

2023

REFLEXÕES JURÍDICAS NA PERSPECTIVA DA ADVOCACIA DA OAB SÃO JOSÉ DOS PINHAIS



SÃO JOSÉ DOS PINHAIS

2023



São José dos Pinhais

REFLEXÕES JURÍDICAS

**na Perspectiva da Advocacia
da OAB São José dos Pinhais**

Coletânea de Artigos Jurídicos

COORDENADORES

Cristiano Puehler de Queiroz

Douglas Pospiesz de Oliveira

Fernanda Santos da Silva

Fernando Firmino dos Santos

2023

ADVERTÊNCIA: É totalmente proibida a comercialização e a reprodução parcial ou total desta obra, sem a devida autorização.

PRODUÇÃO E IMPRESSÃO

NCA COMUNICAÇÃO E EDITORA LTDA.

CNPJ: 13.226.606/0001-91

CONHEÇA NOSSA EDITORA EM: www.livroslegais.com.br

Selo Editorial



PROJETO GRÁFICO E EDIÇÃO: Roberto Costa Guiraud – Designer

DIAGRAMAÇÃO:  Equipe Edição por Demanda

REVISÃO: André Braga

ARTE DA CAPA: Rafael Janowski da Costa

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

R332

Reflexões jurídicas na perspectiva da advocacia da OAB São José dos Pinhais: coletânea de artigos jurídicos / coordenação de Cristiano Puehler de Queiroz ...[et al.] – 1ed. – Curitiba: Edição do Autor, 2023.

266p., 23cm

Vários colaboradores

ISBN físico 9786598103804

ISBN digital 978-65-981038-1-1

1. Direito. 2. Advocacia. 3. Ordem dos Advogados do Brasil. Subseção São José dos Pinhais. I. Queiroz, Cristiano Puehler de (coord.). II. Oliveira, Douglas Pospiesz de (coord.). III. Silva, Fernanda Santos da (coord.). IV. Santos, Fernando Firmino dos (coord.).

CDD 340.1 (22.ed)

CDU 340

IMPRESSO NO BRASIL

PROCESSO DIGITAL

A realização desta edição deu-se em Curitiba-PR, em Agosto de 2023.



São José dos Pinhais

REFLEXÕES JURÍDICAS

**na Perspectiva da Advocacia
da OAB São José dos Pinhais**

Coletânea de Artigos Jurídicos

COORDENADORES

Cristiano Puehler de Queiroz

Douglas Pospiesz de Oliveira

Fernanda Santos da Silva

Fernando Firmino dos Santos

EDIÇÃO DO AUTOR

São José dos Pinhais - Paraná

Agosto - 2023



GESTÃO 2022 - 2024

DIRETORIA:

Fabiano da Rosa

PRESIDENTE

Fernando Firmino dos Santos

VICE-PRESIDENTE

Fernanda Santos da Silva

SECRETÁRIA-GERAL

Wilder Bueno Pinheiro

SECRETÁRIO-GERAL ADJUNTO

Claudio Soccoloski

TESOUREIRO

CONSELHEIROS TITULARES:

Angelo Marcos Monteiro

Árison Carlos Ghidin

Claudia Renata Rocha

Cleverson Marques da Silva

Delair Gomes Mazepa

Fernando José Curi Staben Junior

Jairo Luiz Chiuratto da Silva

Juliana Ribeiro

CONSELHEIROS SUPLENTE:

Bruna de Oliveira Rocha

Cassiane Alves Pimentel

Denise Perpetua Grokoski

Douglas Pospiesz de Oliveira

Fabiana Amador dos Santos
Silva

Humberto Tadashi Okimura

Jessica Mara de Andrade
Queiroz Tachibana Corrêa

Patricio Jean Pereira

Tamires Ferreira da Silva

Willians Fernandes de Souza

COORDENADOR DO CONSELHO DA OAB/SJP:

Jairo Luiz Chiuratto da Silva

COORDENADOR-GERAL DE COMISSÕES OAB/SJP:

Rodrigo Fernandes Pantoja

OUVIDOR-GERAL OAB/SJP:

Douglas Pospiesz de Oliveira

COORDENADORA DA ESA OAB/SJP:

Angela Rita Pedrollo Guerrero

COORDENADORA DE EVENTOS OAB/SJP:

Leila Carla Leprevost

DELEGADA DA CAIXA DE ASSIST. DOS ADVOGADOS OAB/SJP:

Ana Paula Savaris Mayer

CONSELHEIRAS ESTADUAIS POR SÃO JOSÉ DOS PINHAIS:

Adriana Aparecida Lopes de Souza


Nara Elaine Xavier da Silva

Patrícia Santos Précoma Pellanda

PREFÁCIO

Alguém falou que toda pessoa deve “plantar uma árvore, escrever um livro e ter um filho”. Uma Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não pode ter filhos. Plantar árvores é ótima ideia. Comissões de Direito Ambiental, presente e futuras, fica a provocação para que nos liderem nesse plantio. Uma Subseção pode (em nosso ver deve, nessa quadra da história) fomentar a escrita de livro(s). E este é um dos deveres que cumprimos por meio deste “Reflexões Jurídicas na Perspectiva da OAB São José dos Pinhais”.

A Diretoria da Subseção (2022-24) quis gestar, e gestou, livro que contribui, talvez como na fábula do passarinho e do incêndio na floresta, neste momento de grandes desafios e lutas pós-pandemia, com o propósito de recolocar a Advocacia no coração da Ordem, a Ordem no coração da sociedade. O movimento de recolocar a Advocacia no coração da Ordem inclui dar voz democraticamente às advogadas e advogados, potencialmente 2.441 talentos - conhecidos ou ocultos - das acolhedoras cidades que compõem a Subseção: São José dos Pinhais, Pinhais, Fazenda Rio Grande, Piraquara, Mandirituba, Tijucas do Sul e Agudos do Sul. Em adição, oportunizar que tais vozes se eternizem, pois, palavras faladas voam, escritas permanecem (*verba volant, scripta manent*). Temos convicção ainda de que os escritos aqui produzidos provocarão reflexões proveitosas e com alcance imensurável, e assim contribuirão com o movimento de manter a Ordem no coração da sociedade.



Em arremate, misturando propositalmente agradecimentos neste prefácio, na “primeira oportunidade que nos coube falar nos autos”, cumprimos não só à competente Coordenação, que merece destaque no livro pelo exigente e exitoso trabalho que realizou, mas também aos Drs. Angela Rita Pedrollo Guerrero (e coautoras Àgatha Thomé e Isabela dos Anjos Bueno), Ana Paula Voltolini de Oliveira (e coautor Nicolas Novak), Bianca Sanches Lopes, Cristiane Figura da Silva, Daiane Alessi Nicoletti Alves (e coautora Aline Franciely Cordeiro Andriolli), Felipe Senise de Oliveira Martins (e coautor Ruy Alves Henrique Filho), Guilherme Berton (e coautor Abimael Ortiz Barros), Gustavo Henrique Galon Fernandes (e coautora Fernanda Fiori Barvick), Fernando Schumack Melo, Nélio Coelho Benito, Leonardo Adriano Gonçalves, Lucia Catarina Ronchi, Patrícia Précoma Pellanda e Ralph Durval Moreira de Souza.

Sem vocês esta belíssima obra não sairia do plano das ideias e não forneceria tão bons textos cuja leitura é – e seguirá sendo pela eternidade – motivo de orgulho para a Subseção (e da Diretoria 2022-24 em especial) e de deleite para os leitores que tiverem a oportunidade de acessar a obra.

Fabiano da Rosa

Presidente da Subseção da OAB/PR - São José dos Pinhais

SUMÁRIO

A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL E O PAPEL DA ADVOCACIA NO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS PINHAIS/PR - BRASIL	
Patrícia Précoma Pellanda	13
JUSTIÇA RESTAURATIVA	
Guilherme Berton e Abimael Ortiz Barros	31
A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS, COM PARÂMETRO NO ART. 139, IV, DO CPC, NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE ALIMENTOS	
Felipe Senise de Oliveira Martins e Ruy Alves Henriques Filho	49
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS FRENTE AOS VÍCIOS DO PRODUTO E DO SERVIÇO: UMA ANÁLISE DO MERCADO FITNESS	
Bianca Sanches Lopes	81
A EXTENSÃO DA IMUNIDADE CONFERIDA AO ITBI NAS OPERAÇÕES DE INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL	
Leonardo Adriano Gonçalves	103
A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL NA SOCIEDADE DE CONSUMO	
Nélio Coelho Benito	125
AS MUDANÇAS DA PENSÃO POR MORTE E SEUS DEPENDENTES APÓS A EC N.º 103/2019 E A INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ARTIGO 23	
Lucia Catarina Ronchi	147
DA PENA À TECLA, DO VADE MECUM AO CHATGPT: O USO DA TECNOLOGIA NA ADVOCACIA	
Fernando Schumak Melo	167

**A ADVOCACIA E O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO
COM PERSPECTIVA DE GÊNERO**

Daiana Alessi Nicoletti Alves e
Aline Franciely Cordeiro Andriolli..... 179

**O TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTRUMENTO DE
CONCRETIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE
A PARTIR DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE
FERRAJOLI**

Gustavo Henrique Galon Fernandes e
Fernanda Fiori Barvick 191

**PRISÃO ILEGAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL
DO ESTADO COM ÊNFASE NO DIREITO REGRESSIVO
CONTRA O CAUSADOR DO DANO**

Cristiane Figura da Silva 207

**O COMBATE À DROGADIÇÃO: COMPETE, TAMBÉM,
AO OPERADOR DO DIREITO**

Angela Rita Pedrollo Guerrero, Àgatha Thomé e
Isabela dos Anjos Bueno 229

**LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS RELAÇÕES
DE TRABALHO**

Ana Paula Voltolini de Oliveira e Nicolas Novak 251

ANEXO I - Contos, casos e causos

**CH-X, C-SS-Ç e S-Z: O BUSÍLIS DA FONÉTICA NA
ORTOGRAFIA**

Ralph Durval Moreira de Souza 261

A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL E O PAPEL DA ADVOCACIA NO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS PINHAIS/PR - BRASIL

Patrícia Précoma Pellanda¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade analisar algumas características da legislação brasileira em vigor acerca da responsabilidade ambiental, isto é, das diferentes esferas em que uma conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente pode resultar em penalidades.

Neste contexto, o artigo terá início com o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que estabelece as competências legislativas e administrativas dos entes federados no aspecto ambiental, bem como os principais desdobramentos sobre o tema central aqui proposto e importantes precedentes do Poder Judiciário brasileiro sobre o tema. A partir disso, o artigo priorizará a responsabilidade ambiental administrativa e o papel da advocacia para a eficácia da norma, além dos principais aspectos legais trazidos pela legislação municipal de São José dos Pinhais.

Ao fim, conclui-se o artigo com uma breve reflexão sobre a legislação em vigor e algumas perspectivas que podem contribuir à eficácia da norma.²

1 Advogada, inscrita na OAB/PR Subseção São José dos Pinhais. Conselheira Estadual Titular da OAB/PR. Membro da Comissão Nacional de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB e membro da Comissão Estadual de Direito Ambiental da OAB/PR. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na linha de pesquisa Direito Ecológico e Direitos Humanos. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), com bolsa CAPES. Especialista em Direito Público pela UniBrasil/ESMAFE-PR.

2 O termo “eficácia” foi empregado no presente trabalho como sendo a capacidade da norma gerar efeitos jurídicos.

2. O DIREITO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS

A CRFB/88 inovou sobre os aspectos ambientais ao prever capítulo próprio sobre a matéria e estabelecer que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de ser um direito, é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (artigo 225, *caput*).³ O dispositivo também prevê algumas incumbências do Poder Público para assegurar a efetividade deste direito, conforme rol replicado abaixo:

Art. 225. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei,

3 CRFB/88. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

VIII - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea “b” do inciso I e o inciso IV do caput do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do caput do art. 155 desta Constituição.

Os demais parágrafos do artigo 225 (§§ 2º, 3º, 6º e 7º) determinam direitos e deveres àqueles que exploram recursos minerais e operam com reator nuclear, que praticam condutas lesivas ao meio ambiente e práticas desportivas que utilizem animais. Por fim, o dispositivo trata da indisponibilidade das terras devolutas e declara como patrimônio nacional a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira (§§ 4º e 5º).⁴

Além do capítulo sobre o meio ambiente, a CRFB/88 estabelece a competência administrativa comum dos entes da Federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – para proteger o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas e proteger as florestas, a fauna

4 CRFB/88. Art. 225. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

e a flora (artigo 23, incisos VI e VII). Neste contexto, a Carta Magna fixa a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre: (i) florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; (ii) proteção ao patrimônio histórico e paisagístico; e (iii) responsabilidade por danos ao meio ambiente, a bens e direitos de valor histórico, turístico e paisagístico (artigo 24, incisos VI, VII e VIII).

Diante desta previsão constitucional, a competência do Município para legislar sobre matéria ambiental passou a ser matéria controvertida e objeto de análise e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF). A matéria foi discutida em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário (RE) 586.224-1/SP, em que se analisava a (in)constitucionalidade de Lei do Município de Paulínia/SP, que proibia a queima de palha de cana-de-açúcar e o uso do fogo em atividades agrícolas. Neste contexto, fixou-se a seguinte tese com repercussão geral:

Tema n. 145. O município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II, da Constituição Federal).⁵

A tese foi fixada pelo STF em 2015 e, desde então, é entendimento consolidado de que os Municípios podem legislar em matéria ambiental, no limite de seu interesse local e em consonância com a legislação estadual e federal em vigor.

3. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

Os órgãos públicos responsáveis pela proteção ambiental, em nível federal, estadual, distrital e municipal, integram o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), conforme definição trazida pela Lei Federal n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. Em que pese a citada legislação federal ser anterior à CRFB/88, entende-se ter sido a legislação recepcionada pela atual Constituição.

5 CRFB/88. Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...).

Nos termos do artigo 225, § 3º, CRFB/88, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores a sanções penais, administrativas e civis. As esferas penal, administrativa e civil são autônomas e podem tramitar de forma simultânea. Há, portanto, uma tríplice responsabilidade ambiental, ou seja, a mesma conduta ou atividade considerada lesiva ao meio ambiente poderá resultar em penalidades criminais, administrativas e civis, inexistindo *bis in idem*.

Vejamos a síntese de cada uma das responsabilidades ambientais a seguir:

(a) Ambiental Criminal

Na esfera criminal, as condutas ou atividades lesivas que configuram crimes ambientais estão previstas na Lei Federal n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, sendo competência privativa da União legislar sobre Direito Penal, nos termos do artigo 22, inciso I da CRFB/88. A responsabilidade penal ambiental é analisada e julgada sob a égide da responsabilidade subjetiva, ou seja, é preciso provar dolo ou culpa, além dos demais elementos da responsabilidade/culpabilidade, com conduta, dano e nexos de causalidade.

Tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica podem ser condenadas na esfera criminal pela prática de crimes ambientais, aplicando-se, portanto, a teoria da dupla imputação. Contudo, sob o prisma da responsabilidade subjetiva, deve restar provado o domínio do fato pelo réu (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 603994/SC, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Julgamento: 08/02/2022; STJ, 5ª Turma, REsp 969160/RJ, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Julgamento: 06/08/2009).⁶

6 EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-INDICAÇÃO DA DATA. NÃO-OCORRÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INTEMPESTIVIDADE. OCORRÊNCIA. DENÚNCIA EXCLUSIVAMENTE DA PESSOA JURÍDICA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 4. "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio". (REsp 564.960/SC, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 13/6/05). 5. Recurso parcialmente provido para restaurar a decisão de primeira instância.

Por fim, a ação penal ambiental tem natureza de ação pública incondicionada e, a depender do potencial ofensivo do crime praticado, a ação penal poderá tramitar na Justiça Comum (Estadual ou Federal) ou, ainda, no Juizado Especial Criminal, este sob a abrangência da Lei Federal n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

(b) Ambiental Administrativo

Na esfera administrativa, em âmbito federal, as condutas lesivas que configuram infrações ambientais estão previstas, de forma genérica, também na Lei Federal n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. As infrações e sanções administrativas foram então regulamentadas pelo Decreto Federal n.º 6.514, de 22 de julho de 2008, sendo que esta norma também estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

Nesta seara, em âmbito federal, o órgão competente para processar e julgar infrações ambientais é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Em âmbito estadual, no Estado do Paraná, o órgão responsável é o Instituto Água e Terra (IAT), antigo Instituto Ambiental do Paraná (IAP). E, em âmbito municipal, são as Secretarias Municipais de Meio Ambiente, quando houver.

Da mesma forma como ocorre na esfera criminal, a responsabilidade administrativa ambiental é analisada e julgada sob a égide da responsabilidade subjetiva (STJ, 1ª Seção, REsp 1.318.051/RJ, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Julgamento: 08/05/2019; STJ, 2ª Turma, EDcl no AgInt no REsp 1.744.828/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin, Julgamento: 13/08/2019).⁷

Por fim, destacamos dois importantes precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto a inexistência de *bis in idem* na esfera administrativa ambiental:

7 EMENTA: AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INTUITO DE REDISCUTIR O MÉRITO DO JULGADO. INVIABILIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO MAR. PROPRIETÁRIO DE BARCAÇA. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PROVA PERICIAL. SÚMULAS 7 E 83/STJ. SÚMULA 282/STF. (...) 5. Nos termos da jurisprudência do STJ, como regra a responsabilidade administrativa ambiental apresenta caráter subjetivo, exigindo-se dolo ou culpa para sua configuração. Nesse sentido: REsp 1.708.260/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/11/2018; REsp 1.401.500/PR. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2016; AgRg no AREsp 62.584/RJ. Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 7/10/2015 (...).

A multa aplicada pela Capitania dos Portos, em decorrência de derramamento de óleo, não exclui a possibilidade de aplicação de multa pelo Ibama. (STJ, AgInt no REsp. 2.032.619/PR, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, Julgamento: 13/03/2023)

A cobrança por Município de multa relativa a danos ambientais já paga à União anteriormente, pelo mesmo fato, não configura *bis in idem*. (STJ, REsp. 1.132.682/RJ, Relator: Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, Julgamento: 13/12/2016)

Deste modo, há na doutrina e na jurisprudência entendimento quanto a inexistência de *bis in idem* não apenas quanto a responsabilização do dano ambiental nas diferentes esferas (criminal, administrativa e civil), mas também quanto a inexistência de *bis in idem* quanto a aplicação de penalidades em âmbito administrativo pelos diferentes órgãos ambientais dos entes da Federação (federal, distrital, estadual e municipal).

(c) Ambiental Civil

Por fim, na esfera civil, trata-se especificamente da reparação do dano ambiental. Normalmente, tem-se início com o ajuizamento de Ação Civil Pública (precedida do Inquérito Civil), proposta pelo Ministério Público, com fundamento na Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e na Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. A esfera civil ambiental é a única em que se aplica a responsabilidade objetiva e é a oportunidade em que são analisados e julgados os danos morais coletivos.

O fundamento legal da responsabilidade objetiva ambiental na esfera civil está previsto no artigo 14, §1º da Lei Federal n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que assim determina:

Art 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela

União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor **obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.** O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (grifo nosso)

A reparação do dano ambiental pode resultar de obrigação de fazer ou obrigação de não fazer, além de poder ser cumulada com obrigação de indenizar, conforme prevê a Súmula 629 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e nos termos do precedente abaixo:

EMENTA AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CUMULAÇÃO DE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO TOTAL DA ÁREA DEGRADADA. PEDIDO INDENIZATÓRIO DEFERIDO. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) COM A DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTIO AD PRISTINUM STATUM. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL. REVISÃO DE POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL A QUO. 1. Cuida-se de inconformismo com a decisão do Tribunal de origem que condenou os réus à reparação da área degradada e entendeu incabível o pedido de condená-los ao pagamento de indenização pecuniária porque seria possível a reconstituição da área devastada. 2. De antemão, no que concerne à alegação de nulidade recursal trazida pelo IBAMA, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada. 3. A jurisprudência do STJ

está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros). 4. Recursos Especiais do IBAMA e do MPF aos quais se dá parcial provimento para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e de não fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, com a devolução dos autos ao Tribunal a quo para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual quantum debeatur. (STJ, REsp n. 1.669.185/RS, Relator: Ministro Herman Benjamin, Julgamento 05/09/2017)

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de repercussão geral, que a pretensão de reparação civil de dano ambiental é imprescritível (Tema n.º 999). É importante destacar, ainda, que há discussões na doutrina e no Poder Judiciário quanto aos instrumentos de reparação de um dano ao meio ambiente e como se estabelecer a sua extensão a ser reparada. Nesse sentido, reflete Paulo Affonso Leme Machado:

A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade. Por isso, é imperioso que se analisem oportunamente as modalidades de reparação do dano ecológico, pois muitas vezes não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto. (2008, p. 347)

Quanto as formas admissíveis de reparação do dano ambiental, cito a doutrina de Anderson Furlan e William Fracalossi, que assim definem:

Existem duas formas básicas de reparação do dano ambiental: (i) *in natura*; (ii) *in pecúnia* (também chamada indenizatória ou compensatória).

Pela reparação *in natura* (ou restauração ambiental), busca-se **reconstituir o meio ambiente** afetado pela degradação ambiental, fazê-lo voltar ao *status quo ante*. A restauração pode ser buscada não apenas em relação ao meio ambiente natural, mas também ao cultural, artificial e do trabalho. Todavia, nem sempre é possível esse tipo de reparação, porque, além de ser um “mecanismo” lento e relativamente caro, certas formas de degradação não permitem a recuperação do meio ambiente.

A reparação *in natura* prevalece sobre a indenização em dinheiro, que tem **caráter subsidiário**. Ou seja: primeiramente deve-se buscar a reparação *in specie* (*in natura*) e, apenas se essa possibilidade for **tecnicamente inviável**, parte-se para a reparação econômica (*in pecunia*). A reparação econômica é uma forma indireta de sanar a lesão e deve ser aceita somente quando inviável a recomposição *in natura* do meio ambiente.

Em outros termos: sendo impossível ou inviável a recuperação *in natura* do bem ambiental degradado, deve-se buscar a substituição do bem ambiental degradado por outro bem funcionalmente equivalente, principalmente o dinheiro, que possibilitará a **compensação ecológica** ou **compensação ambiental** relativamente ao dano ambiental causado. (2010, p. 501-502)

A extensão do dano deve ser considerada de forma integral para sua efetiva reparação, seja pela reconstituição do meio ambiente degradado ou pela compensação do dano ambiental ocasionado.

4. CÓDIGO AMBIENTAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS PINHAIS

O Município de São José dos Pinhais, localizado no Estado do Paraná (Brasil), possui legislação municipal própria, tendo instituído o Código Ambiental Municipal, por intermédio da Lei Complementar Municipal n.º 67, de 2 de dezembro de 2011; além do Decreto Municipal n.º 1.097, de 28 de junho de 2012, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e regulamenta o processo administrativo para apuração das infrações ambientais no âmbito municipal.

O Código Ambiental Municipal define a Política Municipal de Meio Ambiente e enumera os instrumentos desta política pública, são eles: I - Fundo Municipal do Meio Ambiente, conforme lei específica; II - Conselho Municipal de Meio Ambiente; III - Plano Municipal de Educação Ambiental, em parceria com a Secretaria Municipal de Educação; IV - Avaliação de Impactos Ambientais; V - Licenciamento Ambiental Municipal; VI - Sistema Municipal Especializado de Cadastro, Informação e Monitoramento Ambiental; VII - Sistema de Fiscalização Ambiental; VIII - projetos e programas que visem à melhoria da qualidade ambiental; IX - estabelecimento de convênios e outros instrumentos de cooperação; X - Plano Diretor do Município de São José dos Pinhais; XI - princípios e diretrizes da Agenda 21 e demais tratados, convenções e acordos internacionais relativos à sustentabilidade; XII - Plano Municipal de Saneamento, conforme Lei n.º 11.445/07; XIII - Zoneamento Ambiental; XIX - demais normas federais, estaduais ou municipais atinentes à matéria (artigo 7º).

O Código Ambiental Municipal define “infração administrativa ambiental” como “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção, conservação e recuperação do meio ambiente” (artigo 156). Além disso, estabelece as sanções administrativas aplicáveis: I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total de atividades; X - restritiva de direitos.

O procedimento administrativo para análise das infrações ambientais e aplicação das respectivas sanções consta no Código Ambiental Municipal, que determina a abertura do processo por meio da lavratura do auto de infração, define meios de defesa e prazos, além das instâncias recursais, de competência da Comissão Técnica Administrativa de Recursos Infracionais (CTARI) e do Conselho Municipal de Meio Ambiente (CMMA).

As infrações ambientais e respectivas penalidades estão regulamentadas no Decreto Municipal n.º 1.097, de 28 de junho de 2012, que também define algumas especificidades quanto ao processo administrativo ambiental. O referido Decreto Municipal define, ainda, as infrações contra a fauna, contra a flora, relativas à poluição, contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, contra a administração ambiental, cometidas exclusivamente em unidades de conservação e outras infrações ambientais.

O Município de São José dos Pinhais, portanto, por intermédio de seus servidores públicos, Guardas Municipais e convênios com a Polícia Militar (Força Verde), está legitimado a exercer seu poder de polícia e realizar a devida fiscalização quanto ao cumprimento da legislação ambiental por seus munícipes, responsabilizando-os pela eventual prática de infrações administrativas ambientais.

5. ADVOCACIA AMBIENTAL

O exercício da advocacia é profissão indispensável à administração da justiça, conforme reconhecido por nossa CRFB/88⁸ e pelo Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB), estabelecido este pela Lei Federal n.º 8.906, de 4 de julho de 1994.⁹

O EAOAB vai além e estabelece que, em seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social (artigo 2º, §1º da Lei Federal n.º 8.906, de 4 de julho de 1994).

Neste capítulo, cabe ressaltar, ainda, o papel da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), instituição que presta serviço público e tem por uma de suas finalidades “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas” (artigo 44, inciso I da Lei Federal n.º 8.906, de 4 de julho de 1994).

O Conselho Federal da OAB, por intermédio da Resolução n.º 02/2015, define o Código de Ética da OAB, que deve observância por toda a classe da advocacia nacional. O Código de Ética da OAB preceitua que o exercício da advocacia exige conduta compatível com os princípios da moral individual, social e profissional (artigo 1º). Além disso, ao relacionar os principais deveres do advogado, como a solução dos problemas da cidadania e efetivação dos direitos individuais, coletivos e difusos (artigo 2º, parágrafo único, inciso IX), também estabelece que:

8 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

9 Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça.

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes.

O exercício da advocacia deve respeito, portanto, não apenas ao cumprimento puro da norma que incide no caso concreto analisado. Segundo os ensinamentos de Sérgio Sérulo da Cunha (2012, p. 359-374), a identificação da norma a ser aplicada a espécie é apenas o primeiro passo na busca de uma solução justa, pois a aplicação das leis sem atenção às circunstâncias (e acréscimo aqui a repercussão prática na sociedade) pode representar um desvio de finalidade. Afinal, toda ação humana, assim como ocorre com toda questão jurídica ou administrativa, possui uma questão ética subjacente, isto é, a aplicação de toda norma técnica pressupõe a indispensável justificação de sua necessidade ou utilidade, caso este que suplanta uma questão meramente técnica, recaindo numa questão ética e moral.

As questões ambientais, objeto deste trabalho, envolvem situações e casos complexos, isto é, são conflitos da vida em sociedade que demandam uma análise multidisciplinar para se alcançar uma solução justa e efetiva. Dificilmente um caso concreto da área ambiental terá por objeto uma discussão meramente jurídica, pois há peculiaridades que devem ser consideradas, porém, advindas de outras ciências, como a agrária, biológica, engenharia, química, dentre outras que precisam ser consideradas para uma adequada análise e solução do caso em apreço.

O profissional da advocacia ambiental, portanto, deve estar atento a estas nuances e, por vezes, trabalhar em conjunto com profissionais de diversas áreas. Deste modo, o exercício da advocacia ambiental não pode resultar de um pensamento simplista e unidimensional, mas sim de um pensamento complexo e multidisciplinar. A complexidade não resulta da soma de diversas unidades e integrações, mas compreende também as incertezas, indeterminações e fenômenos aleatórios (Morin, 2015, p. 35).

Não à toa que no Direito Ambiental aplica-se o princípio da precaução, ou seja, é o princípio aplicável a casos em que os riscos e reflexos ao meio ambiente de uma conduta ou atividade são ainda desconhecidos, não há uma certeza científica quanto a ameaça de danos e essa incerteza não deve servir de fundamento para se postergar uma medida eficaz para a

prevenção da degradação ambiental (ONU, Declaração do Rio, 1992, Princípio 15).¹⁰

Ressalte-se que o princípio da precaução deve ser observado no Município de São José dos Pinhais, em decorrência de previsão expressa no Código Ambiental do Município, nos termos do artigo 4º, inciso IX, da Lei Complementar Municipal n.º 67, de 2 de dezembro de 2011, que assim determina:

Art. 4º. A Política Municipal de Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação do equilíbrio ecológico e da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no Município, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da coletividade e à proteção da dignidade da vida humana, e é orientada pelos seguintes princípios: (...)

IX - observância ao princípio da precaução;

Deste modo, em análise ao caso concreto, no caso de condutas ou atividades em que inexista certeza científica quanto aos riscos e reflexos ao meio ambiente, isso não deve servir de supedâneo para se postergar uma medida eficaz à prevenção da degradação ambiental. Tal preocupação legislativa decorre das complexidades inerentes à matéria ambiental, e, sobre o tema, Edgar Morin nos traz os seguintes esclarecimentos quanto ao significado do pensamento complexo:

Vamos, pois, estudar o homem biológico no departamento de biologia, como um ser anatômico, fisiológico etc. e vamos estudar o homem cultural nos departamentos de ciências humanas e sociais. Vamos estudar o cérebro como órgão biológico e vamos estudar a mente, *the mind*, como função ou realidade psicológica. Esquecemos que um não existe sem a outra, ainda mais que um é a outra ao mesmo tempo, embora sejam tratados por termos e conceito diferentes.” (2015, p. 59)

10 Princípio 15. De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Uma questão ambiental decorre de uma problemática social, porém, advinda de um conjunto de processos econômicos, políticos, jurídicos, sociais e culturais (Leff, 2006, p. 241). Sendo assim, o exercício da advocacia ambiental nesta relevante área do Direito depende de uma visão multidisciplinar das peculiaridades do caso concreto, bem como de uma sensibilização do profissional quanto a matéria estudada, pois ainda que haja o direito individual de seu cliente em conflito, há que se considerar o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio da solidariedade intergeracional (garantia do direito para as presentes e futuras gerações).

6. CONCLUSÃO

O artigo teve por principal finalidade fazer uma breve abordagem sobre a responsabilidade ambiental prevista na legislação brasileira em vigor, com destaque, na esfera municipal, à legislação do Município de São José dos Pinhais, cidade localizada no Estado do Paraná (Brasil). Ao trazer, ainda que de forma resumida, algumas das características da tríplice responsabilidade ambiental (criminal, administrativa e civil), a intenção foi demonstrar a complexidade atinente ao Direito Ambiental e a importância de uma solução adequada e justa ao caso concreto.

Neste contexto, impõe-se ao profissional da advocacia ambiental um desafio que suplanta a sabedoria das normas e do mundo jurídico, pois é preciso caminhar por outras ciências e pensar de forma complexa e multidisciplinar, para, assim, ser criativo e contribuir para a solução de conflitos ambientais com reflexos práticos mais adequados e justos.

Além disso, o profissional da advocacia ambiental, ao cumprir sua função de defesa do direito individual dos seus clientes, também precisa, de forma ética e moral, garantir o cumprimento do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio da solidariedade intergeracional. Este é, portanto, hoje, o maior desafio do profissional da advocacia ambiental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 6.514**, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jul. 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 6.938**, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm~:text=LEI%20N%C2%BA%209.605%2C%20DE%2012%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20penais,ambiente%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Interno no Recurso Especial n.º 2.032.619**. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Julgamento: 13 mar. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202519301&dt_publicacao=16/03/2023. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.744.828**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 13 ago. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801036922&dt_publicacao=05/09/2019. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n.º 969.160**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgamento: 6 ago. 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701599748&dt_publicacao=31/08/2009. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n.º 1.132.682**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 13 dez. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900626550&dt_publicacao=12/03/2020. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n.º 1.669.185**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 5 set. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700985056&dt_publicacao=20/10/2017. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral Tema n.º 145**. Leading case: Recurso Extraordinário n.º 586.224. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6083656&numeroProcesso=1306505&classeProcesso=ARE&numeroTema=145>. Acesso em: 6 jul. 2023.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Resolução n.º 2**, de 19 de outubro de 2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2023.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Ética**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Trad. Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**. 1992. Disponível em: DSD: Resources - Publications - Core Publications (un.org). Acesso em: 15 mai. 2023.

SÃO JOSÉ DOS PINHAIS (PR). **Decreto n.º 1.097**, de 28 de junho de 2012. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e regulamenta o processo administrativo para apuração das infrações ambientais no âmbito municipal. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/s/sao-jose-dos-pinhais/decreto/2012/109/1097/decreto-n-1097-2012-dispoe-sobre-as-infracoes-e-sancoes-administrativas-ao-meio-ambiente-e-regulamenta-o-processo-administrativo-para-apuracao-das-infracoes-ambientais-no-ambito-municipal>. Acesso em: 6 jul. 2023.

SÃO JOSÉ DOS PINHAIS (PR). **Lei Complementar n.º 67**, de 2 de dezembro de 2011. Institui o Código Ambiental Municipal. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/s/sao-jose-dos-pinhais/lei-complementar/2011/7/67/lei-complementar-n-67-2011-institui-o-codigo-ambiental-municipal>. Acesso em: 6 jul. 2023.

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Guilherme Berton¹
Abimael Ortiz Barros²

1. INTRODUÇÃO

A Justiça Restaurativa no Brasil é um tema relativamente novo, assim expomos neste artigo as diferentes perspectivas que têm ganhado cada vez mais espaço em todo o mundo por sua capacidade de promover a participação ativa das partes envolvidas, fortalecendo a comunidade com finalidade de garantir uma justiça mais humanizada e efetiva.

Nesse sentido, abordamos suas origens, fundamentos teóricos, aplicações em diferentes contextos, desafios e possibilidades futuras, destacando a importância de se fomentar o diálogo e a cooperação entre as diversas esferas do poder público, organizações da sociedade civil e comunidades locais, a fim de viabilizar a implementação de práticas restaurativas e ampliar o acesso à justiça para todos.

Por se tratar de tema complementar no âmbito da Justiça Criminal, sendo a Justiça Restaurativa uma forma alternativa de resolução de conflitos, seu objetivo principal é a reparação do prejuízo causado com intuito de reconciliar as partes envolvidas e restaurar o equilíbrio e os ânimos entre as partes.

Não há palavras melhores para iniciar esse artigo que as de Zehr (2008, p. 46): “O perdão é um dom, e não pode ser transformado em ônus”.

2. DEFINIÇÃO E CONCEITO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) conceitua que: “a Justiça Restaurativa é um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores

1 Advogado Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Dom Alberto.

2 Advogado Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato são solucionados de modo estruturado” (CNJ, 2016).

Assim, a Justiça Restaurativa é uma abordagem alternativa e complementar ao sistema de Justiça Criminal tradicional, que busca promover a reparação do dano causado pelo crime ou conflito, ao invés de apenas punir o infrator. Ela parte do princípio de que o crime afeta não apenas o indivíduo que sofreu a violação, mas também as relações entre as pessoas e a comunidade em que vivem.

A Justiça Restaurativa se ergue sobre três pilares ou elementos simples: os danos e as consequentes necessidades (de vítimas em primeiro lugar, mas também da comunidade e dos ofensores); as obrigações (do ofensor, mas também da comunidade) que advêm do dano (e que levaram ao dano); e o engajamento daqueles que detêm legítimo interesse no caso e na solução (vítimas, ofensores e membros da comunidade). (Zehr, 2008, p. 36)

Dessa forma, procura criar um espaço seguro para que as partes envolvidas possam dialogar, expressar suas emoções, sentimentos e necessidades, e trabalhar juntas para chegar a uma solução que satisfaça a todos. Nesse sentido, a ênfase é colocada na responsabilização do infrator e na restauração das relações danificadas, em vez de na punição retributiva.

Em um esforço sintético, Howard Zehr (2008, p. 44 e 45) lista os princípios da Justiça Restaurativa, que adiante se colaciona por fins didáticos:

A lente ou filosofia restaurativa traz cinco princípios ou ações-chave:

Focar os danos e consequentes necessidades da vítima, e também da comunidade e do ofensor.

Tratar das obrigações que resultam daqueles danos (as obrigações dos ofensores, bem como da comunidade e da sociedade).

Utilizar processos inclusivos, cooperativos.

Envolver a todos que tenham legítimo interesse na situação, incluindo vítimas, ofensores, membros da comunidade e da sociedade.

Corrigir os males.

Entre os princípios fundamentais da Justiça Restaurativa está a questão de que o crime é uma violação de pessoas e de relacionamentos interpessoais, ou seja, a vítima e a comunidade são lesadas, e desta forma os relacionamentos afetados pelo crime precisam ser tratados (Zehr, 2008, p. 77).

Os processos restaurativos podem incluir a mediação entre a vítima e o infrator, a participação da comunidade afetada, a prestação de serviços comunitários, a elaboração de um plano de ação para reparação do dano causado e outras práticas que promovam a resolução pacífica do conflito.

Sua base se concentra numa perspectiva humanizada e empática, que busca compreender as causas subjacentes do crime e trabalhar para prevenir a reincidência. Ela é amplamente reconhecida como uma abordagem eficaz e promissora para lidar com o crime e o conflito, tendo sido adotada por diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo.

O principal objetivo da Justiça Restaurativa, seguindo ainda a doutrina de Zehr, é corrigir os danos e os males advindos da empreitada criminosa, ou nas suas palavras, “endireitar as coisas”, sendo, para tanto, preciso tratar o ato lesivo em si, o que inclui seus efeitos e as causas deflagradoras do dano. Essa obrigação recai não só sobre o ofensor, como também sobre a comunidade, que precisa estimulá-lo a cumprir seu dever de reparação, restauração ou recuperação. Portanto, “para endireitar as coisas é preciso cuidar dos danos, mas também é preciso abordar as causas do crime. A maior parte das vítimas deseja exatamente isso. Elas procuram saber que medidas estão sendo tomadas para reduzir o perigo para si e para os outros” (Zehr, 2008, p. 41).

3. COMPARAÇÃO JUSTIÇA RESTAURATIVA X JUSTIÇA RETRIBUTIVA

A Justiça Restaurativa e a Justiça Contributiva são duas abordagens que buscam lidar com o crime e o conflito de maneiras diferentes. Enquanto a Justiça Restaurativa se concentra na reparação do dano causado e na restauração das relações entre as partes envolvidas, a Justiça Contributiva, também chamada de Retributiva, enfatiza a contribuição do infrator para a sociedade como forma de compensar sua transgressão.

A denominação Justiça Restaurativa é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative*

Restitution, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada *Restitution in Criminal Justice*. Eglash sustentou, no artigo, que havia três respostas ao crime – a Retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação (Brandão, 2010).

Com relação ao infrator, na Justiça Retributiva este é considerado em suas faltas e sua má-formação e raramente tem participação; na Justiça Restaurativa, é visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito, interage com a vítima e com a comunidade, vê-se envolvido no processo, contribuindo para a decisão (Brandão, 2010).

A Justiça Contributiva tem como base a ideia de que o infrator deve ser incentivado a fazer algo positivo para a comunidade como forma de reparar o dano causado. Essa abordagem pode incluir a prestação de serviços comunitários, a participação em projetos sociais ou a realização de outras atividades que beneficiem a sociedade como um todo.

A Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva não são polos opostos. Ambas possuem como objetivo principal restituir e igualar os patamares entre vítima e ofensor. O diferencial entre elas está na proposta ao que será ou não eficaz para equilibrar o resultado. As duas defendem que deve haver restituição, contudo, diferem na aplicação (Zehr, 2008).

Já a Justiça Restaurativa, como mencionado anteriormente, busca restaurar as relações danificadas entre as partes envolvidas e promover a reconciliação entre elas. Nesse sentido, a ênfase é colocada na responsabilização do infrator, na reparação do dano causado e na prevenção da reincidência.

O modelo de Justiça Restaurativa, como se pode observar, não possui estrutura rígida, nem detém um conceito fechado, e comporta valores, princípios, meios e finalidades diversas das do modelo de Justiça Criminal. Enfatiza, dentre outras coisas, o dano sofrido pela vítima e as necessidades dele decorrentes, a responsabilização do ofensor para que repare o dano, o empoderamento das partes envolvidas e, sempre que possível, a reparação das relações afetadas pelo delito. Visa, além disso, reduzir a imposição de penas (principalmente a privativa de liberdade), com a introdução de práticas restaurativas como a mediação, as conferências de família e os círculos restaurativos, formas estas que possibilitam o diálogo entre as partes e de maneira mais ampla, entre estas e a comunidade, por meio de comunicação não violenta e da observância de valores como a não dominação,

escuta respeitosa, preocupação igualitária com os envolvidos, empoderamento, etc. (Pallamolla, 2009, p. 194).

Enquanto a Justiça Contributiva se concentra na contribuição do infrator para a sociedade, a Justiça Restaurativa procura trabalhar com as emoções e necessidades das partes envolvidas, criando um espaço seguro para o diálogo e a negociação. Embora sejam abordagens diferentes, ambas buscam promover uma justiça mais humanizada e efetiva, que leve em consideração não apenas a punição do infrator, mas também a reparação do dano causado e a prevenção da violência.

4. APLICAÇÕES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A aplicação da Justiça Restaurativa pode se dar em diversos contextos, buscando promover a reparação do dano causado, a responsabilização do infrator e a prevenção da reincidência, através do diálogo e da construção de relações mais saudáveis e pacíficas. Alguns exemplos que serão esmiuçados posteriormente em que podemos aplicar a Justiça Restaurativa são casos de crimes, conflitos comunitários, disputas familiares, *bullying* escolar, entre outros.

Essa reestruturação do fato criminoso, de modo que tanto a vítima como o ofensor possam ter outra visão do crime, dando-lhe seu real valor e acabando com estereótipos criados pela sociedade em geral é o que a Psicanálise chama de transferência, fator de real solução do conflito. (Costa, 2009, p. 26)

No sistema de Justiça Criminal, a Justiça Restaurativa pode ser aplicada como alternativa ao sistema de Justiça Criminal tradicional, oferecendo uma abordagem mais humanizada e efetiva para lidar com o crime. Por exemplo, em vez de enviar o infrator para a prisão, ele pode ser encaminhado para um programa de Justiça Restaurativa, que promove o diálogo entre o infrator, a vítima e a comunidade afetada, buscando a reparação do dano causado e a prevenção da reincidência.

A esse respeito, Raupp e Benedetti observam que a Justiça Restaurativa possui dois grupos de finalidades, que estão interligadas: as institucionais e as político-criminais. As primeiras visam ao aperfeiçoamento da administração da Justiça Criminal, pretendendo responder à sua crise de

legitimidade. Já as segundas almejam transformar o tratamento reservado ao delito e veem na Justiça Restaurativa uma importante ferramenta de intervenção social, voltada para a transformação (Raupp; Benedetti, 2007, p. 5 e 21).

Como bem refere Zaffaroni, com relação às diferenças do modelo de Justiça Restaurativa e de Justiça Criminal, enquanto o primeiro pretende solucionar os conflitos, ampliando o número de conflitos resolvidos e melhorando a coexistência social, o segundo busca apenas decidi-los, estendendo a margem de atos unilaterais de poder, solucionando menos conflitos e deteriorando a coexistência (Zaffaroni, 2003, p. 101).

Dessa forma, a Justiça Restaurativa pode ser aplicada em diversos ambientes, como exemplos desses ambientes temos:

- A escola: a Justiça Restaurativa pode ser utilizada para lidar com casos de *bullying* e conflitos entre alunos, promovendo a conversa entre as partes envolvidas e buscando soluções que satisfaçam todos os envolvidos. Essa abordagem também pode ajudar a prevenir futuros conflitos e criar um ambiente escolar mais seguro e acolhedor.

- A família: a Justiça Restaurativa pode ser aplicada em casos de disputa familiar, como divórcio, guarda de filhos e questões de herança. Ela pode promover o diálogo entre as partes envolvidas, ajudando-as a chegar a um acordo que seja satisfatório para todos.

- A comunidade: a Justiça Restaurativa pode ser utilizada para lidar com conflitos e problemas em comunidades, como questões de vizinhança e conflitos entre grupos. Ela pode envolver a participação da comunidade afetada, promovendo o diálogo e buscando soluções que sejam construtivas e pacíficas.

O modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (réu e vítima), concordância essa que pode ser revogada unilateralmente, sendo que os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade. A aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original, seja em um outro (Pinto, 2005, p. 22).

