do empregador em relação à Síndrome de Burnout no ambiente de trabalho

*Jhennifer Carollyne de Oliveira*²²

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente a responsabilidade civil do empregador em relação à Síndrome de Burnout no ambiente de trabalho, questionando se o empregador pode ser responsabilizado pelos danos causados aos funcionários. O presente estudo é de fundamental importância, pois visa contribuir para o entendimento dos direitos dos trabalhadores e para a prevenção da Síndrome de Burnout. Através da análise da responsabilidade civil do empregador, poderemos identificar medidas que possam ser adotadas para evitar a ocorrência dessa condição e promover ambientes de trabalho mais saudáveis. Para elaboração do trabalho, será utilizado o método de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, buscando também embasamento teórico em legislações trabalhistas, normas regulamentadoras e jurisprudências relacionadas à Síndrome e à responsabilidade civil. Concluímos que a responsabilidade civil do empregador em relação à Síndrome de Burnout no ambiente de trabalho é um tema relevante e complexo, que exige uma análise cuidadosa das responsabilidades legais envolvidas e a compreensão dessas questões é essencial para garantir e promover condições laborais saudáveis, contribuindo para a prevenção e redução dos casos de Síndrome de Burnout no ambiente de trabalho.

Sumário: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil. 2.1. Responsabilidade civil objetiva e subjetiva. 3. Síndrome de Burnout. 4. Responsabilidade do empregador frente a Síndrome de Burnout. 4.1. Responsabilidade civil do empregador. 4.2. Síndrome de Burnout como doença do trabalho. 4.3. Obrigatoriedade de comprovação do nexo de causalidade com o meio ambiente de trabalho. 5. Conclusão 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Responsabilidade civil. Síndrome de Burnout.

²² Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: jhennifercd@gmail.com.

Responsabilidade civil na alienação parental: fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais que evidenciam a responsabilização do alienador como medida possível e necessária

Eliciele Fagundes da Silva²³ (in memorian)

Resumo: O principal objetivo da pesquisa será analisar a responsabilidade civil no contexto da alienação parental, questionando se é possível responsabilizar civilmente o alienador parental. O presente estudo é de fundamental importância em razão do aumento crescente dos casos de alienação parental, motivados especialmente pela dissolução conjugal na qual um dos cônjuges e/ou companheiro não se conforma com o fim do relacionamento ou a forma como se deu a separação. Para elaboração do trabalho será utilizado o método dedutivo, com coleta de dados realizada em pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que as inovações legislativas possibilitam a melhor análise das condutas característica as da alienação parental, bem como trazem meios mais efetivos para que ações/omissões desse tipo sejam obstadas e desencorajadas. O estudo evidencia que a alienação parental é uma conduta que fere direitos fundamentais da criança e do adolescente, e constitui uma forma de violência psicológica, portanto é claramente uma conduta antijurídica, o que permite afirmar que são preenchidos todos os pressupostos para a responsabilização civil do alienador, sem prejuízo de outras medidas e ações que se fizerem cabíveis e necessárias. Destarte, os levantamentos doutrinários, leal e jurisprudenciais, demonstraram é possível e necessária a responsabilidade civil do alienador, tanto para que ressarcir tanto o outro cônjuge, quanto o menor, pelos prejuízos provenientes de sua conduta, quanto para desencorajar os alienadores e fazer cessar a alienação.

Sumário: 1. Introdução. 2. Apontamentos sobre a alienação parental. 3. A responsabilidade civil e seus pressupostos. 4. A possibilidade da responsabilidade civil genitor alienador. 4.1. Fundamentos doutrinários e legais para responsabilização civil na alienação parental. 4.2. Decisões acerca da indenização por alienação parental. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Alienação parental. Direito de família. Reparação de danos.

²³ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: eliciele@hotmail.com.

***Stalking*: a inefetividade das leis protetivas às mulheres**

Jéssica Lorrani Ferreira Borges²⁴

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente o crime de *stalking*, questionando a Inefetividade das Leis protetivas às mulheres. O presente estudo é de fundamental importância para analisarmos a efetividade da Lei de Stalking recentemente adicionada a legislação e a necessidade de políticas públicas. Para elaboração do trabalho será utilizado o método de pesquisa exploratório e a pesquisa bibliográfica e documental. Concluímos que o presente trabalho busca entender como essa nova sanção pode ser um forte mecanismo para ajudar as mulheres que são vítima de violência e sofrem com essa insistente perseguição. É importante ressaltar os danos gerados a vida da vítima e como isso as pode prejudicar. Ao entender o problema, buscar meios de combatê-lo e penalizar os *stalkers*.

Sumário: 1. Introdução. 2. *Stalking*. 3. Violência contra a mulher. 4. Inefetividade das leis protetivas às mulheres 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: *Stalking*. Vítimas. Obsessão. Perseguição.