Agora, em casos de aplicação em crimes específicos, temos como exemplos:

- a) Casos de crimes violentos: a aplicação da Justiça Restaurativa pode ser mais desafiadora, mas não é impossível. Em muitos casos, a Justiça Restaurativa é utilizada em conjunto com o sistema de Justiça Criminal tradicional, como uma forma de complementar e humanizar o processo podendo ser abordada, como círculos de justiça, conferências de justiça, programas de restituição, entre outros. Nesses casos, a Justiça Restaurativa envolve emoções intensas e traumas profundos, no entanto, muitas vezes ela pode ser uma abordagem mais efetiva para lidar com esses casos, promovendo a responsabilização do infrator, a reparação do dano causado e a prevenção da reincidência.
- b) Casos de crimes de colarinho branco: a Justiça Restaurativa pode ser usada como uma forma complementar ou alternativa ao sistema de Justiça Criminal tradicional, com o objetivo de promover a responsabilização do infrator e a reparação do dano causado. Algumas formas de aplicação da Justiça Restaurativa em casos de crimes de colarinho branco podem incluir a mediação, grupos de apoio e programas de restituição. Assim, busca promover a responsabilização do infrator e a reparação do dano causado. No entanto, a abordagem pode variar de acordo com as circunstâncias do caso e as necessidades das partes envolvidas.
- c) Casos de violência doméstica: a Justiça Restaurativa pode ser desafiadora, mas pode ser uma abordagem efetiva para lidar com esses casos. É importante destacar que a Justiça Restaurativa não é uma alternativa ao sistema de Justiça Criminal, mas sim uma forma complementar de lidar com esses casos, buscando promover a responsabilização do agressor, a reparação do dano causado e a prevenção da reincidência podemos nos utilizar nesses casos dos círculos de justiça, conferências de justiça, programas de tratamento e outros.

Podemos falar agora de como funcionam os mecanismos citados:

- a) Círculos de justiça são reuniões mediadas por um facilitador, que reúne o infrator, a vítima e a comunidade afetada pelo crime. O objetivo é promover o diálogo entre as partes envolvidas, permitindo que a vítima possa expressar seus sentimentos, necessidades e expectativas, enquanto o infrator tem a oportunidade de assumir responsabilidade pelo crime e se comprometer a reparar o dano causado.

- b) Nas conferências de justiça, um grupo de pessoas afetadas pelo crime se reúne para discutir o ocorrido e buscar soluções para reparar o dano causado. Esse grupo pode incluir a vítima, o infrator, membros da comunidade afetada e profissionais de justiça criminal. O objetivo é encontrar soluções que sejam satisfatórias para todos os envolvidos.
- c) Nos casos em que a Justiça Restaurativa pode envolver a mediação entre o infrator e a vítima, ou entre o infrator e a comunidade afetada pelo crime, a mediação pode ajudar a promover a responsabilização do infrator e a buscar soluções que satisfaçam todas as partes envolvidas.
- d) Os grupos de apoio podem ser liderados por profissionais da área de Justiça Criminal, psicólogos ou outros especialistas, e podem ajudar os infratores a assumir responsabilidade pelo crime e a reparar o dano causado.
- e) Nos programas de restituição, os infratores podem se comprometer a reparar o dano causado por meio da devolução de dinheiro desviado ou o pagamento de indenizações, prestação de serviços comunitários. Esses programas podem ser acordados entre as partes envolvidas, com o objetivo de promover a reparação do dano causado e a prevenção da reincidência.
- f) Os programas de tratamento para o agressor consistem em incluir aconselhamento, terapia e outros tipos de intervenção, com o objetivo de ajudar o agressor a mudar comportamentos violentos e a assumir responsabilidade pelo dano causado.

É importante destacar que sua aplicação nos casos de violência doméstica deve ser realizada com cuidado e precaução, levando em consideração a segurança da vítima e de outras pessoas envolvidas. A Justiça Restaurativa não deve ser utilizada como uma forma de minimizar a gravidade do crime ou de responsabilizar a vítima pelo ocorrido.

5. BENEFÍCIOS E DESAFIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Compreende-se que a Justiça Restaurativa e seu meio de resolver os conflitos é uma opção que deve ser considerada e implementada paralelamente ao modelo vigente. O ideal restaurativo possibilita trabalhar uma situação de conflito de forma diferente, sem estigma, resolvendo-o e

possibilitando a que as relações interpessoais rompidas com a ocorrência do ato delitivo possam ser reestruturadas (Keller, 2021 p. 51).

A Justiça Restaurativa apresenta diversos benefícios em comparação com o sistema de Justiça Criminal tradicional, tanto para as vítimas, quanto para os agressores e para a sociedade em geral. Alguns desses benefícios incluem:

- a) Foco na reparação do dano: ao contrário do sistema de Justiça Criminal tradicional, que geralmente se concentra na punição do agressor, a Justiça Restaurativa coloca a reparação do dano causado à vítima e à comunidade em primeiro plano.
- b) Participação ativa da vítima, permitindo que participe ativamente do processo de resolução do conflito, permitindo que ela expresse seus sentimentos, necessidades e expectativas em relação ao ocorrido.
- c) Humanização do agressor, permitindo que ele assuma responsabilidade pelo dano causado e se comprometa a repará-lo. Isso pode ajudar a prevenir a reincidência, promovendo a mudança de comportamento do agressor.
- d) Redução do estigma pois, ao contrário do sistema de Justiça Criminal tradicional, que pode levar à estigmatização do agressor, a busca aqui é promover sua reintegração na sociedade após a reparação do dano causado.
- e) Economia de recursos, podendo ser mais econômica do que o sistema de Justiça Criminal tradicional, uma vez que envolve menos processos judiciais e menos tempo de prisão.
- f) Fortalecimento da comunidade por envolver a participação da comunidade no processo de resolução do conflito, promovendo a coesão social e fortalecendo os laços comunitários.

A tradicional jurisdição de conflito cede espaço para uma jurisdição de consenso, na qual se busca um acordo entre as partes, a reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, procurando-se evitar, o quanto possível, a instauração de um processo penal (Lima, 2013, p. 187 *apud* Keller, 2021 p. 37).

Mas, apesar dos benefícios, sua implementação enfrenta alguns desafios:

- a) Falta de compreensão: muitas pessoas, incluindo profissionais do sistema de Justiça Criminal, ainda não compreendem completamente a Justiça Restaurativa e como ela pode ser aplicada de forma eficaz.
- b) Resistência cultural: em algumas comunidades, a ideia de buscar a reparação do dano causado, em vez de punir o agressor, pode ser vista como fraca ou desonrosa.
- c) As dificuldades na implementação: a Justiça Restaurativa pode ser mais complexa e requerer mais tempo e recursos do que o sistema de Justiça Criminal tradicional.
- d) Necessidade de treinamento para que seja implementada com sucesso: é necessário que os profissionais envolvidos no processo (mediadores, facilitadores, advogados, etc.) sejam devidamente treinados.
- e) Questões de segurança: em alguns casos, em que pode envolver o agressor e a vítima em uma mesma sala, pode ser um risco para a segurança de ambos.
- f) Falta de recursos em alguns países: a Justiça Restaurativa é subfinanciada e não recebe recursos suficientes para se desenvolver adequadamente.

Em suma, com treinamento adequado, financiamento suficiente e conscientização da comunidade, esses desafios podem ser superados para que a Justiça Restaurativa se torne uma prática mais comum e eficaz na resolução de conflitos.

A Justiça Restaurativa passa a ser uma alternativa para (re)legitimar o sistema de Justiça Criminal, mediante a qualificação da administração da justiça e a introdução da possibilidade de resolver o conflito de forma não violenta. A seguir, frente às vantagens que a introdução da Justiça Restaurativa no Brasil comporta, passou-se à análise de suas críticas. Quanto à crítica de extensão da rede de controle formal, viu-se ser possível evitá-la, por exemplo, mediante critérios de derivação que excluam casos de bagatela e casos que não possuam o mínimo suporte probatório acerca da autoria e materialidade delitivas e reduzam a discricionariedade na decisão do envio dos casos aos programas restaurativos. A Justiça Restaurativa deve atuar, portanto, de forma a diminuir o número de casos encaminhados ao sistema punitivo, reduzir a aplicação de sanções punitivas e, acima de tudo, de forma a incrementar o acesso à justiça com qualidade (Pallamolla, 2009, p. 198).

6. EXEMPLOS PRÁTICOS

A definição de Justiça Restaurativa mais utilizada é a que está de acordo com a Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas (ONU), ao aludir que: “O processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente com a ajuda de um facilitador.”

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso: trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes, e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator (Pinto, 2005, p. 20).

No Brasil, a Justiça Restaurativa foi incorporada ao sistema de justiça criminal em 2013, através da Lei n.º 12.403/2011, que prevê a aplicação da Justiça Restaurativa como uma alternativa ao processo judicial tradicional. A lei permite que os juízes, promotores e defensores públicos ofereçam a opção da Justiça Restaurativa para vítimas e infratores em casos de crimes de menor gravidade, como delitos de trânsito e pequenos furtos. Isso foi um importante marco legal para a implementação da Justiça Restaurativa no Brasil, incentivando a adoção de práticas mais humanizadas e resolutivas no sistema de justiça criminal.

De acordo com a lei, as medidas cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas em casos de crimes que tenham pena máxima de até quatro anos de prisão, desde que o réu não seja reincidente em crime doloso e não tenha sido condenado por outro crime doloso nos últimos cinco anos. As medidas cautelares incluem, por exemplo, o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso a determinados lugares ou a proibição de contato com pessoas específicas.

Para Bitencourt (2010, p. 321), a fundamentação da pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delincente.

Além disso, o Brasil também tem experimentado outras iniciativas

de Justiça Restaurativa, especialmente em relação à violência doméstica. Em algumas cidades, foram criados centros especializados em Justiça Restaurativa para lidar com casos de violência doméstica, onde as partes envolvidas são incentivadas a resolver seus conflitos através do diálogo e da mediação, em vez de uma abordagem punitiva.

A Justiça Restaurativa oferece decisões sobre como melhor atender àqueles que mais são afetados pelo crime – vítimas, infratores e as comunidades interessadas nas quais se inserem (*communities of care*) –, dando prioridade a seus interesses. Assim, o Estado não mais possui o monopólio sobre o processo decisório; as principais personagens em tal processo são as próprias partes. De certa forma, o papel do Estado – ou o de seus representantes – é redefinido: por exemplo, eles dão informações, proporcionam serviços e fornecem recursos. A Justiça Restaurativa, além disso, preocupa-se em lidar com o crime e suas consequências (para vítimas, infratores e comunidades) de maneira significativa, procurando reconciliar vítimas, infratores e suas comunidades por meio de acordos sobre como melhor enfrentar o crime, e tentando promover, por fim, a reintegração e reinserção das vítimas e dos infratores nas comunidades locais, por meio da cura das feridas e dos traumas causados pelo crime e por meio de medidas destinadas a prevenir sua reincidência (Morris, 2005, p. 441).

Existem vários exemplos de implementação bem-sucedida da Justiça Restaurativa no Brasil, mas um dos maiores exemplos é o Programa Justiça Restaurativa, que foi implementado no Rio Grande do Sul em 2002. O programa é considerado um dos mais bem-sucedidos do país, tendo sido replicado em vários estados brasileiros.

O Programa Justiça Restaurativa do Rio Grande do Sul tem como objetivo promover a cultura de paz e de resolução de conflitos de forma pacífica e colaborativa, tanto no sistema de Justiça Criminal, quanto na comunidade em geral. O programa oferece capacitação para mediadores e facilitadores, que são responsáveis por conduzir os processos de Justiça Restaurativa em diversos contextos, como escolas, unidades prisionais e delegacias. Dessa forma, já conseguiu resultados significativos, como a redução da reincidência criminal em casos atendidos pela Justiça Restaurativa em comparação com o sistema de justiça tradicional. Além disso, a implementação do programa tem levado à transformação de conflitos e à construção de relações mais saudáveis e harmônicas nas comunidades atendidas.

Esse programa é considerado um modelo para outras iniciativas de Justiça Restaurativa em todo o Brasil, mostrando que é possível construir um sistema de justiça mais humanizado e eficaz, que privilegie a restauração dos danos causados pelo crime e a construção de relações mais saudáveis e harmoniosas entre as partes envolvidas.

No Paraná também existem iniciativas de Justiça Restaurativa, como o Programa Justiça Restaurativa da Comarca de Cascavel, que foi implementado em 2008 e tem como objetivo proporcionar uma forma mais humana e pacífica de lidar com os conflitos na área criminal, oferecendo sessões de mediação e conciliação para vítimas e infratores, além de capacitação para os profissionais envolvidos, como promotores, defensores públicos e juízes. O foco do programa é a restauração dos danos causados pelo crime e a construção de relações mais saudáveis entre as partes envolvidas.

Em Cascavel tem se obtido bons resultados, com a resolução de vários casos por meio de conciliação e mediação. Além disso, o programa tem contribuído para a humanização do sistema de justiça criminal e para a redução da reincidência entre os infratores atendidos.

Outra iniciativa de destaque no Paraná é o Núcleo de Justiça Restaurativa da Universidade Federal do Paraná (UFPR), que promove a pesquisa, a formação e a prática da Justiça Restaurativa em diversas áreas, como na educação, na saúde e no sistema de Justiça Criminal. O núcleo tem colaborado para a disseminação da Justiça Restaurativa no estado e para a formação de novos profissionais capacitados para atuar nessa área.

Em Curitiba, uma iniciativa de Justiça Restaurativa que tem tido êxito é o Programa Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná, que foi implementado em 2009 e tem como objetivo oferecer uma forma mais humana e pacífica de lidar com os conflitos na área criminal. Oferecendo sessões de mediação e conciliação para vítimas e infratores em casos de crimes de menor potencial ofensivo, como lesão corporal leve, ameaça e perturbação da tranquilidade. O foco do programa é a restauração dos danos causados pelo crime e a construção de relações mais saudáveis entre as partes envolvidas.

O Programa Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná tem obtido bons resultados, com a resolução de vários casos por meio de conciliação e mediação. Além disso, tem contribuído para a redução da reincidência entre os infratores atendidos.

Outra iniciativa de destaque em Curitiba é o Núcleo de Justiça Restaurativa da Defensoria Pública do Paraná, que também oferece sessões de mediação e conciliação em casos de violência doméstica e familiar. O núcleo tem como objetivo restaurar as relações familiares e evitar a judicialização de conflitos, promovendo a cultura de paz e de resolução pacífica de conflitos.

Os programas de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná e da Defensoria Pública do Paraná funcionam de maneira semelhante, com o objetivo de oferecer uma forma mais humana e pacífica de lidar com conflitos na área criminal e familiar.

No programa do Tribunal de Justiça do Paraná, os casos são encaminhados para a equipe de Justiça Restaurativa após a instauração do processo criminal, desde que sejam crimes de menor potencial ofensivo e as partes envolvidas concordem em participar das sessões de mediação e conciliação. As sessões são realizadas por mediadores capacitados e com a presença das partes envolvidas, incluindo a vítima, o infrator e seus representantes legais. O objetivo é restaurar o dano causado pelo crime e construir relações mais saudáveis entre as partes, a fim de evitar a judicialização do conflito.

Já o programa da Defensoria Pública do Paraná atua na área da violência doméstica e familiar, com o objetivo de evitar a judicialização dos conflitos e promover a cultura de paz. As sessões de mediação e conciliação são realizadas por mediadores capacitados e com a presença das partes envolvidas, incluindo a vítima, o agressor e seus representantes legais. O objetivo é restaurar as relações familiares e evitar a perpetuação da violência.

Ambos os programas têm obtido bons resultados na resolução pacífica de conflitos e na redução da reincidência entre os infratores atendidos.

E ao redor do mundo, podemos brevemente citar:

- a) Nova Zelândia: a Justiça Restaurativa tem sido implementada com sucesso em toda a Nova Zelândia desde a década de 1980. O país tem uma forte tradição de resolução de conflitos fora do sistema judicial formal, e a Justiça Restaurativa tem sido usada para lidar com uma ampla gama de crimes, desde pequenos delitos até homicídios; em 2005 a professora Gabrielle Maxwell já trouxe o tema em sua palestra no TJSP.
- b) Austrália: a diretora de um centro responsável por mediação e conciliação de casais em vias de separação, a advogada Luciana Nannetti Caixeta apresentou uma visão geral do direito de família na Austrália, onde a Justiça Restaurativa é usada com sucesso em vários casos, sendo obrigatória a mediação em conflitos na fase pré-processual.

- c) Canadá: é um dos líderes na implementação de Justiça Restaurativa, segundo a consulesa-geral Evelyne Coulombe em sua fala na EMERJ. O Canadá tem usado a Justiça Restaurativa em uma variedade de contextos, incluindo crimes violentos, crimes de colarinho branco e delitos juvenis. Em 2019, o país lançou uma iniciativa nacional de Justiça Restaurativa para fornecer recursos e treinamento para profissionais envolvidos no processo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça Restaurativa é uma abordagem inovadora e promissora para lidar com conflitos na área criminal e familiar. Diferentemente da justiça tradicional, que se concentra na punição e na retribuição, a Justiça Restaurativa tem como objetivo restaurar os danos causados pelo crime e construir relações mais saudáveis entre as partes envolvidas.

Apesar dos benefícios da Justiça Restaurativa, ainda existem desafios para sua implementação em larga escala, como a resistência de alguns setores do sistema de Justiça Criminal e a falta de recursos para capacitação de mediadores e infraestrutura para as sessões de mediação e conciliação.

No entanto, existem exemplos práticos bem-sucedidos de implementação da Justiça Restaurativa no Brasil, como o Programa Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná e o Núcleo de Justiça Restaurativa da Defensoria Pública do Paraná, que têm contribuído para a resolução pacífica de conflitos e para a redução da reincidência entre os infratores atendidos.

Portanto, a Justiça Restaurativa é uma abordagem que merece ser explorada e aprimorada no Brasil, a fim de oferecer uma forma mais humana e pacífica de lidar com conflitos na área criminal e familiar, promovendo a cultura de paz e de resolução pacífica de conflitos.

Podemos acrescentar que a Justiça Restaurativa também tem sido utilizada em outras áreas, como a educação e o ambiente de trabalho, com o objetivo de promover a resolução pacífica de conflitos e a construção de relações mais saudáveis entre as partes envolvidas.

Além disso, é importante destacar que a implementação da Justiça Restaurativa exige não apenas mudanças na estrutura do sistema de justiça, mas também na mentalidade das pessoas envolvidas, incluindo juízes, promotores, advogados, defensores públicos, mediadores e a comunidade em geral.

Por fim, é fundamental que o debate sobre a Justiça Restaurativa seja ampliado e que sejam feitos esforços para sua disseminação e implementação em todo o país, a fim de oferecer uma alternativa mais humana, pacífica e eficaz para a resolução de conflitos, sobretudo na área criminal e familiar.

8. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As Três Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

BRANDÃO, Delano Câncio. **Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos**, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/justica-restaurativa-no-brasil-conceito-criticas-e-vantagens-de-um-modelo-alternativo-de-resolucao-de-conflitos/#:~:text=Com%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20infrator%2C%20na,v%C3%AA%2Dse%20envolvido%20no%20processo%2C>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 15. Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTENCOURT, Ila. Barbosa. **Justiça Restaurativa em Enciclopédia Jurídica da PUC- SP**, tomo I (recurso eletrônico) teoria geral e filosofia do direito. 1. ed. SAO PAULO: EDUC, 2017. v. 1. 20 p.

BRASIL. **Lei n.º 12.403**, de 4 de maio de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

CNJ. **Justiça Restaurativa: o que é e como funciona**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica=-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona/#:~:text=Quem%20realiza%20a%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa,plano%20de%20repara%C3%A7%C3%A3o%20de%20danos>. Acesso em: 20 abr. 2023.

CNMP. **Justiça Restaurativa**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitas/o-ministerio-publico-e-a-vitima/justica-restaurativa>. Acesso em: 20 abr. 2023.

COSTA, Gabriela Gomes. **Justiça Restaurativa no Brasil: uma possibilidade**. 2009. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. **Justiça Restaurativa como Alternativa ao Método Tradicional**. Disponível em: <https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Justica-restaurativa-como-alternativa-ao-metodo-tradicional>. Acesso em: 20 abr. 2023.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Especialista canadense discute Justiça Restaurativa em palestra na EMERJ**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/especialista-canadense-discute-justica-restaurativa-em-palestra-na-EMERJ.html. Acesso em: 20 abr. 2023.

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA. **Professora da Nova Zelândia fala sobre Justiça Restaurativa**. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/noticia/5045?pagina=370>. Acesso em: 20 abr. 2023.

GOVERNO MUNICIPAL DE CASCAVEL. **Núcleo Comunitário de Práticas de Justiça Restaurativa**. Disponível em: http://www.cascavel.pr.gov.br/arquivos/06022017_jr_e_seus_div_contextos.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

KELLER, Paola. **A Justiça Restaurativa no Sistema Penal Brasileiro: uma Alternativa para a Resolução de Conflitos**. Monografia Jurídica: PUC Goiás, 2021.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

ONU. **Resolução 2002/2012**. Disponível em: https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

PALLAMOLLA, Raffaella. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

RAUPP, Mariana e BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. **Revista Última Ratio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ano 1, n. 1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Palestra aborda experiência australiana na mediação de conflitos**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/palestra-aborda-experiencia-australiana-na-mediacao-de-conflitos.htm>. Acesso em: 20 abr. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Justiça Restaurativa**. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/nupemec?p_p_id=101_INSTANCE_PUOz8hpZfk-zl&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&a_page_anchor=41806024. Acesso em: 20 abr. 2023.

UFPR ABERTA. **Práticas Restaurativas na Educação para Cidadania**. Disponível em: <https://ufpraberta.ufpr.br/enrol/index.php?id=822>. Acesso em: 20 abr. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS, COM PARÂMETRO NO ART. 139, IV, DO CPC, NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE ALIMENTOS

Felipe Senise de Oliveira Martins¹

Ruy Alves Henriques Filho²

1. INTRODUÇÃO

A busca de uma tutela efetiva e satisfativa pode ser considerado o principal objetivo de qualquer parte que pretende concretizar seu direito no mundo real. O principal instrumento utilizado para tanto será o procedimento do cumprimento de sentença, quando diante de títulos judiciais.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi introduzido no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, aquilo que para alguns é uma cláusula geral de efetivação, a qual permite o magistrado utilizar de quaisquer medidas para assegurar o cumprimento de ordem judicial, abrindo assim a possibilidade de aplicação de medidas atípicas em todo procedimento executório, inclusive em ações que tenham como objeto a prestação pecuniária.

Diante disso, e apesar da variedade de procedimentos típicos, abre-se o contexto de aplicação de tais medidas atípicas no cumprimento de

1 Advogado OAB/PR 116.866, graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (2020). Pós-graduado em direito aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (2021-2022) - 2º colocado da turma com menção honrosa. Pós-graduado pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (2022-2023). Cursando, início março/2023, pós-graduação em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Focus.

2 Desembargador, graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1995). Doutor pela Universidade de Lisboa. Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Instituto Paranaense de Direito processual (secretário geral); Diretor da Escola Judicial da América Latina e Membro do Programa Estadual de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas. Membro do Fundo Penitenciário do Paraná. Professor do UNICURITIBA e da Escola da Magistratura do Paraná.

sentença de verbas alimentares que, por sua vez, possui uma relevância maior, pois o que está em jogo é a satisfação e proteção ao direito à vida do alimentado, que necessita o quanto antes da pensão alimentícia. Assim, deve-se buscar os meios mais efetivos e satisfativos para se alcançar o adimplemento do débito.

No presente artigo será abordado em um primeiro momento o conceito de alimentos, demonstrando seu alcance e importância, visto que no ordenamento jurídico brasileiro não existe um conceito pré-definido, sendo ele a conjugação de princípios constitucionais e normas infraconstitucionais. Ainda, serão citados de forma singela os ritos e medidas típicas à disposição do credor de alimentos, a fim de contextualizar e compreender quais podem ser utilizadas no cumprimento de sentença alimentar, sendo a prisão civil e a expropriação os dois grandes grupos e os mais importantes na tutela alimentar. Em segundo, serão abordadas as medidas atípicas, analisando a dita cláusula geral de efetivação presente no art. 139, IV, do CPC, e parâmetros mínimos de aplicação, como a legalidade, proporcionalidade, necessidade e adequação. Em seguida, se observará o que são as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias, presentes no art. 139, IV, do CPC. Depois, serão analisados os principais requisitos de aplicação de medidas atípicas de maneira geral, com a análise na jurisprudência dos Tribunais e enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, demonstrando, ainda, quais são as principais medidas atípicas utilizadas e os principais argumentos de aceitação e negação delas nos Tribunais. Por fim, após compreender como é aceito a aplicação de medidas atípicas no ordenamento jurídico brasileiro, se passará a análise da possibilidade de aplicação dessas medidas no cumprimento de sentença de alimentos em seus dois grandes ritos, o da coerção pessoal e da expropriação.

2. O INSTITUTO DOS ALIMENTOS E O SEU CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto alimentos não possui uma conceituação expressa, sendo ela construída através da junção de direitos fundamentais e demais normas do sistema jurídico que, por sua vez, conseguem delimitar o que estaria englobado nas verbas alimentares, buscando alcançar assim seu significado.

Inicialmente, deve-se compreender que a necessidade de alimentos está presente desde os primórdios da humanidade, pois decorre de

fatores biológicos que se encontram em todos os seres humanos, os quais dependem da alimentação para poderem sobreviverem. Diante desse fator humanitário é que a verba alimentar gera especial tratamento no ordenamento jurídico, posto que é direito fundamental que deve ser protegido para que se tenha uma vida digna.

Contudo, a verba alimentar não pode ser baseada somente na ideia primária de comida, pois, como bem apontado por Flávio Tartuce (2019, p. 572), “no plano conceitual e em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros.”

Assim, compreende-se que a verba alimentar é mais do que a simplista ideia de sustento alimentício, mas que também engloba, conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017, p. 692), “todas as prestações necessárias para a vida e a afirmação da dignidade do indivíduo”, consagrando, assim, o preceito constitucional dos direitos sociais presente no art. 6º da CF de 1988. Confirmando ainda esse ponto de vista, ensina Tartuce (2019, p. 572) que, “diante dessa proteção máxima da pessoa humana, precursora da personalização do Direito Civil, e em uma perspectiva civil-constitucional, entendemos que o art. 6º da CF/1988 serve como uma luva para preencher o conceito atual dos alimentos.”

Diante disso, a prestação de alimentos está ligada a princípios constitucionais, merecendo assim o tratamento diferenciado que possuem, como explica Helena Diniz (2011, p. 613), “o fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o da solidariedade social e familiar (CF, art. 3º), pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante.”

Além da esfera constitucional, pode-se buscar na esfera infraconstitucional o que englobaria o conceito de alimentos, através do instituto “legado de alimentos”, preconizado no art. 1.920 do CC, que dispõe: “o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se for menor”. Ideia defendida por Maria Berenice (2013, p. 533):

O Código Civil não define o que sejam alimentos. Mas, preceito constitucional assegura a crianças e adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,

ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade (CF 227). Quem sabe aí se possa encontrar o parâmetro para a mensuração da obrigação alimentar. Talvez o seu conteúdo possa ser buscado no que entende a lei por legado de alimentos. (CC 1.920)

Ainda no Código Civil, em seu art. 1.694, que trata dos alimentos legais, devidos pelos parentes, cônjuges ou companheiros, foi estabelecido que estes podem “pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” Ou seja, a verba alimentar, além de todos os elementos constitucionais, precisaria englobar em seu valor, seja em pecúnia ou *in natura*, a manutenção da condição social, além da educação do alimentado, quando diante de relações de direito de família.

Portanto, os alimentos são todas as necessidades básicas dos indivíduos para possibilitar a sua sobrevivência digna, sendo que quando existir o vínculo do direito de família, deverão englobar quantia suficiente para manter, além de suas necessidades vitais, a condição social e educação do alimentado. No mais, tal instituto tem a proteção do Estado e da família, sendo consagrado em princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, além dos princípios norteadores do direito de família, como a solidariedade, afetividade e o melhor interesse da criança e adolescente. Dessa forma, é necessário que haja um cuidado especial quando estiver diante dessa matéria, posto que a mesma serve para um fim existencial dos indivíduos.

Pelo conceito de alimentos observa-se a importância de tal instituto, o que corrobora as proteções jurídicas presentes no ordenamento jurídico quando diante de tais verbas. Assim, como qualquer outro direito que venha a ser violado ou que se torne litigioso entre as partes, busca-se a tutela jurisdicional do Estado, a fim de encontrar a solução mais justa ao conflito. Dessa forma, na maioria dos casos, a maneira correta de alcançar a tutela estatal é provocando o Estado-Juiz através da ação, consubstanciando uma pretensão.

Quando se tratar de alimentos, a regra não é diferente, é necessário propor uma ação ao Juízo competente requerendo a fixação da verba alimentar que, ao final de todo o processo, irá decidir e encerrar a controvérsia, sem olvidar da possibilidade de acordo entre os envolvidos.

Dada a prestação jurisdicional pelo Estado, declarando um direito, espera-se que as partes cumpram com o que foi decidido ou o que foi acordado. Entretanto, o plano do dever-ser ainda é uma utopia, sendo necessários meios para que sejam cumpridas as ordens judiciais ou acordo entre as partes. É nesse plano do ser, que entra a figura do cumprimento de sentença, previsto no art. 513 e seguintes do CPC.

Com efeito, buscando preservar o princípio constitucional da duração razoável do processo com sua atividade satisfativa, consagrado no art. 4º do CPC, o legislador criou ferramentas coercitivas e procedimentos para a busca da satisfação das tutelas proferidas pelo Estado.

Em relação à verba alimentar, tais procedimentos e meios coercitivos encontram-se expostos a partir do art. 528 do CPC. Como se trata de uma verba especial, e pela evidente urgência em ver satisfeito o débito, criou-se mecanismos únicos para sua efetivação, sendo um exemplo a coerção pessoal (prisão civil), prevista na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXVII.

Ainda, nas questões pertinentes ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, baseadas em títulos judiciais, destaca-se que o legislador previu ritos e meios executivos típicos (próprios) à disposição do credor da verba alimentar dentro de dois grandes grupos, que são a coerção pessoal (prisão civil) e a expropriação (localização, penhora e alienação de bens do devedor). Englobando como outros meios executivos o desconto em folha de pagamento salarial, o protesto, o cadastro em órgãos de inadimplentes e a constituição de renda, podendo ainda existir meios coercitivos atípicos consagrados no art. 139, IV, do CPC, a critério do magistrado, a fim de que se busque o meio mais efetivo para o adimplemento da obrigação e, assim, ajudando a alcançar a tutela satisfativa prevista no art. 4º do CPC.

3. MEDIDAS ATÍPICAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO 139, IV, DO CPC: ATIPICIDADE EXECUTIVA, CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO, PARÂMETROS DE APLICAÇÃO

Visando obter um resultado mais efetivo, satisfativo e garantidor da previsão do art. 4º, do CPC, o legislador estabeleceu no art. 139, IV, do CPC/15, como poder do magistrado, a possibilidade de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias

necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Ou seja, previu a hipótese de aplicação de medidas atípicas.

Esta ferramenta, contudo, por ser ainda recente, gera dúvidas ao operador do direito, pois não foram estabelecidos critérios para a sua utilização. Outrossim, verifica-se que as medidas típicas podem restar infrutíferas ou não serem adequadas o suficiente para a obtenção do crédito, de modo que estas novas medidas (atípicas) podem se colocar à disposição, a fim de se tornar mais eficaz a obtenção do *quantum* devido. Isto torna-se mais especial quando diante de créditos de natureza alimentar, posto que a celeridade e eficácia serão primordiais para manutenção do sustento e condição social do alimentado(a).

O art. 139, IV, do CPC, pode ser considerado uma “cláusula geral processual executiva” ou uma cláusula geral de efetivação, pois o que se busca alcançar é a tutela efetiva do pronunciamento judicial (CPC, art. 4º), através da aplicação de medidas atípicas, que são autorizadas pelo dispositivo legal ora mencionado.

As cláusulas gerais, como ensina Judith Costa (1998, p. 8), “constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”. Em sentido semelhante, explica Didier Jr. *et al.* (2020, p. 332), que “é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”, ou seja, cabe ao magistrado delimitar seu alcance e efeitos.

Buscando entender a função dessa cláusula geral, prevista no art. 139, IV, do CPC, Marcus Borges (2019, p. 92) apresenta três características decorrentes dessa norma aberta, sendo elas: “(i) possibilitar a criação de norma com alcance geral pelo juiz diante de um caso concreto, (ii) assegurar a flexibilidade externa do sistema jurídico, tornando-o apto a responder a novos fatos e a novas demandas e (iii) propiciar verdadeira integração do sistema, notadamente doutrina e jurisprudência.”

Verifica-se então que, pelas cláusulas gerais, não existirá expressamente quais os meios necessários para o cumprimento das ordens judiciais (atipicidade), criando assim um papel fundamental para os precedentes, instituto este predominante da *common law*. Neste sentido, Judith Costa (1998, p. 139) explica que:

A utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Essa relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* (núcleo normativo do precedente judicial) dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.

Por ser uma cláusula aberta, a aplicação de medidas atípicas deve obedecer a certos limites, como bem apontado por Ruy Alves Henriques Filho (2006, p. 148): “as cláusulas gerais ou de conteúdo indeterminado, proporcionam a necessária coexistência entre o texto legal e as práticas sociais” e em especial as normas constitucionais, pois “a utilização das cláusulas gerais processuais está inserida na ideia de jurisdição constitucional e é corolária do neoconstitucionalismo e da supremacia dos direitos fundamentais.”

Dessa forma, estabelece-se o primeiro limite na aplicação de medidas atípicas, a legalidade. Legalidade no sentido de conformismo de tais medidas com as normas constitucionais (CF) e infraconstitucionais (CPC). Ou seja, o juiz não poderá utilizar medidas que afrontem a Constituição Federal, como exemplo, utilizar-se de castigos físicos para a obtenção de crédito. Eduardo Talamini (2020, p. 28) assim afirma: “é preciso conformar a interpretação do art. 139, IV com os princípios constitucionais notadamente a proporcionalidade, a razoabilidade, a segurança jurídica, a liberdade, a integridade física e moral e a eficiência.”

Esse último ponto abre outros leques para os parâmetros da aplicação de medidas não previstas no código. Rafael Pereira (2020, p. 313) ensina que “os limites serão delineados a partir do caso concreto e do bem jurídico a ser tutelado, devendo a fundamentação ser analítica ou qualificada, de modo a justificar a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida aplicada.”

Explicando tais institutos, Didier Jr. *et al.* (2020, p. 343) lecionam que “o critério da adequação impõe que o juiz considere abstratamente

uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinado a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado.” Em relação à necessidade, o mesmo autor, afirma que “trata-se de critério fortemente inspirado pelos postulados da proibição do excesso e da razoabilidade, bem como pelo princípio da menor onerosidade para o executado” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 343).

E, por fim, a proporcionalidade, na qual, para o mesmo processualista possui o seguinte *standard*: “a escolha da medida executiva deve buscar a solução que mais bem atenda aos interesses em conflito, ponderando-se as vantagens e desvantagens que ela produz” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 346).

Logo, em síntese, para a aplicação de medidas atípicas, o juiz deverá fundamentar suas decisões com base no art. 489 do CPC, observando, no caso concreto, o parâmetro da adequação, necessidade e proporcionalidade das coerções, não devendo ferir nenhum preceito constitucional ou legal.

Pelo exposto, tem-se que o artigo 139, IV, do CPC consiste em uma cláusula geral de efetivação no atual CPC, sendo ela norma indeterminada que depende de fundamentação para sua aplicação, visto que não está expresso no código e, por essa característica (direito não escrito), tal instituto se aproxima do sistema do *common law*, gerando uma importância maior aos precedentes, posto que somente a jurisprudência conseguirá dar efetividade aos parâmetros de sua aplicação.

3.1 AS MEDIDAS PREVISTAS NO ARTIGO 139, IV, DO CPC

Como visto, o art. 139, IV, do CPC define que o juiz poderá “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.” Assim, constata-se os tipos de medidas que poderão ser adotadas: indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Para Eduardo Talamini (2020, p. 58), as medidas indutivas são “aquelas destinadas a influenciar o sujeito a adotar determinada conduta. Isso pode fazer-se mediante a ameaça de um mal, caso ele não adote a conduta desejada (indução negativa) ou de uma vantagem, caso ele a adote (indução positiva).” Continua o mesmo autor, afirmando que “a indução negativa foi referida especificamente no art. 139, IV, como ‘medida coercitiva’”. Assim,

conclui-se que as medidas indutivas serão aquelas que induzem positivamente o indivíduo ou, em outras palavras, é uma “sanção premial”, podendo citar como exemplo o art. 916 do CPC,³ no qual há um benefício caso o executado deposite 30% (trinta por cento) do valor da execução, pois poderá parcelar em até 6 (seis) vezes o restante do débito.

Contudo, vale destacar a lição de Carreira e Abreu (2020, p. 265), de que, como as medidas indutivas são premiais, “elas não podem ser atípicas, uma vez que a vantagem garantida à parte não pode diminuir o valor ou a qualidade da prestação a que está sujeito, já que isso depende de anuência da parte contrária, nem pode garantir isenção de custas processuais sem autorização legislativa.” Em sentido semelhante, Edilton Meireles (2020, p. 585) afirma que tais medidas “impostas pelo juiz somente podem ser aquelas que o ordenamento jurídico, de forma implícita, autoriza que seja adotada ou que expressamente faculta ao juiz a escolha dentre várias opções previamente estabelecidas.” Buscando exemplificar alguma indução positiva, o mesmo jurista cita a possibilidade de o juiz dilatar os prazos processuais, tendo como base o art. 139, V, c/c o § 1º do art. 222, ambos do CPC.

Já as medidas coercitivas “visam garantir o cumprimento das decisões judiciais através de um reforço negativo, ou seja, há uma ameaça de um evento de efeitos adversos aquele que deve cumprir a decisão, caso não o faça” (Carreira; Abreu, 2020, p. 266). No CPC verifica-se dois tipos de coerção: a patrimonial e a pessoal. Como bem apontado por Marcos Borges (2019, p. 39-40), “devidamente tipificados esse tipo de coerção, podem ser mencionados: (a) coerção pessoal do executado para satisfação do débito alimentar, sob pena de prisão civil, e a coerção patrimonial, consubstanciada na aplicação de multa pecuniária para o cumprimento da obrigação inadimplida.”

Em relação às medidas mandamentais, Edilton Meireles (2020, p. 582) leciona que estamos diante delas quando “constar a advertência da consequência ao descumprimento da ordem judicial”, no caso das obrigações alimentares pode-se analisar esse fundamento na obrigação imposta para o desconto em folha, caso não seja obedecido o mandamento, o empregador estará incorrendo em crime de desobediência.

3 Outras medidas premiais podem ser encontradas nos artigos 90, § 3º; 701, § 1º; 827, §1º e 1.040 § 2º, do CPC, e no artigo 61, da Lei n.º 8.245/1991.

Por fim, as medidas sub-rogatórias, que, como explicam Carreira e Abreu (2020, p. 267), “podem ser compreendidas como as medidas em que o próprio Estado-Juiz irá cumprir a ordem judicial”. Sendo estes poderes sub-rogatórios, como apontados por Eduardo Cambi *et al.* (2019, p. 1088), os de “desapossamento, que podem ser preparatórios (apreensão/imissão na posse e depósito) e finais (de entrega da coisa); de transformação; e de expropriação, que podem ser preparatórios (penhora e depósito) e finais (adjudicação, alienação, arrematação, desconto, etc.)”.

Malgrado o art. 139, IV, do CPC distinga essas medidas, a corrente majoritária entende que estamos diante de dois grandes grupos. Conforme lecionam Didier Jr. *et al.* (2020, p. 332): “o texto legal sofre de uma atecnia: medidas mandamentais, indutivas e coercitivas são, rigorosamente, a mesma coisa. Trata-se de meios de execução indireta do comando judicial. Sem distinções. As medidas sub-rogatórias são meio de execução direta da decisão.”

Diante disso, existe a execução direta, que é o meio sub-rogatório, que “despreza e prescinde da participação efetiva do devedor” e a execução indireta, através de meios coercitivos, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do executado (Assis, 2019, p. 82), ou, em outras palavras, através de ameaça que se conseguirá alcançar a obtenção do crédito.

3.2 ALGUMAS MEDIDAS ATÍPICAS UTILIZADAS E FORMAS DE APLICAÇÃO

Analisado o conceito e classificação das medidas que podem ser proferidas pelo magistrado, bem como a tipificação delas, deve-se observar neste momento a utilização de algumas das medidas atípicas e suas formas de aplicação. Destarte, tem-se que a cláusula geral de efetivação, prevista no art. 139, IV, do CPC, estabelece que o juiz poderá utilizar quaisquer meios (atipicidade), que sejam indutivos, coercitivos, mandamentais (execução indireta) ou sub-rogatórios (execução direta) para o cumprimento da ordem judicial.

Como visto anteriormente, esse sistema de atipicidade se aproxima do sistema *common law*, assim a construção jurisprudencial apoiada na doutrina é que definirá quais serão as coerções ou formas sub-rogatórias que serão utilizadas, ficando a critério da convencionalidade dos juízes, membros do Ministério Público e as partes do processo a aplicação e requerimento de certas medidas.

Na prática jurídica observa-se uma frequência no requerimento da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), do passaporte, e o cancelamento dos cartões de crédito.⁴ Entretanto, Edilton Meireles (2020, p. 309) cita outros exemplos de medidas que poderiam ser adotadas:

Proibição do devedor pessoa física poder exercer determinadas funções em sociedades empresariais, em outras pessoas jurídicas ou na Administração Pública; proibição de contratar com a Administração Pública; a indisponibilidade de bens móveis ou imóveis; proibição de efetuar compras com o uso de cartão de crédito; suspensão do benefício fiscal; suspensão dos contratos; ainda que privados, de acesso aos serviços de telefonia, internet, televisão a cabo, etc., desde que não essenciais à sobrevivência (tais como os de fornecimento de energia e água); proibição de frequentar determinados locais ou estabelecimentos.

Continua ainda a enumerar outras hipóteses, mostrando o quão ampla pode ser a utilização de medidas atípicas. Mas o que realmente importa é a forma de sua utilização, posto que não basta raciocinar outras maneiras sem utilizar critérios para tanto.

Neste sentido, como bem apontado por Expósito e Levita (2020, p. 375): “as cláusulas gerais executivas garantem uma maior atuação do órgão jurisdicional para determinar medidas atípicas. Contudo, tal atuação não pode ser desarrazoada. É necessário o estabelecimento de parâmetros para a fixação de tais medidas.”

No tópico 2, analisou-se alguns desses parâmetros, sendo eles a adequação, proporcionalidade e necessidade da medida. Aprofundando mais nessa questão, pode-se dizer que a escolha da medida atípica “deve pautar-se nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (art. 8º, CPC) e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 341).

4 Como exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1.495.012/SP**. Agravante: M. S. Freitas e Cia Ltda. Agravado: Caio Eduardo Sampaio de Oliveira, Maria Lúcia Sampaio de Oliveira, Cassio Eduardo Sampaio de Oliveira e Norival de Oliveira. Relator: Marco Buzzi. Julgamento: 29 out. 2019. Publicação: 12 nov. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1495012&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

Dentro da proporcionalidade se encontram três critérios. O primeiro é a adequação, na qual o juiz deverá considerar “uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 343), que por sua vez está ligado pelo princípio da efetividade.

O segundo é a necessidade, que estabelece “um limite. Não se pode ir além do necessário para alcançar o propósito almejado. Deve, pois, o órgão julgador determinar o meio executivo na medida do estritamente necessário para propiciar a satisfação do crédito – nem menos, nem mais” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 344). Sendo este critério vinculado à proibição do excesso, da razoabilidade e da menor onerosidade.

Por fim, é o critério da proporcionalidade, em sentido estrito, que busca um equilíbrio, deve-se “evitar a escolha do meio executivo que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 345), bem como deve-se “buscar a solução que mais atenda aos interesses em conflito” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 346). Como os outros critérios, este também se vincula a outros, como o da proporcionalidade, razoabilidade e o princípio da eficiência.

A razoabilidade, por sua vez, “promove a harmonização de uma norma geral quando da sua implementação em cada caso específico, sendo necessário como critério de decisão, para tanto, a equidade” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 376). “Além disso, como dever de congruência, o postulado da razoabilidade impõe a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação” (Borges, 2019, p. 339), ou seja, devem ser aplicados questões que se encaixam na realidade.

Outro parâmetro é proibição de excesso, que deve ser entendida como um limite legal, pois “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir a restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 342). Assim, a proibição de excesso não pode ser confundida com a proporcionalidade, posto que aqui se “analisa apenas a eficácia de um determinado direito fundamental”, e a proporcionalidade verifica a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 342).

Já o princípio da eficiência, pelo qual se busca alcançar o meio que consiga realizar no mundo real as decisões judiciais, previsto no art. 8º, do CPC, pode ser entendido como a “atuação que promove, satisfatoriamente,

os meios necessários para que se alcancem os fins do processo” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 342), ou seja, precisa utilizar de um meio que tenha grandes possibilidade de coagir o devedor a pagar.

E, por fim, o último parâmetro, o da menor onerosidade da execução, previsto no art. 805, do CPC, estabelece que: “havendo duas opções igualmente eficazes para permitir alcançar o resultado pretendido (satisfação do crédito), deverá o órgão julgador valer-se daquela que menos onere a situação do executado” (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 343). Esse dispositivo legal, ora citado, pode gerar certa confusão diante das obrigações alimentares, visto que a prisão civil sempre seria o meio mais oneroso. Esclarecendo tais dúvidas, primeiramente, vale destacar a crítica feita por Marinoni, Arenhart e Mididiero (2015, p. 1033) de que “nada sustenta a ideia, que não se sabe onde se funda, que o meio executivo adequado deve ser o que causa menor prejuízo ao réu.” Segundo, é evidente que a prisão civil pode ser utilizada, pois há previsão expressa na CF/88 no art. 5º, inciso LXVII, para tanto. Assim, uma lei infraconstitucional não poderia ser usada para afastar uma norma constitucional.

Neste sentido, Sarmiento (2003 *apud* Pereira, 2020, p. 322) comenta que “em primeiro lugar, o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para este mister, ele deve adotar como norte a tábua de valores subjacentes à constituição.” Basicamente, quando diante de verbas alimentares, estamos entre a vida do alimentado e o princípio da menor onerosidade do devedor, não havendo dúvidas que o direito à vida deverá prevalecer. Dessa maneira, a prisão civil não poderá ser afastada por ser o meio mais oneroso, pois isto infringiria a norma constitucional e iria contra os princípios do ordenamento jurídico.

Isto posto, analisados os critérios teóricos para a aplicação das medidas atípicas, deve-se passar à análise de questões processuais.

No Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)⁵ denotam-se conclusões importantes. A primeira é que as medidas

5 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 12**, Fórum Permanente de Processualistas Civis. A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

atípicas podem ser usadas na execução de títulos judiciais e extrajudiciais. A segunda, é que elas devem ser aplicadas de maneira subsidiária em relação às medidas típicas, devendo ainda observar o contraditório, e a decisão deve ser fundamentada com base no art. 489, § 1º, I e II do CPC.

Em relação a este último requisito, como já visto, deverá o magistrado fundamentar sua decisão, argumentando em relação à proporcionalidade, razoabilidade e necessidade da aplicação da medida atípica.

A questão inerente à subsidiariedade gera divergência na doutrina. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016 *apud* Borges, 2019, p. 235), “a previsão expressa do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 rompeu com a lógica da tipicidade como regra. Portanto, para os títulos executivos judiciais, o juiz pode impor o pagamento de soma sob ameaça do emprego de medida de indução ou de sub-rogação que entenda mais adequado ao caso concreto.” Assim, não teria que se falar em subsidiariedade, pois o sistema seria agora atípico, visto que se busca a efetivação das decisões, podendo aplicar, desde já, as medidas atípicas para se alcançar tal objetivo.

Já os que defendem a subsidiariedade, como exemplo Carreira e Abreu (2020, p. 270), afirmam que “a aplicação das medidas inominadas para a satisfação da obrigação de pagar quantia certa consiste na sua aplicação subsidiária, de modo que primeiro o credor deve se valer das medidas típicas para, só então, buscar apoio nas medidas inominadas”. E isto se justifica, como bem apontado por Marcus Borges (2019, p. 237), pois:

(a) para as execuções de obrigações de pagar, por expressa previsão legal, o meio executório a ser inicialmente utilizado é o da expropriação; (b) se assim não fosse, o legislador não teria sido tão detalhista ao pormenorizar as formas de expropriação, bem como as formalidades para sua utilização; (c) não pode ser desprezado o fato de o CPC/2015, a exemplo das demais codificações processuais nacionais anteriores, ter erigido o procedimento executivo pecuniário obedecendo a tradição da técnica expropriativa; (d) pelo CPC/2015, não resta claro que a atipicidade de meios executórios pode ser considerada a regra geral para as execuções pecuniárias.

Esta última vertente parece ser a predominante, pelo próprio Enunciado 12 do FPPC e pelas decisões do STJ, nas quais estabelecem que “após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o

cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional.”⁶

Outra questão que se abre é a possibilidade de o juiz decretar essas medidas de ofício. O Projeto de Lei n.º 8.046/2010 previa expressamente no art. 139, IV, que o juiz poderia de ofício aplicar todas as medidas. Contudo, na redação final do CPC de 2015 foi retirado do dispositivo esse trecho, ficando novamente a critério da doutrina esclarecer o que poderia ou não ser feito.

Buscando respostas, Marcus Borges (2019, p. 255) apresenta sete argumentos para a impossibilidade da concessão de ofício das medidas atípicas, dentre eles a “adstrição do juízo ao meio executório” e a natureza puramente normativa das medidas, posto que “no atual sistema processual civil a atipicidade é regra apenas nas execuções de títulos judiciais que contenham obrigações de fazer”, podendo o juiz somente nas obrigações de fazer e não fazer aplicar de ofício, com base no art. 536 do CPC.

Em contrapartida a esses argumentos, Didier Jr. *et al.* (2020, p. 347) afirmam que “o juiz não está adstrito à medida executiva atípica proposta pelo interessado para efetivação do comando decisório. Ele pode impor providência executiva não requerida pela parte ou distinta da que foi requerida”. Corroborando com esse entendimento, foi editado o Enunciado 396 do FPPC, com a seguinte redação: “as medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º.”⁷

Diante disso, a tendência é permitir a aplicação de ofício aos magistrados das medidas atípicas, tendo como base o princípio da efetivação, previsto no art. 8º do CPC, visto que a busca da tutela satisfativa deve ser alcançada. Caso contrário, se tivesse o juiz de ficar subordinado ao requerimento da parte, “seria letra morta o poder geral de efetivação conferido pelos arts. 536, § 1º e 139, IV, do CPC” (Didier Jr.; Minami; Talamini, 2020, p. 348).

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1.233.016/SP**. Agravante: Rogério Azeredo Renó. Agravado: Anthony Allan Di Carlo e Carina Aparecida dos Santos. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 10 abr. 2018. Publicação: 17 abr. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?li-vre=1233016&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

7 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 396**, Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º. Disponível em <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

Por fim, deve-se se analisar o contraditório, mesmo que diferido. Na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 5º, inciso LV, está consagrado o princípio do contraditório, sendo assim, é necessário a presença desse instituto para que se tenha o devido processo legal.

O CPC de 2015, querendo firmar sua característica neoprocessualista, também em seus artigos assegurou o direito ao contraditório. Dessa forma o art. 10 deste diploma legal estabelece que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” Entretanto, há uma exceção prevista no próprio códex processual civil, no art. 9º, parágrafo único, que permite “decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, quando diante da tutela provisória de urgência e evidência (CPC, art. 311, II e III) e da decisão prevista no art. 701 do CPC. Nestas últimas hipóteses, estar-se-á diante de contraditório diferido, que ocorrerá após a concessão da liminar.

Como as medidas atípicas podem ser requeridas em sede de tutela provisória, deve-se observar o contraditório, correndo o risco de nulidade, pois afronta a Constituição. No mais, as medidas atípicas são usadas como forma de coação para adimplemento da obrigação, sendo assim primeiro deve-se intimar o executado para que seja feito algo para depois sofrer a imposição das medidas atípicas. Haverá aqui sempre a possibilidade do contraditório, que deverá ser sempre respeitado, sob pena de incorrer em nulidade processual.

Pelo exposto, podem existir vários tipos de medidas atípicas que ficarão a par da casualidade dos juízes e dos requerimentos dos agentes do Ministério Público e das partes, sendo as mais requisitadas a suspensão da CNH, a retenção do passaporte e o bloqueio de cartão de crédito. Entretanto, para que haja a sua aplicação, principalmente em relação aos magistrados, quando diante de medidas atípicas, estes deverão fundamentar suas decisões levando como critério a proporcionalidade, a razoabilidade, a proibição do excesso, o princípio da efetivação e, em alguns casos, a menor onerosidade para o executado. Sendo necessário analisar também o esgotamento da utilização das medidas atípicas (subsidiariedade), observado o contraditório entre as partes, inclusive o diferido.

E, por último, se o juiz, diante do caso concreto, verificar todos esses requisitos, mesmo que não houver o requerimento das partes, poderá de ofício aplicar medidas atípicas como forma de consagrar o princípio da efetivação (CPC, art. 8º) e da atividade satisfativa, prevista no art. 4º do CPC.

3.3 NEGAÇÃO E ACEITAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS NOS TRIBUNAIS

Como visto, as medidas atípicas mais requeridas pela prática jurídica são as que restringem o uso da CNH, do passaporte e dos cartões de crédito. Entretanto, tais meios sub-rogatórios não estão tendo sua admissão plena pelos tribunais por alguns argumentos.

Leciona Rafael Pereira (2020, p. 318) que “verifica-se uma corrente majoritária quanto à impossibilidade de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, apreensão do passaporte e cancelamento dos cartões de crédito”,⁸ sendo que isto se justifica por se “tratar de medidas, restritivas de direitos desnecessárias e inadequadas, devendo a liberdade do devedor prevalecer em relação a satisfação do crédito do credor.” Em sentido semelhante, Expósito e Levita (2020, p. 385) citam acórdão da 2ª Câmara Civil do Tribunal do Distrito Federal, que “também contrária à suspensão de CNH, verifica a potencial violação ao direito de ir e vir no julgamento do Agravo de Instrumento 0705728-19.2017.8.07.0000 e ressalta a violação ao exercício do direito de conduzir automotor estando devidamente habilitado.” Para as referidas autoras existem dois fatores que impossibilitam a suspensão da CNH, “a violação do direito de ir e vir e a violação ao princípio da proteção ao executado” (Expósito; Levita, 2020, p. 385).

Em relação ao passaporte, também há o argumento de ferir o direito de vir e ir, consagrado pela constituição, no art. 5º, inciso XV.⁹

Já em relação ao cancelamento de cartões, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já decidiu que “a instituição financeira que possui liberdade contratual, não pode o Poder Judiciário imiscuir-se nas relações

8 RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento n.º 7.007.155.839-9**. Agravante: Editora South Star Magazine Ltda. Agravado: Julio Menezes. Relator.: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgamento: 14 dez. 2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 11 abr. 2020.

9 DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. 5ª Turma Cível. **Habeas Corpus n.º 20160020486102 (0051397-73.2016.08.07.0000)**. Impetrante: Luana Moreira dos Santos e outros. Coator: Juízo da Vara Cível de Planaltina DF. Relator: Des. Josapha Francisco dos Santos. Julgamento: 19 abr. 2017. Publicação: 17 mai. 2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 11 mai. 2020.

contratuais particulares.”¹⁰

Observa-se, ainda, que quando diante de meios expropriatórios, o STJ só admite a aplicação de medidas atípicas quando “verificando a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.”¹¹ Ou seja, é necessário que se tenha indícios de ocultação de patrimônio por parte do executado para poder aplicar as medidas atípicas.¹²

Em contrapartida, há decisões que aceitam a aplicação dessas medidas atípicas. O STJ, em relação à suspensão da CNH, possui o seguinte entendimento: “a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do *habeas corpus*, impedindo seu conhecimento.”¹³ Assim, os tribunais entendem que existem outros meios para a locomoção, não

10 PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento n.º 1.1616016-8**. Agravante: Rosana Guitti Gamba Agravado: Abráao Fuezi Bastos. Relator: Des. Themis Furquim Cortes. Julgamento: 22 fev. 2017. Publicação 07 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12304263/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1616016-8>. Acesso em: 11 mai. 2020.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial n.º 1.788.950/MT**. Recorrente: Ely Esteves Capistrano Martins. Recorrido: Fernando Emilio da Silva Bardi. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 23 abr. 2019. Publicação: 26 abr. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1788950&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

12 Neste sentido: PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais. **Recurso Inominado n.º 0000973-93.2018.8.16.0036**. Recorrente: Sergio Scopetz. Recorrido: Maiko O. Santos. Relator: Des. Manuela Tallão Benke. Julgamento: 30 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000011661051/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000973-93.2018.8.16.0036>. Acesso em: 11 mai. 2020.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Ordinário em **Habeas Corpus n.º 97.876/SP**. Recorrente: Jair Nunes de Barros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento: 05 jun. 2018. Publicação: 09 ago. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=97876&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

ferindo o direito de ir e vir.¹⁴ Consagrando assim o entendimento de Olavo Oliveira Neto (2005 *apud* Pereira, 2020, p. 314) de que “quem não tem dinheiro para pagar o valor que lhe é exigido na execução, nem tem bens para garantir tal atividade, também não tem dinheiro para ser proprietário de veículo automotor, e por isso não tem a necessidade de possuir carteira.”

Sobre o passaporte, o STJ, no Informativo 631, reconheceu a “ilegalidade e arbitrariedade da medida coercitiva de retenção do passaporte em decisão judicial não fundamentada e que não observou o contraditório.”¹⁵ Contudo, na própria decisão que originou o informativo, o Ministro Luis Felipe Salomão assim decidiu:

O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.¹⁶

Diante disso, ainda poderia ser possível a utilização da retenção do passaporte como medida atípica, posto que, utilizando da mesma lógica da conclusão de Olavo Oliveira Neto sobre a suspensão da CNH, quem não tem dinheiro para pagar a execução, também não terá para viajar. Utilizando de maneira semelhante este argumento, a Desembargadora Themis Furquim Cortes permitiu a suspensão do passaporte, entendendo não ferir direito

14 DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. 5ª Turma Cível. **Habeas Corpus n.º 20160020486102 (0051397-73.2016.08.07.0000)**. Impetrante: Luana Moreira dos Santos e outros. Coator: Juízo da Vara Cível de Planaltina DF. Relator. Des. Josapha Francisco dos Santos. Julgamento: 19 abr. 2017. Publicação: 17 mai. 2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdf.tj.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 11 mai. 2020.

15 Vide informativo 631 do STJ.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Ordinário em **Habeas Corpus n.º 9.7876/SP**. Recorrente: Jair Nunes de Barros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento: 05 jun. 2018. Publicação: 09 ago. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=97876&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

de ir e vir: “não possuindo o devedor condições financeiras para saldar o seu débito resta evidente que também não possuirá patrimônio suficiente para realizar uma viagem internacional, razão pela qual inexistente afronta ao direito constitucional de ir e vir.”¹⁷

Já quanto às decisões relativas ao bloqueio de cartões de crédito, Rafael Pereira (2020, p. 319) destaca que “a jurisprudência vêm acolhendo tal possibilidade, desde que esgotados os meios legais de obtenção de bens passíveis de penhora, mas, especialmente, por se tratar de medida que atinge o patrimônio do devedor, e não a pessoa deste.” Em decisão proferida pelo TJSP, o relator Desembargador Luiz Antonio Costa concedeu a aplicação de medidas atípicas, dentre elas a suspensão dos cartões de crédito, diante do insucesso nas tentativas de localização de bens capazes de garantir a execução, alegando que o bloqueio do cartão seria eficaz, posto que “impede o devedor de desfalcocar o patrimônio necessário ao adimplemento.”¹⁸

No mais, vale a ressalva feita pelo Desembargador Carlos Henrique Miguel Trevisan, também do TJSP, de que “quanto ao bloqueio dos cartões de débito, considerando que é meio de pagamento em que ocorre a retirada de saldo existente em conta corrente, despendida a medida, considerando ser facilmente substituída pelo bloqueio pelo sistema BACENJUD.”¹⁹

Em síntese, as principais medidas utilizadas na prática jurídica são negadas pelos tribunais por ferir o direito de ir e vir, por serem inadequadas e não existirem indícios de ocultação de patrimônio, não existirem adequada fundamentação ou não serem aplicadas de forma subsidiária.

17 PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento n.º 1.1616016-8**. Agravante: Rosana Guitti Gamba Agravado: Abráao Fuezi Bastos. Relator: Des. Themis Furquim Cortes. Julgamento: 22 fev. 2017. Publicação 07 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12304263/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1616016-8>. Acesso em: 11 mai. 2020.

18 SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento n.º 2121074-60.2018.8.26.0000**. Agravante: Darsonval José de Almeida. Agravado: André Gonçalves Barbosa. Relator: Des. Luiz Antonio Costa. Julgamento: 19 set. 2018. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 11 abr. 2020.

19 SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 29ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento n.º 2050212-30.2019.8.26.0000**. Agravante: André de Almeida Barini. Agravado: Genilson Sena de Novais e Actually Movéis Planejados. Relator: Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgamento: 03 maio 2019. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 11 mai. 2020.

Em contrapartida, alguns tribunais aceitam a adoção da medida atípica por entenderem que não há violação ao direito de ir e vir, visto que existem outros meios de locomoção, e no mais há a aceitação quando as decisões forem devidamente fundamentadas, seguindo os parâmetros já analisados.

Um último ponto de consideração: por ser o art. 139, IV, do CPC, uma cláusula geral, abre-se a oportunidades para implementação de outros tipos/maneiras de medidas atípicas. A título de exemplo, e para entender o alcance que as medidas atípicas podem ter, destaca-se a decisão que bloqueou o aplicativo de mensagens *WhatsApp* por quarenta e oito horas, o que afetou milhões de brasileiros. Nesse processo, buscava-se apurar a prática de crimes de tráfico de drogas, sendo determinado que a rede Facebook, dona da plataforma *WhatsApp*, apresentasse as conversas dos envolvidos. Contudo, a empresa se manteve silente, ocasionando sua intimação para cumprir a ordem, sob pena de multa, o que também não surtiu efeito. Assim, foi determinado o bloqueio do aplicativo de mensagens como forma de coerção, o que afetou inúmeros brasileiros que nem tinham relação com tal processo.

Diante desse alcance, tal medida se mostrou inadequada e desproporcional, sendo rejeitada em liminar proferida pelo Desembargador Xavier de Souza.²⁰ Sobre o tema, leciona Eduardo Talamini (2020, p. 793) que “não há como simplesmente se defender a legitimidade do bloqueio do *WhatsApp*, mesmo como medida extrema para situações-limite, sem antes se demonstrar que outras medidas, menos gravosas, seriam ineficientes ou padeceriam de ainda maiores vícios de legitimidade.”

Assim, o que se percebe é que as medidas atípicas podem ser utilizadas, mas irão depender de uma fundamentação, baseada nos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, sendo elas adequadas ao fim que pretendem alcançar. Um segundo ponto é que será aberto espaço para a criatividade dos operadores do direito, os quais terão que observar os limites impostos pela lei e, principalmente, os princípios constitucionais, pois o que extrapolar estará fora do ordenamento jurídico e não terá aplicabilidade. Por fim, cumpre destacar que o STF, na ADI 5941, declarou constitucional e válida a aplicação do art. 139, IV, do CPC, todavia, “desde que não avance sobre direitos fundamentais e observe os princípios da proporcio-

20 SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Criminal. **Mandado de Segurança n.º 2271462-77.2015.8.26.0000**. Impetrante: *WHATSAPP INC*. Impetrado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo. Relator: Des. Xavier de Souza. Julgamento: 17 dez. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/12/MS-2271462.pdf>. Acesso em: 11 abr. de 2020.

nalidade e razoabilidade.”

4. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ALIMENTAR

Após verificar todos os requisitos para aplicação de medidas atípicas e suas especialidades, resta, por fim, analisar a junção do todo na obtenção do crédito alimentar, buscando a maneira mais efetiva e satisfativa possível.

O processo de cumprimento de sentença busca a “efetivação real da norma jurídica concreta” (Borges, 2019, p. 36) ou, em outras palavras, é a conversão de um direito declarado para a sua concretude no mundo real; tornar verdadeiro aquilo que o indivíduo tem direito. Sendo assim, a duração razoável do processo e a sua tutela satisfativa são essenciais para que não se crie um senso de impunidade, de injustiça.

Por isso, é crucial a resposta efetiva do Estado e, quando diante de verbas alimentares, essa atenção é redobrada, posto que estaremos lidando com o direito fundamental da vida. Diante de sua importância, a própria CF/88 previu, no art. 5º, inciso LXVII, a coerção mais restritiva de todas, que é a prisão civil. Cesara Beccaria, em sua obra clássica, *Dos delitos e das penas*, já alertava que a prisão é a pior das sanções. Em suas palavras, “não é o terrível, mas passageiro, espetáculo da morte de um criminoso, mas sim o longo e sofrido exemplo de um homem, privado da liberdade, e que, convertido em animal recompensa com a fadiga a sociedade que ofendeu, é que constitui o freio mais forte contra os delitos” (Beccaria, 2013, p. 99).

Aqui, a prisão civil não pode ser entendida como punição, posto que ela visa obter um resultado que é o pagamento da pensão alimentícia em atraso. Conforme ensina Rodrigues (2020, p. 103):

O que define uma medida processual como coercitiva ou punitiva é a sua finalidade imediata (inegável que como toda e qualquer sanção punitiva, há, sempre, embutida e inerente uma função coercitiva decorrente do risco da punição, mas este não é o fim primeiro da regra do artigo 77, § 2º), ou seja, se ela serve de instrumento necessário e adequado para se obter um resultado a realizar ou se ela serve para punir uma conduta já realizada.

É a possibilidade do uso da prisão civil que torna o cumprimento de sentença de alimentos tão especial, posto que a própria constituição retira o direito de ir e vir do executado, facilitando assim a argumentação para a aplicação de medidas atípicas, pois qualquer outra medida não será pior do que a prisão.

Como visto, as medidas atípicas previstas no art. 139, IV, do CPC são utilizadas para garantir o cumprimento das ordens judiciais nas execuções. Para garantir o cumprimento de sentença de obrigações que envolvam alimentos, o legislador previu a possibilidade de escolha, por parte do exequente, de dois grandes ritos, o da coerção pessoal e o da expropriação, assim deve-se dividi-los para propor uma aplicação de medidas atípicas.

4.1 MEDIDAS ATÍPICAS NA COERÇÃO PESSOAL

Se a escolha do exequente for pelo rito da prisão civil, o executado será intimado para que em três dias efetue o pagamento ou justificar a impossibilidade, sob pena de prisão, além do protesto da decisão judicial, conforme o artigo 528, § 3º, do CPC.

Observa-se que a própria lei permite a imposição de medidas coercitivas em conjunto, seguindo a mesma lógica, para as medidas atípicas, isso não seria problema.

Dessa forma, se não houver o pagamento, ou se este for parcial,²¹ ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz decretará a prisão civil do executado pelo prazo máximo de noventa dias e ordenará a expedição do devido mandado prisional. Assim, o que se pretende é que esta forma de execução indireta alcance seu objetivo de coagir psicologicamente o devedor a quitar o débito. Contudo, se o mandado for cumprido e mesmo assim persistir o inadimplemento, estaremos diante de um meio que restou infrutífero.

O Código de Processo Civil prevê que quando não cumprida a obri-

21 O pagamento parcial não afasta o decreto prisional. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Habeas Corpus n.º 245.804/MS**. Impetrante: K. de A. R. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento: 12 nov. 2013. Publicação: 26 nov. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=245804&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

gação alimentar, o próximo passo deveria ser o rito da expropriação (CPC, arts. 530 c/c 528, § 8º). Este é o ponto crucial em que a aplicação das medidas atípicas poderia aparecer, posto que nem sempre a expropriação será o meio mais eficaz. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 1032) afirmam que “a expropriação é a forma de execução menos idônea à tutela alimentar, devendo ser utilizada em último caso.”

Como visto, um dos requisitos para aplicação das medidas atípicas é a subsidiariedade, embora haja autores que defendem, como Rafael Pereira (2020, p. 302), a aplicação ordinária de medidas atípicas, até em conjunto com a prisão, posto que “inexiste previsão legal determinando o esgotamento das medidas típicas para ser possível a utilização de medidas atípicas”, a corrente majoritária ainda é a da subsidiariedade.

E essa parece ser a mais coerente, pelo simples fato de que se o executado for preso, nada adiantará suspender sua carteira de motorista ou bloquear seus cartões, ele já estará contido, não podendo ir a lugar nenhum. Ou seja, a aplicação em conjunto de medidas atípicas neste caso seria ineficaz. Outro ponto é que o meio da coerção pessoal já seria o que melhor alcançaria o resultado, pois é o ápice da coerção, nada seria pior que isso para o executado e, como bem apontado por Eduardo Cambi *et al.* (2019, p. 1089), “não parece fazer sentido o legislador prever um meio típico, caso fosse, desde o início, livre ao juiz aplicar o meio atípico por entendê-lo mais adequado e eficaz.”

Dessa forma, defende-se que se mesmo após a prisão civil o executado continuar inadimplente, é que se poderia aplicar as medidas atípicas, pois já se esgotou o meio típico.

Ainda, após a inefetividade da prisão civil (caráter subsidiário) deve-se ter em mente que, para a aplicação das medidas atípicas, as decisões terão que ser fundamentadas, observando a proporcionalidade, adequação, necessidade, efetividade da medida e menor onerosidade ao executado.

Quando diante de verbas alimentares essa fundamentação fica mais maleável, posto que de um lado temos o direito à vida do alimentado e, em contrapartida, na maioria dos casos, temos o direito de liberdade de ir e vir do executado que, por sua vez, por autorização da própria Constituição, poderá ser tolhido.

De acordo com Medina (2017 *apud* Borges, 2019, p. 281), a “maior importância do bem jurídico protegido poderá justificar a maior gravidade da medida executiva empegada.” Com efeito, isto justifica a prisão ci-

vil quando o assunto for alimentos, o que, por seu turno, abre o caminho para a possibilidade de aplicação de medidas atípicas no cumprimento de sentença alimentar que atinjam a pessoa e sua liberdade individual e não somente o seu patrimônio, visto que já se usa desses meios tipicamente.

Neste sentido, em acórdão de relatoria do Desembargador Ricardo Moreira Lins Past, do TJRS, foi aduzido que “se o nosso ordenamento jurídico constitucional autoriza até a prisão do devedor de alimentos, por que não autorizar a suspensão do direito de dirigir? Evidentemente que isso é muito menos do que ser preso.”²²

Basicamente, o juiz deverá ponderar os princípios em jogo e analisar no caso concreto a situação das partes e, se verificar a possibilidade de aplicação de medidas atípicas, poderá utilizá-las com base no art. 139, IV, do CPC, principalmente quando diante de verbas alimentares, que, por sua natureza, merecem uma proteção maior.

Para o cumprimento de sentença alimentar, o maior óbice para a aplicação das medidas atípicas seria o escoamento dos meios típicos, posto que, após sua ineficácia, bastaria fundamentar a decisão com base no caso concreto, objetivando alcançar com mais eficácia e agilidade a satisfação do direito pretendido. No mais, o magistrado estaria livre para a utilização de qualquer método, visto que qualquer outro será menos oneroso do que a prisão civil.

4.2 MEDIDAS ATÍPICAS NA EXPROPRIAÇÃO

Outra forma de se buscar o cumprimento da obrigação alimentar é através do procedimento comum da expropriação. Destarte, o executado é intimado para pagar em quinze dias, sob pena de multa e honorários em dez por cento e, caso não haja o pagamento, desde logo, o juiz determinará a expedição do mandado de penhora, dando início à fase de expropriação (CPC, art. 523 caput e § 3º). Utiliza-se da execução direta, através de medidas sub-rogatórias, a fim de se ter o pagamento do crédito.

22 RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. **Habeas Corpus n.º 70072211642**. Impetrante: Marcelo J. M. Volkweiss, Airam Martins dos Santos, Priscila Custódio da Silva e Tiago Gegeler Santos em favor de M. A. de M. Coator: E.J.D.2. V.J.S.S.C. Relator. Des. 70072211642. Julgamento: 23 mar. 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 11 abr. 2020.

Para a aplicação de medias atípicas, deverão ser observados os mesmos elementos e parâmetros usados no rito da coerção pessoal. Entretanto, destaca-se que, ao reverso da prisão civil, que se mostra ineficaz após seu tempo de custódia, ocasionando a subsidiariedade e conseqüentemente a possibilidade da aplicação de medidas atípicas, aqui isto pode ocorrer por outro fator que é o indício de ocultação de patrimônio.

O que pode acontecer é que, escolhido o procedimento da penhora,²³ não encontrem bens penhoráveis, ocasionando na suspensão do processo pelo prazo de um ano (CPC, art. 921 § 1º), sendo que se não forem encontrados bens, ocorrerá a prescrição intercorrente e o processo será extinto (CPC, art. 924, IV). Mas, se durante esse prazo houver indícios que o devedor esconde patrimônio, será viável a aplicação de medidas atípicas para que ele cumpra com a obrigação ou mostre bens sujeitos a penhora.

Esse é o entendimento do STJ, que, em acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, decidiu que: “a adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.”²⁴ Vale destacar algumas conclusões de Marcus Borges (2019, p. 371) sobre os requisitos de validade para aplicação de medidas atípicas em qualquer procedimento executivo pecuniário: “a aplicação deverá ser subsidiária em relação aos meios típicos; o estabelecimento do contraditório prévio à aplicação da sanção; existência de indícios ou provas de que o devedor possui patrimônio penhorável” e a “obrigatória fundamentação substancial da decisão judicial que defere ou indefere as medidas coercitivas em apreço” (Borges, 2019, p. 369).

O que merece atenção é que esses requisitos também serão aplicados quando diante da verba alimentar, contudo o alcance das medidas atípicas será maior e terá sua fundamentação mais aberta, visto que se tra-

23 O qual não autoriza a prisão civil, por expressa previsão legal, no art. 528, § 8º do CPC.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial n.º 1.782.418/RJ**, Recorrente: Joao Morais de Oliveira. Recorrido: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min Nancy Andrighi. Julgamento: 26 abr. 2019. Publicação: 26 abr. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1782418&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ta de questões prioritárias, não somente um lucro a ser adquirido, o que justificaria a utilização das medidas atípicas com mais intensidade.

Em síntese, as medidas atípicas no rito da expropriação do cumprimento de sentença alimentar serão utilizadas de maneira subsidiária, respeitando os mesmos parâmetros de fundamentação (proporcionalidade, razoabilidade, necessidade, efetivação e menor onerosidade), contudo deverá haver indícios de ocultação patrimonial por parte do executado para tanto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou apresentar uma sistematização para aplicação de medidas atípicas, com parâmetro na cláusula geral de efetivação presente no art. 139, IV, do CPC, no cumprimento de sentença alimentar.

Para tanto, em um primeiro momento buscou-se conceituar o instituto alimentos, demonstrando de forma singela os ritos e medidas típicas no cumprimento de sentença alimentar, em que existem dois grandes grupos: o da coerção pessoal e da expropriação, sendo que existem outras medidas típicas, como o desconto em folha, o protesto, o cadastro em órgãos de inadimplentes e a constituição de renda, servindo como base para compreensão do quão importante são as questões envolvendo os créditos alimentares, ajudando a estabelecer seus limites, facilitando assim a compreensão para a utilização de medidas atípicas para a obtenção de uma tutela efetiva e satisfativa, consagrada no art. 4º, do CPC, para as obrigações alimentares.

Adentrando a análise de medidas atípicas, foi analisado o que significava a cláusula geral de efetivação presente no art. 139, IV, do CPC, que faz com que se tenha uma fundamentação mais rigorosa por parte dos magistrados para a aplicação das medidas atípicas, bem como a aproximação do atual CPC com o sistema *common law* por conta dessa cláusula aberta.

Apresentou-se ainda os principais parâmetros para a aplicação de tais medidas e os argumentos que os tribunais utilizam para a sua aceitação e negação, chegando-se à conclusão que se deve ter proporcionalidade, razoabilidade, necessidade, efetivação e a menor onerosidade para o devedor, além de serem utilizadas de forma subsidiária às medidas típicas, observando o contraditório, com base no Enunciado 12 do FPPC, sendo que o juiz poderá decretar qualquer medida de ofício para assegurar suas ordens.

Foram destacadas as principais medidas atípicas que são utilizadas

na prática jurídica, como a suspensão da CNH, passaporte e bloqueio de cartões de crédito, contudo, poderão ser utilizadas outras medidas atípicas, que ficarão a critério da criatividade dos operadores do direito, que deverão adequá-las aos fundamentos jurídicos e, principalmente, constitucionais.

Destarte, demonstrou-se que as medidas atípicas podem ser utilizadas se forem seguidos parâmetros de aplicação construídos pela jurisprudência e doutrina, visto que o dispositivo legal que os autoriza é uma cláusula aberta, próxima do sistema *common law*.

Por fim, analisou-se que é possível a aplicação de medidas atípicas no cumprimento de sentença alimentar, sendo que para elas o limite seria a prisão civil, consagrada pela Constituição Federal.

Sendo assim, no cumprimento de sentença alimentar elas poderão ser utilizadas tanto no rito da coerção pessoal, como da expropriação, devendo observar a subsidiariedade perante as medidas típicas e toda a fundamentação necessária (proporcionalidade, razoabilidade, necessidade, efetividade e menor onerosidade), com a ressalva que na expropriação deverão ter indícios de ocultação de patrimônio para autorizar sua aplicação.

No mais, observa-se que existirão maiores opções de escolha dessas medidas quando diante de obrigações alimentares, pois o direito de ir e vir já será permitido tolher pela própria Constituição por meio da prisão civil (artigo 5º, LXV, da CF/88), e por isso a suspensão da CNH, passaporte e cartões de crédito, dentre outras, serão viáveis.

Logo, com a interposição de medidas atípicas no cumprimento de sentença alimentar poderá se buscar, com mais facilidade e agilidade, a tutela efetiva e satisfativa do credor de alimentos que tanto necessita desse auxílio mensal, o que justifica o tratamento especial dado pelo ordenamento jurídico por se tratar de uma questão humanitária de sobrevivência.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella e Agnes Cretella. 6ª. ed. São Paulo: Revistas os Tribunais, 2013.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execu-**

ções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Código Civil.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei n.º 13.105/2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 12,** Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. Disponível em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Floria-n%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 396,** Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º. Disponível em: <https://instituidoc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPCC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial n.º 1788950 / MT.** Recorrente: Ely Esteves Capistrano Martins. Recorrido: Fernando Emilio da Silva Bardi. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 23 abr. 2019. Publicação: 26 abr. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1788950&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial n.º 1.782.418/RJ.** Recorrente: Joao Morais de Oliveira. Recorrido: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 26 abr. 2019. Publicação: 26 abr. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1782418&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1495012/SP.** Agravante: M. S. Freitas e Cia Ltda. Agravado: Caio Eduardo Sampaio de Oliveira, Maria Lúcia Sampaio de Oliveira, Cassio Eduardo Sampaio de Oliveira e Norival de Oliveira. Relator: Marco Buzzi. Julgamento: 29 out. 2019. Publicação: 12 nov. 2019. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1495012&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1233016/SP**. Agravante: Rogério Azeredo Renó. Agravado: Anthony Allan Di Carlo e Carina Aparecida dos Santos. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 10 abr. 2018. Publicação: 17 abr. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1233016&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Habeas Corpus n.º 245804/MS**. Impetrante: K DE A R. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento: 12 nov. 2013. Publicação: 26 nov. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=245804&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Ordinário em **Habeas Corpus n.º 97876/SP**. Recorrente: Jair Nunes de Barros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento: 05 jun. 2018. Publicação: 09 ago. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=97876&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 abr. 2020.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. *In*: DIDIER JR., Fredie; MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Grandes temas do novo CPC: medidas atípicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Brasília. **Revista de Informação Legislativa**, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie; MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Grandes temas do novo CPC: medidas atípicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie; MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Grandes temas do novo CPC: medidas atípicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 5. Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. 5ª Turma Cível. **Habeas Corpus n.º 20160020486102 (0051397-73.2016.08.07.0000)**. Impetrante: Luana Moreira dos Santos e outros. Coator: Juízo da Vara Cível de Planaltina DF. Relator: Des. Josapha Francisco dos Santos. Julgamento: 19 abr. 2017. Publicação: 17 mai. 2017. Disponível em [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorA cordaos-web/sistj](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorA%20cordaos-web/sistj). Acesso em: 11 mai. 2020.

EXPÓSITO, Gabriela; LEVITA, Sara Imbassahy. A (im)possibilidade de suspensão de CNH como medida atípica. *In*: DIDIER JR., Fredie; MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Grandes temas do novo CPC: medidas atípicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. Saraiva, 2018, v. 6.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELES, Edilton. Cooperação Judicial e poderes do juiz na execução. *In*: DIDIER JR., Fredie; MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Grandes temas do novo CPC: medidas atípicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento n.º 1.1616016-8**. Agravante: Rosana Guitti Gamba. Agravado: Abrãao Fuezi Bastos. Relator: Des. Themis Furquim Cortes. Julgamento: 22 fev. 2017. Publicação: 07 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12304263/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1616016-8>. Acesso em: 11 mai. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais. **Recurso Inominado n.º 0000973-93.2018.8.16.0036**. Recorrente: Sergio Scopetz. Recorrido: Maiko O. Santos. Relator: Des. Ma-

nuela Tallão Benke. Julgamento: 30 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000011661051/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000973-93.2018.8.16.0036>. Acesso em: 11 mai. 2020.

PEREIRA, Rafael Caselli. Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial e contratual, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV, CPC/2015) - uma proposta de sistematização. In: DIDIER JR., Fredie; MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Grandes temas do novo CPC: medidas atípicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. **Habeas Corpus n.º 70072211642**. Impetrante: Marcelo J. M. Volkweiss, Airam Martins dos Santos, Priscila Custódio da Silva e Tiago Gegeler Santos em favor de M. A. de M. Coator: E.J.D.2. V.J.S.S.C. Relator: Des. 70072211642. Julgamento: 23 mar. 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 11 abr. 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um cafajeste. In: DIDIER JR., Fredie; MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Grandes temas do novo CPC: medidas atípicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Criminal. **Mandado de Segurança n.º 2271462-77.2015.8.26.0000**. Impetrante: *WHATSAPP INC*. Impetrado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo. Relator: Des. Xavier de Souza. Julgamento: 17 dez. 2015. Disponível em:

<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/12/MS-2271462.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de SÃO PAULO. 29ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento n.º 2050212-30.2019.8.26.0000**. Agravante: André de Almeida Barini. Agravado: Genilson Sena de Novais e Actually Movéis Planejados. Relator: Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgamento: 03 mai. 2019. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 11 mai. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de SÃO PAULO. 7ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento n.º 2121074-60.2018.8.26.0000**. Agravante: Darsonval José de Almeida. Agravado: André Gonçalves Barbosa. Relator: Des. Luiz Antonio Costa. Julgamento: 19 set. 2018. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 11 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS FRENTE AOS VÍCIOS DO PRODUTO E DO SERVIÇO: UMA ANÁLISE DO MERCADO *FITNESS*

Bianca Sanches Lopes¹

1. INTRODUÇÃO

No início do século XIX, a publicidade ostentou função meramente informativa no país, uma vez que neste período a demanda passou a ser maior que a oferta, sendo que a utilização de técnicas persuasivas para atrair os consumidores não era fundamental para a comercialização dos produtos e serviços da época (Lima, 2021).

Com o decorrer dos anos e o crescente cenário da ampla competitividade em todo o mercado, bem como da ampla produção de diversos produtos, o século XX foi marcado pelo surgimento das primeiras propagandas com o intuito de estimular novas demandas em meio à sociedade, se utilizando das tecnologias existentes na época.

A partir desse momento, surgiram excessos e a consequente necessidade de limitar e punir os abusos decorrentes das ilegalidades cometidas em meio às medidas de divulgação e propagação dos produtos e serviços à comunidade em geral, sendo necessário que o direito se adequasse à nova realidade do comércio.

Entretanto, não fora na Constituição de 1988 que se regulamentou de forma específica a publicidade, limitando-se a menções generalizadas, tais como o artigo quinto, em que se estabelece a liberdade de expressão em atividades artísticas, comunicativas etc., bem como nos artigos 220 a 224, em que se regulamentou a comunicação social, área estritamente ligada à publicidade.

1 Advogada inscrita junto à OAB/PR, subseção de São José dos Pinhais, sob o n.º 111.670. Pós-graduanda em Direito Digital e Tecnologia pela FAE Business School.

Não obstante, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ressalta a importância da elaboração de legislação específica ao consumidor, conforme mencionam Grinover e Benjamin (1991, p. 8): “Assim, mais adiante, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determina que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

A legislação infraconstitucional, no entanto, aborda de forma extensiva as limitações e punições aplicáveis à publicidade atual, demonstrando que se trata de um instrumento da ordem econômica com consequente respaldo constitucional, devendo atender aos valores sociais estabelecidos na carta magna e nas demais leis pertinentes.

Neste sentido, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), exemplo de norma complementar, dispõe de forma abrangente acerca da publicidade destinada ao consumidor, preconizando o comportamento ético e legal dos fornecedores que alcançam, por equiparação, a atuação dos influenciadores digitais, e devem, portanto, observar sua identificação, vinculação, veracidade, transparência, correção de desvios, lealdade, e os demais princípios previstos no Código.

Em destaque, o artigo 36 deste diploma legal prevê o direito à informação, sendo que o consumidor deve conseguir identificar de forma clara e imediata a publicidade que busca convencê-lo de adquirir determinado produto ou serviço, de modo que, em razão da hipossuficiência do consumidor (art. 6º do CDC), não se pode exigir qualquer capacitação técnica ou esforço para a compreensão da propaganda, ou do mero intuito em convencer o telespectador da necessidade de aquisição.

Desta forma, o que se busca resguardar na relação consumerista é, em especial, o princípio da boa-fé, que segundo Larenz (1958, p. 142) significa que cada um deve guardar fidelidade com a palavra dada e não frustrar a confiança ou abusar dela, já que esta forma a base indispensável de todas as relações humana.

No entanto, o que se vislumbra, em especial nas publicidades protagonizadas pelos influenciadores digitais, é a falta de informações claras e precisas acerca da procedência ou efeitos daquele produto ou serviço, muitas vezes induzindo ao erro, mesmo que de forma não intencional.

Neste sentido, o artigo 45 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, formulado pelo CONAR, que embora não seja lei, e nem

tenha força de lei, é uma importante diretriz para orientar a publicidade no Brasil, prevê que: “A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste código cabe ao anunciante e a sua agência, bem como ao veículo (...) a) o anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade” (CONAR, 1978).

A intervenção jurídica na atividade publicitária prossegue em duplo objetivo, sendo estes a criação de regras obrigatórias em busca da proteção dos interesses e expectativas dos consumidores, e também da proteção do interesse das empresas.

Não obstante, é notório que a publicidade é tida como influenciadora na aquisição de bens e serviços por parte dos consumidores. A cada dia, uma intensificação do seu uso, requerendo aos envolvidos que estejam atentos para que não sejam cometidos abusos ou excessos e que não ocorram desequilíbrios, razão pela qual a atuação dos órgãos de controle e o questionamento dos que forem lesados é de suma importância.

De tal forma, nesse cenário surge a internet como meio de propagar e disseminar a venda de produtos e serviços, utilizando-se de personalidades que buscam convencer seus seguidores a serem possíveis clientes das diversas marcas que remuneram os influenciadores nesse mercado global.

2. O PAPEL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS EM RELAÇÃO AO CONSUMIDOR

Estima-se que os brasileiros ficam, em média, mais de nove horas por dia conectados, cerca de 145 dias do ano ligados à rede mundial, sendo o Brasil o segundo país que passa mais tempo navegando na internet. Conforme pesquisa realizada pela Hootsuite, essa estimativa demonstra evidentemente a relevância que a internet possui no cotidiano da população brasileira (Santos, 2021).

Neste contexto, nos últimos anos foi possível acompanhar ao crescimento em número e relevância dos influenciadores digitais, compreendidos como pessoas, geralmente com grande importância em suas profissões, que angariam milhões de seguidores no ambiente digital, com os quais compartilham opiniões, conteúdos relacionados ao estilo de vida e, em especial, conteúdos publicitários, exercendo especial poder de persuasão sob seus seguidores (Gasparoto, 2019).

Na perspectiva do viés econômico e empresarial, Almeida (2018, p. 16) traz que os “influenciadores digitais são formadores de opinião virtuais que representam uma alternativa para empresas que confiam na comunidade reunida em torno desses perfis como público-alvo de divulgação”.

As redes sociais, em si, se tornaram meios propícios para o mercado publicitário, em razão do baixo custo de investimento em comparação com outros meios. Além disso, o alcance das redes sociais pode ser infinitamente maior para determinado público alvo do que se comparado com as demais alternativas de divulgação.

No ano de 2018, por exemplo, em pesquisa realizada pela Quali-best, 49% dos entrevistados afirmaram que já consumiram um produto ou serviço porque foram influenciados digitalmente por personalidades de diferentes ramos que atuam no universo digital (Santos, 2021).

Inclusive, durante o recente cenário pandêmico da covid-19 vivenciado por todo o mundo entre os anos de 2020 e 2021, potencializou-se o reconhecimento do papel das mídias sociais por parte dos fornecedores de produtos e serviços, que constantemente recorreram às *lives* e personalidades com envio de brindes a fim de mitigar os efeitos econômicos do isolamento social imposto pela pandemia do coronavírus, surgindo o chamado marketing de influência.

Sob o ponto de vista de Morin (1989), há uma recente categoria de heróis idolatrados através daquilo que sua imagem representa. A imagem seria o ponto-chave do pertencimento para que o indivíduo seja notado na sociedade. Debord (1997, p. 4) define que “espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediatizada por imagens”, ou seja, as pessoas são influenciadas pelas imagens, utilizando-as também para se comunicar, em especial nas redes sociais.

Gabler (1999) menciona ainda que o posto anteriormente inacessível da celebridade é agora ocupado por qualquer indivíduo capaz de se destacar dentre os demais, podendo ser políticos, socialites, *top models*, maquiadores, blogueiros, ou qualquer pessoa que some inúmeros seguidores em seus perfis nas redes sociais, dando origem à capacidade de influenciar determinados grupos e ao marketing de influência.