²⁴ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: jessicaborges0805@gmail.com.

Superlotação carcerária no Brasil e o desrespeito institucional aos direitos humanos

Luciana Gomes Pereira²⁵

Resumo: O principal objetivo da presente pesquisa será analisar cientificamente o sistema carcerário brasileiro, questionando o papel do Estado e sua responsabilidade institucional perante a superlotação carcerária. O presente estudo é de fundamental importância para a sociedade haja vista o objetivo final da pena, qual seja a ressocialização não ser efetivado, em grande parte por problemas diretamente ligados a superpopulação de presos. Para elaboração do trabalho foram utilizados o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. Concluímos que o próprio Estado é a principal barreira para a reintegração do preso à sociedade, tal que não há políticas públicas integradoras ou debates públicos que tenham condão de tentar resolver o problema e o próprio pensamento dominante é manter o *status quo* de como o preso é tratado dentro do cárcere.

Sumário: 1. Introdução 2. Tema. 3. Delimitação do tema. 4. Problemática 5. Direitos humanos. 5.1. Os direitos humanos aplicados ao controle normativo pós segunda guerra mundial. 5.2. Estrutura dos direitos humanos. 6. Dignidade da pessoa humana. 6.1. Conceito breve de dignidade da pessoa humana. 6.2. A dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro 6.3 A dignidade da pessoa humana e sua relação com a execução da pena privativa de liberdade. 7. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347. 8. A lei de execução penal e o objetivo da pena privativa de liberdade. 9. Princípio do *numerus clausus* (número fechado). 10. Consequências da superlotação na integridade física do preso. 11. Consequências da superlotação na saúde mental do preso. 12. Conclusão. 13. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Sistema carcerário. Superlotação. Direitos humanos. Políticas públicas.

²⁵ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: lucianagomesp8@gmail.com.

Violência obstétrica e a falta de tipificação da impunidade

*Meury Christina Pereira dos Santos*²⁶

Resumo: A presente pesquisa trata sobre a violência institucional, perpetrada no âmbito das instituições de saúde do sistema público, especialmente quando praticada contra a gestante, parturiente ou puérpera, denominada de violência obstétrica. Trata sobre a necessidade de política pública da saúde da mulher e da criança, assim como a formação de profissionais de saúde, tendo em vista a necessidade de mudança das práticas assistenciais e do sistema de atenção ao parto e nascimento, visto que, é preciso trabalhar e promover ações de humanização do cuidado na interface entre a saúde e os aspectos constitutivos da violência obstétrica no Sistema Público de Saúde. E também expor quais são os aspectos sociais e históricos que sustentam as práticas violentas contra as mulheres gestantes, parturientes e puérperas. Como objetivo geral do trabalho pretende-se discutir a violência sofrida por mulheres no ciclo gravídico-puerperal. Assim, temos também como objetivos específicos: analisar as práticas consideradas violentas na atenção obstétrica, bem como apresentar o combate à violência obstétrica no Sistema Público de Saúde. Demonstrar a necessidade de políticas públicas em razão da necessidade de mudanças das práticas assistenciais durante o processo de parto e nascimento. Apresentar a razão da sustentação das práticas de violência obstétrica no aspecto histórico e social. Partindo dos conceitos apresentados o trabalho analisará por meio de pesquisa bibliográfica e legislativa. A humanização do parto se refere à realização de ações e métodos de promoção do parto e do nascimento de forma saudável.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos da mulher grávida e do feto. 2.1. Formas de violências contra a mulher grávida. 2.1.1. Conceito e classificação da OMS. 2.1.2. Violência obstétrica. 2.2. Conceito. 2.3. Formas. 3. Responsabilização da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1. Na esfera penal. 3.2. Na esfera cível. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Violência. Obstetrícia. Humanização.

²⁶ Texto originalmente produzido para o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Triângulo – UNITRI como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito, no semestre 2023-1. E-mail: meurychristiina@gmail.com.

Estatísticas do evento

As sete edições da Semana Científica do curso de Direito da Unitri apresentaram uma diversa gama de trabalhos completos e resumos, abrangendo as mais diferentes áreas do conhecimento jurídico. Para nós é motivo de muita satisfação perceber que quase 400 trabalhos já foram publicados nos Anais do evento, envolvendo alunos e professores do curso e comunidade externa.

Ano	Trab. Completos	Resumos	Total
2013	30	45	75
2014	17	77	94
2015	11	37	48
2016	13	27	40
2017	07	42	49
2018	07	19	26
2023	19	26	45
TOTAIS	104	273	377

Agradecemos a todos que vêm contribuindo para o fortalecimento deste evento importante para nosso curso de Direito e para a investigação jurídica de Uberlândia e região. Que na próxima edição da Semana Científica possamos aumentar o número e a qualidade dos trabalhos, buscando cada vez mais abranger geograficamente outras regiões do país, contribuindo para que novos estudantes e profissionais tenham neste evento um canal confiável para a divulgação de suas pesquisas.