O chamado marketing de influência refere-se à busca em desenvolver ações de vendas e divulgação junto a influenciadores digitais, em razão da relação de confiança e do seu poder de instigar decisões em seus seguidores, através da divulgação de produtos e mensagens a respeito de

serviços ofertados por diferentes empresas de variados segmentos. No ano de 2022, segundo a Business Insider, acredita-se que esse mercado poderá movimentar cerca de 79 bilhões de reais (Dino, 2021).

Não obstante, a publicidade realizada desta forma também é passível de problematização. A recente discussão acerca da publicidade infantil, por exemplo, também nos apresentou nuances de importante discussão, em especial a destinação das propagandas realizadas na televisão, rádio e internet, as quais por muitas vezes, além de apresentar informações insuficientes, também são ilegais e até inverídicas, tendo sido necessária a criação de um site para o envio de denúncias de publicidade irregular para alimentos destinados ao público infantil.

Tanto é que a utilização de elementos de identificação, como *hashtags* ou emprego de expressão como “parceria paga” ou outra semelhante, informando se tratar de conteúdo publicitário nas plataformas digitais, além de cumprir as exigências do CONAR, busca atender ao dever de transparência e lealdade nas relações de consumo, demonstrando ao consumidor que está exposto a um conteúdo publicitário.

Nesse sentido, Rais e Barbosa (2018, p. 85) entendem que “os influenciadores digitais são verdadeiros profissionais da web e têm, portanto, a obrigação de respeitar os princípios de boa-fé e transparência em prol dos consumidores, devendo deixar explícita a sua relação comercial com a empresa do produto divulgado”.

Outras medidas podem ser adotadas pelos influenciadores digitais que divulgam produtos e serviços, como o alerta quanto a eventuais vícios existentes no produto ou serviço, dando ao consumidor a opção de escolha entre adquirir ou não determinado bem que, por ventura, possua riscos inerentes, sem crer na maquiada perfeição apresentada por aqueles que são pagos para induzir e convencer à aquisição.

3. AS HIPÓTESES DE VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, relação de consumo é toda relação jurídica contratual que envolva a compra e venda de produtos, adquiridos por consumidor final, ou a prestação de serviços sem caráter trabalhista, de modo que a definição de consumidor final pode ser compreendida como aquele que está adquirindo um produto ou serviço

para seu uso, sendo identificado nas notas fiscais eletrônicas como destinatário.

Nesse contexto, destacam-se dois principais personagens da relação consumerista, o consumidor e o fornecedor. A Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu art. 2º, *caput*, define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

O art. 3º da mesma lei prevê que fornecedor é: “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

A este respeito, Filomeno (2018, p. 298) estabelece que, na mensagem publicitária, figuram-se três personagens: o anunciante, o agente publicitário e o veículo. Assim, o primeiro é o próprio fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC; o agente publicitário é o profissional que cria e produz a publicidade; e, por fim, o veículo é qualquer meio de comunicação em massa que leve as mensagens publicitárias até o consumidor ou aos potenciais consumidores.

Portanto, o influenciador digital seria o agente publicitário. Silva (2019, p. 26) salienta que as relações de consumo sofreram mudanças ao longo dos anos, surgindo novos instrumentos de incentivo ao consumo, tais como as novas formas de publicidade e personagens desse cenário (blogueiros, celebridades, influenciadores digitais, etc), o que permite compreender que a relação entre influenciador e seus seguidores, quando da publicação de um anúncio com conteúdo publicitário, pode ser enquadrada como relação de consumo.

Sob a ótica do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e do Código de Defesa do Consumidor, o seguidor pode ser considerado consumidor, uma vez que é o destinatário final da publicidade realizada pelos influenciadores digitais.

Outra importante distinção a ser feita antes de se abordar a existência dos chamados vícios é a dos institutos do produto e do serviço, de modo que o § 1º, do art. 3º, destaca que: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, e em seu § 2º, do art. 3º, que: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração,

inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Ao que tange aos vícios a serem abordados, estes podem ser classificados em três grupos distintos: os de qualidade, de quantidade e os de informação, de modo que podem ser aparentes ou ocultos.

De acordo com o artigo 20, § 2º do CDC, o vício de qualidade do serviço existe quando este se mostra inadequado para as finalidades esperadas com a prestação de tal serviço, não atinge sua finalidade ou ainda, quando não atende às normas regulamentadoras que concernem ao serviço.

Descrito de forma genérica no art. 18 do CDC, o vício de quantidade é caracterizado quando um produto é vendido por um peso padrão e este peso não corresponde ao que foi registrado na embalagem (Simão, 2006).

Ainda, os vícios de produtos ou serviços que possuem falhas na informação se referem às divergências nas indicações constantes do recipiente, embalagem, rótulo, ou outros meios que repassem informações sobre uso de forma incorreta ou até, tanto no caso de produtos, quanto de serviços, uma divergência de informações em mensagens publicitárias (Garcia, 2010, p. 43).

No contexto deste estudo, o vício de informação merece especial atenção, uma vez que se tornou comum nos meios eletrônicos, onde diversas personalidades demonstram o uso ou relatam experiências divergentes da real finalidade do produto ou serviço, levando os consumidores e seguidores a adquirir determinado bem sob falsos pretextos ou fundamentos.

Persistindo na classificação doutrinária dos vícios, Martins (2018, p. 21) entende que o vício aparente é caracterizado quando o produto apresenta características defeituosas perceptíveis com facilidade pelo cliente mesmo que este não possua prévio conhecimento técnico. Já o vício oculto é aquele que surge na fabricação do produto ou serviço e, muitas vezes, só é descoberto pelo consumidor ao longo de sua utilização, portanto, são de difícil constatação.

Identificada a existência de um vício, segundo o artigo 26, o consumidor tem prazo para reclamar a respeito: 30 dias para produtos não duráveis e 90 dias para produtos duráveis, a contar da data de aquisição do bem, tais prazos são decadenciais e caso o consumidor o perca, não poderá requerer o seu direito (Benjamin, 2013).

No mais, deve-se sopesar a vida útil do produto que está sendo adquirido, nos termos do Informativo 506 do Superior Tribunal de Justiça:

O fornecedor responde por vício oculto de produto durável decorrente da própria fabricação e não do desgaste natural gerado pela fruição ordinária, desde que haja reclamação dentro do prazo decadencial de noventa dias após evidenciado o defeito, ainda que o vício se manifeste somente após o término do prazo de garantia contratual, devendo ser observado como limite temporal para o surgimento do defeito o critério de vida útil do bem. O fornecedor não é, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita, pura e simplesmente, ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. (STJ – REsp 984.106/SC – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 04.10.2012)

Frise-se que neste contexto, no caso de vício do produto, todos os envolvidos com o fornecimento são obrigados a reparar o vício de forma solidária. Ressalta-se que a obrigação solidária não se presume, de modo que se resulta da vontade das partes ou de designação legal, como se extrai da legislação consumerista, no *caput* do artigo 18 do CDC.

Contudo, existem exceções que devem ser abordadas a este respeito: (a) os produtos fornecidos *in natura*, respondendo o fornecedor imediato, salvo se o produtor for claramente identificado (artigo 18, § 5º, CDC) e (b) em casos de vício de quantidade, respondendo o fornecedor imediato, ante ao desrespeito à lealdade e à boa-fé objetiva, nos termos do artigo 19, § 2º, CDC.

Em contrapartida, ao tratar dos vícios dos serviços, o dispositivo legal (art. 20 do CDC) não menciona a solidariedade da obrigação, de modo que a obrigação será individual, recaindo sobre o prestador do serviço.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NOS CASOS DE VÍCIO NO PRODUTO OU SERVIÇO

A noção de responsabilidade (do latim *respondere*) percorreu os séculos como uma ideia de reprovação. Ser responsabilizado é responder, ou ser chamado a dar resposta, com o dever jurídico de recomposição do

dano (Lisboa, 2001, p. 19). Assim, se apresenta um sentido de ônus, de peso moral ou jurídico (esfera penal, civil ou administrativa), no sentido de explicar-se sobre determinado assunto.

Neste sentido, a responsabilização pela publicidade ilícita ou danosa ao consumidor se pauta na violação dos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor, os quais foram abordados no capítulo inaugural deste trabalho, justificando uma responsabilização objetiva do fornecedor/empresário (Denari, 2004). Isto é, para fins de responsabilização, apenas se faz necessário que se demonstre a sua conduta (indicar a publicidade ilícita ou danosa), o dano publicitário e o nexo causal entre estes elementos, não se discutindo a culpa (elemento subjetivo) do fornecedor.

Ao tratarmos da publicidade veiculada nos tempos atuais, a força dos ídolos e “mitos” não deve ser ignorada ao tratarmos da responsabilização destes frente aos eventuais vícios do produto ou serviço por eles divulgados, ainda mais somado ao fato de que esses profissionais recebem contraprestação financeira em razão da contratação por parte dos anunciantes.

Neste contexto, a influência social por si só já deve atribuir a seu agente a imputação de responsabilidade civil em virtude de seu apelo social ao conteúdo divulgado através das redes sociais, o influenciador digital passa a exercer e associar suas ações à atividade econômica e, em razão da importância social imputada nesse ponto, a responsabilidade civil representa uma forma de prevenção a potenciais prejuízos à sociedade de um modo geral (Henrique, 2020).

A legislação consumerista aborda somente a responsabilidade civil nas hipóteses de fato do produto ou do serviço, ao passo que as hipóteses de vício de produto ou do serviço são relacionadas ao direito das obrigações, de modo que o problema fica adstrito aos limites do bem de consumo, tratando-se tão somente de prejuízos intrínsecos.

Assim, a responsabilização do influenciador deve advir do fato de os *posts* em redes sociais capturarem os desejos dos consumidores e estimularem a criação de necessidades, tornando essa atividade lucrativa, ocasionando episódios de consumismo exacerbado que enseja à chamada economia do engano, onde os consumidores são persuadidos a comprar o que não precisam (Baumann, 2008, p. 20).

Guimarães (2001, p. 174) entende que “a celebridade, para responder pelos danos causados em decorrência de sua informação, deve ter um benefício, seja ele qual for”, esses benefícios podem ser compreendidos como o recebimento em pecúnia de contraprestação, patrocínios ou com o fornecimento de produtos e serviços de forma gratuita.

Dessa forma, ao indicarem um produto ou serviço, mesmo que sob o argumento de se tratar apenas de uma “dica”, os influenciadores acabam induzindo os seguidores a uma compra inconsciente, colocando-se no papel de garantidor daquela compra, a qual pode gerar uma série de situações prejudiciais às partes envolvidas.

Ao que tange à espécie de responsabilização a ser imputada aos influenciadores digitais, há severa discussão doutrinária sobre o tema, sendo que entre aqueles que entendem se tratar de responsabilidade subjetiva, Speranza (2012) menciona que tais personalidades não possuem conhecimento técnico para avaliá-lo, sendo necessário apenas que comprove que não agiu com culpa na participação da propaganda viciada.

A corrente majoritária considera a chamada teoria do risco, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, ressaltando a clara intenção do legislador em proteger a parte mais vulnerável da relação consumerista, o consumidor, e entendendo pela responsabilização objetiva dos influenciadores digitais (Oliveira, 2010, p. 502).

Assim, a responsabilidade sobre o fato do produto e do serviço, prevista no artigo 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, prevê que deverão ser responsabilizados, independente de culpa, o fabricante, o produtor, o construtor, ainda que estes sejam estrangeiros, e, também, o importador.

De acordo com o artigo 13 e seus incisos do CDC, o fornecedor direto será o responsável pelos danos, quando a identificação do fornecedor indireto for desconhecida. Na hipótese de haver dano patrimonial, a responsabilidade de todos os fornecedores da cadeia econômica será solidária, portanto, todos que disponibilizaram aquele produto ou serviço de alguma forma no mercado, tanto o fabricante, o lojista ou a empresa que fornece o serviço, respondem pelos vícios (Carvalho, 2008, p. 32).

O disposto no artigo 931 do Código Civil aponta que a responsabilidade de um produto ou serviço eivado de vícios não é apenas pertencente à empresa ou aos empresários individuais, mas sim a todos que participam do processo, eis que são responsáveis por omitir informações de eventuais riscos causados pelo bem adquirido pelo cliente (Santos; Mastellini, 2014, p. 7).

Assim, quem exerce alguma atividade no mercado de consumo de bens ou serviços tem o dever de responder pelos vícios ou defeitos, independentemente de culpa (Carvalho, 2008). Desta forma, o influenciador digital, que atua no papel de promotor de vendas e cede sua imagem, sua personalidade e sua credibilidade como garantias do produto ou serviço apresentado, deve ser chamado a responder, por equiparação, na condição de fornecedor, respondendo solidariamente com ele (artigos 7º e 25 do CDC) no caso de eventuais lesões sofridas pelo consumidor em razão do produto ou serviço divulgado.

A jurisprudência atual vem assentando entendimento no sentido de equiparar o influenciador digital ao fornecedor de serviços nas hipóteses de falha ou insuficiência nas informações prestadas sobre determinado produto ou serviço através das redes sociais.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, em julgamento na 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais (2021), nos autos n.º 0031564-51.2019.8.16.0182, afirmou que: “é certo que (a recorrente) atuou como influenciadora digital na hipótese, efetuando a publicidade da viagem em suas redes sociais e convidando seus seguidores a participar da jornada espiritual” (TJPR, 2020).

Ademais, casos como a da influenciadora digital V. F., que fora condenada pelo Juizado Especial Cível de Barra Mansa a responder pelos golpes praticados por loja que indicou em suas redes sociais, demonstram o avanço no instituto da responsabilização dessas personalidades em suas atividades publicitárias, uma vez que se trata de uma atividade habitual exercida por essas personalidades, gerando lucro e podendo implicar em risco aos direitos de outrem (CONJUR, 2020).

Nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça também vem entendendo que a responsabilidade no que tange à publicidade se estende àqueles que a veiculam e àqueles que dela se aproveitam, considerando a responsabilidade solidária entre eles (Resp 1.840.239/SP).

Por óbvio, o problema ultrapassa as barreiras do mundo jurídico. Para grandes influenciadores digitais, com milhões de seguidores que os acompanham diariamente e alimentam uma veneração por suas falas, ações e comportamentos, parece uma tarefa impossível a de administrar e controlar as atitudes e reflexos de seus produtos e serviços indicados com fundamento exclusivo em rendimento mensal, ou seja, de campanha publicitária para as quais são contratados.

Em eventuais aplicações de sanções judiciais, ainda que sejam reflexos tidos como negativos, o influenciador digital acaba por ganhar em divulgação, pois a curiosidade sobre o ocorrido pode trazer novas visualizações para seu perfil na plataforma digital, de modo que mesmo a publicidade negativa se torna renda.

Portanto, como meio hábil a evitar a incidência da responsabilidade civil aos *digital influencers*, emerge a discussão acerca da responsabilidade civil preventiva que, segundo Stoco (2015, cp. 1), possui como objetivo “compensar as perdas sofridas pela vítima e desestimular a repetição de condutas semelhantes em um momento posterior”.

Em contrapartida, ao que nos parece, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra clara incompatibilidade com essa medida preventiva, em especial a maneira como seria adaptada, através de uma indenização punitiva, conhecida no direito comparado como *punitive damages*.

5. UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NO MERCADO *FITNESS*

O mercado *fitness* se refere a uma extensa área que contempla negócios voltados à saúde e bem-estar do indivíduo. A palavra *fitness*, oriunda do inglês, está relacionada ao bom condicionamento físico e às práticas de exercícios físicos que visam o condicionamento e aparência física.

Neste cenário, vários modelos de negócios surgem: academias, boxes de crossfit, studios de pilates, cosméticos, suplementos, roupas e acessórios são só alguns dos diversos segmentos que existem no mercado *fitness*, e a tendência é de que mais negócios surjam.

Durante o período pandêmico da covid-19, por exemplo, esse mercado sofreu um grande crescimento através do *e-commerce* de cursos on-lines, remédios milagrosos, aparelhos e novas modalidades apresentadas por personalidades, youtubers e blogueiras(os) que chamaram a atenção da população que, naquele período, permanecia em isolamento social.

Com o relaxamento das restrições impostas pela pandemia de covid-19, cresceu a busca pela reversão da realidade corporal. Um estudo do Núcleo de Pesquisas Epidemiológicas em Nutrição e Saúde da USP identificou que ao menos 20% dos brasileiros entrevistados adquiriram ao menos 2 quilos de peso corporal neste período (Teich, 2021), em razão da alimentação desregrada e do sedentarismo imposto. Diante desta realidade,

mais do que moda ou uma preocupação de parte da população informada e com certos recursos financeiros, ser *fitness* se tornou uma necessidade a ser atingida a qualquer custo, inclusive com produtos e serviços nunca antes testados, mas que foram amplamente divulgados nas redes sociais, e é neste cenário que os *digital influencers* repercutem de forma alarmante.

Os múltiplos estilos de vida que ganham as redes sociais criam nichos variados que reúnem seguidores com interesses semelhantes para acompanhar o dia a dia de personalidades do mundo virtual. Para Crane (2006, p. 37), estilo de vida é “um padrão coletivo de práticas de consumo baseadas em estruturas culturais compartilhadas que existem em contextos sociais específicos”. Assim, o estilo *fitness* é um dos que vem ganhando inúmeros adeptos.

Para Brachtvogel (2016), o termo *fitness* está relacionado a equilíbrio, forma física, competência e superação, e o corpo é seu ponto central. Os influenciadores desse universo são pessoas que dedicam seu tempo a postar fotos e vídeos de seus corpos definidos, sugerindo produtos, considerados por eles saudáveis, e produtos estéticos.

Repetem-se casos como o da influenciadora digital de *fitness* Paula Biazin, que divulgou o medicamento “Moder Diet” em suas redes sociais, anunciando-o como fitoterápico, mas que possuía componentes químicos com substâncias que só podem ser comercializadas sob prescrição médica, e que ocasionou uma série de efeitos colaterais nos seguidores e clientes que o adquiriram a partir das propagandas e relatos da própria influenciadora.

Não se tratando de casos isolados, os influenciadores digitais com corpos esculturais e que se enquadram no padrão de beleza “estabelecido” passaram a propagar a promessa de um corpo perfeito a ser adquirido através de remédios, cintas corporais, plataformas vibratórias, procedimentos estéticos, entre outros meios.

Acontece que, na maioria das vezes, as pessoas que protagonizam tais publicidades, divulgação e relatos, são pessoas que não fizeram uso do produto ou serviço indicado e sequer possuem conhecimento da área, mas sim adquiriram o padrão ostentado através de cirurgias plásticas, edição fotográfica e anos de exercícios físicos praticados com frequência.

Assim, visando exercer influência sobre o consumidor, busca-se pessoas com boa aparência, que fazem crer pela necessidade do uso do produto ou serviço, impondo a necessidade de seguir os estigmas que trarão o almejado padrão de beleza e bem-estar imposto pela mídia e redes sociais.

A exposição frequente de imagens de corpos magros acaba por induzir o falso pensamento de que a magreza é sinônimo de saúde, beleza e sucesso, podendo influenciar na insatisfação sobre a própria imagem corporal. Da mesma forma, a exposição a práticas e orientações sobre alimentação também podem contribuir para a adoção e fortalecimento de relações disfuncionais com a comida, associada, em geral, a práticas restritivas de alimentação.

Recentemente, casos como o da celebridade Paulinha Abelha toam o noticiário demonstrando, por exemplo, um problema na comercialização de medicamentos para emagrecer através dos meios eletrônicos, os quais por diversas vezes são apresentados e propagados aos internautas como opções rápidas e práticas, mas nem sempre econômicas, para alcançar as metas irreais de medidas e peso.

Não obstante, os cotidianos das redes sociais, expostos pelo(s) *stories* de influenciadores digitais, apresentam rotinas tidas como normais e corriqueiras, mas que ocasionam prejuízos à saúde do indivíduo. Nesse contexto, recebe maior destaque a série de jejuns intermitentes, que dominou a *web* nos últimos anos como opção de emagrecimento rápido e eficaz.

A influenciadora digital Mayra Cardi, em 2021, protagonizou um episódio que alarmou diversos internautas, quando anunciou que ficaria sete dias em jejum intermitente consumindo apenas líquidos, após o período a influencer apareceu em suas redes com o abdômen “chapado” e anunciou inclusive que realizaria novo jejum de 14 dias, atitude que dividiu opiniões nas redes sociais.

Do mesmo modo, há a indicação do uso de suplementos alimentares, supervalorizando os aspectos biológicos do alimento em relação aos aspectos do indivíduo. Ainda, entre as postagens, há aquelas que indicam o patrocínio da indústria de alimentos, suplementos ou cosméticos, muitas vezes oculto na mensagem postada e que gera uma necessidade de consumo exacerbada, violando a previsão legislativa consumerista.

Na internet, facilmente é possível localizar diversas orientações sobre dietas, demonstrando como fazê-las e mantê-las, as quais raramente são expostas por profissionais habilitados da área de nutrição, o que torna o discurso preocupante em razão da falta de embasamento teórico para as rotinas tidas como essenciais para uma vida mais saudável.

Segundo o Código de Ética do Profissional Nutricionista, é dever pautar suas informações no conhecimento técnico-científico, e ao

compartilhá-las nos meios de comunicação, estas devem ter como objetivo a promoção da saúde, bem como a educação alimentar e nutricional. Portanto, quando indivíduos sem formação técnica na área passam a realizar a indicação e até mesmo a prescrição de medicamentos e outras práticas, a questão pode vir a gerar efeitos negativos e que serão passíveis de responsabilização, respeitando a análise anterior da responsabilização dos influenciadores digitais por equiparação.

Nesse contexto, ao mesmo tempo em que os influenciadores propagam um estilo de vida, as empresas comercializam mercadoria. Para Nicolletti e Capra (2016), o consumo ajuda na formação da identidade de que “nos tornamos o que consumimos”, criando nos seguidores o interesse em utilizar produtos propagandeados pelos influenciadores.

A desatenção aos princípios e regras norteadoras da publicidade, neste momento em especial aos casos que rodeiam o universo *fitness*, por parte dos influenciadores digitais, vem aumentando os casos encaminhados ao CONAR para julgamento e eventual punição administrativa dos publicitários envolvidos.

A empresa Floravita, que comercializa produtos naturais com ênfase na saúde e emagrecimento, por exemplo, no ano de 2021 foi julgada pelo Tribunal de Ética do referido conselho, em razão da divulgação de produtos pelo influenciador digital J. N. em suas redes sociais, a qual estava eivada de vícios e em desacordo com a regulamentação do órgão. Abaixo, trecho do acórdão proferido no respectivo julgamento:

Anúncios de suplemento alimentar veiculados em site e em postagens em redes sociais não atendem às recomendações do Código para a identificação publicitária. Aberta a partir de queixa de consumidor, esta representação teve questionada pela direção do Conar também a sua veracidade e adequação de alegações àquelas previstas pelas autoridades sanitárias para produtos do gênero. (...) A relatora votou pela alteração da postagem no que toca à identificação como publicidade e também para algumas das alegações, devidamente mencionadas no voto. Recomendou, ainda, alterações no site da Floravita, igualmente expostas. Ela foi acompanhada por unanimidade. Além disso, a Câmara reputou necessária a recomendação de advertência à Floravita e Jonathan Nemer, considerando a possibilidade de impacto direto à saúde dos consumidores.

Em breve consulta ao site do CONAR é possível verificar que, em que pese não se trate de caso isolado, as denúncias repassadas acerca de propagandas irregulares ou que ocasionam riscos e exposições desnecessárias ao consumidor, ora seguidor, são discutidas e julgadas em âmbito administrativo, incumbindo aos indivíduos lesados buscarem a reparação de seu dano na esfera judicial.

6. CONCLUSÕES

O crescente desenvolvimento das tecnologias e o conseqüente avanço das redes sociais culminou na existência de uma sociedade de exposição, os influenciadores digitais são de fundamental importância na disseminação de conteúdo, em especial aos publicitários, e auferindo lucro diante da procura e venda dos produtos e serviços que por si foram indicados.

À luz dos dispositivos legais constantes na legislação consumerista, a responsabilidade civil, a qual neste caso é objetiva e independe de culpa, é instituto destinado apenas nas hipóteses de fato do produto e do serviço, de modo que os influenciadores digitais, ao fazerem as divulgações habituais de produtos e serviços em suas redes sociais, em caso de eventuais problemas ocasionados por tais, não incidem na responsabilidade civil do agente (*digital influencer*), eis que carece do elemento fundamental denominado conduta.

Em contrapartida, ao abordar as hipóteses de vícios no produto ou serviço, a distinção apresentada pela legislação consumerista vigente não é seguida pela doutrina majoritária. Tratando-se de vício em produtos, o digital influencer poderá responder de forma solidária pela falha intrínseca da mercadoria, conforme previsão legal do artigo 18, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, independentemente de apenas ter exposto o produto, uma vez que auferiu renda e exerceu seu amplo poder de influência sob os internautas, criando a noção, por vezes falsa, de necessidade do item.

Por sua vez, ao vício nos serviços, apesar de não haver previsão legal quanto à responsabilização do influenciador, é necessário compreender que a aquisição por parte do consumidor de determinada prestação, o qual tenha sido previamente divulgado pelo *influencer* em suas redes sociais, não incumbe somente na responsabilização individual do prestador de serviço.

Dessa forma, a divulgação de produtos e serviços, emitindo, a título de exemplo, uma informação inverídica ou omitindo, a seu próprio julgamento, informação que deveria expor, implica na falha no serviço e impõe consequências legais.

Não obstante, o presente trabalho debruçou-se a analisar o instituto da responsabilidade civil aplicado aos influenciadores digitais, visando compreender o espírito protetivo do Código de Defesa do Consumidor, a partir da indicação de produtos ou serviços através das redes sociais que podem caracterizar violação dos princípios do CDC, assim equiparando-se os influenciadores digitais aos fornecedores de produtos e serviços.

No mais, em apertada síntese, ao dar ênfase em certo ramo da internet, é possível verificar que os perfis de influenciadores digitais *fitness* acabam por priorizar a supervalorização do saudável quando este está ligado ao sentido estético, com ênfase em dietas, produtos e procedimentos estéticos, entre outros.

Desta forma, o discurso nutricional e estético apresentado pelos influenciadores digitais acaba, por inúmeras vezes, por reforçar padrões de beleza e práticas alimentares distorcidas aos seguidores, impondo a necessidade de acompanhamento do exercício profissional no universo das mídias sociais, através de ações educativas e de fiscalização por parte dos órgãos reguladores da publicidade ou de defesa do consumidor.

No contexto legal e doutrinário, depreende-se que as demandas judiciais que tratam da apuração de responsabilidade dos influenciadores digitais pelos anúncios publicitários em suas mídias sociais ainda são raras e precárias, pois o entendimento que prevalece entre doutrinadores e nos tribunais pátrios é o de que o dever de indenizar em caso de eventuais danos causados por tais anúncios é apenas dos anunciantes.

Contudo, não significa que os influenciadores digitais não vêm sendo responsabilizados pelos produtos ou serviços divulgados em suas redes sociais, no entanto, essa penalização ocorre no âmbito do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, que, por meio do seu Conselho de Ética, julga os casos concretos com base no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, cujas penalidades são de natureza meramente administrativa, e acabam não reprimindo efetiva e proporcionalmente o influenciador pelos danos causados, conforme busca o instituto da responsabilidade civil, âmbito este que só será objeto de análise caso o indivíduo lesado procure os órgãos de defesa do consumidor.

Ainda assim, insta consignar que resta resguardada a possibilidade do fornecedor, por equiparação, que venha a ser condenado a satisfazer o consumidor pelos vícios do produto ou serviço apresentados, a ingressar com novo processo em face do fornecedor culpado pelo dano a fim de receber o que pagou, caso o evento danoso não decorra de culpa exclusiva ou conjunta sua.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcos Inácio Severo de *et al.* Quem Lidera sua Opinião? Influência dos Formadores de Opinião Digitais no Engajamento. **Revista de Administração Contemporânea**. Rio de Janeiro: ANPAD, 2018, v. 22, n. 1, p. 16.

BAUMANN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRACHTVOGEL, C. M. **Anais da 21ª Jornada de Pesquisa**; 2016; Ijuí. Rio Grande do Sul; 2016.

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

CONSELHO FEDERAL DE NUTRIÇÃO. **Resolução CFN n.º 334/2004** (Nova Redação). Código de Ética do Nutricionista.

CONSELHO FEDERAL De NUTRIÇÃO. **Resolução CFN n.º 380/2005**. Disponível em: <https://www.cfn.org.br/wp-content/uploads/2018/04/codigo-de-etica.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.078** de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO, J. C. M. de. **Direito do Consumidor**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONAR. **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais**. 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 07 fev. 2022.

CONJUR. **Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou>. Acesso em: 28. fev. 2022.

CRANE, Diana. **A moda e seu papel social**: classe, gênero e identidade das roupas. São Paulo: Editora Senac, 2006.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**; Prefácio à 4ª edição italiana de A sociedade do espetáculo; Comentários sobre A sociedade do espetáculo [1967, 1979, 1988]. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DINO. **Marketing de influência movimentará R\$ 79 bilhões em 2022**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/marketing-de-influencia-movimentara-r-79-bilhoes-em-2022,fc7c2f28a9f516249a386d81d86956520e44a-gaa.html>. Acesso em: 8 jul. 2023.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, L. de M. **Direito do Consumidor**. Código Comentado e Jurisprudência. 6ª Ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

GASPAROTTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 19, n. 1, p. 65-87, jan./abr. 2019. DOI: 10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87.

GABLER, Neal. **Life the Movie**: How entertainment conquered reality. New York: Alfred A. Knopf, 1999.

GONÇALVES, Caroline Visentini Ferreira; KRETZMANN, Renata Pozzi. Reflexões sobre o direito do consumidor a partir da Covid-19. **ConJur**, 03 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-03/garantias-consumo-reflexoes-direito-consumidor-partir-covid-19>. Acesso em: 04 abr. 2021.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrine; VASCONCELLOS, Antônio Herman de; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

HENRIQUE, Maíra Moura Barros. A responsabilidade civil das celebridades digitais na publicidade do Instagram. **Revista Caderno Virtual**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4162>. Acesso em: 23 fev. 2022.

TEICH, V. D.; KLAJNER, S.; ALMEIDA, F. A. S. de; DANTAS, A. C. B.; LASELVA, C. R.; TORRITESI, M. G. *et al.* **Epidemiologic and clinical features of patients with COVID-19 in Brazil**. Einstein (São Paulo). 2020;18. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/eins/v18/pt_2317-6385-eins-18-eAO6022.pdf.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LIMA, Marcos Cesar de Souza e Outros. **O Direito do Consumidor no mercado de consumo**: “o guia para o direito do consumidor contemporâneo”. Rio de Janeiro, 2021.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200.

MARTINS, W. de O. **A aplicação do CDC no Comércio Eletrônico no que tange ao vício do produto e/ou serviço**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Maringá - Unicesumar, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, 2018.

MORIN, Edgar. **Pour une crisologie**. In: Communications, n. 25, 1976.

NICOLETTI MM, Capra A. **O consumo simbólico no ambiente online das redes sociais**. In: XII Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-graduação, 2016; Porto Alegre.

OLIVEIRA, Stéphanie Assis Pinto. Responsabilidade das celebridades em campanhas publicitárias de crédito consignado destinados a idosos. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 10, n. 2, p. 495-504, jul./dez. 2010.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Pesquisa de Jurisprudência**. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do;jsessionid=16af4898730e50959513ea17b741?action=Type=pesquisar>. Acesso em: 23 fev. 2022.

RAIS, Diogo; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no Instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 73-88, mai. ago. 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. **Responsabilidade civil do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, M. da S. A.; MASTELLINI, S. **Da responsabilidade do fornecedor no e-commerce pelo fato e vício do produto ou serviço**. Artigo Científico apresentado na Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP, 2014.

SANTOS, T. **O impacto do mercado de influenciadores digitais no consumo e no mercado em geral**. Disponível em: <https://betminds.ag/blog/o-impacto-do-mercado-de-influenciadores-digitais-no-consumo-e-no-mercado-em-geral>. Acesso em: 8 jul. 2023.

SÃO PAULO. Novatec, 2006. Conselho Nacional de Autorregulamentação. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos**, 1978.

SENA, S. **Responsabilidade Civil do Influenciador Digital**. Disponível em: <https://manuelarodrigues.adv.br/artigos/responsabilidade-civil-influenciador-digital/>. Acesso em: 8 jul. 2023.

SILVA, Manuel Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indenizar**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2019. v. I.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil pelo fato do animal: estudo comparativo dos Códigos Civis de 1916 e de 2002. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. **Publicidade enganosa e abusiva**. 2012. Disponível em: https://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11909. Acesso em: 25 fev. 2022.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

A EXTENSÃO DA IMUNIDADE CONFERIDA AO ITBI NAS OPERAÇÕES DE INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL

Leonardo Adriano Gonçalves¹

1. INTRODUÇÃO

As imunidades tributárias, assim como a conceituação e aplicação de inúmeros outros institutos do direito, ensejam discussões e controvérsias, tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Exemplo é a imunidade conferida às operações de incorporação de bens imóveis ao patrimônio de pessoa jurídica, em realização de capital, cuja imunidade é prevista pela própria Constituição Federal, em seu art. 156, § 2º, I, e impede a instituição de Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis em relação a essas transferências. Assim, é evidente que, mesmo com a referida disposição na Carta Magna brasileira, incontáveis debates sobre a extensão da aplicação do referido dispositivo podem ser observados.

O exemplo mais recente e que, inclusive, será analisado com maior profundidade no presente trabalho, decorre do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 796.736, que fora admitido pelo Supremo Tribunal Federal com repercussão geral, e, por maioria de sete votos a quatro, fixou tese segundo a qual a imunidade conferida ao ITBI não alcança o valor dos bens naquilo que exceder o limite do capital social a ser integralizado. Com efeito, o que se observa da decisão do STF é uma interpretação mais restritiva do art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, de modo a limitar o alcance interpretativo da noção de “realização de capital” e de “capital social”.

Nesse sentido, considerando a interpretação controversa conferida pelo julgador, somado ao fato de a imunidade tratar-se de uma limitação constitucional ao poder de tributar, a doutrina majoritária defende a aplicação da imunidade conferida ao ITBI de maneira mais abrangente, obstando

1 Advogado, inscrito na OAB/PR n.º 117.747. Graduado em Direito em pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Pós-graduando em Direito Tributário, Compliance e Planejamento Fiscal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR.

que se faça uma leitura restritiva, tal como se impõe à isenção. É através das imunidades que se busca resguardar certos princípios e postulados que o texto constitucional consagra como preceitos básicos do regime político, atendendo, destarte, aos propósitos perseguidos pelo constituinte.

Neste prisma, o presente estudo pretende analisar o conflito apresentado ao STF, em consonância com o interesse fiscal e os direitos individuais dos contribuintes.

À vista disso, este trabalho valer-se-á de pesquisa histórico-bibliográfica, partindo da doutrina, principalmente tributária, por meio da qual se buscará explanar as categorias jurídico-tributárias necessárias à compreensão do problema (hipótese de incidência, regra matriz e seus critérios materiais, bem como imunidades conferidas ao ITBI), além dos temas constitucionais envolvidos, principalmente no tocante a eficácia e aplicabilidade do art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, lançando bases para que seja desdobrada a essência da imunidade conferida ao ITBI e, a partir daí, dispor sobre o fenômeno da integralização e do ágio na subscrição de ações, tecendo, a partir de então, considerações sobre a decisão do STF no Recurso Extraordinário n.º 796.376 (Tema 796), uma vez que, conforme já previamente exposto, são incontáveis as controvérsias presentes na interpretação mais restritiva à norma imunizante.

2. DA IMUNIDADE APLICADA AO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS POR ATO INTER VIVOS

Para a correta compreensão do instituto da imunidade e seus efeitos ao caso em específico, é de grande importância iniciar contextualizando o caso, pautando o presente estudo a partir da análise das regras jurídicas atinentes às hipóteses de incidência do ITBI, e posteriormente avançarmos no estudo de seus elementos axiológicos, bem como, ao final deste capítulo, na análise da imunidade consagrada a este tributo pela Constituição Federal.

2.1 DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO ITBI

A hipótese de incidência tributária, ou hipótese tributária, como preferem alguns (Carvalho, 2014, p. 253), constitui-se como a descrição de fatos que, uma vez ocorridos, fazem surgir uma relação jurídica-tributária entre o Estado e o contribuinte. Assim como outras abstrações normativas,

ela só existe como uma categoria jurídica, sendo, como tal, uma representação segmentada de atos exercidos pelo contribuinte no cenário fático, selecionados previamente pelo legislador, para produzir os competentes efeitos jurídicos e dar nascimento à relação tributária (Schoueri, 2021, p. 136).

Com efeito, uma vez que se observa que a relação jurídica tributária decorre de lei, é de relevante importância destacarmos que o próprio Código Tributário Nacional trata da referida relação, inserindo-a no campo da obrigação tributária. Isto é, uma vez estabelecida a obrigação, aponta-se o dever jurídico de alguém pagar a outrem um valor, nesse caso denominado obrigação tributária, de modo a existir, por consequência, um sujeito passivo (contribuinte) e um sujeito ativo (Estado) (Schoueri, 2021, p. 281).

A relevância da regra-matriz de incidência é por Paulo de Barros Carvalho assim enunciada:

A esquematização formal da regra-matriz de incidência tem-se mostrado um utilíssimo instrumento científico, de extraordinária fertilidade e riqueza para a identificação e conhecimento aprofundado da unidade irreduzível que define a fenomenologia básica da imposição tributária. Seu emprego, sobre ser fácil, é extremamente operativo e prático, permitindo, quase que de forma imediata, penetrarmos na secreta intimidade da essência normativa, devassando-a e analisando-a de maneira minuciosa. (Carvalho, 2014, p. 254)

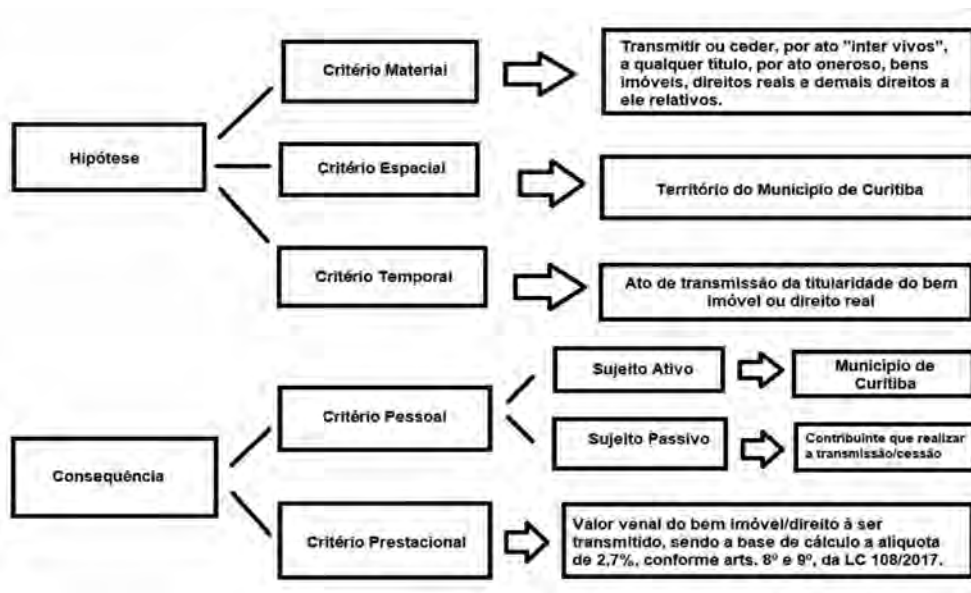
Partindo da premissa de que a regra matriz é apresentada como um método, um recurso para a compreensão do fenômeno jurídico tributário (Schoueri, 2021, p. 288), é de suma importância termos em mente que esta é composta de cinco critérios, dos quais cada um deles apresenta significado próprio, inconfundível com os demais e essencial para o surgimento da regra matriz, sendo que, com a incidência dos três primeiros critérios, já se faz possível a verificação da hipótese de incidência tributária (Carvalho, 2014, p. 256).

De forma um pouco mais lúdica, é possível exemplificarmos a regra matriz de incidência como uma representação semelhante à regra aritmética da adição, onde o somatório dos critérios material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo resultaria na aludida matriz, devendo ser ressaltado que os três primeiros cuidam de descrever os elementos que, uma vez verificados, fazem surgir para alguém a obrigação de pagar quantia determinada.

Aplicando estes conceitos ao ITBI, verifica-se que ele tem por critério material a ação, representada por verbo e complemento, de transmitir imóvel ou direito real a ele relativo, bem como direitos à sua aquisição. Seu critério temporal, por regra, é o momento em que se dá a transmissão e o elemento espacial é o território do município em que situado o imóvel. O critério pessoal é definido nas leis municipais (Art. 42 do CTN), geralmente, como sendo sujeito passivo o adquirente ou cessionário do bem imóvel ou direito a ele relativo. Por derradeiro, o critério quantitativo, composto por base de cálculo e alíquotas, é fixado pelo próprio Código Tributário Nacional, em relação à base, e pelas leis municipais, em relação às alíquotas (art. 38 do CTN).

Em um modelo gráfico que busca facilitar a compreensão da Regra Matriz de Incidência do tributo que é objeto do presente estudo, temos o seguinte modelo elaborado de forma mais específica, através de uma análise direta da Lei Complementar n.º 108/2017, do Município de Curitiba, a saber:

Imagem 1 – Regra Matriz de Incidência ITBI – Lei Complementar n.º 108/2017, do Município de Curitiba.



Fonte: o autor, 2022.

Assim, retomando o problema de que se ocupa este trabalho, relativo à imunidade específica do artigo 156, § 2º, I, da Constituição Federal, percebe-se o porquê deste tópico. É que, sintetizando o pensamento que logo passará ser exposto no presente estudo, não há, na imunidade, a possibilidade de incidência da hipótese e, por conseguinte, a ocorrência do fato jurídico-tributário, tratando-se as referidas normas de verdadeiras exonerações, fixadas constitucionalmente, conforme bem leciona Regina Helena Costa:

[...] Imunidade é a exoneração, fixada constitucionalmente, traduzida em norma expressa impeditiva da atribuição de competência tributária ou extraível, necessariamente, de um ou mais princípios constitucionais, a qual confere direito público subjetivo a certas pessoas, nos termos por ela delimitados, de não se sujeitarem à tributação. (Costa, 2021, p. 154)

Desta feita, conclui-se que além de ser o critério material o afetado pela norma imunizante, percebe-se que o debate atinente ao presente estudo será verificado através de uma potencial ausência de abrangência da norma imunizante, ao referido critério, decorrente da interpretação conferida pelo STF ao julgar o Tema 796.

2.1 O INSTITUTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Para que haja uma análise efetiva dos valores jurídicos atinentes à imunidade específica conferida pela Constituição Federal ao ITBI, é de grande importância que se faça, inicialmente, uma digressão acerca do próprio instituto da imunidade.

Com efeito, o primeiro dos pontos que chama atenção ao versar sobre as imunidades é que, diferentemente das isenções, essas vêm ao ordenamento jurídico no próprio texto constitucional. Inclusive, percebe-se que a maioria das chamadas imunidades estão dispostas na Carta Magna, na seção intitulada como “Das Limitações do Poder de Tributar” (Brasil, 1988), de modo que é possível extrair um nítido desejo do legislador constituinte em ressaltar determinadas hipóteses, relativas a dados tributos, do campo de competência.

Especificamente sobre a conceituação de imunidade, Luciano Amaro consegue sintetizá-la de forma sublime, ilustrando que a imunidade tributária é “a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo” (Amaro, 2021, p. 70). Regina Helena Costa, por sua vez, faz uma análise mais aprofundada, conceituando a imunidade através de um aspecto material, definindo como “a exoneração, fixada constitucionalmente, traduzida em norma expressa impeditiva da atribuição de competência tributária extraível, necessariamente, de um ou mais princípios constitucionais, que confere direito público subjetivo a certas pessoas, nos termos por ela delimitados, de não se sujeitarem à tributação” (Costa, 2015, p. 58).

À vista disso, percebe-se que as imunidades se consubstanciam em vedações ao exercício da tributação, visando salvaguardar determinadas situações que estão intrinsecamente ligadas a valores protegidos pela própria Constituição, afastando-os, por consequência, de se sujeitarem à tributação. Assim, percebe-se que as imunidades são normas de competência, ainda que negativas, uma vez que possuem o condão de conter o poder de tributar. Isso, inclusive, é facilmente compreensível se partirmos do pressuposto de que o poder de tributar antecede o Direito e, por conseguinte, se materializa na aptidão para realizar determinada vontade, seja por qual meio for, conforme leciona o teórico Hugo de Brito Machado:

No contexto da Teoria do Direito Tributário, a expressão ‘poder de tributar’ não se confunde com a expressão ‘competência tributária’. A palavra ‘poder’ tem significado que transcende a ideia de Direito, que está presente na palavra ‘competência’. ‘Poder’ é a aptidão para realizar a vontade, seja por que meio for. Com, sem ou contra a lei. É do mundo dos fatos e existe independentemente do sistema normativo. Já a palavra ‘competência’ alberga a ideia de Direito. Tem competência quem recebe atribuição outorgada pelo Direito. É do mundo das normas, e não existe fora do sistema normativo. (Machado, 2017, p. 59)

Portanto, percebe-se que as normas imunizantes devem ser interpretadas com um caráter mais ampliativo, especialmente sob o pretexto de que veiculam direitos fundamentais ao limitarem o poder de tributar, e, consequentemente, uma análise da finalidade da norma, a fim de melhor satisfazer as intenções constitucionais, deve ser realizada.

2.2 DA IMUNIDADE ESPECÍFICA DO ART. 156, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ANÁLISE E BREVE HISTÓRICO

Realizadas as considerações anteriores sobre o conceito de imunidade, cabe verificarmos de forma um pouco mais detida a imunidade específica relativa ao ITBI, e analisarmos qual seria a sua eficácia, aplicabilidade e finalidade, diante de sua previsão no texto constitucional, visto que, diferentemente das imunidades genéricas, as específicas, como no caso do ITBI, são intentos do legislador constituinte, que almejam finalidades que desbordam o mero poder de arrecadação (Costa, 2015, p. 138).

Assim, cumpre realizarmos referência ao texto constitucional na parte concernente ao referido dispositivo imunizante, que disciplina em seu art. 156, § 2º, I, que o ITBI:

não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. (BRASIL, 1988, art. 156, § 2º, I)

Dito isso, fazendo alusão às lições de Regina Helena Costa, constata-se que as imunidades do ITBI constantes no dispositivo transcrito são de natureza objetiva e política. Objetiva porque, ainda que beneficiem pessoas, recaem sobre fatos, bens ou situações, e políticas porquanto “sem constituírem consequência necessária de um princípio, são outorgadas para prestigiar outros princípios constitucionais” (Costa, 2015, p. 143).

Nessa toada, não é difícil concluir que os princípios prestigiados pela imunidade ao ITBI são inerentes ao exercício da atividade econômica. Efetivamente, ao conceder imunidade à transmissão de bens para integração de capital subscrito, o constituinte objetivou fomentar a formação de estruturas societárias, vitais à movimentação e desenvolvimento da economia. É imperioso que se atente, neste contexto, que a primeira economia favorecida é a local, ou seja, aquela próxima ao ente tributante a quem compete o tributo atingido pela imunidade. Significa dizer que, se a imunidade ao ITBI implica inicialmente uma “perda” de receita, a médio e

longo prazo, com o fomento da atividade econômica e a formação de estruturas societárias, ela provavelmente representará ingresso de recursos que poderão compensar a arrecadação não realizada quando da transmissão dos bens, trazendo, *a posteriori*, um grande potencial de criação de renda para região.

Ademais, da disposição constitucional também se percebe que o preceito imunizante ora em comento não é absoluto e ilimitado. A própria norma estabelece exceção à sua aplicação de maneira a conferir competência aos municípios e ao Distrito Federal para exercer seu poder de tributar relativo ao ITBI, nos casos em que a atividade preponderante do adquirente dos bens imóveis (em realização de capital, fusão, cisão, incorporação ou extinção) seja atividade imobiliária, consubstanciada em compra e venda de bens imóveis ou direitos a eles relativos, locação desses bens ou arrendamento mercantil.

Nesse prisma, por se tratar a norma em questão de limitação constitucional ao poder de tributar, bem como, considerando a essência da concessão da referida imunidade pela ordem constitucional, não é demais ilustramos o panorama histórico atinente ao ITBI, pois a historicidade do referido imposto é de grande valia para facilitar uma compreensão e análise do objetivo principal do legislador constituinte, ao consagrar a referida imunidade de forma específica.

Assim, de antemão, se constata que o ITBI se trata de um imposto com raízes históricas antigas no ordenamento jurídico nacional, existindo, de algum modo, sob legislação nacional, pelo menos desde o Alvará n.º 3, de 1809, que prescrevia a incidência de um imposto sobre as compras e vendas de bens de raiz e de escravos, sendo que somente pela Lei n.º 1.507/1867 é que em seu texto tomou o nome de imposto de transmissão de propriedade (Follador; Valle, 2020, p. 213).

Já na história constitucional brasileira, o imposto de “transmissão de propriedade” apareceu, pela primeira vez, já na Constituição republicana de 1891, não estabelecendo, contudo, tratamento específico para as hipóteses hoje previstas na norma imunizante do art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal de 1988. Isso somente se verificou com a Constituição de 1934, que, ao contrário de estabelecer imunidade para as operações de constituição e modificações de sociedade, previu expressamente, em seu art. 8º, inciso I, alínea c, a possibilidade de sua tributação (Brasil, 1934).

A regra imunizante em questão só foi introduzida no ordenamento

jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional n.º 18/1965, segundo a qual o ITBI, a partir de então, não poderia mais incidir “[...] sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos neste artigo, para sua incorporação ao capital de pessoas jurídicas, salvo o daquelas cuja atividade preponderante, como definida em lei complementar, seja a venda ou a locação da propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição” (Brasil, 1946, art. 9º, § 2º).

Inclusive, foi sob a égide desse texto constitucional que se editou o Código Tributário Nacional, cujo art. 36, inciso I, estabeleceu que o ITBI não incidiria sobre as transmissões de imóveis efetuadas para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica, na forma de capital subscrito, e, nos seus consequentes incisos, ampliou as hipóteses em que a imunidade relacionada ao ITBI seria aplicada, junto às operações relacionadas ao capital societário.

Referidas novidades, além de terem sido, em parte, introduzidas pela Constituição Federal de 1988, hodiernamente também servem como base norteadora e complementar para análise da imunidade conferida ao ITBI, vez que além de o mencionado art. 36 do CTN ter sido recepcionado pela Carta Magna de 1988, o art. 37 também o foi e é o dispositivo responsável por regular a exceção à aplicação da referida imunidade, ao prever a definição do que seja a “atividade preponderante”, empregada pelo constituinte na redação do dispositivo do art. 156, da Carta Magna.

Desta feita, o art. 36 do CTN praticamente reproduz a disposição do art. 156, § 2º, I, dividindo a disposição constitucional em dois incisos, prevendo no inciso I que “Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior: quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito” (Brasil, 1966, art. 36, I), para em seguida, no inciso II, trazer o conceito tratado na ressalva da parte final do dispositivo constitucional, consoante disposição do art. 37, que especifica que atividade preponderante é aquela que representa mais de 50% da receita operacional da entidade adquirente, forma pela qual, verificada a preponderância da atividade imobiliária, tornar-se-á devido o imposto segundo a lei vigente ao tempo da transmissão e tendo por base o valor dos bens e direitos naquela data.

Guardadas as críticas que possam ser tecidas em relação à recepção de tais dispositivos pela Constituição, sobretudo no que refere à apuração das chamadas atividades preponderantes, vemos que os valores

prestigiados pela Constituição Federal ao conferir a imunidade as operações de realização de capital, fusão, cisão, incorporação etc., foram aqueles atinentes à livre iniciativa e a busca em estimular o exercício de atividade econômica, de modo que, deve-se, nesse sentido, observar que o Fisco e os tribunais precisam assegurar interpretação e aplicação dessa imunidade de maneira que seja possível que sua finalidade seja atingida, sem, contudo, servir de proteção às operações que, por sua própria natureza, não se constituam como as abrangidas pelo dispositivo imunizante.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECISÃO DO STF NO RE N.º 796.376 (TEMA 796) E A DISCUSSÃO SOBRE ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES

Analisados os conceitos e valores jurídico-tributários necessários à compreensão do fenômeno da imunidade conferida ao ITBI nas operações de integralização de capital social, passa-se, agora, a analisar os aspectos e conceitos ínsitos à expressão “capital social” referenciada pela norma imunizante, buscando encontrar, primordialmente, os sentidos em que a referida expressão possa ter sido utilizada pelo legislador constituinte no dispositivo imunizante, e, ao final deste trabalho, tecer considerações devidamente fundamentadas sobre a decisão do STF no RE n.º 796.376.

3.1 DA CONCEITUAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL E DO ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES

O objetivo principal do presente tópico é discorrer acerca dos sentidos em que a expressão “capital social” foi empregada pelo legislador constituinte, ao prever a imunidade específica relacionada ao ITBI.

Nesse cenário, conforme leciona Ivens Henrique Hübert, a noção de capital social pode ser vista através de múltiplos sentidos, seja como “cifra”, isto é, como entidade meramente contábil e de valor nominal, ou então como uma porção concreta de bens advindos da soma das contribuições dos sócios (Hübert, 2012, p. 349-386).

Com esse mesmo raciocínio, Guilherme Follador e Mauricio do Valle realizam interessante estudo de aplicação direta das disposições da Lei n.º 6.404/1976 aos conceitos de “capital social” previamente expostos – cifra contábil e/ou soma das contribuições dos sócios –, chegando à conclusão

de que a Lei das S/A (Brasil, 1976) faz referência ao “capital social” em múltiplos sentidos, senão vejamos:

E o fato é que a legislação societária – concentremo-nos, por economia, apenas na Lei n. 6.404/1976 (LSA) – refere-se ao “capital social” em múltiplos sentidos. A noção de capital social como “cifra”, isto é, como entidade contábil, valor nominal, aparece, por exemplo:

a) no art. 5º, segundo o qual “O estatuto da companhia fixará o valor do capital social, expresso em moeda nacional”;

b) no art. 6º, de acordo com o qual “O capital social somente poderá ser modificado com observância dos preceitos desta Lei e do estatuto social”;

(...)

A concepção do capital social como soma das contribuições dos sócios, por sua vez, está posta, por exemplo:

a) no art. 7º, ao estatuir que “O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro”;

b) no art. 10, ao estabelecer que “A responsabilidade civil dos subscritores ou acionistas que contribuírem com bens para a formação do capital social será idêntica à do vendedor”;

(...)

d) no título da Seção I do capítulo X e no caput do art. 106, ao definir a “[...] obrigação [do acionista] de realizar o capital...” como aquela de efetuar “[...] a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas. (Follador; Valle, 2020, p. 202)

Se não bastasse, também há quem diga que o “capital social” tem a “função de possibilitar o desenvolvimento da atividade social [...]” (Gonçalves, 2013, p. 66), porque indica o “patrimônio mínimo que a companhia deve possuir para exercer a sua atividade de forma lucrativa [...]” (Gonçalves, 2013, p. 66).

Também há a conceituação de que o “capital social” é o balizador dos direitos políticos e patrimoniais dos acionistas (Gonçalves, 2013, p. 66), tudo em vista de uma conceituação do capital social como cifra e consequente soma das contrapartidas, isto é, ações ou quotas conferidas pela sociedade aos sócios, através do adimplemento de uma obrigação

concernente ao pagamento do respectivo preço de emissão (subscrição) (Follador; Valle, 2020, p. 203).

Nesse ínterim, conforme lecionado por Ivens Henrique Hübert, perceber a existência desses múltiplos sentidos é importante, porque “Apenas por meio dessa dissociação é que se pode compreender com exatidão quais são e como o capital social exerce determinadas funções nas sociedades e nas demais pessoas jurídicas nas quais é previsto” (Hübert, 2012, p. 355).

Grosso modo, é possível dizermos, nessas perspectivas, que a ênfase do capital social está na definição de determinada cifra, isto é, na convicção de que o referido conceito atua na esfera puramente contábil, ou então, na operação de transferência de dinheiro ou bens que um determinado sócio faz à sociedade, em troca da aquisição originária, ou ainda, de participação societária, através da “aquisição” de quotas ou ações representativas de parte do denominado capital social, ato este denominado pela legislação como integralização do capital e, em outros, como “realização do capital”.

Um exemplo bem claro dessa pluralidade de denominações é a disposição do art. 80, II, da LSA, que estabelece ser requisito para a constituição da companhia a “[...] realização, como entrada, de 10% [...], no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro” (Brasil, 1976, art. 80, II). Note-se que, nesse segundo dispositivo, o termo “realização” tem por complemento justamente a expressão “preço de emissão” da participação subscrita. Portanto, exatamente o mesmo conceito de “integralização” previamente exposto, sendo ambas expressões que pura e simplesmente simbolizam o pagamento do preço de emissão das frações do capital social adquiridas pelo sócio por meio da subscrição.

Nota-se, nesse sentido, que conforme leciona Ivens Henrique Hübert, “A partir da integralização, os sócios deixam (...) de ter direitos específicos sobre os bens que aportaram, passando, por outro lado, a titularizar apenas direitos de participação na sociedade, de cunho pessoal e patrimonial.” (Hübert, 2012, p. 349-386). Ato contínuo, o autor também pondera que “em função de uma série de razões (capitalização de lucros e reservas, empréstimos dos sócios à sociedade, redução do capital por perdas, ágio na subscrição de ações, superavaliação de bens, parcelas não integralizadas etc.), é normal que haja uma desconexão entre o valor do capital social e a efetiva soma das entradas dos sócios” (Hübert, 2012, p. 349-386).

A mencionada desconexão entre o valor do capital social e a efetiva soma do valor integralizado pelos sócios, mencionada pelo autor, além de implicar diretamente com a decisão do STF no Tema 796, cuja análise será

promovida no próximo capítulo, alude justamente às circunstâncias observadas nas operações com ágio na subscrição com ações, o que gera desde logo pertinência com o caso em comento.

Referidas operações (subscrição com ágio) são observadas quando o preço de emissão das quotas ou ações – e conseqüentemente, o preço (a ser) pago pelo acionista, pela participação subscrita – excede o valor nominal das participações por ele adquiridas e, embora a emissão de ações por preço inferior ao seu valor nominal seja vedada pelo art. 13, *caput*, da Lei das S/A, a emissão de ações por valor superior ao nominal é plenamente legítima. Portanto, o ágio se forma especialmente quando o preço pago pela participação societária é composto por uma diferença – majoritariamente positiva – ao valor tido como “justo” aos ativos adquiridos.

Nesse ponto, Modesto Carvalhosa leciona ser permitida a emissão de ações com ágio já no momento da constituição da sociedade, contudo, o fato é que, normalmente, as referidas operações estão presentes apenas nos aumentos de capital (Carvalhosa, 1977, p. 77).

Isso ocorre porque, conforme dita o art. 170, § 1º, da Lei das S/A, nos casos de aumento de capital mediante a subscrição de novas ações, a fixação do preço deve vir acompanhada de fundamentação que demonstre que a referida subscrição não está promovendo uma diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, tudo com base na rentabilidade da respectiva companhia e o valor do patrimônio líquido da ação e as condições de mercado:

O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente. (Brasil, 1976, art. 170, § 1º)

Com efeito, percebe-se que o aumento de capital através da subscrição de novas ações é procedimento relativamente complexo e condicionado a uma série de disposições legais, em que, muitas vezes, acabam se tornando procedimentos verdadeiramente inacessíveis, constituindo-se, assim, a emissão de ações com ágio, uma alternativa necessária ao referido procedimento, tudo com vistas a reforçar e proteger o capital de determinada companhia.

Apesar disso, ponto que deve ser aqui destacado é que, seja quando se adquire ações ou quotas por seu efetivo valor nominal, seja quando estas são adquiridas por valor superior a esse montante, como no caso das operações com ágio, a entrega dos bens e/ou dinheiro pelo sócio adquirente para integralização do capital tem exatamente a mesma e única natureza de adimplemento de obrigação para aquisição, isto é, natureza de preço pago pela sua participação societária, constituindo, nesse ponto e como regra, o limite de sua responsabilidade perante o passivo da referida companhia. Representando a referida operação, em resumo, tão somente uma contrapartida a ser paga ao sócio, pela sociedade, em razão da subscrição, em nada desvirtuando os conceitos de capital social, previamente delimitados neste tópico.

O que nos faz retornar ao objeto principal de estudo do presente trabalho, uma vez que, conforme já exposto, a essência da discussão suscitada pelo STF no Tema 796 está no alcance interpretativo das noções de “realização de capital” e de “capital social”, conferidas pelo legislador constituinte. Com efeito, diante das concepções trazidas no presente tópico, passa-se, nas próximas linhas, a pautar o estudo diretamente à interpretação conferida pela mencionada decisão.

3.2 DA DECISÃO DO STF NO RE N.º 796.376

Conforme já mencionado, o RE n.º 796.376/SC trata da imunidade do ITBI na transmissão de bens imóveis incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, e com a maioria dos votos, fixou tese em que “a imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado” (Supremo Tribunal Federal, 2020).

Na ocasião do julgamento, o ministro relator do acórdão afirmou que não há vedação legal que impeça os sócios ou os acionistas de contribuir com quantia superior ao montante subscrito, uma vez que tal convenção se insere na autonomia da vontade dos subscritores. O que não se admite, contudo, é que, a pretexto de criar reserva de capital, pretenda-se imunizar o valor dos imóveis excedente às quotas subscritas, ao arripio da norma constitucional, através de uma indevida interpretação extensiva do manto da imunidade, senão vejamos:

Revelaria interpretação extensiva a exegese que pretendesse albergar, sob o manto da imunidade, os imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica que não fossem destinados à integralização do capital subscrito, e sim a outro objetivo – como, no caso presente, em que se destina o valor excedente à formação de reserva de capital. Essa extensão interpretativa em termos de imunidades não é aceita por nossa Suprema Corte, por constituir exceção constitucional à capacidade tributária. (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 11)

Noutras palavras, o relator ampara-se num suposto dever de interpretação restritiva das imunidades, bem como, no entendimento de que haveria um desvirtuamento da norma caso a imunidade fosse aplicada sobre o valor pago, no contexto da integralização, em montante excedente ao valor nominal das quotas ou ações subscritas.

À vista disso, percebe-se que o plano de fundo da decisão contida no Tema 796 se resume à interpretação – que muitos teóricos consideram como controversa – mais restritiva à norma imunizante relacionada ao ITBI, em que ficou configurado que o referido tributo efetivamente deve incidir sobre o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado na pessoa jurídica.

No tocante ao suposto dever de contenção do intérprete – no sentido de prestigiar uma postura “restritiva” na interpretação de imunidades – previsto no voto do ministro relator, Guilherme Follador e Mauricio do Valle lecionam que:

nesse tema, o STF tem adotado um comportamento absolutamente errático. Simplesmente não se divisa, de seus precedentes, uma diretriz interpretativa consistente, no sentido de que regras imunizantes devam ser interpretadas de forma extensiva ou restritiva. Ao contrário, são abundantes, na Suprema Corte, tanto julgados que apelam à máxima efetividade dos direitos e garantias constitucionais para defender a adoção de interpretações “extensivas” ou “ampliativas” das imunidades. (Follador; Valle, 2020, p. 224)

Ainda não suficiente, referidos autores também destacam que, para uma adequada interpretação dos dispositivos constitucionais que versam

sobre as imunidades, deve ser tomada uma análise hermenêutica de múltiplas dimensões – gramatical, histórica, finalística –, bem como nas relações de coordenação e subordinação da disposição constitucional com outros preceitos normativos (Follador; Valle, 2020, p. 225).

Dito isso, é com clareza solar que se percebe que o voto condutor abraçou do início ao fim uma interpretação recheada de controvérsias, especialmente no que toca à adoção de um conceito sobremaneira restrito de capital social, em que ele é identificado tão somente com uma conta contábil, uma cifra, um valor nominal, onde, existindo excesso ao referido “valor contábil” previamente estipulado como “capital social”, a imunidade consagrada pela Constituição Federal não será aplicada. Ocorre que, conforme já exposto no tópico anterior, esse não é nem de perto o único sentido semântico que pode ser extraído da expressão “capital social”, bem como, da aceção em que a lei societária utiliza a expressão “realização do capital social”.

Se não bastasse, ainda deve ser observado que a Constituição Federal, ao conferir a imunidade, alude não exatamente à formação do capital social, mas sim às operações em que bens ou direitos são “incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital”. O próprio art. 36, I, do CTN, traz uma interpretação sublime da referida vontade do legislador constituinte, vinculando a imunidade às operações em que o bem é incorporado ao patrimônio da respectiva pessoa jurídica como ato de pagamento/adimplemento do capital subscrito, e não para mera composição da cifra contábil, prevista pelo valor da quota social a ser “adquirida”.

Ato contínuo, Guilherme Follador e Mauricio do Valle seguem destacando que “equivoca-se o STF ao considerar que somente o valor nominalmente refletido na conta ‘capital social’ é que corresponderia ao [...] valor destinado à integralização do capital social” (Follador; Valle, 2020, p. 226), valendo-se os referidos autores, nesse ponto, de interpretação de que o capital social é o adimplemento, pelo adquirente, de obrigação concernente ao preço de emissão das ações ou quotas por ele subscritas, entre os quais referido preço não é composto de apenas valor nominalmente destinado à formação da cifra e do montante intitulado como “capital social”, mas também pelo ágio. É dizer, assim, que o ágio também tem a natureza de preço das ações ou quotas subscritas, na forma da dicção do art. 182, § 1º, a, da Lei das S/A e já destacado no tópico anterior.

Tanto é assim que, independentemente de a obrigação do sócio ingressante – no ato de integralização – prever apenas o pagamento do valor

nominal das ações ou quotas, ou então, a obrigação de pagar, também, determinado ágio, a única contrapartida que será devida pela pessoa jurídica ao subscritor é, exatamente, a entrega da participação societária a que faz jus e, pela autonomia da vontade das partes, ficou previamente fixada, com a cifra monetária correspondente.

Nesse ponto, também não se olvida a disposição do art. 170, § 1º, da Lei das S/A, que, de certo modo, traz um dever legal à sociedade em promover a emissão de suas ações com ágio, em vez de fazê-lo somente por seu valor nominal, a fim de que o aumento de capital não implique em “[...] diluição injustificada da participação dos antigos acionistas [...]” (Brasil, 1976, Art. 170, § 1º), prevista pela disposição legal previamente exposta neste parágrafo. Aqui, diferentemente da afirmação constante do voto condutor, no sentido de que “essa convenção – emissão e subscrição de ações com ágio – se insere na autonomia de vontade [...]” (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 12), é uma verdadeira imposição legal, não aparentando existir, portanto – na integralização de ações subscritas com ágio –, qualquer desvio da finalidade consagrada pelo legislador constituinte na norma imunizante em debate.

Forma pela qual se faz relevante consignarmos o seguinte trecho do voto vencido, proferido pelo Min. Marco Aurélio, que asseverou que “O ágio na subscrição das cotas ou ações representa investimento direto em sociedade empresária, tanto quanto a integralização de capital pura e simples, devendo receber idêntico tratamento” (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 4).

Ademais, se pautarmos as presentes considerações ao estudo do próprio texto constitucional, é possível constatarmos que inexistente qualquer vinculação entre o valor do bem transmitido pelo sócio à integralização da participação por ele subscrita e o valor nominal da participação societária adquirida, pelo sócio, via subscrição, exigindo a Constituição, tão somente, que a transmissão se dê na operação de realização de capital. Portanto, independentemente de um determinado imóvel dispor de valor superior ao montante nominal das quotas ou ações, percebe-se que transmissão não deixa de ser concluída em uma operação de realização de capital, de modo que a referida transmissão, mesmo em montante superior, para pagamento de quotas ou ações adquiridas – com ágio, também –, se amolda perfeitamente à hipótese prevista pelo dispositivo imunizante.

Ainda se observa da decisão que o ministro relator fez consignar que o dispositivo constitucional que abarca a norma imunizante (art. 156, § 2º, I) permite que sejam identificadas hipóteses distintas para aplicação

da imunidade que, por conseguinte, são merecedoras de análise diversa. Uma delas diz respeito às já mencionadas operações de realização de capital social pura e simplesmente, enquanto a outra engloba o contexto de uma operação condicionada à atividade do adquirente, isto é, na eventualidade de a atividade do adquirente for preponderantemente imobiliária, as aludidas operações não estarão acobertadas pela imunidade contida no inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF, de modo que a referida disposição não deverá ser aplicada, por força de incidência da “segunda” oração prevista pelo constituinte, ao minutar referida disposição constitucional, a qual prevê de forma cristalina: “(...) salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil” (Brasil, 1988, art. 156, § 2º, I).

Esse raciocínio, em que pese possa parecer óbvio perante a gramática da norma imunizante disposta na Carga Magna (art. 156, § 2º, I), foi objeto de análise diversa para o Min. Alexandre de Moraes, que no voto condutor acabou anotando que a exigência de a adquirente não ser sociedade com atividade preponderantemente imobiliária se aplicaria exclusivamente às operações de “fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica”, previstas na segunda parte do dispositivo. Isso porque, no seu entendimento, a expressão “[...] salvo se, nesses casos [...]” referir-se-ia apenas às operações contidas na segunda parte do dispositivo. Entretanto, essa leitura nitidamente contraria a finalidade do dispositivo imunizante e a própria gramática da norma, trazida pelo legislador constituinte, de modo que não é demais destacarmos a lição de Guilherme Follador e Mauricio do Valle sobre o tema:

Viola a finalidade da norma pela razão, já expressa anteriormente, de que o objetivo do constituinte, ao prever a imunidade, foi o de induzir os proprietários de imóveis a aplicá-los para o desenvolvimento de outras atividades, que não a compra e venda, a locação e o arrendamento mercantil de bens imóveis. E isso, convenhamos, é precisamente o oposto do que se obtém ao se considerar que a imunidade se aplicaria independentemente da natureza da atividade do adquirente. (Follador; Valle, 2020, p. 229)

De tal maneira, como já explícito na introdução deste tópico, faz-se evidente um potencial equívoco que leva o STF a considerar que a imunidade conferida ao ITBI – nas operações de realização de capital social – deve partir de um viés restritivo, fundado principalmente em uma interpretação

muito restrita de “capital social”, que se reflete num entendimento incorreto a respeito da noção de “realização de capital” utilizada no dispositivo imunizante, bem como num engano quanto à natureza das operações de integralização de capital com ágio.

Como resultado, temos uma interpretação e consequente aplicação controversa da norma imunizante que, inclusive, encontra-se em um potencial desacordo com o objetivo do legislador constituinte, uma vez que a essência da referida imunidade, ao que indica, não deve se pautar sob o valor dos bens integralizados correspondente ao montante nominal das quotas subscritas, mas, sim, na natureza dos bens recebidos pela pessoa jurídica e transmitidos pelo sócio investidor. Interpretação esta que, no entanto, não recebeu prosseguimento pelo STF no julgamento do Tema 796, maneando incontáveis discussões do ponto de vista teórico e prático.

4. CONCLUSÃO

Diante de um tema complexo como este da incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis nas operações em que haja integralização do capital social de pessoas jurídicas, buscou-se delimitar o referido tema o máximo possível, de modo a abranger, além de uma análise dos pressupostos de existência do tributo (ITBI), uma busca da essência conferida pelo constituinte originário ao consagrar imunidade às referidas operações de integralização de capital social, objetivando, ao final disso tudo, a compreensão dos elementos axiológicos do ITBI, bem como, promover algumas considerações acerca do litígio apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do RE n.º 796.376.

À vista disso, primou-se, neste trabalho, pela necessidade de reconhecer a natureza de norma de competência negativa das imunidades, uma vez que estas se consubstanciam em vedações ao exercício da tributação, visando salvaguardar determinadas situações que estão intrinsecamente ligadas a valores protegidos pela própria Constituição, afastando-os, por consequência, de se sujeitarem à tributação.

Dessa forma, o foco da análise finalística da regra de imunidade deve ser feita com extrema cautela e com vistas, primordialmente, a sustentar o real interesse do constituinte que, no caso da imunidade do ITBI às operações de realização de capital, nitidamente foi buscar o fomento da atividade econômica e de estruturas societárias, vitais à movimentação e desenvolvimento da economia, principalmente a local, isto é, aquela próxima ao ente

tributante – município, no caso do ITBI – e o sujeito passivo do tributo atingido pela imunidade.

Além disso, destacando a unidade do ordenamento jurídico como pressuposto fundamental para compreender qual o sentido que as expressões de direito privado assumem nas normas de limitação ao poder de tributar, percebemos que, salvo disposições expressas do próprio constituinte, modificar o sentido e a significação dos conceitos originalmente dispostos no texto da constituição é completamente indevido e pode resultar em inegável transtorno interpretativo das referidas disposições.

Assim, analisando o significado que a expressão realização de capital assume na doutrina de Direito Comercial, conclui-se que a imunidade específica do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, atendendo à sua finalidade, qual seja a de proteção à livre iniciativa e fomento da atividade econômica, nas transmissões de bens imóveis a pessoas jurídicas, o foco de sua análise não deve ser a classificação contábil da contrapartida dos bens recebidos, no ativo, pela pessoa jurídica, mas, sim, a natureza dos bens por ela entregues e recebidos pelo investidor; isto é, pela pessoa que aplicou os imóveis.

Deste modo, se há uma pergunta a ser feita para concessão da imunidade ao ITBI nos casos de realização de capital, não é se o valor dos bens integralizados corresponde ao montante nominal das quotas subscritas, mas, sim, qual foi a natureza dos bens recebidos, pelo sócio investidor, como contrapartida pela subscrição e posterior integralização, com vistas, especialmente, a atender a vontade do legislador constituinte, tudo com base no conceito, que de certo modo é amplo, de “capital social” previsto pelo direito comercial, onde além do mero valor nominal de eventuais ações ou quotas para subscrição, o “ágio” também representa “investimento direto em sociedade empresária, tanto quanto a integralização de capital pura e simples, devendo receber idêntico tratamento” (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 11), o que deveria ensejar a respectiva imunidade.

Apesar do exposto, este não foi o entendimento conferido pela Suprema Corte ao versar sobre caso análogo de repercussão geral, trazendo interpretação de que a imunidade somente se aplicará na medida em que houver equivalência entre o valor do bem imóvel integralizado e o valor do capital subscrito, de forma que o excesso atinente ao valor do imóvel integralizado poderá ser tributado, configurando evidente interpretação mais restritiva do art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal. Entretanto, referida posição mais restritiva por parte da Suprema Corte não seguiu ao

ser promovida análise da segunda parte da disposição constitucional – que versava sobre as empresas preponderantemente imobiliárias –, dispondo a decisão que a exceção prevista pela segunda parte do art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, não se aplicaria às operações de integralização de imóveis, abrindo ensejo para que referidas empresas promovam transmissões de imóveis, mediante o uso de sociedades imobiliárias, sem o pagamento de ITBI. O que resulta, por consequência, em inescusável controvérsia que, além de gerar debate, potencialmente levará a Suprema Corte ser novamente instada a manifestar-se sobre o tema.

Dito isso, percebe-se que muitas considerações ainda são requeridas sobre a matéria, verificando-se, inclusive, a diversidade de perspectivas com as quais se pode abordar o objeto deste trabalho, mormente quando se analisa com mais profundidade a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 796.376, o qual o presente estudo adota posição um pouco mais crítica, uma vez que o cerne da pesquisa se abraça na busca e compreensão dos elementos e valores jurídicos que tem na base a busca pelo “justo”, em relação à imunidade conferida ao ITBI na integralização de capital social, e, nesse ponto, a referida decisão pode ser fortemente questionada.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934.

BRASIL. **Constituição (1946)**. **Emenda Constitucional n.º 18**, de 1º de dezembro de 1965. Brasília, 1º de dezembro de 1965.

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

BRASIL. **Lei n.º 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília, 25 de outubro de 1966.

BRASIL. **Lei n.º 6.404/1976**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 15 de dezembro de 1976.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n.º 796.376**. Repercussão Geral. Rel.: Min. Marco Aurélio. Rel. para acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, Diário da Justiça Eletrônico de 25.08.2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1977.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CURITIBA. **Lei Complementar n.º 108**, de 20 de dezembro de 2017.

FOLLADOR, Guilherme Broto; VALLE, Maurício Dalri Timm do. A Imunidade do ITBI sobre as Operações de Transmissão Imobiliária Efetuadas em Realização do Capital de Pessoa Jurídica. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 46, p. 199-235. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das Companhias**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2013.

HUBERT, Ivens Henrique. Capital social: noções gerais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 58, dezembro 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 10. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Nélio Coelho Benito¹

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, o processo de consumo deve ser interpretado como uma ação complexa de possibilidades, significados e sentidos, tornando-se elemento essencial das relações sociais, organizado em um sistema de comunicação para marcar diferenças ou agrupar semelhanças. É possível depreender que o consumo influi diretamente sobre os indivíduos gerando um sentimento de inclusão e pertencimento.

O consumir passa a ser percebido como processo de mediação de relações sociais, com a existência de uma desigualdade natural concebida pelas diferentes posições de interesses nas partes envolvidas, consistente de um lado no poderio econômico e a ideia do lucro, e de outro da necessidade de consumir para o desenvolvimento de praticamente todas as atividades humanas, razão pela qual surge a necessidade de criação de mecanismos para reorganizar referidos hábitos culturais.

No entanto, a desigualdade nas relações de consumo precisa ser analisada de forma acurada, a fim de limitar a relação contratual em virtude do poder econômico, técnico ou jurídico do fornecedor em detrimento da parte hipossuficiente. Nesse cenário, o Estado passa a intervir na defesa do consumidor, no intuito de limitar sua vulnerabilidade, trazendo inclusive, em seu artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, o preceito fundamental de defesa do consumidor.

No presente trabalho será analisada a tutela da informação na sociedade de consumo, bem como, a informação no plano privado, a vulnerabilidade informacional do consumidor, sua fragilidade e a existência de determinados grupos/categorias que por alguma condição possuem suas

1 Advogado. Professor Universitário. Mestre em Direitos Humanos e Fundamentais pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil.

faculdades pessoais alteradas, necessitando de uma proteção maior, sendo denominado de consumidores hipervulneráveis ou de vulnerabilidade agravada, em especial os consumidores infantis.

2. CONSUMO NA SOCIEDADE MASSIFICADA

Na sociedade contemporânea, o ato de consumir geralmente é interpretado em dois modos, o primeiro ligado a gastos inúteis e compulsivos, resultantes dos canais de comunicação de massa, os quais persuadiriam os indivíduos a adquirir bens, geralmente desnecessários, e o segundo, considerado como um ato extremamente autônomo e individualista, no qual os sujeitos totalmente livres de constrangimentos de modo arbitrário realizam suas escolhas.

No entanto, o processo de consumo se mostra bem mais complexo do que as relações imediatas pressupostas nessas acepções correntes. Nenhuma relação social é direta e objetiva num sentido estrito. Geralmente é mediada, dependendo do contexto na qual se encontra inserida, seja pela família, grupo de trabalho, escola, mídia e outros tantos fatores envolvidos nos processos de interação e negociação que qualquer rede social pressupõe. Razão pela qual, o consumo deve ser interpretado como uma ação muito mais complexa de possibilidades e significados do que qualquer reducionismo possa supor.

A sociedade de consumo caracteriza-se, antes de tudo, pelo desejo socialmente expandido da aquisição “do supérfluo”, do excedente, do luxo. Da mesma forma, se estrutura pela característica da insaciabilidade, da constante insatisfação, na qual uma necessidade preliminarmente satisfeita gera involuntariamente outra necessidade, em um ciclo vicioso que não se esgota, num *continuum* em que o final do ato consumista é o próprio desejo de consumo (Retondar, 2008).

A partir do processo de globalização, as transformações culturais costumam ir além de uma relação entre as necessidades e os bens para satisfazê-las. Constituem-se como o conjunto de processos socioculturais em que se realizam a apropriação e os usos de bens e produtos. O consumo é uma prática social materializada na produção e circulação dos bens. Assim, pode ser compreendido como uma *prática cultural*, na qual se constroem significados e sentidos. O consumo na contemporaneidade se torna um elemento essencial para a compreensão de processos constitutivos das relações sociais e de produção simbólica (Canclini, 1999).

Para Laura Both, a relevância desse duplo papel das mercadorias na vida social, além de proporcionar a subsistência, as mercadorias estabelecem relações sociais para tornar visível e estável as categorias de uma cultura; salienta que o consumo não é somente um fato social coercitivo, extenso e externo, vez que trata de uma representação coletiva, mas, também, um fato público e cultural. Assim, o consumo consiste em uma realização individual e opera como um sistema de classificação de pessoas, grupos sociais e estilos individuais, organizado em um sistema de comunicação para marcar diferenças ou agrupar semelhanças (Both, 2018).

Em síntese, o próprio campo econômico, da denominada sociedade “Ocidental”, “de mercado” ou do “contrato”, é orientado essencialmente da lógica de uma sociedade de consumo, a qual norteia o comportamento das pessoas. Isso se tornou um comportamento compulsivo, ou seja, compulsão pelo consumismo, em que o domínio do dinheiro é tido como propulsor da vida, no poder de aquisição de bens/produtos (Lipovetsky, 2007).

É possível depreender que é por meio do consumo que se cria um sentimento de pertencimento. Fica notório que o consumo influi sobre os indivíduos referências de pertencimento, o que afeta não somente a nossa identificação com determinados hábitos culturais, indo além, pois também causa um sentimento de inclusão enquanto cidadãos no(s) local(is) em que os indivíduos se sentem parte.

A expressão consumo advém do comércio e da economia, com a apropriação de bens para satisfação de necessidades e anseios pessoais. Já o consumismo, conforme denota Giacomini Filho, é mais um consumo extravagante e espúrio de bens, que pode ser classificado como impulsivo, exagerado, não planejado e desnecessário (Giacomini, 1991).

Para Baumann, o consumo pode ser considerado como algo corriqueiro, comum, praticado todos os dias, podendo ser realizado de modo que cause prazer ou simplesmente como fato que faz parte da nossa rotina, compartilhada com os outros indivíduos; chega a mencionar que é “um elemento inseparável da sobrevivência”. Para o sociólogo polonês, a problemática não cinge ao consumo em si, mas é o momento em que esse deixa de ser algo banal e passa a ser considerado algo primordial que ele classifica de consumismo (Baumann, 2008).

Deste modo, consumismo difere diametralmente de consumo, sendo o primeiro um atributo social de manipulação e que chegou a se tornar uma espécie de razão central da existência humana, enquanto o outro

(consumo) pode ser considerado uma característica do indivíduo como ser humano, chegando a ser um elemento biológico de sobrevivência, compartilhado entre seus semelhantes. Com isso, o autor classifica o consumismo como um “atributo da sociedade”, que adquire uma capacidade individual de aspiração, sendo que se manipulam vontades e possibilidades de escolhas.

A principal característica da sociedade de consumo é a transformação dos consumidores em mercadorias, sua subjetividade (estado de sujeito) passa a estar vinculada à sua vendabilidade enquanto mercadoria (coisa). Assevera Baumann que “os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo”, sendo “qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade” (Baumann, 2008, p. 112).

A sociedade de consumo reifica o consumidor, o qual é tratado como objeto, o desconsiderando em sua humanidade, e, segundo Sarlet, a concepção de homem-objeto é contrária à noção de dignidade humana (Sarlet, 2007). Baumann define o consumismo como a síndrome cultural que consiste na negação da procrastinação e da vantagem em retardar a satisfação, sendo estes os pilares da sociedade de produtores (Baumann, 2008).

A cultura do consumo aumentou o valor da novidade acima do valor da durabilidade; diminuiu o espaço de tempo entre a vontade e sua realização; houve a modificação da percepção de utilidade e das vantagens das posses, modificando a compreensão como inúteis, e entre os objetos de desejo, o consumismo colocou de lado as posses duráveis com relação ao bom aproveitamento (Galbraith, 1987).

Para Baumann, o termo “liquidez”, como antônimo de solidez, que é o caso da sociedade globalizada, em que nada é permanente, tudo se resume ao rápido e fugaz, e faz menção à chamada obsolescência programada, que, rapidamente falando, é a forma na qual os produtos colocados no mercado logo se tornam obsoletos/ultrapassados, tudo isso previamente programado pelo fornecedor (Baumann, 2008).

Para Galbraith, a produção acompanha tendências de um sentimento de pertencimento social muito forte ao consumo. Para ele, denominar “sociedade de consumo” é o mesmo que dizer que os desejos passaram a ser muito mais rápidos e ansiosos, em que o consumo seria um fim em si mesmo. Salieta que a propaganda, o qual denomina de “arte de vender”, consiste em um propulsor de cobiça e desejos materiais, o que acaba por

estimular a oferta de bens e serviços. A publicidade desempenha aí um papel fundamental à medida que, através de seu discurso, reafirma a noção de indivíduo enquanto efetivo agente do processo social, transfigurado na imagem do *indivíduo-consumidor* (Galbraith, 1987, p. 16).

O consumir passa, neste caso, a ser percebido como processo de mediação de relações sociais, é nesse panorama que surge a necessidade de equilibrar as relações sociais, marcadas por um desnível natural imposto pelas diferentes posições e interesses das partes envolvidas no fenômeno consumerista, de um lado o poderio econômico e a ideia do lucro, do outro a necessidade de consumir para o desenvolvimento de praticamente todas as atividades humanas, sendo necessária a criação de novos mecanismos para reorganizar os hábitos culturais, associada à condição de fragilidade dos consumidores diante dos agentes da relação de mercado, objetivando especial proteção destes cidadãos.

3. A CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO E A INTERVENÇÃO ESTATAL

Com o avanço da globalização econômica, a pressão ocasionada pelo Estado Social acarretou uma contradição entre a demanda econômica do Estado mínimo, dominado pelo mercado, e a demanda social regulatória, produzindo uma tensão entre globalização econômica e Estado Social (Lôbo, 2001). Assim, a ordem econômica constitucional, independente da ingerência legislativa, judiciária e administrativa, será garantidora do Estado Social.

Esse panorama gerou graves consequências sociais, em virtude da ampla autonomia individualista, decorrente do constitucionalismo liberal e segregação das classes economicamente desfavorecidas, impossibilitando o desenvolvimento da sociedade. Isto levou o Estado a uma intervenção crescente em favor do bem-estar e da justiça social, como instrumento de regulação da ordem econômica, estabelecendo novos padrões de conduta e a promoção de cooperação dos indivíduos no alcance dos objetivos da sociedade (Amaral, 2001).

A necessidade desta política intervencionista do Estado Social de Direito produziu uma tensão entre o Direito Público e o Privado, por meio da limitação da vontade das partes pela política estatal de dirigismo contratual. Deste modo, o contrato, que era o principal instrumento jurídico de regulação das relações consumeristas, passou a receber normas de

ordem pública, com o objetivo de recomposição do equilíbrio negocial, ocasionando o surgimento da constitucionalização do direito civil.

Diante de tal fato, o intervencionismo estatal fez com que o direito privado fosse permeado por elementos do direito público, e os preceitos constitucionais passaram a criar regras e influenciar as relações jurídicas privadas, com o reconhecimento de que até então era propagada igualdade entre partes puramente formal e não material.

O direito do consumidor, englobando o direito à informação, constitui importante papel regulatório, em virtude de suas regras tutelares que restringem a liberdade irrestrita de mercado. Afinal, a presunção de vulnerabilidade jurídica impõe ao direito a tarefa de equilíbrio material nas relações de consumo (Lôbo, 2001).

Como o consumo é essencial para a manutenção da economia e bem-estar social no qual está inserido, integrando condições mínimas necessárias para a sobrevivência, e se correlaciona a inúmeros direitos e garantias fundamentais, repercutindo em vários âmbitos, atualmente é preciso pensar em sociedade sustentável, em mercados éticos, em política democrática e constitucional, sendo preciso reflexionar em uma tutela de consumo (Vicente, 2009).

No direito privado, a igualdade e a autonomia da vontade sempre estiveram ligadas, para que as pessoas pudessem exercer de forma livre suas relações jurídicas, em condições igualitárias, para que tomem as decisões inerentes aos seus interesses patrimoniais ou pessoais.

Dentro do direito privado, o direito civil pauta-se nas relações entre sujeitos com liberdade e igualdade para exercerem seus mais diversos interesses através de negócios jurídicos que podem ser pactuados. A liberdade é pressuposto para que os sujeitos de direito possam atuar de forma livre conforme seu entendimento, vez que são detentores de autonomia privada. A igualdade é pressuposto para os sujeitos privados atuarem no mesmo plano, com as mesmas condições.

A não interferência do Estado se justificava na liberalidade dos indivíduos em contratar; o Estado, como regra, intervinha para determinar o cumprimento do contrato e não para apontar abusividades ou irregularidades, pois se entendia que, se assumisse o contrato, o considerava justo.

Como a estrutura liberal encontrava-se desatualizada, passou-se a refutar a prática contratual consubstanciada na liberdade, e a presença do

Estado passou a auxiliar estas distorções no âmbito das relações privadas. O contrato como instrumento de bens e serviços sofre profundas modificações no âmbito da liberdade contratual, e também na liberdade de contratar.

Desse modo, surge a necessidade da atuação do direito com vistas a efetivar um equilíbrio contratual. Assim, por esta nova ordem constitucional, passa o Estado a ter necessidade de intervir em determinadas relações, com o escopo de regrar a liberdade do desenvolvimento individual, em uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e os direitos sociais, objetivando a efetivação do princípio da dignidade da pessoa.

Com as mudanças sociais ocorridas, as relações contratuais de consumo passaram a considerar uma particular fragilidade ao sujeito que integra esse tipo de relação: o consumidor. A proteção do consumidor relativizou alguns dogmas contratuais clássicos, como exemplo a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos, para acompanhar as mudanças sociais e econômicas na cadeia produtiva. Foi perquirida uma liberdade contratual alçada em soluções mais justas e equilibradas para os sujeitos privados em desvantagem negocial, e, assim, há de se reconhecer que a tutela dos consumidores está estritamente ligada à liberdade contratual (Marques, 2014).

O reconhecimento de que nas relações negociais existem partes em situação privilegiada, e, com isso, possuem condição de transferir seus riscos e custos profissionais para os outros, no caso, os mais fracos, é aspecto relevante para considerar o alcance da igualdade material. Tornou-se necessário limitar também a liberdade de alguns, estabelecer uma maior solidariedade no mercado e assegurar direitos de ordem pública aos mais fracos.