Até breve!

Prof. Gil Ferreira de Mesquita

Coordenador Geral da 7ª Semana Científica do Curso de Direito da Unitri

Normas para publicação

1. Regras gerais

- a) há duas modalidades de trabalhos previstas para o evento: resumo e trabalhos completos, cujas regras específicas constam dos itens 2 e 3, respectivamente.
- b) para submissão dos trabalhos (resumos e trabalhos completos) os autores deverão enviar ao e-mail **semanadireitounitri@gmail.com** duas (02) versões: a primeira em PDF sem a indicação de autoria, que será enviada à Comissão Científica para avaliação anônima. A segunda, em arquivo do Word (extensão *.doc), deverá indicar a autoria. No corpo do e-mail deverá constar um número de telefone celular (com Whatsapp) para contato com o responsável pela inscrição.
- c) os trabalhos aprovados serão divulgados na página do evento, no endereço **www.semanacientificadireitounitri.blogspot.com**, bem como a data e horário das comunicações orais. Os trabalhos não aceitos pela Comissão Científica não constarão dessa relação, mas os autores serão informados via e-mail sobre a recusa.
- d) os **trabalhos completos** aceitos pela Comissão Científica e apresentados nas sessões de comunicação oral darão direito ao certificado de participação aos autores. Os trabalhos aceitos, mas não apresentados, não farão parte dos Anais do evento, bem como os autores não receberão qualquer certificado de participação.
- e) a inclusão dos textos completos nos anais do evento ocorrerão desde que sejam apresentadas versões completas e amplamente revisadas no prazo de até sessenta (60) dias, contados do encerramento do evento. Os autores que apresentarem a versão já revisada no ato da inscrição deverão fazer esta observação no corpo do e-mail, abrindo mão do prazo mencionado.
- f) as páginas dos arquivos devem obedecer às seguintes configurações: papel A4 (29,7cm x 21cm), margem superior de 3cm, margem inferior de 2cm, margem esquerda de 3cm e margem direita de 2cm.
- g) na redação dos trabalhos deverá ser utilizada a fonte *Times New Roman*, com as seguintes especificações: tamanho 14 para o título do trabalho, tamanho 10 para as notas de rodapé e tamanho 12 para os demais elementos do texto, inclusive citações longas.
- h) os destaques em negrito serão utilizados apenas para o título, subtítulos e nas referências bibliográficas (conforme instruções no item 4). Nos destaques para expressões em língua estrangeira ou grifos dos autores deverá ser utilizado o itálico.
- i) o espaçamento entre linhas será de 1,5 para todo o texto, inclusive para as citações longas em recuo (mais de 3 linhas) e para os elementos pré-textuais dos trabalhos completos (ver item 3, letra “a”). Haverá uma linha em branco entre cada elemento textual, como entre itens, entre subitens, entre o título e o nome dos autores, entre o resumo e as palavras-chave. Não haverá linha em branco entre as obras que compõem as referências bibliográficas.

j) para os resumos admite-se o máximo de 4 (quatro) coautores e para os trabalhos completos admite-se o máximo de 3 (três) coautores. É obrigatória a presença do orientador na condição de coautor, sendo o nome deste mencionado por último.

k) tanto para resumos quanto para trabalhos completos, os títulos virão em caixa alta e centralizados. Abaixo, alinhados à esquerda, os nomes dos autores. Para cada autor deverá ser inserida uma nota de rodapé para inserção de informações referentes à sua qualificação: vinculação acadêmica, grau acadêmico (titulação) e e-mail para contato. Havendo alguma espécie de fomento para a realização da pesquisa o órgão/entidade deverá ser informado.

2. Regras formais para os resumos

a) os resumos terão entre 400 e 500 palavras, excluídos nessa contagem o título do trabalho e autor(es). O texto deverá explicitar o tema, sua justificativa, objetivos, metodologia empregada, referencial teórico, resultados (parciais ou finais) e referências bibliográficas.

b) após o texto do resumo deverão ser indicadas três palavras-chave.

c) para demais formalidades, observar o que dispõe o item 1.