Dessa maneira, a igualdade é um direito fundamental, portanto deve ser protegido e efetivado pelo Estado, de modo que em uma relação contratual em que um dos sujeitos se encontra em desvantagem é atribuído respaldo jurídico para que o Estado proteja os consumidores, inicialmente, como efetivação de um direito fundamental, e, na sequência, como reconhecimento de que existe um nítido desequilíbrio na relação que desfavorece a um dos seus sujeitos.

Sobre o princípio da igualdade nas relações que envolvem particulares, em uma perspectiva da relação de igualdade entre as partes deve

haver: “uma imposição constitucional de atuação estatal pautada pela remoção dos obstáculos a uma efetiva igualdade entre os cidadãos não pode, desde logo, deixar de determinar uma orientação legislativa e jurisdicional no sentido de integrar as posições de desequilíbrio contratual através de medidas tuteladoras da capacidade real das partes contratualmente débeis” (Prata, 2010, p. 105). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “sem agravos à isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente” (Mello, 2008, p. 25).

Torna-se evidente o interesse pelo equilíbrio contratual para que um dos sujeitos não sofra tantos prejuízos; vislumbra-se a necessidade da efetivação de uma igualdade material em detrimento de uma igualdade formal. Cumpre consignar que tratar do princípio da igualdade consiste na difícil tarefa de interpretá-la, não sendo a intenção do presente estudo, de modo que é preciso apenas fazer a ligação entre o referido princípio e o direito do consumidor, entre a isonomia constitucional e a vulnerabilidade como razão de sua proteção frente aos profissionais.

Sendo tal fato o que ocorre com a proteção dos consumidores, existindo o reconhecimento de sua fragilidade diante de profissionais, ou seja, grupos de pessoas e indivíduos desiguais, a partir deste aspecto discriminam-se os grupos, razão pela qual é necessária a atribuição de um tratamento diferenciado.

Diante de tais elementos, é possível constatar que tais fatores convergiram para que o contrato fosse tratado sob uma nova perspectiva, substanciada na ideia de que a autonomia individual passa a ser substituída por uma política econômica de defesa dos mais fracos, no caso os consumidores, razão pela qual a justificativa de uma intervenção estatal no domínio do direito privado diante da existência deste desequilíbrio excessivo entre os sujeitos privados.

O panorama contemporâneo dos contratos pauta-se na intervenção estatal, disso não nos resta dúvida. Além de outros instrumentos legais que sejam criados para que haja esta interferência do Estado no direito, houve um outro fenômeno de grande importância, denominado por muitos doutrinadores de constitucionalização do direito civil.

4. A INFORMAÇÃO CLARA E PRECISA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O direito do consumidor integra o interesse público social e se correlaciona com o direito público constitucional, tendo em vista que as relações de consumo são transindividuais. Na legislação brasileira, a Constituição, de forma explícita, incluiu a defesa do consumidor como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, CF/88), e devido à sua importância assegurou a todos o direito à informação (artigo 5º, XIV, CF/88).

O papel da comunicação nas relações de consumo ganha contornos relevantes, tendo em vista que informação é mercadoria para a indústria de comunicação, bem como, comunicação é bem que as pessoas podem trocar, chegando à premissa de que quem comunica assume a posição de fornecedor de produtos e serviços, sendo a informação um bem jurídico (Lôbo, 2001).

O acesso à informação clara e adequada com relação a produtos e serviços colocados à disposição do consumidor deve assegurar os esclarecimentos corretos, claros, precisos, ostensivos e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, dentre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança do consumidor (CDC, art. 31).

A correção significa que as informações devem ser verdadeiras, não induzindo o consumidor a erro; como o próprio nome indica, devem ser corretas, apropriadas e verdadeiras. A clareza pode ser compreendida como aquela informação que é entendida de imediato e com facilidade, sem abreviaturas que dificultam a sua interpretação. A precisão se refere à informação exata, definida, e que seja física ou visualmente ligada ao produto a que se refere, sem embaraço físico ou visual, e que seja necessária, de indispensável conhecimento do contratante dos bens e serviços. A ostensividade é algo patente, evidente, que salta aos olhos; de fácil acesso e compreensão. A legibilidade refere-se a que deve ser em língua portuguesa e com letra em tamanho legível, ou seja, com caracteres nítidos.

O atendimento a esses requisitos nas mensagens informativas visa dotar o consumidor de elementos objetivos de veracidade que possibilitem conhecer os produtos e serviços e exercer suas escolhas, sendo elementos necessários para se estabelecer a comunicação entre consumidor e fornecedor. Para Paulo Lôbo, deve integrar o direito à informação a garantia à

cognoscibilidade, ou seja, o que pode ser conhecido e compreendido pelo consumidor, por meio de um critério geral de apreciação das condutas em abstrato, considerando o comportamento esperado do consumidor típico em acontecimentos normais (Lôbo, 2001).

De acordo com Clemerson Clève, existem aspectos que ligam as relações de consumo ao direito à informação: o primeiro consiste no direito do consumidor conhecer o produto, podendo compará-lo a outros semelhantes; o segundo, na possibilidade de exigência de correspondência entre o produto anunciado e o que foi oferecido; o terceiro, à pluralidade e à indeterminação do universo que receberá a mensagem e as diferentes formas de recebê-lo, verificando, em especial, a condição dos que ostentem uma capacidade limitada de discernimento; e, por fim, o direito do consumidor de saber que está recebendo informação publicitária (Clève, 2005).

Da análise dos itens acima, temos que o acesso à informação (neste caso, não importando se informação técnica ou publicitária) deve ser adequado, não consistindo em informação abusiva e tampouco enganosa, devendo o consumidor conhecer antecipadamente o produto ou serviço que está adquirindo, tendo garantia de que receberá o produto ofertado, bem como, possuir a consciência de que se trata de um discurso publicitário que objetiva vender algo.

Importante frisar que quando se fala em acesso à informação nas relações de consumo, o papel do Estado não se limita ao de exigir que o fornecedor preste determinadas informações ao consumidor, mas, também, de evitar que se distorça a percepção do consumidor com relação ao produto. Deste modo, recai sobre o fornecedor uma dupla obrigação com relação ao acesso à informação, ou seja, a obrigação de prestar ao consumidor informações relevantes de forma clara e, por outro lado, o de obedecer a restrições de forma e conteúdo na prestação destas informações.

Sobre tais restrições, ainda que os órgãos competentes não tenham agido no sentido de delimitar exatamente a forma como o fornecedor deve anunciar, por exemplo, eventuais malefícios decorrentes do consumo de seu produto, é papel do poder público (inclusive do judiciário) agir em defesa do vulnerável, uma vez que cabe à legislação, incluindo aí a Constituição da República, a defesa do consumidor (CF, art. 5º, inc. XXXII).

Ademais, as relações de consumo encontram, ainda, a “valorização do paradigma da confiança, pois nossos tempos parecem fadados ao aumento dos litígios e da desconfiança entre agentes econômicos (classes e

instituições), claros reflexos no direito privado” (Marques, 2007, p. 21). O contexto atual demonstra a essencialidade da tutela da confiança do consumidor. O consumidor não confia em seu fornecedor de serviços. O fornecedor, em seu consumidor.

Por esta razão, e como resultado do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor preocupa-se com a tutela da confiança do consumidor, protegendo, assim, as expectativas legítimas criadas em uma relação negocial.

Desta forma, entende-se que a tutela da confiança é indispensável no âmbito consumerista, haja vista que aquele que consome deposita uma confiança no fornecedor do produto e serviço, criando uma expectativa concernente ao objeto daquela relação de consumo, a qual merece ser devidamente atendida, em observância aos direitos do consumidor positivados pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nessa senda, quando se adquire um bem, a expectativa de que ele supra com sua função, dentro de um determinado tempo aceitável para cada tipo de produto, é confiada ao fabricante, que, caso haja dolo, vai programar o produto para não ser tão durável quanto poderia. Aqui também podemos suscitar a questão da informação correta, que obrigatoriamente se liga ao fato da confiança.

Tal princípio está intimamente ligado ao modo como os fabricantes agem em relação à durabilidade dos produtos que colocam no mercado, ele visa proteger a boa-fé das relações de consumo, trata-se de uma resposta para proteger a massificação das relações de consumo, bem como das práticas usadas para negociação no mercado, da mesma forma que a conscientização e esclarecimento por parte do Poder Público deveriam aproximar consumidores e fornecedores, a fim de evitar abusos (Marques; Benjamin, 2006).

Consiste em uma prática da indústria que visa estimular o consumo, reduzindo a expectativa de utilização de determinados produtos, de maneira a impulsionar a fabricação, conhecido por obsolescência programada. Como exemplo prático é possível mencionar em caso de um produto eletrônico com longa expectativa de duração, mas que pouco tempo após a compra já precisa ser substituído por conta da incompatibilidade com novos sistemas, ou ainda produtos dos quais se espera uma vida útil, mas que param de funcionar repentinamente.

Tal atitude viola de forma clara o dever de transparência. Claudia Lima Marques coloca a transparência como dever de informar sobre o bem, e classifica: transparência é veracidade, respeito e maior clareza. Considera-se veraz a informação correspondente às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos. A publicidade não verdadeira, ou parcialmente verdadeira, é considerada enganosa, e o direito do consumidor destina especial atenção a suas consequências (Marques; Benjamin, 2006).

Nesse sentido, os requisitos da informação, conforme estabelece Lôbo – adequação, suficiência e veracidade –, devem estar interligados no momento que se presta a informação. Brevemente, adequação é a forma como os meios de informação estão em relação com o conteúdo do bem ou serviço, ou seja, os meios devem ser compatíveis com o produto, sendo o anúncio claro e preciso, visando conhecimento e compreensão do público alvo. Já quando se fala em suficiência, tem relação com a forma como a informação deva ser prestada – clara e completa –, e, assim, sem qualquer omissão ou lacuna (Lôbo, 2001).

5. A HIPERVULNERABILIDADE INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR, COM ENFOQUE AO CONSUMIDOR INFANTIL

A vulnerabilidade física, psíquica ou social do consumidor justificaria uma vulnerabilidade especial? E, portanto, um tratamento especial, uma vez que há certos grupos de consumidores que precisam de tutela especial por parte do ordenamento jurídico, para ser assegurada igualdade jurídica com o objetivo de mitigar a desigualdade material?! Para isso, buscar-se-á uma análise das questões jurídicas, com instrumentos suficientes para o restabelecimento da isonomia e reafirmação da dignidade dos consumidores marginalizados pela sociedade.

É preciso ressaltar a importância da construção da noção de vulnerabilidade, com uma ínsita relação com o princípio da igualdade, para alcançarmos uma “especial vulnerabilidade” dos consumidores, uma vulnerabilidade que parte da presunção ampla, geral, de uma relação jurídica em que encontram os consumidores e profissionais, trata-se de uma presunção absoluta de vulnerabilidade.

A elevação da quantidade de empresas, gêneros de produtos e serviços, torna cada vez mais complexo, aos consumidores, o conhecimento das técnicas empregadas na produção dos produtos de consumo. Ao seu

turno, o consumidor assume cada vez mais os riscos gerados por bens colocados em circulação, justamente pelo fato de desconhecer o modo de sua produção.

Neste cenário, conforme mencionado anteriormente, existe a necessidade de repor um mínimo de igualdade nas relações em que os consumidores representam claramente a parte mais fraca diante dos perigos para os bens pessoais e para a sua dignidade individual, o que aprofunda a desigualdade.

No entanto, existe a possibilidade de que esta desvantagem do consumidor possa ser agravada ou acentuada por determinados fatores pessoais, como a idade, condição física, cultural, entre outros fatores, ou seja, a limitação suportada habitualmente pelos consumidores pode ser ampliada por influência de uma situação especial, de modo a interferir ainda mais na sua liberdade de escolha frente ao mercado de produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor também é reconhecido na literatura como o Código dos Desiguais, uma vez que protege os mais fracos e mais vulneráveis, respeitando as diferenças em busca do equilíbrio. Claudia Lima Marques destaca a origem da expressão *Vulnus, vulnerare*, que significa ferida, pois vulnerável é aquele que pode ser, foi ou será facilmente ferido (Marques, 2015). Daí a necessidade de o direito proteger os que apresentam as condições de vulnerabilidade.

No Brasil, a referência da expressão hipervulnerabilidade foi utilizada pela jurisprudência em recentes decisões, a precursora ocorreu em um Recurso Especial n.º 586.316 do STJ, cujo relator, Ministro Herman Benjamin, atribuiu a nomenclatura a esta vulnerabilidade especial e, também, foi acompanhada pela doutrina da área e demais tribunais pátrios.

No referido julgado, o Ministro Herman Benjamin adotou a expressão de hipervulnerável ao julgar a suficiência ou não dos dizeres “contém glúten”, veiculados em embalagens de alimentos industrializados, considerando os riscos à saúde e segurança de consumidores celíacos, no qual foi necessária a identificação e indicação de consumidores hipervulneráveis, no caso, os celíacos.

Da mesma forma que certos grupos de consumidores são hipervulneráveis, merecendo tutela especial por parte do ordenamento jurídico, é possível identificar outros grupos da sociedade que estão em situação semelhante.

Com efeito, o microsistema de tutela do consumidor possui como elemento central de sua normatização o princípio de vulnerabilidade presumida de todos aqueles se enquadram como consumidores, disposto no inciso I, do art. 4º, da Legislação Consumerista.² É diante dessa desigualdade nas relações de consumo que o Estado deve intervir com o objetivo de atenuar a desigualdade entre os sujeitos (Filomeno, 2011).

Cumpra um pequeno esclarecimento, pois não se deve confundir a vulnerabilidade, princípio amplo, com hipossuficiência, sendo esta uma debilidade processual que permite ao julgador inverter o ônus da prova em favor do consumidor, sendo uma terminologia do direito social que remete para ideia de pobreza econômica, ou seja, ele é vulnerável, mas pode ou não ser hipossuficiente. De modo que a hipossuficiência resta caracterizada como a vulnerabilidade processual, porque, apesar de ser vulnerável, numa demanda judicial ele poder ter condições de provar o direito frente ao fornecedor (Marques, 2014).

Claudia Lima Marques assevera que a vulnerabilidade seria “a situação de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (...) ou idade alentada (...) ou sua situação de doente” (Marques, 2014, p. 360). Neste sentido, os consumidores vulneráveis (ou hipervulneráveis) são um grau excepcional da vulnerabilidade geral e presumida dos consumidores. Ada Pelegrini Grinover acrescenta que “entre todos os vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo” (Grinover, 2007, p. 381).

Desta forma, a vulnerabilidade geral é presumida, enquanto a vulnerabilidade particular (ou hipervulnerabilidade) é inerente e especial à situação pessoal dos consumidores. “A vulnerabilidade agravada é assim como a vulnerabilidade um estado subjetivo multiforme e pluridimensional, e que,

2 Artigo 4: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - *reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo* [...]” (sem grifos no original); (Brasil. Código de Defesa do Consumidor, 1990).

com base no princípio da igualdade e da equidade, pode se incluir outros fracos” (Marques; Miragem, 2012, p. 202).

Uma questão que surge desta temática se refere à situação especial de temporalidade, capaz de interferir no comportamento econômico dos grupos de consumidores; no caso, a idade, por ser um fator importante de interferência na decisão dos consumidores quando estes se encontram em uma fase de senilidade, e por isso têm sua percepção alterada por condições fisiológicas inerentes ao ser humano. É possível que o avanço da idade tenda a dificultar e a alterar o comportamento psicológico do consumidor idoso, de maneira que é um caminho sem volta e, portanto, a particular vulnerabilidade é permanente.

Ainda dentro do contexto da idade como fator de especial vulnerabilidade, podemos mencionar as crianças e adolescentes, que, por não terem o seu desenvolvimento mental completo, ou seja, por não possuírem maturidade psicológica que lhes permita discernir sem influências exteriores, a publicidade neste grupo de consumidores tem se mostrado influente nas suas escolhas no mercado de consumo, pois consistem em um grupo de consumidores particularmente vulneráveis frente ao mercado. Neste caso específico, a situação especial é temporária, pois com o avanço da idade estes consumidores tenderão a alcançar um nível de maturidade, permitindo-lhes uma maior consciência na decisão de contratar diante dos profissionais.

A vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade tem justificativa constitucional, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, especificamente as crianças, os adolescentes, os portadores de deficiências e os idosos, aplicando-o como solução para a tutela de pessoa consumidora no negócio jurídico em face do mínimo existencial, uma vez que o citado princípio “institui cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo reconhecimento e influência de interesses não patrimoniais sobre relações interprivadas” (Pinheiro; Deltroz, 2012, p. 144).

É cediço que a criança é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, nos termos do art. 3º do Código Civil, devendo ser representada legalmente por pai, mãe ou tutor, conforme o caso, por não dispor de capacidade de exercício ou capacidade de fato. No entanto, que essa condição não impeça que a criança figure em um dos polos da relação jurídica de consumo, fazendo jus à proteção prevista no CDC, sendo incontestável a condição de criança consumidora, a qual é marcada pela sua intensa participação nas compras da família, estes “pequenos” consumidores são atacados

diuturnamente com mensagens publicitárias, pelos mais diversos meios de comunicação. Para que seja possível dimensionar esse nicho do mercado, um artigo científico, publicado no ano de 2008, estimou que este segmento influencia sozinho 1,18 trilhões de dólares por ano, através do próprio dinheiro e da influência que têm sobre as compras dos pais (Revista Psique Ciência e Vida, 2008).

Deste modo, conforme mencionado no capítulo anterior, o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria finalista mitigada (na qual a vulnerabilidade é o critério interpretativo para a proteção do consumidor). A fórmula constante do código permite que a tutela jurídica “incida não só sobre o consumidor-adquirente, mas também sobre o consumidor-vítima e o destinatário final da publicidade ou da promoção de vendas” (Campos, 1996), considerando que essa categoria carrega uma presunção de acúmulo de vulnerabilidade, portanto considerada como consumidora.

Tratando-se de publicidade, este é o meio que decididamente contribui para orientar a escolha destes consumidores para aquisição do produto. Hoje, a publicidade é fartamente veiculada na televisão, cinema, rádio, livros e todas as demais plataformas digitais, disponíveis na internet, as quais influenciam as escolhas e embalagens de produtos, sendo capaz de convencer crianças e pais, que também têm um papel relevante nesta relação criança e profissional (Marques; Miragem, 2012, p. 126). Outro exemplo pode ser o da fragilidade de tais consumidores diante dos fornecedores de alimentos e bebidas que não são saudáveis, que não poupam esforços publicitários para divulgação dos seus produtos ao público infantil, suscetível de fácil convencimento e poder de influência junto aos pais.

A questão da hipervulnerabilidade, também chamada de vulnerabilidade agravada, da criança no mercado de consumo, foi questionada no Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2007, na campanha publicitária denominada “É hora do Shrek”, do anunciante Bauducco, por meio da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo, juntamente com uma organização não governamental que promove a defesa das crianças sobre questões relacionadas ao consumo, denominada Alana (Portal Alana, 2016).³

3 ALANA – Criança e Consumo: Criado em 2006, o programa é multidisciplinar e atua em diferentes esferas para promover o tema e fomentar o diálogo. Recebe denúncias de publicidade abusiva dirigida às crianças e atua por meio de ações jurídicas, pesquisa, educação e advocacia, influenciando a formulação de políticas públicas e o amplo debate na sociedade civil (Criança e Consumo. **Portal Alana**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://alana.org.br/project/crianca-e-consumo/>. Acesso em: 12 mai. 2023).

Na referida ação foi alegada abusividade da campanha por se dirigir ao público infantil e o fato de se tratar de venda casada; o julgamento paradigmático do Recurso Especial n.º 1558086/SP⁴ criou o primeiro precedente que considerou abusiva a publicidade de alimentos dirigida direta ou indiretamente ao público infantil. A decisão constituiu uma importante etapa do desafio enfrentado pela sociedade brasileira nesse campo, ao reconhecer a vulnerabilidade agravada das crianças, além de protegê-las de práticas publicitárias abusivas que conduzem à cultura do consumo.

Os julgados não objetivam limitar ou restringir o direito à informação que se reconhece em relação à publicidade, e consequentemente o direito dos consumidores serem informados sobre produtos e serviços, mas uma limitação do uso de recursos técnicos de persuasão de crianças consumidoras, desvinculados de um conteúdo meramente informativo, utilizados tão somente para atrair a atenção e promover o produto ou serviço.

Ademais, o reconhecimento da presunção absoluta de vulnerabilidade a todos os consumidores não significa que todos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor, inexistente uma homogeneidade dos consumidores e o regime de tutela, previsto na legislação consumerista, não pode negar as diferenças existentes entre os próprios consumidores e por consequência seu grau de vulnerabilidade.

4 “PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF. 2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente “venda casada”, ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC). 3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha “Gulosos”. Recurso especial improvido.” (sem grifos no original) (Brasil. Superior Tribunal de Justiça [2ª Turma]. Processual civil. Direito do consumidor. Ação civil pública. **Recurso Especial n.º 1.558.086**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Ministro Humberto Martins, julgado: 10 de março de 2016; DJe: 15 de abril de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495560&num_registro=201500615780&data=20160415&formato=PDF. Acesso em: 25 mai. 2023).

6. CONCLUSÃO

O consumo gera um sentimento de pertencimento social, e o consumir passa a ser percebido como processo de mediação das relações sociais, gerando um sentimento de inclusão nos indivíduos; o qual pode ser prejudicial, deixando o cidadão de atuar como simples consumidor, o qual adquire bens para a satisfação de suas necessidades e anseios, passando a ser classificado como consumista (consumo extravagante e espúrio de bens). A publicidade desempenha aí um papel fundamental à medida que, através de seu discurso, reafirma a noção de indivíduo enquanto efetivo agente do processo social, transfigurado na imagem do indivíduo-consumidor.

A propagação dessa lógica surgiu com as mudanças estruturais ao longo do tempo, e o consumo passou a possuir papel de destaque no desenvolvimento econômico como elemento de mediação de novas relações e processos que se estabelecem no plano cultural das sociedades modernas, momento em que a sociedade reifica o consumidor, o qual passa a ser tratado como objeto, o desconsiderando em sua humanidade, contrariando a noção de dignidade humana, e nesse panorama foi verificada a necessidade de equilibrar as relações sociais, marcadas por um desnível natural imposto pelas diferentes posições e interesses das partes envolvidas no fenômeno consumerista.

A proteção do direito à informação deve ser conferida a todo cidadão, com a devida cautela para que não se exclua parcela de interessados diante dessas novas relações jurídicas; ou seja, deve se buscar a maneira mais segura para garantir os direitos fundamentais nesse novo paradigma de relações sociais, econômicas e jurídicas, impedindo sua violação.

Desta forma, o Estado aparece como regulador e fiscal da relação entre fornecedor e consumidor, visando garantir amparo à parte mais fraca, garantindo o acesso a informações de características de determinados produtos ou serviços que fazem parte do rol das informações privadas da empresa, mas é de extrema importância que o consumidor tenha acesso a tais informações para formar sua decisão.

Deste modo, o contrato, que era o principal instrumento jurídico de regulação das relações consumeristas, passou a receber normas de ordem pública, com o objetivo de recomposição do equilíbrio negocial, ocasionando o surgimento da constitucionalização do direito civil.

Diante de tal fato, o intervencionismo estatal fez com que o direito privado fosse permeado por elementos do direito público, e os preceitos constitucionais passaram a criar regras e influenciar as relações jurídicas privadas, com o reconhecimento de que até então era propagada igualdade entre partes puramente formal, e não material.

Neste contexto, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, passou-se a tratar de modo específico do direito à informação, chegando à conclusão de que o direito fundamental à proteção jurídica do consumidor visa ao resgate da sua dignidade humana, consubstanciado tanto na tutela da sua vida e integridade física, como econômica.

Assim, a informação disposta no artigo 6º, III, do CDC, é gênero do qual a oferta e a publicidade são espécies, uma vez que a publicidade e a oferta são os meios de se processar a informação e persuadir o cidadão a adquirir determinado produto e serviço, bem como, as mensagens informativas devem integrar a garantia a cognoscibilidade, a qual consiste na facilitação das condições gerais, ou seja, o que pode ser conhecido e compreendido pelo consumidor, por meio de um critério geral de apreciação das condutas em abstrato.

A proteção do indivíduo se justifica pelo fato de que a liberdade jurídica pode não ocorrer caso estejam ausentes os pressupostos fáticos para a sua observância. A proteção contra discriminação ocorre em virtude da proteção à dignidade humana, limitando a liberdade de um em favor do outro.

Alguns grupos de consumidores demandam maior proteção, muito embora já se encontrem reconhecidos nos sistemas jurídicos comparados, não são devidamente protegidos, são os consumidores denominado de hipervulneráveis, ou com vulnerabilidade agravada, consistente nos consumidores idosos, crianças, doentes, analfabetos ou pessoas com o desenvolvimento mental incompleto.

Nas relações de consumo temos o consumidor vulnerável, e existem determinados grupos/categorias que, por alguma condição, alteram ou limitam suas faculdades pessoais de maneira acentuada, necessitando de uma proteção mais efetiva daquele consumidor que mantém sua vulnerabilidade geral, típica da proteção jurídica habitual. Referidos consumidores, além de estar em uma situação evidente de vulnerabilidade, também estão em situação fática de hipossuficiência, a partir da configuração prática da relação de consumo.

Neste sentido, foi constatado que os hipervulneráveis necessitam de um tratamento especial, para ser assegurada igualdade jurídica com o objetivo de mitigar a desigualdade material, sendo imperioso que os operadores do direito brasileiro promovam uma especial atenção a estes consumidores no intuito de lhes promover garantias suplementares além daquelas já constantes da norma e do ordenamento jurídico. Sendo possível concluir que existe a necessidade de visualizar a fragilidade dos consumidores denominados de hipervulneráveis, ou com uma vulnerabilidade agravada, com amplo fundamento nos princípios constitucionais, objetivando meios eficazes de protegê-los, e com o avanço das discussões sobre este tema é possível suscitar no legislador a necessidade de elaboração de novos dispositivos legais, mais específicos para uma especial proteção destes consumidores.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BAUMANN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

BOTH, Laura Jane Ribeiro Garbini. O caráter simbólico do consumo e o método etnográfico: subsídios da antropologia para um diálogo interdisciplinar com o direito do consumidor. *In*: WENCZENOVICZ, Thais Janaina; COSTA, Alexandre Bernardino; CUNHA, Leandro Reinaldo da (Orgs.). **Sociologia, Antropologia e Cultura**. Florianópolis: Editora Conpedi, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=972a8c3bc82fbee8>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade**: responsabilidade civil perante o consumidor. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1996.

CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

CLÈVE, Clemérson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 24, jan./dez. 2005.

CLÈVE, Clèmerson; FRANZONI, Júlia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, a. 15, n. 79, mai./jun. 2013

COMPRAR: brincadeira de criança? **Revista Psique Ciência e Vida**, São Paulo, n. 33, 2008.

CRIANÇA e Consumo. **Portal Alana**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** - comentado pelos autores do anteprojeto. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GALBRAITH, Jonh Kenneth. **A Sociedade Afluente**. Tradução: Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira Editora, 1987.

GIACOMINI, Gino Filho. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 37, jan./mar. 2001.

MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora RT, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. A Vulnerabilidade dos Analfabetos e dos Idosos na Sociedade de Consumo Brasileira: Primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate (Orgs). **Novas Tendências do Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora RT, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6 ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora RT, 2012.

MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DELTROZ, Derlaune. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, v. II, n. 4, 2012.

PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais**. Coimbra: Editora Almedina, 2010.

RETONDAR. Anderson Moebus. A (re)construção do indivíduo: a sociedade de consumo como “contexto social” de produção de subjetividades. **Revista Sociedade e Estado, Brasília**, v. 23, n. 1, jan./abr. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VICENTE. Maximiliano Martin. **A crise do Estado de bem-estar e a globalização**. São Paulo: Editora Unesp, 2009. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/b3rzk/pdf/vicente-9788598605968-08.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2023.

AS MUDANÇAS DA PENSÃO POR MORTE E SEUS DEPENDENTES APÓS A EC N.º 103/2019 E A INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ARTIGO 23

Lucia Catarina Ronchi¹

1. INTRODUÇÃO

O objetivo da elaboração deste artigo é para a publicação de uma coletânea de artigos publicados em livro pela OAB – Subseção de São José dos Pinhais-PR. O tema é Pensão por Morte e seus beneficiários no Regime Geral da Previdência Social, com base na Constituição Federal e Lei de Benefícios n.º 8.213/1991, após a Reforma da Previdência com a Emenda Constitucional 103/2019. A presente pesquisa é fruto dos estudos ocorridos durante o curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito e Prática Processual Previdenciária.

Neste trabalho, será feita uma abordagem geral sobre a importância da Previdência Social na sociedade, demonstrando uma ampla noção sobre os direitos dos beneficiários, dependentes do segurado falecido, no benefício de Pensão por Morte, informando os requisitos necessários para a sua concessão.

O seu desenvolvimento será com base no estudo dos princípios constitucionais presentes na Constituição Federal, da norma infraconstitucional – Lei de Benefícios n.º 8.213/1991, Decreto n.º 3.048/1999, MP

1 Advogada Graduada em Direito pela PUCPR; Especialista em Direito Previdenciário; Pós-graduada em Direito Previdenciário e Direito Processual Previdenciário pela PUCPR; Pós-graduada em Direito Contemporâneo com ênfase ao Direito Público pela Universidade Positivo; Pós-graduada em Direito Previdenciário Lato Sensu pelo IEPREV; Pós-Graduada em MBA em Direito Previdenciário - RGPS: Hard Cases pelo IEPREV - Instituto de Estudos Previdenciários, Trabalhistas e Tributários; Coordenadora Adjunta do IEPREV em Curitiba-PR; Membro da Comissão Estadual de Direito Previdenciário da OAB/PR; Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB - Subseção de São José dos Pinhais-PR; Membro Relatora da Comissão da Mulher Advogada da OAB/PR e Membro Relatora da Comissão da Advocacia Dativa da OAB/PR.

n.º 871/2019 e Lei n.º 13.846/2019, EC n.º 103/2019, IN n.º 77 e 128 do INSS, documentação colhida através de elementos tratados em produção de material didático, também agregando a utilização das ferramentas e aplicativos da internet, podendo assim permitir e expandir a potencialidade da divulgação do presente trabalho, com o objetivo de proporcionar o conhecimento das mudanças da Pensão por Morte no Regime Geral da Previdência Social, os dependentes do segurado falecido, e, ainda, voltado a outras pessoas interessadas no tema “As mudanças da Pensão por Morte e seus Dependentes após a EC n.º 103/2019 e a inconstitucionalidade do seu artigo 23”.

Com base no art. 201, V, da Constituição Federal, e Lei n.º 8.213/1991, a Pensão por Morte é o benefício pago aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que falecer, aposentado ou não. A EC n.º 103/2019, de 13/11/2019, trouxe mudanças para os beneficiários de Pensão por Morte.

As regras para a concessão do benefício da Pensão por Morte seguem o princípio do *tempus regit actum*, o que significa que obedecerá a legislação de quando o fato gerador ocorreu, ou seja, a morte do segurado instituidor.

2. A FUNÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL

A Seguridade Social surgiu após o final da Segunda Guerra Mundial, com a instituição do Estado de Bem-Estar Social, garantindo a todos e sendo definida pela Constituição Federal, no artigo 194, *caput*, como: “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A sua principal função é garantir o desenvolvimento socioeconômico equilibrado na distribuição da renda nacional na forma de igualdade, para que o cidadão brasileiro não seja atingido por situações de indignidade que venham a aumentar o nível de pobreza, a fim de garantir a ordem social, para que não ocorra o aumento da população privada das condições necessárias para viver.

É dever do Estado fazer valer os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, promovendo o fomento de atividades relacionadas a prestação de saúde, educação e trabalho, para que, em tempos de crises, não sofram com o desequilíbrio socioeconômico do país, pois o trabalho é um dos pri-

meiros setores a ser atingido, fazendo com que famílias se desabasteçam, e sem emprego, sofram em suas necessidades mínimas básicas.

Também serve, principalmente, para atender ao trabalhador e trabalhadora que se encontram em condições vulneráveis para o trabalho, como, por exemplo, em um acidente, por não terem condições de desenvolver suas atividades, devido à paralisação de suas capacidades laborais e assim, com suas funções interrompidas, não terem condições financeiras de prover seu próprio sustento e de sua família, preservando sua dignidade, e ainda, que os níveis de pobreza não aumentem, enfim, garantindo a ordem social e condições necessárias para a sua sobrevivência.

Os princípios constitucionais da Seguridade Social estão contidos no art. 194 da Constituição Federal, que elenca seus elementos. São eles: a saúde, a previdência e a assistência social. Sendo assim, todos esses direitos são espécies da seguridade social: universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação do valor dos benefícios, equidade na forma de participação no custeio, diversidade da base de financiamento, caráter democrático e descentralizado da administração.²

Além dos princípios constitucionais, devem ser citados os princípios atuais da Seguridade Social, sendo eles: Princípio da Solidariedade, Igualdade, Direito Adquirido, Legalidade, Universalidade da Cobertura e do Atendimento, Equivalência, Seletividade e Distributividade, Irredutibilidade e Equidade. Estes têm o objetivo de assegurar a participação da sociedade na gestão de programas, recursos, serviços e ações da Seguridade Social.

As modalidades dos princípios são divididas em gerais e específicas. Os gerais são aqueles que são aplicados a todos os ramos do direito, contidos no art. 5º, I e XXXVI, da CF/88; os específicos são os que possuem, como finalidade, a adequação de um dos ramos do direito em específico.

Estes princípios são implícitos, pois tanto a sociedade quanto o Estado são financiadores da Seguridade Social, seja de forma direta, ou indiretamente. Portanto, todo trabalhador ou trabalhadora contribuinte que tiver a necessidade, desde que cumpridos os requisitos, poderá se utilizar da Seguridade Social. Este princípio está no art. 3º da Constituição Federal,

2 TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

que traz, em seu inciso I, como fundamento da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.³

Adentrando a temática do presente artigo, a seguir tratamos especificamente do benefício de Pensão por Morte, que está englobado na Previdência Social, sendo ele um dos benefícios mais complexos e importantes no contexto da vida familiar dos brasileiros, dentro do Regime Geral da Previdência Social.

3. O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE

O benefício da Pensão por Morte está disciplinado no artigo 201, inc. I e IV, da Constituição Federal de 1988, nos artigos 16, 74 a 79 da Lei de Benefícios n.º 8.213/91, e artigos 105 a 120 – Decreto n.º 3.048/99 – Regulamento da Previdência Social – RPS, Decreto n.º 10.410/820 e Instruções Normativas do INSS n.º 77/2015 e 128/2022.

A Pensão por Morte é um benefício devido aos dependentes do segurado quando este falecer quando exercia uma atividade laboral e recolhia a contribuição social para a Previdência Social. Também é devido o benefício de Pensão por Morte aos dependentes do segurado especial, avulso, contribuinte individual ou que recolhia como segurado facultativo, estando ou não aposentado, desde que possuidores da qualidade de segurado.

Este benefício pode ser considerado dentre os de maior importância na Previdência Social, uma vez que é substituto do salário de contribuição ou rendimento do segurado falecido, exclusivo ao seu dependente, pois este sofre redução econômica expressiva em razão do falecimento do segurado instituído, tendo a finalidade de manter renda familiar e subsistência da família, assegurado pela Constituição Federal.

4. A PENSÃO POR MORTE APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019

A previsão do benefício de Pensão por Morte está inserida na Legislação nos arts. 16, 74 a 79 da Lei n.º 8.213/91; arts. 105 a 120 do Decreto

3 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

n.º 3.048/99; Decreto n.º 10.410/2020, IN n.º 77/2015 e 128/2022.

O benefício de Pensão por Morte também está previsto na Constituição Federal, Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Pessoa com Deficiência e Estatuto do Idoso e na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, que entrou em vigor em 2 de setembro de 1990.⁴

Com a EC n.º 103/2019, da Reforma da Previdência, em novembro de 2019, foram estabelecidas novas normas em relação aos beneficiários dependentes do segurado falecido, e, ainda, modificaram-se valores a serem pagos aos dependentes beneficiários.⁵

4.1 DEPENDENTES BENEFICIÁRIOS DO SEGURADO NO RGPS

São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, todo e qualquer cidadão que, em relação ao segurado do RGPS do INSS, se enquadre em um dos dois critérios básicos de dependência (condição familiar ou econômica), e este será considerado “dependente” e poderá ser inscrito para fins de recebimento de benefícios ou pagamento de resídusos.

Conforme Súmula n.º 416 do STJ: “É devida a Pensão por Morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido a qualidade de segurado, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito”.⁶

Os beneficiários dependentes são pessoas físicas que recebem ou podem vir a receber benefícios e serviços. Segundo a Previdência Social, são os dependentes economicamente dos segurados, distinguindo-se esses dos dependentes para efeito do imposto de renda.

Para os beneficiários nas relações homoafetivas, não existe nenhuma definição legal sobre tal união, podendo-se concluir que a união homoafetiva é uma relação amorosa entre pessoas do mesmo sexo, que juridicamente

4 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 11 mai. 2023.

5 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm. Acesso em: 11 mai. 2023.

6 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 11 mai. 2023.

possui um vínculo afetivo, familiar e informal, que é equiparado ao casamento.

No Brasil, a união homoafetiva foi reconhecida em 05/05/2011, pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277) pelo Supremo Tribunal Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132), em que foi reconhecida a união estável para casais do mesmo sexo, tendo excluído qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil, que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Para se obter direito ao benefício da Pensão por Morte, basta comprovar a união estável homoafetiva e preencher os requisitos dos artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil Brasileiro.⁷

A maioria dos beneficiários no RGPS se finda aos 21 anos completos, para fins de concessão de Pensão por Morte aos filhos e aos irmãos dependentes do segurado falecido. O que não devemos confundir com a menoridade estabelecida pelo Código Civil, que se finda aos 18 anos completos. Deve-se observar que, mesmo cursando universidade, a cobertura previdenciária não se estende aos dependentes até os 24 anos, como nas prestações de alimentos.

4.2 REQUISITOS BÁSICOS PARA PENSÃO POR MORTE

São três os requisitos básicos para se obter o benefício de Pensão por Morte:

- a) Comprovar o óbito ou morte presumida do segurado;
- b) Demonstrar a qualidade de segurado do falecido na hora de seu falecimento;
- c) Ter qualidade de dependente do segurado falecido.

7 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Para o requisito óbito, a prova se dá com o Atestado de Óbito averbado no Cartório de Registro. Neste documento deve constar o dia exato e a causa da morte do segurado, seus dados pessoais, se deixou filhos ou cônjuges/companheiro(a). Para o requisito morte presumida, deve ser feito por via judicial, constando os mesmos dados.

Para o requisito de qualidade de segurado, basta demonstrar que o falecido estava trabalhando e contribuindo com a Previdência, ou estava em período de graça na hora de sua morte. O período de graça é o tempo que o segurado ainda tem de qualidade de segurado após ter parado de contribuir para o INSS. Este tempo pode variar entre 12 a 36 meses após a pausa das contribuições, a depender de alguns fatores, como situação de desemprego involuntário, o número de contribuições para a Previdência e se continuava desempregado quando do falecimento (art. 15 da Lei n.º 8.213/1991).

Se o segurado falecido não tinha qualidade de segurado na hora de sua morte, mas já tinha direito adquirido ou reunido os requisitos para se aposentar antes de seu falecimento, os beneficiários dependentes terão direito a Pensão por Morte, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

No terceiro requisito, devem provar, conforme o artigo 16 da Lei n.º 8.213/91, que são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, e estes passam a ter o direito à Pensão por Morte, e ser beneficiários do INSS, na condição de dependentes do segurado, os seguintes familiares, de acordo com a ordem de prioridade, onde uma classe exclui a outra.

Primeira Classe:

- a) O cônjuge;
- b) A companheira ou companheiro;⁸
- c) O filho em qualquer condição, menor de 21 anos.
- d) O filho maior de 21, inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

8 § 3º do art. 226, CF: Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada. § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas é presumida e a das demais deve ser comprovada.

- e) O menor sob guarda, enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado (§ 6º, art. 23, EC n.º 103/2019).⁹

Segunda Classe:

- a) Os pais.

Terceira Classe:

- a) O irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Caso o segurado falecido não tenha cônjuge ou filhos ao tempo do seu falecimento, os pais poderão pleitear o benefício, desde que comprovada a dependência econômica. Na falta dos pais, os irmãos poderão pleitear o benefício, desde que comprovada a dependência econômica através de documentação específica contemporânea.

Os cônjuges, companheiros(as) e filhos do falecido não precisam demonstrar a qualidade de dependentes, pois ela é presumida (Canton, 2022).

4.3 PRAZO PARA DAR ENTRADA NO REQUERIMENTO

Para que o beneficiário dependente garanta o recebimento do benefício de Pensão por Morte deste a data do falecimento do segurado, deve fazer a solicitação até 90 (noventa) dias após o falecimento do segurado instituidor. Caso o pedido seja feito após os noventa dias do falecimento, os dependentes beneficiários somente receberão a partir da data do pedido.

Esses prazos, porém, não incluem duas exceções: os beneficiários dependentes do segurado menores de 16 anos e beneficiários dependentes que forem considerados incapazes para os atos da vida civil. Nesses dois casos, a Pensão por Morte pode ser solicitada por um tutor ou curador, em

9 § 6º do art. 23 da EC n.º 103/2019: Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica.

até 180 (cento e oitenta) dias, ficando o pagamento garantido desde a data do óbito. Após os 180 dias, estes dependentes receberão também a partir da data do pedido, conforme MP n.º 871/2019 e Lei n.º 13.846/2019.

4.4 DOCUMENTOS PARA DAR ENTRADA NO REQUERIMENTO

- a) documento de identidade ou Carteira Nacional de Habilitação (CNH);
- b) certidão de óbito ou documento que comprove a morte presumida;
- c) procuração ou termo de representação legal, incluindo documento de identificação com foto e CPF, nos casos de menores ou deficientes mentais;
- d) documentos que comprovem as relações previdenciárias do falecido;
- e) documentos que comprovem sua qualidade de dependente. Neste caso, os cônjuges, companheiros e filhos do falecido não precisam demonstrar a qualidade de dependentes, pois ela é presumida, provando somente o vínculo com o segurado falecido

4.5 A PROVA DA UNIÃO ESTÁVEL

A prova de união estável e de dependência econômica exige início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou de caso fortuito, conforme disposto no Regulamento e incluído pela Medida Provisória n.º 871, de 2019, convertida na Lei n.º 13.846/2019, art. 24, § 5º (Ribeiro, 2022).¹⁰

10 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm. Acesso em: 10 mai. 2023.

4.6 A COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

O § 5º, do artigo 16, da Lei n.º 8.213/91, incluído pela Lei n.º 13.846/2019, dispõe que as provas de união estável e de dependência econômica devem observar alguns requisitos:

- a) Início de prova material contemporânea dos fatos produzidos em período não superior a 24 meses anteriores ao falecimento do segurado;
- b) Disposições testamentárias;
- c) Declaração especial feita perante tabelião;
- d) Prova de mesmo domicílio;
- e) Prova de encargos domésticos evidentes e existentes de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil.

Para o INSS, devem ser apresentados, no mínimo, três documentos comprobatórios pelo entendimento administrativo, art. 135, § 1º, da IN n.º 77/2015; já para o § 3º do art. 22 do Decreto n.º 3.048/99, somente dois bastam. Para o Poder Judiciário, essa questão é flexibilizada e pode ser apresentado apenas um documento.¹¹

A Ministra Regina Helena Costa, da Primeira Turma do STJ, assim entende:

Em relação à alegação do INSS de que não pode ser aceita prova exclusivamente testemunhal para a comprovação de união estável, ressalto que a lei 8.213/91 somente exige início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço e não para comprovação da relação *more uxório*.” (REsp 1771283, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, STJ, Dje 06.11.2018)¹²

11 Súmula 63 TNU: a comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material.

12 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/871976646/recurso-especial-resp-1771283-mg-2018-0259679-4>. Acesso em: 18 fev. 2022.

Caso o beneficiário dependente for pai ou irmão, deve-se comprovar que dependia financeiramente do segurado falecido por meio de início de prova material, como, por exemplo, depósitos bancários ou outras contas que eram pagas diretamente na conta corrente do falecido, e por testemunhas, se necessário.

4.7 DO VALOR DA PENSÃO POR MORTE

A Reforma da Previdência alterou a questão de cotas do benefício, e com isso, o valor final está sendo muito inferior ao que antes era concedido, conforme abaixo:

a) Para quem faleceu antes da promulgação da EC n.º 103/2019

A forma de cálculo para os dependentes beneficiários era a forma mais benéfica. O valor do benefício era de 100% do valor que o segurado falecido recebia de aposentadoria, ou 100% do valor a que ele tinha direito.

Os dependentes recebiam o valor integral do benefício divididos entre eles e a cota extinta quando atingida a idade de 21 anos, no caso de filhos, era revertida para os outros dependentes.

b) Para quem faleceu e falecerá após 13/11/2019, da promulgação da EC n.º 103/2019

Tanto no Regime Geral de Previdência Social, quanto no de servidor público federal (Regime Próprio), a cota familiar será de 50% do valor da aposentadoria recebida pelo segurado, ou daquela que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito.

Será acrescido a cota de 10% por dependente até o máximo de 100% da média do benefício de aposentadoria, conforme caput do art. 23 da EC 103/2019.¹³

13 Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

c) Exceções à regra de cota familiar

Policial - Quando se tratar de única fonte de renda formal auferida pelo dependente, o benefício de Pensão por Morte será concedido nos termos da lei do respectivo ente federativo, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores – da segurança pública – decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função. O valor será vitalício para o cônjuge ou companheiro e equivalente à remuneração do cargo.

Dependente inválido ou com deficiência - Exceção à regra, a Pensão por Morte ao dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, hipóteses em que o valor do benefício será de 100% (cem por cento) do valor apurado do benefício precedente ou do benefício da aposentadoria por incapacidade permanente a que faria jus o instituidor.

4.8 REVERSÃO DA COTA NO RGPS

Cessada qualquer das cotas, ela não será revertida aos demais dependentes. Se a cota cessada for dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor do benefício deverá ser recalculado (50% mais 10%) para cada dependente.

4.9 ACUMULAÇÃO E VALOR DO BENEFÍCIO ACUMULÁVEL

É permitida a acumulação de Pensão por Morte de regimes distintos e de Pensão por Morte com aposentadoria.

Neste caso, será assegurada a percepção do valor integral do benefício mais vantajoso e de uma parte para cada um dos benefícios, conforme a seguinte previsão:

- I – 60% do valor que exceder 1 salário-mínimo, até o limite de 2 salários-mínimos;
- II – 40% do valor que exceder 2 salários-mínimos, até o limite de 3 salários-mínimos;
- III – 20% do valor que exceder 3 salários-mínimos, até o limite de 4 salários-mínimos;
- IV – 10% do valor que exceder 4 salários-mínimos.

Quanto mais o beneficiário receber, somados os dois valores, menor será o valor final e real a ser pago pelo INSS, ou pelo Regime Próprio da Previdência Social.

As regras de acumulação de benefícios da EC n.º 103/2019 promoveram um corte drástico no montante de outro benefício a ser acumulado, pelo que são de discutível constitucionalidade, e há que se dizer que o benefício de aposentadoria decorre das contribuições do próprio segurado, enquanto a pensão é forma de seguro prestada à pessoa como dependente de outro segurado, de modo que sua acumulação não só é lícita, como também atende a princípios basilares do Direito Previdenciário, o da universalidade da cobertura e o da seletividade e distributividade.

Constata-se, portanto, que há tratamento desigual e prejudicial à pessoa que contribui para o regime de previdência e tem relação afetiva com pessoa que também contribua, quando comparada à outra, que tenha união matrimonial ou afetiva com pessoa que não contribua para nenhum regime.

4.10 A VITALICIEDADE DA PENSÃO POR MORTE

A Pensão por Morte não será vitalícia para todos os casos. Conforme as regras atuais, ela poderá ser vitalícia para o cônjuge e/ou companheiro, desde que respeitados o princípio da lei vigente ao tempo do óbito para os casos abrangidos na legislação atual, depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável, seguindo a tabela de pensionamento abaixo:¹⁴

Prazo de duração da Pensão por Morte	Idade do(a) viúvo(a) beneficiário(a)
03 (três) anos	Menos de 22 anos de idade
06 (seis) anos	Entre 22 e 27 anos de idade
10 (dez) anos	Entre 28 e 30 anos de idade
15 (quinze) anos	Entre 31 e 41 anos de idade
20 (vinte) anos	Entre 42 e 44 anos de idade
Benefício vitalício	45 anos de idade ou mais

14 Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2021/01/portaria-alteracao-idade-para-pagamento-das-pensoes-por-morte>. Acesso em: 12 jul. 2023.

5. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EC N.º 103/2019 NA PENSÃO POR MORTE

A Reforma da Previdência de 2019 (EC n.º 103) alterou as regras da Pensão por Morte, principalmente sobre o valor da pensão deixado para os dependentes beneficiários do segurado falecido.

Antes da reforma, o valor era de 100% do benefício, dividido para todos os beneficiários igualmente, e a cota parte dos beneficiários, quando saíam, era repassada para os demais, totalizando o mesmo percentual de 100% (cem por cento) do benefício.

A renda mensal inicial da Pensão por Morte no RGPS, até o advento da EC n.º 103/2019, era igual ao valor da aposentadoria que o segurado vinha percebendo, ou, em caso de falecimento de uma pessoa em atividade, era de 100% do salário de benefício devido na data do óbito, apurada pela média dos maiores salários de contribuição equivalentes a 80% do período contributivo, desde julho de 1994 até o mês anterior ao óbito. Uma vez obtido o valor da renda mensal inicial, havendo mais de um pensionista, a renda era rateada entre todos em partes iguais. Assim, se houvesse apenas dois dependentes, por exemplo, mãe e filho, o valor seria de 50% da renda mensal inicial para cada um deles.

Após a reforma, com a EC n.º 103/2019, se a esposa for a única dependente ela irá receber uma cota de 50% mais 10% da aposentadoria do marido falecido. Ou seja, 60% do valor da aposentadoria que ele vinha recebendo.

Em 13/11/2019, depois da entrada em vigor da Reforma da Previdência, o que ocorreu de imediato com a regra transitória incluída no art. 23 da EC n.º 103/2019, a renda mensal inicial da Pensão por Morte, em caso de óbito de segurados ocorridos a partir de então, passou a ser equivalente a uma cota familiar de 50% do valor da aposentadoria recebida pelo segurado, ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescidas de cotas de dez pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100%.

Nesse sentido, também as disposições constantes da Portaria ME/INSS n.º 450/2020:

Art. 47. Na pensão por morte, o valor do benefício, com fato gerador a partir de 14 de novembro de 2019, será calculado na forma da aposentadoria por incapacidade permanente a que o segurado teria direito na data do óbito, aplicando sobre esse valor a regra de cotas para cada dependente, nos termos fixados pelo art. 23 da EC n.º 103, de 2019.

Art. 48. Quando a pensão por morte for precedida de aposentadoria, o valor da pensão seguirá sendo a mesma do benefício precedido, aplicando a ela a regra de cotas.

No mesmo sentido, houve a atualização do Regulamento da Previdência Social, com a redação conferida pelo Decreto n.º 10.410/2020.

A Procuradoria Geral da República – PGR, em 30/09/2021, apresentou parecer nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.916/DF, impugnando o art. 23 da EC n.º 103/2019, que modificou as regras de cálculo das pensões por morte concedidas a dependentes de servidores públicos federais.

Em função da redução dos valores das pensões decorrentes das novas regras de cálculo, a PGR aponta violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proteção do Estado à família. Nos termos do parecer, “o mandamento questionado incorre em afronta à dignidade humana, uma vez que a diminuição promovida nas cifras pagas a título do benefício previdenciário em comento compromete as condições de subsistência e independência dos pensionistas”.

Por esses motivos, a Procuradoria Geral da República concluiu pela inconstitucionalidade do art. 23 da Emenda Constitucional n.º 103/2019, propugnando a consequente repriminção de todo o regramento anterior que tratava da matéria.

Assim, caso o julgamento final da ADI acate o parecer oferecido pela PGR, as novas regras deixarão de valer, de modo que as pensões por morte concedidas a dependentes de servidores públicos federais poderão voltar a ser calculadas nos termos do regramento anterior (Emenda Constitucional n.º 41/2003).

Com este Parecer de inconstitucionalidade sobre o critério de cálculo, algumas decisões judiciais já vêm sendo reconhecidas, e recentemente a Justiça Federal de Segunda Instância, Seção Judiciária

de Sergipe, em julgamento para reformar sentença e garantir o direito a autora (dependente) do valor integral da Pensão por Morte em 100% (cem por cento), e não a regra de 50% mais 10% por dependente, instituída na EC n.º 103/2019, art. 23, fazendo com que o país retroagisse, e dessa forma a medida tornando-se inconstitucional.¹⁵ No caso, inconstitucionalidade incidental, o que significa dizer que os efeitos são só às partes: autor e União Federal.¹⁶ Afirmou o Relator: “Isso é quase cópia do art. 37 da Lei n.º 3.807/60”.¹⁷ E acrescentou que nada obstava e nem obsta que se aprove legislação propondo que o cônjuge sobrevivente tivesse o direito a apenas parte da pensão, em razão de ter renda própria ou vedar o acúmulo de pensão com salários superiores ao teto dos benefícios do RGPS.¹⁸

E, mais recentemente, o Procurador-Geral da República, em Parecer exarado como custos legis em Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre o assunto, assim se pronunciou:

O novo regramento de pensão por morte, introduzido pela atual Reforma da Previdência, impõe redução severa e demasiadamente rigorosa no valor daquele benefício,

15 Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865102395/recurso-extraordinario-re-1227466-se-sergipe-0502114-5120184058501>.

16 Na prática, o mecanismo de cálculo estabelecido pela EC n.º 103/2019 é ainda mais regressivo do que aquele que havia há 60 anos, pois ela determina que se levem em conta todos os salários de contribuição do segurado instituidor, apurados desde julho/1994 (art. 26) e fixa percentual de renda mensal inicial de 60% (sessenta por cento) daquela média como regra para todos os benefícios, inclusive a pensão por morte. Ora, simples cálculo aritmético faz-nos concluir que a renda da pensão por morte que era de 100% (cem por cento) “aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento” passou a ser de 36% (trinta e seis por cento), no caso de haver apenas a viúva habilitada, como nesta demanda, sem qualquer consideração sobre a situação econômica de vida da dependente (ex.: empregada ou não; beneficiária de aposentadoria ou não; idosa ou não etc.) que pudesse justificar a redução absurda do nível de renda destinada ao seu sustento e ao de sua família.” (Proc. 0509761-32.2020.4.05.8500, Rel. Juiz Marcos Antonio Carvalho, publ. 05.04.2021).

17 Art. 37. A importância da pensão devida ao conjunto dos dependentes do segurado será constituída de uma parcela familiar, igual a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito se na data do seu falecimento fosse aposentado, e mais tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de 5 (cinco).

18 Poder Judiciário. Justiça Federal de segunda instância, seção judiciária de Sergipe - processo 0509761-32.2020.4.05.8500.

em manifesta ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade. O mandamento veiculado no art. 23 da EC 103/2019 também incorre em afronta à dignidade humana (CF, art. 1º, III), uma vez que a diminuição promovida nos valores pagos a título de pensão por morte compromete as condições de subsistência e independência dos pensionistas, na medida em que implica em redução, com excessiva onerosidade, do poder aquisitivo, configurando, ainda, violação do direito à proteção do Estado à família (CF, art. 226), destinatária daquele benefício previdenciário. Parecer pelo não conhecimento da ação no tocante às regras pertinentes ao RGPS e, no mérito, pela procedência parcial do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 23 da EC 103/2019 e, por arrastamento, do art. 40, § 7º, da CF, na redação dada pela própria EC 103/2019.” (Parecer do PGR na ADI 6.916)¹⁹

Esta decisão deverá abrir muitos caminhos para uma reanálise da aferição do benefício de Pensão por Morte, pois a EC n.º 103/2019 retroagiu ao invés de avançar. E, por isso, não devemos ter medo de buscar o direito e a justiça dos brasileiros, pois o Poder Judiciário, por princípio constitucional, é o órgão que deve amparar todos os cidadãos.

6. CONCLUSÃO

De acordo com o explanado no presente artigo, verifica-se que a Previdência Social é de suma importância no desenvolvimento e manutenção econômica e social da família brasileira, priorizando-se a busca de garantias eficazes de previdência para fins da dignidade da pessoa humana, mantendo o padrão vivenciado pela família do segurado falecido. A Constituição Federal Brasileira de 1988 organizou o sistema previdenciário de maneira que a proteção fosse estendida à maior parte possível da população. Assim, a partir dos aspectos de cada segmento social, a previdência foi constituída de forma a abranger a proteção aos riscos sociais da família do segurado que falece.

A Previdência Social possui regras próprias, tanto constitucional quanto infraconstitucional, e a proteção social previdenciária deve ficar

19 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI6.916.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.

integrada de maneira que deve seguir a previsão legal, em que estão elencados os dependentes dos benefícios garantidos pelo Regime Geral, comprovando-se a sua dependência familiar e econômica.

Embora com as reformas dos últimos anos, a Previdência Social é ainda uma das mais completas previdências do mundo. Porém, também se nota, houve retrocesso quando da reforma e promulgação da EC n.º 103/2019, uma vez que esta deixou de cumprir com a Carta Magna de 1988, que promove a justiça social e a construção de uma sociedade justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem estar de todos.

Conclui-se, portanto, que é cabível que se promovam ações de concessão ou revisionais de Pensão por Morte, com o argumento de inconstitucionalidade do art. 23 da EC n.º 103/2019, e diante dos fundamentos no pronunciamento no Parecer da PGR, de restabelecimento do critério de aferição anterior, em todos os benefícios concedidos em que o óbito do segurado tenha acontecido a partir de 14/11/2019, e assim, seja o poder econômico das famílias restabelecido e que suas rendas mensais iniciais voltem ao estado anterior a EC n.º 103/2019, e que sejam justas e razoáveis, para assim se assegurar a dignidade da pessoa humana constante na Constituição Federal de 1988 e determinar a inconstitucionalidade do artigo 23 da EC n.º 103/2019.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <https://natividadejuridica.com/os-principios-constitucionais-da-seguridade-social/>. Acesso em 11 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI6.916.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/871976646/recurso-especial-resp-1771283-mg-2018-0259679-4>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865102395/recurso-extraordinario-re-1227466-se-sergipe-0502114-5120184058501>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10729579/inciso-xxxvi-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/orientacoes/dependentes/>. Acesso em: 11 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2021/01/portaria-altera-idade-para-pagamento-das-pensoes-por-morte>. Acesso em: 11 mai. 2023.

BRASIL. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2021/01/portaria-altera-idade-para-pagamento-das-pensoes-por-morte>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 3.048/1999**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 10.410/2020**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10410.htm. Acesso em: 10 mai. 2023.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira. **Pensão por Morte**. Blog. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/01/24/pensao-por-morte/>. Acesso em 11/05/2023.

DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro, LTR, 7ª edição, 2006.

DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro, 25. ed., 2022.

MEDEIROS, Diego. Regime geral de previdência social e seguridade social. **Revista Jus Navegandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5465, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60259/regime-geral-de-previdencia-social-e-seguridade-social>. Acesso em: 10 mai. 2023.

MIGUELI, Priscilla Milena Simonato. **Pensão por Morte e os Dependentes do Regime Geral de Previdência Social**: de acordo com a Reforma da Previdência. Ed. 1. Curitiba: Juruá, 2019.

SILVA, Moisés Cândido; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Os Atuais Princípios da Seguridade Social**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58646/os-atuais-principios-da-seguridade-social/>. Acesso em: 11 mai. 2023.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DA PENA À TECLA, DO *VADE MECUM* AO CHATGPT: O USO DA TECNOLOGIA NA ADVOCACIA

Fernando Schumak Melo¹

1. INTRODUÇÃO

Grandes teses, pequenas anotações, alguns rabiscos. Tudo saindo da ponta da pena e passando a habitar o mundo concreto ao chegar no papel. Um pingo de tinta poderia comprometer todo um documento. Sem cópias, sem histórico. Mesmo a advocacia sendo uma das profissões mais antigas do mundo, parece quase exagerado pensar em remeter a pena ao ofício do advogado. Mas foi assim por muito tempo.

No desdobrar da história, é perceptível o desenvolvimento das profissões de acordo com o caminhar da humanidade. Repentinamente, a pena é deixada para trás e o que ganha espaço são as tecnologias. Máquinas de escrever, computadores, celulares. Com o advento das ferramentas de teclas, a escrita – parte fundamental do exercício do direito – tornou-se mais prática e rápida. É imprescindível notar como, ao mesmo tempo que o ofício permanece rigoroso com a exatidão, a tecnologia permite que os profissionais do direito errem, editem, organizem e, ao final, encontrem a precisão requerida.

No entanto, vislumbrar as inovações tecnológicas significa distinguir o que permanece e o que se altera na área jurídica. O ofício segue exigindo rigor em leituras, estudos e compromisso com a lei. O que mudou foi o modo como exercer a profissão.

Se foram necessários séculos para evoluirmos da pena à caneta, e da caneta à tecla, num piscar de olhos, enxergamos a Inteligência Artificial e *Machine Learning* representando a próxima etapa na evolução da gestão da

1 Advogado, Professor, Especialista em Processo Civil pela PUCPR; Mestre e Doutorando em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná; formado em Advocacia 4.0, LGPD e Temas de Direito Digital pela Future Law/SP; membro da AB2L - Associação Brasileira de Lawtech e Legaltechs.

informação. Essas tecnologias permitem que os computadores aprendam e tomem decisões com base em dados, sem a necessidade de programação explícita. Isso abre novas possibilidades para o uso de dados em diversas áreas, incluindo a jurídica.

Há pouco tempo, a fonte de dados para os profissionais do direito se limitava ao acesso a compilados de leis e normas jurídicas, ou *Vade Mecum*, e livros e mais livros com informações fundamentais para a prática jurídica agrupadas por autores selecionados. Qualquer atualização ou modificação nas leis representava a necessidade de produzir novos textos para serem publicados em novos formatos, sempre impressos.

Até que a tecnologia da informação possibilitou o armazenamento digital e, posteriormente, a popularização dos seus “contêineres”, os computadores. Esse movimento, que encontra hoje um vasto campo de possibilidades, viabilizou a digitalização de documentos, e permitiu que as alterações em legislações fossem atualizadas nos documentos de maneira rápida e eficaz. E mais, verificáveis e acessíveis em tempo real, via internet.

O acúmulo de informações e dados, e o tráfegos destes de modo maximizado e acelerado, gerou debate sobre a segurança no armazenamento, controle e tratamento destas informações. Com a digitalização de processos e documentos, ao mesmo tempo que se simplificou a rotina dos profissionais do direito, também aumentou o receio quanto à exposição a riscos relacionados à segurança da informação e à privacidade dos dados de seus clientes.

Perante o irrefreável movimento de criações e avanços tecnológicos, o cenário do direito se enxerga no limbo entre utilizar a tecnologia para aprimorar os trabalhos e prevenir a privacidade e integridade dos dados que circundam seu ofício. Enquanto essa ambiguidade gera debate entre os mais diversos estudos da área, a evolução tecnológica empreende por novas fronteiras de possibilidades. E esta passou a ser a realidade do advogado *millenial*:² um ser atropelado pelas novidades tecnológicas, tendo de aprender a usá-las, ao mesmo tempo que estuda como regulá-las, e se adaptar a elas.

Mais recentemente, vemos com reticência, fascinação e espanto a

2 *Millenial*: geração constituída por pessoas nascidas entre 1981 e 1996. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/short-reads/2019/01/17/where-millennials-end-and-generation-z-begins/>.

criação de *chatbots*³ feitos a partir de inteligência generativa, tendo como principal exemplo o ChatGPT⁴ (*Generative Pre-trained Chat*). Essa plataforma de aprendizado guiado é capaz de formar diálogos sobre os mais diversos temas, inclusive sobre advocacia. A revolução da Inteligência Artificial vai muito além da simples presença digital dos conteúdos jurídicos, representando, em alguns casos, ameaças a profissões consolidadas, inclusive a do advogado. Se pensar no fim do profissional advogado é um exagero, perceber o fim da profissão do advogado, como a conhecemos, é uma obviedade.

2. A TECNOLOGIA NO DIREITO

Segundo Arabi (2017), “a análise jurídica tradicional e isolada é incompleta quando não abrange as influências externas”. Sob essa ótica, compreende-se o direito estruturado por contribuição fundamental das transformações sociais. Assim, faz-se necessária uma análise da adequação das formulações jurídicas frente às alterações da sociedade.

Por esse motivo, apesar das importantes questões éticas que cercam o uso da tecnologia no direito, é indiscutível como o avanço vem trazendo inúmeras vantagens, tanto para advogados, quanto para seus clientes. Neste contexto, evidencia-se o uso de ferramentas tecnológicas para proporcionar maior eficiência, rapidez e precisão no processo judicial. Como resultado desses efeitos, espera-se a redução de custos para escritórios e departamentos jurídicos.

Um dos principais reflexos desses avanços é referente a área da gestão eletrônica de processos judiciais. Os tribunais brasileiros já disponibilizam, desde 2006, processos de maneira eletrônica⁵ com a proposta de flexibilidade, praticidade, segurança e automação de trabalhos. A informatização dos sistemas foi fundamental à modernização do conjunto judicial

3 Programa de computador designado para estabelecer conversações com humanos, especialmente pela internet. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/chatbot>.

4 (*Generative Pre-trained Chat*) – Inteligência Artificial geradora de textos.

5 BRASIL. **Lei n.º 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

brasileiro, permitindo a realização de consultas, petições e acompanhamento processual de forma on-line. O desembaraço na organização jurídica reduziu a necessidade de deslocamentos, viabilizando o cumprimento de prazos processuais e contratuais. E, tão importante quanto, possibilitou o gerenciamento de dados de produtividade e efetividade do Poder Judiciário. Resultado que pode ser consultado no caderno *Justiça em Números*,⁶ emitido anualmente pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

É difícil prever os efeitos das novas tecnologias sobre a produção legislativa, justamente porque os avanços tecnológicos ocorrem de modo muito mais rápido e eficiente do que nossos legislativos podem prever ou regular. Porém, um dos notáveis produtos advindos dessa nova era deu-se pela promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados. A LGPD (Lei n.º 13.709/2018) foi criada com o propósito de regulamentar o tratamento de dados pessoais dispostos tanto em meios físicos, quanto digitais. A lei estabelece regras e normas que devem ser seguidas por pessoas, empresas e pela Administração Pública para qualquer modalidade de procedimento referente a informações de pessoas.

A preocupação com a criação da LGPD é reflexo da aflição com a larga transferência de dados em diferentes âmbitos da sociedade, principalmente diante das novas tecnologias de informação. Por esse motivo, é visível a adaptação e cuidado por parte das empresas em criar ferramentas transparentes e com garantia na segurança de dados. Os sistemas operacionais de armazenamento em nuvem são um exemplo disso. Por um bom tempo, a advocacia foi remetida a pilhas e pilhas de documentos acomodados sobre mesas ou em estantes de arquivos. Nesse cenário, as informações ficavam vulneráveis a diversos fatores que poderiam comprometer os materiais: perda, roubos, rasuras, extravios, entre outros. O receio com a ocorrência de algo assim foi positivado no ordenamento jurídico, como faz prova o artigo 712 e seguintes do Código de Processo Civil, que descrevem a ação de restauração de autos.⁷

Antes da LGPD, a tecnologia já tinha feito criar diversas leis, como a Lei “Carolina Dieckman”, n.º 12.737/2012, que dispõe sobre a tipificação

6 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>.

7 Art. 712. Verificado o desaparecimento dos autos, eletrônicos ou não, pode o juiz, de ofício, qualquer das partes ou o Ministério Público, se for o caso, promover-lhes a restauração. Parágrafo único. Havendo autos suplementares, nesses prosseguirá o processo.

criminal de delitos informáticos e altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, entre outras providências, e o Marco Civil da Internet, Lei n.º 12.965/2014, que no exato momento da escrita deste ensaio tem seu artigo 19 colocado em xeque via processo que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal,⁸ e pelo Projeto de Lei n.º 2630/2020, o chamado vulgarmente de PL das “fake news”.

Além disso, outro ponto a ser observado com as alterações no âmbito dos processos judiciais, com a difusão da gestão eletrônica, é o uso de inteligência artificial na análise de documentos jurídicos. Para D’Angelo (2019), “A Inteligência Artificial tem o potencial de revolucionar o campo jurídico, auxiliando advogados na análise de grandes volumes de dados legais, na pesquisa de jurisprudência e na predição de resultados judiciais”. E, de fato, a IA no direito tem se mostrado eficiente na identificação de informações relevantes e na detecção de erros e inconsistências.

Com a coleta e processamento de grandes quantidades de dados, é possível identificar padrões e tendências, auxiliando na tomada de decisões e na elaboração de estratégias jurídicas mais eficientes. Para Susskind (2018), “A Inteligência Artificial está mudando a forma como os advogados trabalham, permitindo a automação de tarefas rotineiras e liberando tempo para atividades mais estratégicas, como aconselhamento jurídico e negociações complexas”.

Segundo Maharg (2020), “A aplicação da Inteligência Artificial na advocacia pode agilizar processos, melhorar a eficiência dos escritórios de advocacia e auxiliar na tomada de decisões estratégicas baseadas em análise preditiva”.

Porém, mesmo diante das expectativas em torno da Inteligência Artificial, é importante mencionar que a IA no direito está em fase inicial. Embora já haja diversos exemplos de aplicação da tecnologia, ainda há muito a ser explorado e desenvolvido. Atualmente, uma das ferramentas tecnológicas mais populares atuando na prática legal são os *softwares* de gestão jurídica. Se por um lado os tribunais informatizaram os processos

8 Recurso Extraordinário (RE) n.º 1037396, interposto pelo Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. contra decisão da Segunda Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba (SP) que determinou a exclusão de um perfil falso da rede social e o fornecimento do IP (*internet protocol*) de onde foi gerado. O recurso discute a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014) que exige prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, *websites* e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros.

e turbinaram seus sítios de internet, transformando-os em verdadeiros fóruns virtuais, por outro, empresas, departamentos jurídicos e escritórios de advocacia passaram a centralizar as tarefas que regem suas rotinas a partir desses *softwares*.

Além da relevância para a prática legal como um todo, os *softwares* jurídicos tiveram um papel importante na formação e desenvolvimento de controladorias jurídicas. Sendo a área dedicada ao gerenciamento das atividades legais em uma organização, a controladoria jurídica é responsável por administrar e monitorar os processos e demandas judiciais em que a empresa está envolvida.

3. SOFTWARES E A CONTROLADORIA DE GESTÃO DA ADVOCACIA NO BRASIL

Inserida no contexto das organizações jurídicas, uma controladoria é uma área de atuação que se dedica ao planejamento, organização, execução e controle das atividades jurídicas em um escritório de advocacia ou departamento jurídico. Envolve a gestão eficiente dos processos internos, o monitoramento de prazos, o controle financeiro, a análise de dados e o uso de tecnologias para otimizar a rotina jurídica e melhorar os resultados. De acordo com Dias e Oliveira (2019), a controladoria jurídica “emerge estruturalmente com condições de implantar e operar meios tecnológicos capazes de viabilizar racionalmente e com eficácia o sucesso empresarial”.

Muito se debate sobre a necessidade de ampliação de estudos sobre gestão legal na formação jurídica do indivíduo. Isso porque, é indispensável o conhecimento de noções administrativas para se estabelecer no mercado do direito, bem como para a geração de valor para as advocacias. Quando aplicada a nível estratégico em escritórios de advocacia, a controladoria jurídica mostra-se a principal ferramenta para otimização de fluxos e procedimentos, possibilitando, conseqüentemente, o aumento em produtividade, eficiência e lucratividade do escritório (Albini, 2018). Atualmente, a gama de serviços prestados por escritórios e advogados é infinitamente maior que cinquenta anos atrás. É neste cenário que a controladoria jurídica surge, como resposta à dor dos escritórios de suportar a quantidade de processos, mantendo qualidade e organização da sua atuação.

Responsável por “tratar dos fluxos e procedimentos de trabalho técnico e gestão legal para potencializar as chances de êxito na

advocacia” (Santos, 2022), a controladoria jurídica é incumbida pelo processo de organização e desempenha o controle gerencial de escritórios e departamentos jurídicos. No entanto, os curtos prazos e longas listas de processos requerem que a área siga modernizando-se e apresentando as melhores soluções de agilidade. Por esse motivo, a união de dois fatores que impactaram o direito se faz necessária: a controladoria jurídica alinhada aos adventos tecnológicos. Com o objetivo de reduzir os trabalhos repetitivos e manuais que envolvem a rotina da advocacia, formularam-se ferramentas de automação. Essa tecnologia permite o monitoramento de novas publicações, geração de documentos, protocolização, encadeamento de tarefas; tudo de maneira automatizada. A minimização da interação humana em atividades operacionais evita erros, perda de prazos e garante a qualidade que a profissão impõe.

Essas automações estão presentes, sobretudo, em *softwares* de gestão jurídica, que são ferramentas tecnológicas projetadas especificamente para auxiliar escritórios de advocacia e departamentos jurídicos na gestão eficiente de processos, prazos, tarefas, documentos e informações relacionadas às atividades jurídicas.

As principais vantagens advindas dessa concepção é o aumento de produtividade e geração de valor para a advocacia, com ênfase em controladorias jurídicas. Com a automação de processos, é possível coletar informações relevantes de forma mais eficiente e precisa, o que contribui para a elaboração de estratégias mais adequadas para cada caso e cliente. Isso significa que a controladoria jurídica pode atuar como um importante instrumento de gestão estratégica para os escritórios de advocacia, contribuindo para a sua sustentabilidade e sucesso no mercado.

Além disso, a implementação de ferramentas tecnológicas na controladoria jurídica, permite o surgimento do que podemos chamar de controladorias “*data driven*”. *Data driven*,⁹ em tradução literal do inglês “direcionado por dados”, é uma abordagem que utiliza dados e informações para orientar as tomadas de decisão no mundo dos negócios. E, no setor jurídico, essa tendência também se faz presente. Isso reflete em um gerenciamento baseado em análises de dados coletados de diversas fontes, como sistemas de gestão jurídica, planilhas e outras ferramentas de gestão. Essa

9 O termo *data driven* descreve um estado de negócio onde os dados são usados para embasar a tomada e decisões e outros assuntos. Disponível em: <https://www.dataversity.net/what-is-data-driven/>.

abordagem tem como intuito maximizar a eficiência e a eficácia das atividades jurídicas do escritório, com o objetivo de aprimorar a gestão de processos, recursos e mão de obra. Dessa forma, os *softwares* jurídicos, como grande ferramenta de obtenção de dados, auxiliam as controladoras a identificarem padrões e tendências, bem como gerar insights e prever resultados, facilitando a tomada de decisões estratégicas.

A decisão jurídica *data driven* refere-se ao processo de tomada de decisões no campo do direito com base em evidências e dados coletados e analisados. Por meio da utilização de técnicas de coleta e análise de dados, os profissionais do direito buscam embasar suas decisões de forma mais objetiva e fundamentada, levando em consideração informações quantitativas e qualitativas.

Essa nova estrutura organizacional, baseada em dados e informações, impacta na rotina de escritórios de advocacia e departamentos jurídicos no que tange a análises de produtividade e desempenho, acompanhamento de prazos e processos, investigação de custos e receitas, identificação de oportunidades de crescimento e a avaliação da satisfação do cliente.

Tanto a possibilidade de automação como a disponibilidade de dados estratégicos são duas funcionalidades executadas por *softwares* jurídicos. Essa ferramenta tecnológica tem o objetivo de automatizar processos e organizar a rotina dos escritórios de advocacia. Desde seu surgimento, o mercado de *software* jurídico tem crescido significativamente no país, acompanhando a evolução tecnológica e a demanda do setor jurídico por soluções mais eficientes. Analisar esse cenário é reconhecer como, em poucas décadas, a tecnologia no direito vem se reinventando. É perceptível como alguns dos *softwares* mais tradicionais do mercado permanecem sendo protagonistas em funcionalidades para o mercado jurídico. O *software* CPJ-3C é um exemplo dessa conjuntura. Presente em quase todos os Núcleos de Prática Jurídica das universidades e escritórios de advocacia de todo o Brasil, este sistema – que acompanha a formação acadêmica e os estágios dos advogados *millennials*¹⁰ – há mais de 30 anos era instalado por intermédio de disquete, e hoje auxilia os juristas da *Geração Z* por intermédio de Inteligência Artificial e robôs de automação. Certamente o interlocutor deste texto, se advogado, em algum momento

10 As pessoas que nasceram entre 1981 a 1995 são consideradas *Millennials*.

de sua carreira teve contato com o *software* em questão, por isso é um exemplo fundamental para compreender não apenas como a tecnologia no direito não é mais uma novidade, mas também como vem passando por um movimento de evolução há décadas. Inicialmente, esses sistemas eram voltados principalmente para a gestão de processos e documentos, mas com o tempo foram sendo incorporadas novas funcionalidades, como gestão financeira, controle de prazos, análise de dados e automação de tarefas repetitivas.

A tendência é que o mercado de *software* jurídico continue a crescer e se desenvolver, impulsionado pela transformação digital e pela demanda por soluções que permitam aos escritórios de advocacia aumentarem a produtividade, reduzir custos e oferecer serviços de maior qualidade aos clientes.

4. CONCLUSÃO

Qualquer tentativa de compreender o cenário atual da atuação jurídica no Brasil e no mundo deve falhar caso não haja a averiguação dos impactos tecnológicos sobre a área. De fato, o direito é um reflexo das transformações sociais, por esse motivo, se faz inevitável o comparativo entre as alterações da sociedade e a evolução da área jurídica.

Assim como ocorreu com a transição da pena à tecla, é indisputável concluir que a adaptação e o constante aprendizado fazem parte do ofício da advocacia. Do mesmo modo, a promulgação de leis que regulam o uso das novas tecnologias, como a LGPD e Marco Civil da internet, representa os ajustes sociais frente aos adventos tecnológicos. Ajustes com os quais o profissional do direito também precisa se acomodar.

Diante dessas averiguações, compreende-se que o gerenciamento jurídico, por meio de controladorias, já é um passo importante para a incorporação tecnológica nesse cenário. Sendo a área responsável pela atividade essencial de gestão eficiente dos escritórios de advocacia e departamentos jurídicos, torna-se indispensável a vinculação de ferramentas tecnológicas para potencializar os resultados da controladoria jurídica.

Neste diapasão, evidencia-se o papel de destaque para os *softwares* de gestão jurídica, sendo eles o maior espelho de ferramentas de

automação, IA e *Machine Learning*¹¹ para a advocacia. Por intermédio da adaptação a essas funcionalidades em organizações jurídicas, a tecnologia representa compromisso com prazo, quantidade, produtividade e competência para o mundo do direito.

Contudo, mesmo que ocupando um espaço de relevância na conjuntura atual das profissões, é importante destacar que a tecnologia não substitui completamente o trabalho humano na controladoria jurídica. Embora as ferramentas de automação sejam úteis para otimizar a rotina de trabalho e reduzir erros operacionais, é fundamental que haja profissionais capacitados para seu manuseio. Além disso, ainda que os *softwares* jurídicos disponibilizem dados sobre o cenário do negócio e do mercado, a análise e interpretação eficientes das informações coletadas seguem sendo realizadas por intermédio de equipes competentes e humanas.

REFERÊNCIAS

ALBINI, Samantha. **Manual de gestão para advogados**. Curitiba: Juruá, 2018.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **Direito e tecnologia: relação cada vez mais necessária**. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-e-tecnologia-relacao-cada-vez-mais-necessaria-03012017>. Acesso em: 03 mai. 2023.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371229>. Acesso em: 10 mai. 2023.

D'ANGELO, Fernando. **Inteligência Artificial e Direito: Desafios e Perspectivas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

DIAS, Antônio; DE OLIVEIRA, Cristiane. **Controladoria jurídica: a tecnologia da informação nos escritórios advocatícios**. 2019. Disponível em: <https://oabms.org.br/wp-content/uploads/2021/02/Controladoria-jur%C3%ADica-A-tecnologia-da-informa%C3%A7%C3%A3o-nos-escrit%C3%B3rios-advocat%C3%ADcios-para-site-OAB-MS.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2023.

11 *Machine Learning*, ou aprendizado de máquina, é uma disciplina da área da Inteligência Artificial que, por meio de algoritmos, dá aos computadores a capacidade de identificar padrões em dados massivos e fazer previsões.

MAHARG, Paul. **Transforming Legal Education**: Learning and Teaching the Law in the Early Twenty-First Century. Edinburgh University Press, 2020.

OPEN AI. ChatGPT: San Francisco, CA Data: 2021. Disponível em: <https://openai.com/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SANTOS, Vitória. **Gestão Legal**: Razões para a implementação de controladoria jurídica em escritórios de advocacia. Goiânia: PUC Goiás, 2022.

SUSSKIND, Richard. **The Future of the Professions**: How Technology Will Transform the Work of Human Experts. Oxford University Press, 2018.

A ADVOCACIA E O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Daiana Alessi Nicoletti Alves¹

Aline Franciely Cordeiro Andriolli²

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo a análise de aspectos relevantes sobre as questões de gênero, principalmente diante da advocacia, profissão que impulsiona os atos do Poder judiciário. Serão apresentados apontamentos acerca das desigualdades estruturais, relações de poder e interseccionalidades quando analisamos a influência do patriarcado, do machismo e da misoginia, ainda muito presentes na estrutura social brasileira.

Diante disso, foi necessário que o Conselho Nacional de Justiça estabelecesse uma norma cogente em 2023 para obrigar que todos os tribunais do país, em todas as suas instâncias, passem a aplicar em suas decisões o chamado Protocolo para Julgamento de Gênero, recentemente aprovado em março de 2023.

-
- 1 Advogada; Doutoranda em Tecnologia e Sociedade pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR); Mestra em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná, com especialização em Direito Aplicado, e pela Escola da Magistratura Federal, com especialização em Direito Público; Professora de Especialização em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. (PUCPR); Autora de diversos artigos relacionados aos direitos humanos das mulheres; Integrante do Coletivo Todas da Lei; Palestrante; Colunista.
 - 2 Advogada; Mestra em Tecnologia e Sociedade pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR; Pós-graduanda em Civil e Processo Civil - Família e Sucessões e Direito Imobiliário; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba – UNICURITIBA; Pesquisadora de estudos de gênero e trabalho; Membro do Grupo de Pesquisa de Gênero e Tecnologia – GETEC/ UTFPR, vinculado ao CNPQ, e do Grupo de estudos em Capitalismo e Tecnologias Digitais – UTFPR; Integrante do Coletivo Todas da Lei.

2. A QUESTÃO DE GÊNERO E A ADVOCACIA

O Brasil é um país de muitas desigualdades sociais, chanceladas diariamente pelas práticas institucionais, políticas e culturais, e o Direito possui um papel de extrema importância social, pois pode assumir tanto a postura de perpetuador de opressões e subordinações, como pode ser instrumentalizado para proporcionar emancipação, igualdade substancial e justiça social.

E nesse ponto reside a importância da recém-aprovada Resolução para Julgamento com Perspectiva de Gênero,³ (CNJ, 2023) pois o Direito deve ser instrumento de pacificação social e equidade. A expectativa é que o obrigatório viés de gênero impacte o exercício da jurisdição, permitindo uma mudança cultural e política que direcione o Poder Judiciário a efetivar, dentro de seu escopo, um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, construir uma sociedade mais livre, justa e solidária.

É notória a transversalidade do impacto do gênero nos mais variados ramos do Direito e torna-se necessário discorrer, ainda que brevemente, sobre os demais conceitos que se tornam relevantes para o entendimento da Resolução e que perpassam o sexo, a sexualidade e a identidade de gênero.

Adota-se o termo gênero quando abordamos o conjunto de características socialmente atribuídas aos diferentes sexos, de modo que o gênero está ligado às questões culturais e não biológicas, como podemos verificar nas teorizações de Beauvoir (1970), Scott (1995) e demais estudiosas do tema. Portanto, torna-se automático e culturalmente aceito relacionar a mulher a uma série de construções sociais, estereótipos e rótulos impostos pela sociedade patriarcal, marcada por hierarquizações, relações de poder e opressões.

Muito mais que os papéis sociais vigentes, temos questões cruciais ao gênero, aqui subentendido o feminino, que marginalizam e atuam em desfavor aos direitos humanos das mulheres, sobretudo quando falamos em feminização do trabalho, desvalorização social e

3 Foi aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 17 de março de 2023, a Resolução n.º 492 que dispõe sobre a obrigatoriedade do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero pelo Judiciário brasileiro. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2023.

consequente impacto nas esferas judiciais que acabam atuando em uma lógica social segregadora e parcial.

Importante ressaltar, ainda, que a atribuição de características culturalmente impostas a grupos diferentes não é homogênea, pois um mesmo grupo, como o das mulheres, possui uma diversidade de alteridades e perspectivas e que são afetadas de maneira diferenciada pelos marcadores sociais como raça e classe, devendo ser utilizada a metodologia e perspectiva interseccional⁴ quando pensamos em lentes de gênero voltadas à neutralização de assimetrias.

O gênero acaba sendo utilizado como um instrumento reprodutor de hierarquias entre homens e mulheres, criando binarismos patriarcais. Segundo Beauvoir (1970), aos homens foram destinadas atividades de poder e ação no espaço público, características de racionalidade, intelectualidade, universalidade, e, para as mulheres, foi relegado o espaço privado da domesticidade, das atividades de reprodução e cuidado, da natureza, dos sentimentos e da subordinação.

Em uma breve análise acerca da maneira como nossa sociedade foi arquitetada, em bases patriarcais, escravocratas e coloniais, percebe-se que ocorreu uma subjugação do feminino em detrimento do masculino, e essa marginalização impactou de maneira negativa o desenvolvimento social e a emancipação feminina nos mais variados espaços, seja no trabalho remunerado, na política, na família, na sociedade e nas instituições. E dentro do sistema de justiça não é diferente.

O gênero, enquanto uma construção social, nos dá a possibilidade de refletir sobre sua desconstrução em prol da igualdade material entre homens e mulheres. Em diversos ramos do direito, e de maneira mais recorrente em demandas trabalhistas, em processos de assédio, de direito das famílias e de violência contra mulheres, a perspectiva de gênero necessita ser adotada pelos operadores e operadoras do direito, e, sobretudo, pelos magistrados e magistradas que julgam tais demandas.

4 Trata-se de um conceito da teoria crítica de raça, sistematizado pela teórica afro-estadunidense Kimberley Crenshaw. A interseccionalidade propõe uma instrumentalidade teórica e metodológica à inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado, que são produtores de questões identitárias em que mulheres negras são repetidas vezes atingidas pelo cruzamento e sobreposição de gênero, raça e classe, modernos aparatos coloniais (Ako-tirene, 2019).

Analisar e entender o gênero possibilita reconhecer as desigualdades cometidas em prol dos rótulos atribuídos ao feminino, e a Resolução n.º 492 (CNJ, 2023) possibilita o exercício da advocacia de maneira efetiva para a desconstrução da dimensão cultural que afeta negativamente as mulheres, inclusive em relação à perpetuação dos estereótipos que uma decisão judicial, sem viés de gênero, pode causar.

Ainda relacionando-se à construção social do gênero, temos o sexo, que é um conceito atrelado aos aspectos biológicos (órgãos sexuais, hormônios e cromossomos), e que classifica os indivíduos em nossa sociedade entre machos, fêmeas e intersexuais. E nessa análise conceitual, verifica-se a construção do gênero como um produto social e cultural que afeta diretamente homens e mulheres, a exemplo dos meninos de roupa azul, bola e carrinho, e as meninas de rosa, brincando com panelinhas e bonecas.

Ainda, importante diferenciar o conceito de sexualidade, pois embora tenha havido avanços, a sociedade brasileira é machista, androcêntrica e patriarcal, e considerando que socialmente o padrão naturalizado é o heterossexual, quaisquer orientações diferentes, a exemplo da homossexualidade ou da bissexualidade, são consideradas desviantes, fora das expectativas hegemônicas.

Prosseguindo nesse raciocínio, de uma heteronormatividade que instituiu a heterossexualidade compulsória, a perspectiva de gênero se amolda na atuação jurídica que deve ser analisada sobre o seu comprometimento com a igualdade, e se essa heteronormatividade não está sendo corroborada ou reforçada por determinada decisão.

E completando a análise, sobretudo em prol de uma correta e justa perspectiva de gênero no Judiciário, a identidade de gênero também precisa ser considerada, pois nem sempre há uma plena conformação entre o sexo biológico e a expectativa social baseada nas atribuições enraizadas e naturalizadas na sociedade patriarcal.

Frisa-se que, partindo da premissa de que o gênero é um conceito construído e, portanto, artificial, pode acontecer de um indivíduo identificar-se com um conjunto de características não alinhadas com seu sexo biológico, ou seja, é possível que uma pessoa nascida sob o sexo masculino se identifique com características tradicionalmente associadas ao sexo feminino, ou o contrário, havendo casos em que as pessoas não se identificam com gênero algum. Portanto, considera-se cisgênero as pessoas cujo

sexo biológico e gênero se alinham, e transgênero as pessoas cujo o sexo e o gênero divergem.

Pensando nas diferenças sociais, nas muitas mulheres que existem, perpassadas pelo racismo e pela classe, bem como, na população LGBTQIA+,⁵ que sofrem extrema discriminação no Brasil e no mundo, de modo que a heteronormatividade e o androcentrismo continuam sendo o padrão e a expectativa da sociedade pós-moderna.

Ressalta-se que magistrados e magistradas devem estar comprometidos com a busca da justiça social e com julgamentos baseados na perspectiva de gênero para a erradicação ou minimização das desigualdades. O norte da atuação jurisdicional deve se basear em analisar se rótulos de gênero e expectativas não estão guiando determinada interpretação e/ou reforçando tais expectativas de alguma maneira, em prejuízo ao cidadão ou cidadã envolvidos na demanda.