3. Regras formais para os trabalhos completos

a) os trabalhos completos deverão conter logo após o título e autoria: um resumo do trabalho, com no máximo 250 palavras; um sumário, indicando numericamente os subtítulos do trabalho, separados por um ponto final; e três palavras-chave. As expressões “Sumário”, “Resumo” e “Palavras-chave” virão em negrito, com a primeira letra maiúscula.

b) os trabalhos completos terão entre 10 (dez) e 25 (vinte e cinco) laudas, aqui incluídos desde os elementos pré-textuais (item “a”) até a conclusão ou considerações finais. As referências bibliográficas não entram na contagem de laudas.

c) todos os subitens deverão receber um número, seguido de um ponto. Exemplo: 1. Introdução. 2. Histórico. 2.1. Direito Romano. (...) 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas.

d) a primeira linha dos parágrafos deverá ter afastamento de 1,25 cm. As citações long(mais de três linhas) deverão vir em destaque, com recuo à direita de 4 cm, sem utilização de aspas e sem itálico. Para as citações com menos de três linhas, abrir e fechar aspas quando houver citação literal do texto pesquisado.

e) para demais formalidades, observar o que dispõe o item 1.

f) a Comissão Científica levará em consideração para aprovação dos trabalhos completos os seguintes critérios: relevância do tema; explicitação de objetivos e problema; metodologia adequada; demonstração de raciocínio lógico-científico; bibliografia pertinente e atualizada; consistência da fundamentação teórica; concatenação lógica entre as diversas partes do trabalho; respeito à regra culta da língua portuguesa; e

respeito às regras formais explicitadas nesse documento.

g) trabalhos contendo citações não referenciadas de outros autores poderão excluir o trabalho, a critério da Comissão Científica.

4. Regras para citações bibliográficas

a) as citações no corpo do texto serão referenciadas pelo sistema autor-data. Ex.: (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 59). Havendo mais de um autor para a obra, referenciar como segue: (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 90).

b) se o nome do autor constar do corpo do texto, basta a indicação da data e página. Por exemplo: "... como defende o jurista Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 109)...".

c) havendo três ou mais autores, mencionar apenas o primeiro deles seguido da expressão et al. Ex.: (CINTRA, et al., 2009, p. 22).

d) se a obra referenciada estiver em formato digital e não houver paginação, citar apenas o ano de publicação. Ex.: (JESUS, 2020).

d) as notas de rodapé serão destinadas apenas às informações dos autores e a notas explicativas.

e) apenas para os casos omissos neste documento é que as referências bibliográficas deverão seguir as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

f) para os documentos com previsão abaixo, utilizar os exemplos como parâmetro:

- Artigo de periódico:

DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 40, n. 158, p. 7-21, abr./jun. 2003.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Uma aproximação dos fatos jurídicos processuais extraprocedimentais. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, a. 19, n. 73, p. 151-167, jan./mar. 2011.

- Artigo de periódico eletrônico:

MARTINS, Sergio Pinto. Concentração de execuções no processo do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 116, n. 2, p. 89-110, jul./dez. 2021. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/196150/180893>>. Acesso em 20 ago. 2022.

CANUTO, Ana Flávia. O conceito de povo e a visão dos clássicos da política. **Anais da Semana Científica do Curso de Direito da Unitri**, Uberlândia, n. 1, p. 184-203, nov. 2013. Disponível em: <<http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=direitounitri&page=article&op=view&path%5B%5D=12178>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

- Livros completos (físicos):

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 7. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

- Livros completos (formato digital):

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 27.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. E-book.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; CELEGATTO, Mario Augusto Quinteiro. **Direito do consumidor**. Salvador: JusPodivm, 2022. E-book. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/04/26/e-book-gratis-direito-consumidor/>>. Acesso em: 8 jul. 2023.

- Capítulos de livros:

CARACIOLA, Andrea Boari. Caracteres da relação jurídica processual. In: CARVALHO, Milton Paulo de. **Teoria geral do processo civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 223-225.

WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 28-52.

- Trabalhos acadêmicos:

BERNARDES, Luana Ferreira. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência: diagnóstico jurídico: paradigma de ancoragem e o desafio da geração de intérpretes**. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público), Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal com bricolage de significantes**. 430 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

- Jurisprudência:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0035.19.000787-8/001, comarca de Belo Horizonte, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des.

Sálvio Chaves, j. 09/08/2023, p. 11/08/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 544.651-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28/08/2012, p. 17/09/2012.

- Legislação:

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1-10, 24 dez. 2019.

MINAS GERAIS (Estado). Assembleia Legislativa. Lei nº nº 18.030, de 12 de janeiro de 2009. Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios. **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, p. 3, col. 1, 13 jan. 2009.

UBERLÂNDIA (Município). Decreto nº 20.288, de 1º de abril de 2023. Dispõe sobre a estrutura administrativa do Departamento Municipal de Água e Esgoto – DMAE e dá outras providências. **Diário Oficial do Município**, Uberlândia, n. 6.583, p. 71-84, 01 abr. 2023. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/0gukd>>. Acesso em 20 jun. 2023.