3. DESIGUALDADES DE GÊNERO – ESTRUTURAIS; RELAÇÕES DE PODER E INTERSECCIONALIDADES

A homens e mulheres são atribuídas diferentes características, que têm significados e cargas valorativas distintas. O pouco valor que se atribui àquilo que associamos culturalmente ao “feminino” (esfera privada, passividade, trabalho de cuidado desvalorizado, emoção em detrimento da razão), em comparação com o “masculino” (esfera pública, atitude, agressividade, trabalho remunerado, racionalidade e neutralidade), é fruto da relação desigual de poder entre os gêneros, e tende a perpetuá-las.

Isso significa dizer que as desigualdades são fruto não apenas do tratamento diferenciado entre indivíduos e grupos, mas da existência de hierarquias estruturais. Essas violências estruturais, sociais e institucionais favorecem as assimetrias e estimulam a violência de gênero, que é favorecida pela invisibilização e subordinação imposta às mulheres pela cultura do patriarcado, que nada mais é que um sistema político e cultural que foi introduzido na sociedade desde os primórdios da colonização e que estabelece

5 Sigla que representa a diversidade e a pluralidade de pessoas, e cada letra significa: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Queer, Intersexo, Assexual e demais orientações sexuais e identidades de gênero.

hierarquização dos homens em detrimento das mulheres (Saffioti, 2004); (Freyre, 2013).

A divisão sexual do trabalho assume central importância na presente pesquisa e socialmente organiza-se a partir da construção histórica e cultural do gênero com base em uma ideia essencialista de que existem alguns trabalhos naturalmente masculinos e outros femininos, bem como, valora exacerbadamente os trabalhos remunerados masculinos em detrimento do trabalho feminino não remunerado.

Cria-se uma romantização do trabalho de cuidado com a feminização de determinadas atividades, além da hierarquização entre o trabalho produtivo associado ao homem e o trabalho reprodutivo associado à mulher.

O fenômeno da divisão sexual do trabalho necessita ser analisado para além da perspectiva de gênero, com o uso das lentes da classe social e da raça, em um círculo de múltiplas discriminações que atingem a uma expressiva parcela da população brasileira.

Portanto, a magistratura, em sua atividade jurisdicional, precisa estar atenta à existência fática da divisão sexual do trabalho para decidir os processos de maneira emancipatória e protetiva, notadamente quando evidenciarem-se desigualdades baseadas em estereótipos de gênero, pois eles impactam na atividade judicante quando favorecem a relevância de um determinado fato para o julgamento.

A advocacia é o pilar concretizador da justiça e deve observar a Resolução para Julgamento com Perspectiva de Gênero, sempre iniciando os processos com a devida urbanidade e a análise diferencial que equalize as assimetrias de gênero, ainda tão presentes no cotidiano da atuação jurídica.

4. A RESOLUÇÃO N.º 492 DO CNJ E A APLICAÇÃO NA ADVOCACIA

Diante da importante transição social que o mundo passa, o Protocolo para Julgamento de Perspectiva de Gênero é fruto do trabalho institucional do Poder Judiciário brasileiro, que passa a reconhecer a influência das desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas, às quais as mulheres são submetidas.

As mulheres, ao longo da história, exercem importante influência tanto na produção quanto na aplicação do direito, identificando, assim, a

partir desses recortes, a necessidade de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas no país.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) caminha na direção de reconhecer que a influência do patriarcado e de todas as formas de violência contra a mulher, como o machismo, o sexismo, o racismo e a homofobia estão imbricadas a todas as áreas da ciência do direito.

O Protocolo não se restringe à violência doméstica, mas sim, ele tem por escopo a efetiva produção de efeitos na sua interpretação e aplicação, inclusive, nas áreas de direito civil, penal, direito do trabalho, tributário, previdenciário, empresarial e demais outros tantos ramos da ciência jurídica.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na vanguarda dos direitos das mulheres, assenta suas decisões judiciais através do compromisso na defesa dos direitos humanos e, igualmente, avança em relevantes pautas que reconhece, consubstancialmente, às minorias, o direito à igualdade.

A igualdade não apenas em seu sentido formal, mas principalmente a igualdade substancial. Temos alguns exemplos importantes e paradigmáticos, como as decisões sobre união homoafetiva, reconhecimento da autodeterminação de identidade de gênero, concessão de prisão domiciliar para gestantes e mães, exclusão da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, ou seja, com marcadores sociais importantes que acompanham a evolução da sociedade brasileira.

Diante desse contexto, o Conselho Nacional de Justiça, atento aos anseios da sociedade civil, premiu urgência de a magistratura brasileira incorporar, em suas decisões e em suas práticas, medidas que visem reduzir o impacto desproporcional das normas sobre determinadas pessoas, principalmente em relação às minorias indicadas anteriormente.

Com isso, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero busca transpor as dificuldades que impossibilitam a percepção de uma igual dignidade entre mulheres e homens sob todos os aspectos da vida em sociedade, principalmente porque é preciso observar essa diretriz nas esferas do Poder Judiciário quanto ao conceito objetivo de acesso à justiça. Assim, a equidade de gênero tem ocupado um relevante e notável papel de destaque em temas de interesse social.

Em outubro de 2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o objetivo de atender aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de números 5 e 16 da Organização das Nações Unidas (ONU), na agenda 2030, lança, sob a tutela de “recomendação”, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, a fim de que haja a efetiva proteção dos direitos humanos, direitos constituidores importantes quando falamos a respeito da equidade de gênero.

A ODS n.º 05 da agenda 2030 da ONU tem como pilar “igualdade de gênero e o empoderamento feminino, visando o fortalecimento de políticas sólidas e da legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e para o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todas as áreas de atuação”.

Dada a relevância do tema, a ODS 16 busca “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvendo sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todas e todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os âmbitos.”

Assim, o Conselho Nacional de Justiça instituiu um Grupo de Trabalho destinado a construir a implementação das políticas nacionais relativas ao enfrentamento da violência contra mulheres e ao incentivo à participação feminina no Poder Judiciário (através das Resoluções n.º 254 e 255 de 2018), que culminou com a apresentação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero lançado na sessão plenária no final de 2021, precisamente em 19 de outubro de 2021.

No ano seguinte, em 15 de fevereiro de 2022, dada a importância imediata da implementação dessa metodologia perante o judiciário brasileiro, sobreveio a Recomendação n.º 128/2022 do CNJ, a qual “recomendou a adoção desse protocolo por todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro”.

A partir disso, coube a cada um dos órgãos do Poder Judiciário empregar ações concretas para assegurar que os julgamentos sejam realizados pelas lentes de gênero, a fim de superar estereótipos e assim eliminar interpretações pré-concebidas, de modo a dar efetividade a igualdade material estabelecida pelo constituinte.

A Ministra Rosa Weber, Presidente do Supremo Tribunal Federal, reafirmou a urgência e a importância do Protocolo:

Convocados estamos todos nós a colocar uma lupa sobre as fórmulas institucionais correntes, visando a revisar normas, práticas e políticas reprodutoras da desigualdade em matéria de gênero a partir de uma metodologia de julgamento diferenciada que leve em consideração no processo de exegese e aplicação do direito, não somente as normas textuais em sua forma abstrata, mas também as invisibilidades concretas, culturais, políticas ou normativas, de violência institucional informadoras do contexto social de discriminação contra as mulheres. Invisibilidades concretas, dificultam e criam obstáculos ao acesso pelas mulheres a justiça, entendido este acesso em sua concepção substantiva não limitado portanto ao acesso a instituição poder judiciário. mas a significar, em especial, o acesso a ordem jurídica justa, e a perpassar sempre o reconhecimento das desigualdades históricas de todos. (Weber, CNJ, 2023)

A comissão Ibero-americana de ética judicial editou um de seus pareceres, o 20º, afirmando que “a inclusão de uma perspectiva de gênero na administração da justiça é um imperativo moral e ético dos direitos humanos para a proteção mais efetiva dos direitos das mulheres e das pessoas em situação de vulnerabilidade” (2022).

É importante observar que a referida comissão, de maneira categórica, destacou o termo “administração da justiça” o que, para advogados e advogadas integrantes do sistema OAB, é o chamamento concreto de que precisamos ter a sensibilidade como impulsionadores do Poder Judiciário para esse olhar. A advocacia brasileira precisa assegurar o cumprimento dessa normativa importante ao exercer sua atividade jurisdicional na busca do direito e da justiça.

Foi então que, durante a 3ª sessão Ordinária do CNJ, no dia 14 de março de 2023, por unanimidade, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero teria obrigatoriedade sua aplicação. Assim, os tribunais de todo o país deverão adequar-se a ele, inserindo cursos de formação continuada, inclusive aos magistrados e magistradas de todas as instâncias do país, onde deverá ser obrigatoriamente incluído o conteúdo relativo à interseccionalidade de gênero, raça e etnia, conforme disciplinam as diretrizes do protocolo.

Além disso, a Resolução n.º 492, recém-aprovada, também criou um

Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário, convertendo assim o Grupo de Trabalho, previsto na Resolução CNJ n.º 255/2018 e constituído pela Portaria CNJ n.º 27/2021, no chamado Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Este comitê tem por finalidade acompanhar o efetivo cumprimento dessa resolução.

Em termos práticos, segue um exemplo de recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de relatoria da desembargadora Ana Claudia Finger, no Agravo Interno n.º 0055641-75.2021.8.16.0014.1, que decidiu pela restituição de prazo em virtude do parto antecipado de uma advogada por ausência de comprovação de notificação ao cliente, aplicando assim o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero:

AGRAVO INTERNO. RECURSO CONTRA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE PRAZO COM BASE NA SUSPENSÃO DO PROCESSO POR PARTO ANTECIPADO DA ADVOGADA POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO AO CLIENTE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 313, IX, §6º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ART. 7º - A, IV DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS. DEMONSTRAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO DO CLIENTE, COMO PRESSUPOSTO DA RELAÇÃO ADVOGADA E CLIENTE, MAS NÃO CONDIÇÃO À SUSPENSÃO DO PRAZO. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE FORMA SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA A GARANTIR O CUMPRIMENTO DA INTENÇÃO DO LEGISLADOR. **ASSEGURAR A MÁXIMA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E RESGUARDAR O PLENO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. DEVOLUÇÃO DE PRAZO, DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** (...) Reforça-se tratar-se de questão controvertida, porém, a fim de concretizar um direito – “garantindo-se às Advogadas parturientes a manutenção de seus ganhos e de sua clientela, sem prejuízo do pleno exercício da maternidade.” (Des. Ana Claudia Finger) (grifou-se)

Relevante observar que o Protocolo foi aplicado a uma advogada que precisou recorrer de uma decisão que havia indeferido seu pedido de restituição de prazo processual, ainda que tivesse informado os reais motivos excepcionais para a ocasião nos autos em 1º grau. Cabe aos

advogados e advogadas a atenção necessária para a efetiva aplicação do Protocolo aprovado que transversa em todos os ramos do direito, a fim de garantir a real aplicação da justiça para as minorias, em especial, para todas as mulheres.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo demonstrar as questões de gênero que envolvem a advocacia brasileira e da importância de compreendermos a real efetividade dos direitos das minorias que socialmente são mais vulneráveis às injustiças e invisibilidades sociais. Com isso, ter o olhar sob as lentes de gênero é pedra fundamental para construir uma justiça mais justa e igualitária sob todos os seus enfoques.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro: Pólen, 2019.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. v. 2. São Paulo: DIFEL, 1970.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Resolução n.º 492**, de 17 de março de 2023. Estabelece a adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original-1144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2023.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global, 2013.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Vigésimo Parecer**. Disponível em: https://www.poderjudicial.es/cgpj/pt/CIEJ/Pareceres/?-vgnnextlocale=pt&lang_chosen=pt&startAt=0. Acesso em: 07 jul. 2023.

WEBER, Rosa. **Abertura do Seminário Protocolo de julgamento com perspectiva de gênero realizado no Superior Tribunal de Justiça**. Mar. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/discurso-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

O TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI

Gustavo Henrique Galon Fernandes¹

Fernanda Fiori Barvick²

1. INTRODUÇÃO

A democracia guarda relação estreita com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, sendo pressuposto para a concretização dos direitos políticos e dos direitos de liberdade, tais como: liberdades de expressão, reunião e manifestação (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2018). Como direito fundamental que possibilita o exercício da cidadania, a Constituição da República Federativa do Brasil reconhece a instituição do Tribunal do Júri como garantia individual, conforme preleciona o art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A instituição do Tribunal do Júri foi admitida no ordenamento jurídico como meio de promover a participação popular nos processos de tomada de decisão no âmbito do Poder Judiciário, de modo a propiciar o efetivo exercício do princípio da soberania popular, previsto no art. 1º, parágrafo único, da CRFB/1988. O Júri é uma instituição democrática, cujo objetivo é a promoção do exercício de diversos direitos fundamentais,

1 Advogado, inscrito na OAB/PR sob o n.º 118.115, subseção de São José dos Pinhais-PR; Pós-graduando em Gestão Fiscal e Tributária pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG; Cursando Técnico em contabilidade pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER; Graduado em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL.

2 Mestranda em Direitos Fundamentais & Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL; Graduada em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL.

tanto do acusado, quanto do cidadão, sendo, com isso, um instituto necessário no ordenamento jurídico.

É com a concretização da participação popular que os indivíduos não serão relegados a posição de objetos da vontade estatal, pois a eles será assegurada a condição de sujeitos que participam efetivamente do processo decisório da comunidade que integram (Sarlet; Marinoni; Miti-diero, 2018). O Estado Democrático de Direito está, pois, fundado na ideia de democracia, que, por sua vez, exige uma participação política ampla, o que está em consonância com a teoria do garantismo penal de Ferrajoli, já que por meio de seus postulados o Estado apenas se legitima quando protege as garantias individuais, objetivando resgatar e conferir proteção e promoção aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade (Serretti, 2012).

Portanto, conforme será analisado, a instituição do Tribunal do Júri é um instrumento inarredável para a concretização da participação popular no Estado Democrático de Direito, estando em harmonia com os postulados extraídos da teoria do garantismo penal de Ferrajoli, que, dentre outros objetivos, busca a tutela dos direitos fundamentais e a garantia de desenvolvimento do sistema constitucional, por meio da efetiva participação popular.

Para a apreciação do estudo aqui empreendido, quanto à metodologia, a pesquisa utilizou o método lógico-dedutivo, com a realização de pesquisa bibliográfica acerca do tema objeto de estudo, por meio de uma abordagem qualitativa. O propósito da pesquisa é o descritivo, pois descreve, a partir da teoria do garantismo penal, que a participação popular, materializada através da instituição do Tribunal do Júri, é imprescindível para a efetivação do Estado Democrático de Direito. O trabalho adotou como procedimento técnico a revisão bibliográfica sobre o tema, sobretudo com a análise de livros, capítulos de livros, artigos em periódicos, artigos científicos, dissertações e teses, textos em sites eletrônicos e legislação.

2. PARTICIPAÇÃO POPULAR E O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

A Constituição Federal de 1988, por meio de seu título I, intitulado como “dos princípios fundamentais”, dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CRFB/1988). Em decorrência do que estabelece o art. 1º, da CRFB/1988,

o constituinte apregoa que o regime político brasileiro é o democrático, havendo uma formatação da estrutura sociopolítica do Estado que exige o respeito à ordem e ao progresso social, cujo principal objetivo é o cumprimento dos direitos fundamentais, sendo a lei erguida a partir da vontade popular que lhe dá validade (Trindade, 2015).

A Constituição demonstra seu objetivo de realizar uma transformação do *status quo*, já que no Estado Democrático de Direito a lei é utilizada como um instrumento que visa transformar a realidade, demonstrando seu papel promocional e modificador das relações da comunidade (Streck, 2014). É que a caracterização do Estado Democrático de Direito não é apenas a junção formal entre as concepções de Estado Democrático e Estado de Direito, pois consiste na formação de um conceito novo, que não apenas considera os conceitos dos elementos integrantes, mas os supera em virtude de que incorpora um componente que busca a transformação do *status quo* (Silva, 1997, p. 119).

O Estado Democrático de Direito exige, para sua efetiva concretização, a observância das normas democráticas com eleições livres, periódicas e pelo povo (Moraes, 2022, p. 19), de modo que para haver o seu completo desenvolvimento, é de suma importância a efetiva e legítima participação democrática do povo nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, que é representada pela substância da soberania popular, o que pode ser considerado uma decorrência da célebre frase de Abraham Lincoln quanto à essência da democracia: “governo do povo, pelo povo e para o povo” (Silva, 2005, p. 10). É que o pleno exercício da cidadania é imprescindível para a adequada tomada de decisões para a solução dos problemas da sociedade (Maliska, 2022, p. 167).

O Estado Democrático de Direito está, pois, fundado na ideia de democracia que, por sua vez, exige uma participação política ampla. Isso é, pois, decorrência do fato de a democracia ter por alicerce a participação política generalizada, pois todo o regime constitucional deve ser pautado pela efetiva materialização da soberania popular, razão pela qual, quando não há a efetiva participação do povo, o regime constitucional não será concretizado (Bonavides, 2001). Isto se dá, sobretudo, em virtude de a inexistência de uma ampla participação política ser responsável por distanciar as decisões políticas dos cidadãos, o que, por consequência, prejudica os direitos de liberdade e igualdade, havendo uma ruptura do princípio da solidariedade e um esvaziamento da cidadania, elementos ínsitos à noção de Estado Democrático de Direito (Schaefer, 2009).

Para a concretização do Estado Democrático de Direito é imprescindível a efetiva participação popular. Inclusive, tal afirmação está em consonância com a teoria do garantismo penal de Ferrajoli, já que por meio de seus postulados o Estado apenas se legitima quando protege as garantias individuais, objetivando resgatar e conferir proteção e promoção aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade (Serretti, 2012). Isso ocorre pois as garantias podem ser consideradas “técnicas previstas pelo ordenamento jurídico para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais” (Schrappe, 2002, p. 71).

Ferrajoli construiu sua teoria a partir de uma constatação sobre a crise dos sistemas penais, um dos motivos decorre do contexto político pelo qual passava a Itália nos anos de 1960 e 1970, pois, durante esse período, a Itália enfrentava uma série de ataques terroristas, razão pela qual o Estado italiano publicou uma legislação penal e processual penal com medidas que não observavam o texto constitucional. Ferrajoli, que esteve ligado a um movimento que ficou conhecido como Magistratura Democrática, pretendia fazer valer a primazia da Constituição sobre as normas penais (Pinho; Albuquerque, 2019).

No prefácio da obra *Direito e Razão*, Bobbio esclarece que o objetivo de Ferrajoli é a criação de uma teoria geral do garantismo, buscando a concretização do Estado de Direito, bem como a proteção das liberdades dos cidadãos frente ao exercício arbitrário do poder do Estado (Bobbio, 2008). O garantismo é, pois, um “projeto político que traz em seu bojo um modelo de mitigação das penas que possibilita uma releitura da máxima utilitarista ilustrada, configurando o que Ferrajoli chama de utilitarismo reformado” (Carvalho, 2008, p. 146).

Sob essa análise, é possível entender a teoria do garantismo penal como sendo um discurso e uma prática cuja principal finalidade é a materialização de instrumentos capazes de controlar e limitar o poder punitivo do Estado (Carvalho, 2015). Como programa, o garantismo objetiva não apenas a limitação do poder punitivo do Estado, mas sim, o seu ajuste às restrições impostas pelo próprio Estado Democrático de Direito, tendo por finalidade, além da tutela de direitos fundamentais, a proteção da dignidade da pessoa humana (Dalabrida, 2011, p. 22).

A concretização dos postulados garantistas pressupõe a existência de um Estado de Direito pautado pela democracia e pela busca da concretização da dignidade humana, a qual somente é possível através da tutela dos direitos fundamentais e da garantia de desenvolvimento do sistema

constitucional, por meio da efetiva participação popular. O garantismo tem grande influência no exercício da democracia, porquanto o garantismo penal pode ser considerado a outra face do constitucionalismo (Trindade, 2012), pois é um novo modelo do direito e da democracia, em razão de que proporciona a criação de mecanismos que possibilitam a construção de garantias.

Vale dizer, a teoria garantista, a partir de uma estrutura normativa que busca a satisfação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, serve ao homem e à sociedade como instrumento de proteção de seus direitos e garantias fundamentais (Leves, 2018). De fato, “a Constituição da República de 1988 estabeleceu uma ordem normativa da qual não se pode afastar e sem a qual não haverá democracia possível, pois o exercício da cidadania é fundamento do Estado Democrático de Direito” (Muniz, 2017, p. 44). Assim, “estando a sociedade presente, intrinsecamente, no âmago de um poder, menos violações a direitos fundamentais encontrar-se-ão em suas decisões” (Muniz, 2017, p. 44).

Isso porque, conforme esclarece Habermas, a efetivação dos direitos fundamentais assegura a autonomia privada de sujeitos jurídicos apenas quando esses sujeitos se reconhecem como legítimos destinatários de leis, surgindo um *status* que lhes possibilite a pretensão de exigir direitos e de exercê-los (Habermas, 1997, p. 159). A participação popular possibilita aos indivíduos a oportunidade de exigir do Estado, por meio de uma atuação pública adequada, a atuação eficaz para combater as necessidades gerais da população. Isso é favorecido com o exercício dos direitos políticos (votar, criticar etc.), que exercem uma pressão no governo para que, então, dê uma resposta às demandas da sociedade, o que constitui apenas uma parte do papel instrumental da democracia e das liberdades políticas no Estado Democrático de Direito (Sen, 2010, p. 199).

Aliás, as democracias contemporâneas estão legitimadas na ideia de povo, na soberania popular e no sufrágio universal, visto que é o povo que integra e fundamenta o Estado Democrático de Direito (Gomes, 2010). Decorre daí o motivo pelo qual a participação popular nos mecanismos de poder do Estado deve ser garantida a todos, já que em um Estado no qual há a imposição de uma ordem constitucional todos os direitos fundamentais devem ser assegurados, sob pena de deslegitimação do pacto constitucional (Schrappe; Fernandes, 2021), visto que o pacto institucional que fundamenta o Estado Constitucional objetiva, em razão de sua legitimidade substancial, assegurar a todos os direitos fundamentais (Copetti Neto, 2016, p. 79). Disso decorre que o regime constitucional que se estabelecer

sem a efetiva participação do povo será apenas um simbolismo (Bonavides, 2001, p. 49).

A cidadania a que alude o art. 1º, inc. II, da CRFB/1988, não deve ser apenas considerada em sua visão estrita, como o direito de votar e ser votado, mas como um processo que envolve modelos de identificação entre as pessoas, sendo responsável pela criação de um sentimento de pertencimento na coletividade (Botelho; Schwarcz, 2011).

O garantismo tem grande influência no exercício da democracia, isso decorre da diferenciação entre a democracia formal e a democracia substancial, a primeira se restringe apenas às regras de procedimento, e se baseia no princípio majoritário como fonte de legalidade, isto é, se preocupa com o “quem e como decidir”, em contrapartida, a democracia substancial relaciona-se com o conteúdo das decisões tomadas em um cenário político democrático, aqui há uma preocupação com “o que” se deve decidir ou não (Ferrajoli, 2002). A partir disso, é possível afirmar que “a democracia moderna é classificada pelo constitucionalismo contemporâneo a partir de dois aspectos, ou seja, de forma dualista. É essa caracterização que dá sentido completo à democracia, no qual somente a composição de ambos é capaz de dar rigor conceitual ao termo” (Tonet, 2016, p. 45).

Dessume-se disso, portanto, que a democracia formal ou política se exprime, principalmente, na ideia de um Estado político representativo, fundamentado no princípio da soberania popular, em que se asseguram as regras procedimentais e de estrita legalidade formal quanto à matéria a ser deliberada, enquanto a democracia substancial ou social se dá na afirmação do Estado de Direito pautado em garantias efetivas para a sociedade, de modo a assegurar a legalidade material pelo viés da análise da vontade da maioria (De Cademartori; De Cademartori, 2015).

Assim, a institucionalização de meios de participação social no processo de tomada de decisões do Estado fortalece a eficiência das ações públicas, de modo que favorece a aceitação por parte do corpo da sociedade civil, indicando uma provável diminuição dos interesses corporativos e políticos nos atos do Estado e prevendo uma maior garantia de vinculação às reais necessidades sociais (Rocha, 2008).

3. O TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR E DOS POSTULADOS DO GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI

No Brasil, a democracia está intimamente vinculada à história das constituições, vez que são o meio de organização do Estado e, portanto, dispõem sobre os limites da atuação estatal em sua relação com os cidadãos (De Macedo, 2008). No que tange ao Júri, historicamente observa-se que o instituto ora fora disposto no capítulo dos direitos e garantias individuais, ora enquanto mera organização do Poder Judiciário. A alternância na sua disposição explicita a dificuldade na definição da natureza do instituto, ou seja, se deve ser reconhecido enquanto uma garantia fundamental, institucional ou, ainda, enquanto um direito subjetivo fundamental (Schier; De Melo, 2021, p. 189). No mesmo sentido, mister ressaltar a discussão acerca de qual ou quais interesses o Júri visa tutelar (Nassif, 2008, p. 35).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê o Júri em seu art. 5º, inciso XXXVIII, no capítulo dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, reconhecendo a instituição e assegurando-lhe, além dos princípios constitucionais gerais, os princípios da plenitude da defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo estes princípios específicos ao Tribunal do Júri (Forti, 2009).

Pelo fato de o Tribunal do Júri constar do art. 5º da CRFB/1988, no rol dos direitos e garantias fundamentais, compreende-se que ele é não meramente um órgão do Poder Judiciário, mas, também, uma garantia institucional, se tratando de um dos únicos modos de participação direta dos cidadãos na formação de uma decisão judicial (Mion, 2020). Portanto, atualmente, o Tribunal do Júri amolda-se enquanto uma garantia e um direito constitucionalmente previsto e assegurado, tratando-se de uma garantia, já que todos os crimes dolosos contra a vida serão julgados somente pelo Tribunal do Júri, e enquanto um direito fundamental, posto que estabelece a possibilidade de o cidadão comum participar ativamente de decisões do Poder Judiciário (Droppa; Berg; Souza, 2016).

Tem-se que “uma justiça efetivamente democrática se concretiza com a participação e a possibilidade de o povo ser chamado a deliberar e prolatar a sua decisão” (Barbosa; Santos, 2021, p. 228), o que expressa a importância do instituto, pois é no Tribunal do Júri que são tratados os casos de violação do bem jurídico mais valioso, a vida (Barbosa; Santos,

2021). Assim, se verifica uma das mais reais e efetivas formas de exercício da cidadania e da democracia, uma vez que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos cidadãos do povo a importante e nobre função de julgar um semelhante quando houver a prática de um crime doloso contra a vida.

Pode-se compreender que o julgamento pelo júri é uma garantia de todos os acusados, de modo a promover proteção contra acusações infundadas e contra magistrados sensíveis a autoridades hierarquicamente superiores, além de um meio de prevenção da opressão governamental, dando ao acusado o direito de ser julgado pelos seus pares, permitindo uma garantia frente a acusadores corruptos e magistrados tendenciosos (U.S. Supreme Court, 1968, *apud* Muniz, 2017).

O instituto do Júri não vislumbra apenas a possibilidade de participação popular na deliberação referente a crimes dolosos contra a vida, mas, em sua gênese, visa dar a possibilidade de maior abrangência com relação à defesa técnica e uma prestação jurisdicional com fundamento na vontade do povo, nos casos em que se busca a tutela da vida, tanto na cadeira do réu, quanto na posição de vítima. Resta, portanto, indicada a difícil tarefa dos causídicos, cujo papel principal reveste-se na defesa do acusado, promovendo um debate de modo a respeitar os direitos de todos os envolvidos, desde os assegurados aos que sentam na cadeira dos réus, até os assegurados aos que se encontram na qualidade de jurados.

Alguns doutrinadores entendem que o Tribunal do Júri tem como objetivo a proteção da liberdade (Tourinho Filho, 2013, p. 772-773); outros dissertam que o instituto age como garantia fundamental individual, na medida em que visa a garantia de o indivíduo ser julgado pelos seus pares (Nassif, 2008, p. 31); há quem defenda que o júri se trata de uma expressão da cidadania, ao assegurar a participação do indivíduo nas decisões do Poder Judiciário (Almeida, 2005, p. 28); parcela da doutrina afirma que o instituto tem natureza híbrida, pública e judiciária, integrante do Poder Judiciário e como direito individual (Oliveira, 2010, p. 83-84); e, ainda, há quem diga que o Júri possui status de direito fundamental, compreendido como instrumento democrático ao permitir a participação popular no Judiciário (Canotilho, 2018 *apud* Schier; De Melo, 2021).

Na tentativa de dirimir tal questão, sobreveio o ideal de que não se pode adotar a concepção de que o júri se trata apenas de um direito fundamental individual subjetivo, tratando-se, na realidade, de uma instituição na qual se envolvem diversos bens jurídicos distintos, não tendo como afirmar que o instituto visa a tutela de um direito subjetivo individual, vez que

visa não apenas a tutela do direito de liberdade do acusado, mas também o direito de participação do cidadão (Schier; De Melo, 2021).

Schier e De Melo discorrem que a instituição não pode ser compreendida apenas como um direito individual subjetivo, devendo ser levado em consideração o disposto na parte final do inciso XXXVIII do art. 5º, da CRFB/88, o qual prevê a necessidade de organização da instituição por lei complementar, reportando ao seu enquadramento enquanto garantia institucional (Schier; De Melo, 2021). Dessa forma, afirmam que o Tribunal do Júri deve ser compreendido enquanto uma garantia institucional de ordem jurídico-pública e jurídico-privada, eis que não é atribuída a uma pessoa determinada e não busca a garantia de direitos de um indivíduo diretamente considerado, mas sim resguarda direitos transindividuais (Schier; De Melo, 2021).

Diante de tal perspectiva, pode-se concluir que o Júri apresenta elementos que possibilitam a concretização e o desenvolvimento da democracia, visto que permite a participação do cidadão na administração da Justiça por meio do Poder Judiciário, bem como funciona como um meio de garantia do acusado de que será julgado em um julgamento aberto a todos e justo, seguindo as regras constitucionais e os princípios específicos a ele determinados (Muniz, 2017).

Assim, o reconhecimento da competência do Júri demonstra o caráter popular da participação da sociedade no âmbito do Poder Judiciário, sendo, portanto, um instrumento da democracia participativa no Brasil, alicerçado aos princípios que preveem a criação, renovação, reinvenção e alteração das formas de participação social nos atos do Estado (De Macedo, 2008).

Por fim, compreende-se que o jurado, ao participar do conselho de sentença, “exerce parcela de soberania nacional, fundamentando o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, I, da Constituição da República)” (Muniz, 2017). E no tocante à necessidade da atuação dos jurados, tal indispensabilidade se verifica na medida em que, na prática, o juiz togado, com o passar do tempo, se tornaria acostumado com a análise dos delitos, de modo que tende a apegar-se ao formalismo legal, perdendo a preocupação de humanização do julgamento, o que muitas vezes propicia um julgamento em desacordo com a realidade social na qual o acusado se encontra (Forti, 2009).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há, na atual conjuntura social, aqueles que criticam, de forma incansável, a instituição do Júri, inclusive bradando por sua extinção. Por outro lado, também há aqueles que defendem com veemência a sua continuidade. Não há dúvidas, o Júri é responsável por despertar diversos sentimentos na sociedade.

Apesar disso, não há como negar: o Júri é uma instituição democrática, cujo objetivo é a promoção do exercício de diversos direitos fundamentais, consistindo em um instrumento inafastável para a concretização da participação popular no Estado Democrático de Direito, haja vista a sua previsão no rol do art. 5º, da CRFB/1988.

Conforme evidenciado, o Júri não é apenas um ramo do Poder Judiciário, tampouco apenas uma garantia individual do cidadão levado a julgamento em plenário, pois também se trata de uma forma de efetivação da democracia, na medida em que propicia a participação do cidadão nos processos decisórios.

Em suma, quando se fala no Tribunal do Júri enquanto expressão da democracia, compreende dizer que o Júri cumpre um papel de expressão da cidadania do jurado, bem como se desdobra em uma garantia do acusado de que será julgado por seus pares, de modo que a estes cabe a decisão do caso, sem a necessidade de vinculação do veredicto final à uma fundamentação jurídica.

Portanto, pode-se concluir que o Júri é um instituto democrático, cujo objetivo é a promoção do exercício de diversos direitos fundamentais, tanto do acusado quanto do cidadão, de modo que é considerado um instituto necessário no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao promover a participação popular nas decisões do Poder Judiciário, o Tribunal do Júri expressa os ideais do garantismo penal de Ferrajoli, pois permite a garantia de diversos direitos fundamentais a serem defendidos da forma mais ampla possível, bem como permite a participação efetiva dos membros do povo no processo decisório quando violado o bem jurídico tido como mais importante: a vida humana.

O garantismo penal, em síntese, é considerado um sistema de direito penal mínimo e, por consequência, guarda relações estreitas com os ideais extraídos do iluminismo, sobretudo em razão de defender a

aplicação de penas limitadas e, por isso, menos cruéis, pois assegura a aplicação de penas que não causem sofrimentos desnecessários aos sujeitos que praticaram alguma conduta considerada penalmente relevante.

Além disso, a teoria elaborada por Ferrajoli pode ser considerada a outra face do constitucionalismo, pois é um novo modelo do direito e da democracia, que apenas será concretizado com a existência de um Estado de Direito pautado pela democracia, o que somente é possível através da tutela dos direitos fundamentais e da garantia de desenvolvimento do sistema constitucional, por meio da efetiva participação popular.

Da teoria de Ferrajoli, é possível extrair o conceito de democracia substancial, responsável não só pela preocupação com o conteúdo das decisões tomadas, mas também, pelo incentivo à participação popular nos mecanismos de poder do Estado. Vale dizer, a participação popular é, sob a ótica dos postulados garantistas, imprescindível para o desenvolvimento do Estado de Direito, sendo um caminho insuperável para a efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

O Estado Democrático de Direito é fundado no ideal de democracia, que, por conseguinte, exige a participação política ampla da população, o que se vislumbra nos julgamentos pelo Júri, visto que pautado na concretização da participação popular através do veredicto do conselho de sentença.

E, em que pese o Júri seja alvo de diversas críticas, proporciona uma ampla participação popular, possibilitando o exercício da cidadania, já que é através dele que ocorre o exercício do princípio da soberania popular, expresso no parágrafo único do art. 1º da CRFB/1988. É por meio do Júri que o cidadão comum passa a estar posicionado, por um determinado período, na nobre função de julgar, é ele que permite amplos debates, bem como a criação de teses inovadoras que comportam, inclusive, argumentos extrajurídicos. É ele que altera os ânimos da sociedade, quiçá por sua grande mobilização social e, por fim, é o Júri um dos responsáveis pela concretização da teoria do garantismo penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Vital de. **O júri no Brasil** – Aspectos constitucionais – Soberania e democracia social – “Equívocos propositais e verdades contestáveis”. Leme: CL Edijur, 2005.

BARBOSA, Carlos Eduardo Rocha; SANTOS, Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos. Tribunal do Júri – a mentira do réu e as suas consequências no mundo da pós-verdade. *In*: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). **Tribunal do Júri: o Ministério Público em defesa da Justiça**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal** [recurso eletrônico]. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** [recurso eletrônico]. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. Cidadania e Direitos: Aproximações e relações. *In*: BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Coords.). **Cidadania um projeto em construção: minorias, justiça e direitos** [ebook]. – São Paulo: Claro Enigma, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* Comentários à Constituição do Brasil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 404, *apud* SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares 28 de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS** - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia** [recurso eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias** [recurso eletrônico]. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

DE CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; DE CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Diálogos sobre democracia e ambiente a partir dos enfoques procedimental e substancial da democracia. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 20, n. 2, p. 327-354, 2015.

DE MACEDO, Paulo Sérgio Novais. Democracia participativa na constituição brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 45 n. 178. abr/jun 2008.

DROPPA, Gabriel José Benetti; BERG, Eduardo dos Santos; SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. **Histórico e princípios do Tribunal do Júri**. ETIC-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, v. 12, n. 12, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal** [recurso eletrônico]. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 3, n. 3, 2009.

GOMES, José Jairo. Direitos políticos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 100, p. 103-130, jan./jun. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre factibilidade e validade**. Volume 1. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>. Acesso em: 07 jul. 2023.

LEVES, Aline Michele Pedron; FOGUESATTO, Ana Maria. A teoria garantista de Luigi Ferrajoli sob o viés do constitucionalismo democrático e dos direitos fundamentais. **XXIII Jornada de Pesquisa**. Unijuí 2018, 01 a 04 de outubro de 2022.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e direito moderno: Notas para pensar o direito na atualidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

MION, Ronaldo de Paula. **Tribunal do júri e revisão criminal entre dois imperativos: preservação da soberania dos veredictos e solução de erros judiciários**. Dissertação em Direito – UFPR, Curitiba, 2020, 137 f. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/67685>. Acesso em: 07 jul. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** [recurso eletrônico]. 38. ed. Barueri – SP: Atlas, 2022.

MUNIZ, Alexandre Carrinho. **O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania**. 2017. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí. Disponível em: [https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2219/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20tribunal%20do%20j%C3%BAri%20como%20pilar%20de%20democracia%20e%20da%20cidadania%20%20Alexandre%20Carrinho%20Muniz%20\(1\).pdf](https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2219/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20tribunal%20do%20j%C3%BAri%20como%20pilar%20de%20democracia%20e%20da%20cidadania%20%20Alexandre%20Carrinho%20Muniz%20(1).pdf). Acesso em 07 jul. 2023.

NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento de soberania popular**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2019.

ROCHA, Enid. **A Constituição cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social: avanços e desafios**. (2008) Disponível em: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/outras_pesquisas/a%20constituio%20cidad%20e%20a%20institucionalizao%20dos%20espaos%20de%20participao%20social.pdf. Acesso em: 24 mai. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHAEFER, Fernanda. Direitos Humanos e globalização econômica: compatibilidade de princípios? Constituição, economia e desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, vol. 1, n. 1, ago-dez, p. 76-96.

SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS** - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021.

SCHRAPPE, Allana Campos Marques. As subculturas criminais: elementos para pensar o papel do Juiz em face da culpabilidade penal. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil**, mar.-ago. 2002.

SCHRAPPE, Allana Campos Marques; FERNANDES, Gustavo Henrique Galon. O direito ao voto dos presos provisórios: uma análise sob a ótica do garantismo penal. **Anais do EVINCI**, Curitiba, v.7, n.2, p. 62-76, out. 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

- SERRETTI, André Pedrolli. Direitos fundamentais, princípios penais constitucionais e garantismo penal. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, [S. l.], v. 6, n. 6, 2012. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/237>. Acesso em: 7 jul. 2023.
- SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação legislativa**. Brasília a. 42 n. 167, jul./set. 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e teoria do Estado** [recurso eletrônico]. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- TONET, Fernando. Os direitos fundamentais e o conceito de democracia. **Re-des**: Revista eletrônica Dir. Soc., Canoas, v.4, n.1, p. 45-61, mai. 2016.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Manual de Direito Constitucional** [recurso eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TRINDADE, André Karam. Garantismo versus Neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Coords.). **Garantismo Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo** [ebook]. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, posição 2663-4101.
- U.S. SUPREME COURT. Duncan v. Lousiana, 391 U.S. 145 [1968]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/145/case.html>. Acesso em: 06 out, 2022, *apud* MUNIZ, Alexandre Carrinho. **O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania**. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí, 2017.

PRISÃO ILEGAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COM ÊNFASE NO DIREITO REGRESSIVO CONTRA O CAUSADOR DO DANO

Cristiane Figura da Silva¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca destacar as principais características das prisões previstas em nosso ordenamento jurídico, bem como, apresenta a possibilidade de ocorrer uma prisão ilegal, consequência da inobservância de certos critérios para sua decretação.

As consequências de uma prisão ilegal têm importante relevância em nossa sociedade, visto que pode repercutir de forma negativa, pois ad-vém da figura de um ente o qual tem a função de resguardar a jurisdição e promover a justiça.

O erro judiciário é um tanto quanto previsível no âmbito da Administração Pública, tendo em vista que a administração dota-se de agentes, ou seja, pessoas que podem cometer erros, como qualquer outro ser humano.

Através da evolução da história buscou-se diferentes tipos de responsabilidade por erro judiciário, se diretamente do agente público causador do dano ou se do Estado, sendo tal responsabilidade objetiva, subjetiva ou integral.

Veremos que a prisão indevida pode gerar danos irreparáveis às vítimas, e quando suscetíveis de reparação, esta pode se dar por meio de obrigações de fazer e/ou obrigação de pagar, ou seja, o dever de indenizar moral e materialmente o ofendido.

1 Graduada em Direito pela PUCPR; Advogada; Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil, Direito de Família e das Sucessões, e Previdenciário e Prática Previdenciária pela Legale Educacional.

O presente artigo busca analisar a consequência da prisão ilegal no âmbito da responsabilidade civil, dando ao Estado a competência de exercer o direito regressivo contra o causador do dano, e busca-se, ainda, analisar as hipóteses de responsabilidade do magistrado causador do dano.

2. A PRISÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS

A prisão é considerada como a restrição de liberdade do indivíduo como forma punitiva emanada pelo Estado, através de seus agentes competentes, em decorrência do cometimento de um determinado delito. Nesse passo, ela pode ser decretada para garantir a segurança do trâmite de uma investigação criminal, ou por razões de necessidade para manter-se a ordem e segurança da sociedade.

O art. 5º, LXI, da Constituição Federal determina que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Já o art. 283 do Código de Processo Penal, respaldado na Carta Magna acima destacada, vai mais a fundo ao dispor que: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Os dispositivos destacados asseguram, portanto, as espécies de prisões existentes em nosso ordenamento jurídico, as quais são denominadas como prisão cautelar, preventiva, temporária, definitiva, entre outras prisões advindas de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, buscando-se assim garantir a segurança jurídica.

Porém, inobservados certos critérios e regras de nosso ordenamento jurídico para a decretação da prisão, pode ocorrer uma prisão ilegal, através de um ato equivocado do agente público que exerce a função estatal e tem poderes para tanto. Esse ato equivocado pode abranger tanto uma conduta culposa quanto dolosa, o que veremos adiante.

2.1 PRISÃO ILEGAL

A prisão ilegal pode ocorrer através de várias formas, uma delas é quando violado o princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF),² no qual estão implícitos os seguintes princípios, entre outros: princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CF),³ princípio do estado de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF),⁴ princípio da obrigatoriedade de fundamentação da decisão que determinar a prisão (art. 5º, inciso LXI, CF⁵ e art. 93, inciso IX, CF⁶), princípio do direito à liberdade provisória (art. 5º, inciso LXVI, CF).⁷

O art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal, dispõe: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Sendo assim, se o juiz estiver diante de uma prisão ilegal, este deve relaxar a prisão, ou seja, colocar imediatamente a vítima da referida prisão em liberdade, independentemente de provocação, ou seja, de ofício, não sendo necessária a impetração de *habeas corpus*.

Já o art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Ou seja, em regra, os acusados não serão presos nem mantidos na prisão por mais que esteja evidente sua culpa, se assim admitir a lei naquela hipótese a possibilidade de

2 “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

3 “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;”

4 “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

5 “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”

6 “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

7 “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”

liberdade provisória, respeitando assim a presunção de inocência.

Ressalta-se que, caso não estejam presentes os requisitos para a decretação de prisão preventiva, poderá o juiz conceder a liberdade provisória.⁸ Portanto, cabe ao juiz verificar se está diante ou não da necessidade de concessão de liberdade provisória.

De acordo com Arnaldo Quirino, as prisões ilegais são mais recorrentes em prisões cautelares, com menor incidência em prisões definitivas, mas ambas possuem a mesma importância e repercussão.⁹

2.1.1 Repercussão da Prisão Ilegal

É de pronto, inegável, a repercussão que uma prisão ilegal causa. A exemplo disso, temos o caso dos irmãos Naves, do ano de 1937, o qual foi considerado um dos maiores erros do judiciário brasileiro. Os irmãos Naves foram condenados a 16 anos e 6 meses de prisão, injustamente, e somente após 15 anos fora então reconhecida a inocência destes, e posteriormente, quando ambos os irmãos já haviam falecido, é que foi concedida a indenização pelo evento danoso, fazendo assim com que os herdeiros dos irmãos auferissem ao montante da indenização devida.¹⁰

Uma prisão ilegal é bastante comprometedora, visto que se questiona a ideia de segurança jurídica, pois ao mesmo passo que o Estado tem o dever de promover sua ação preventiva, nos garantindo o livre trânsito e a segurança das pessoas, este tem também o dever de reprimir o fato delituoso (*persecutio criminis*), assumindo assim os ônus e

8 “Art. 321, Código de Processo Penal: ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código;”

9 “O volume de maior incidência de prisão ilegal dá-se nos casos de prisão cautelar, muitas vezes em razão de práticas arbitrárias devido ao mau preparo de alguns agentes públicos ou em razão de uma aferição equivocada por pressupostos que a fundamentam. Pode ocorrer também, por certo, prisão ilegal em face de sentença definitiva, mas sua ocorrência é proporcionalmente menor, mas não menos grave.” (QUIRINO, Arnaldo. **Prisão Ilegal e a Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Atlas. 1999, p. 43).

10 Disponível em: https://alineadylla.jusbrasil.com.br/artigos/406797576/um-dos-maiores-erros-do-judiciario-brasileiro-caso-dos-irmaos-naves?ref=topic_feed. Acesso em: 07 jul. 2023.

encargos e conseqüentemente ser responsabilizado, tendo em vista que a própria sociedade que lhe deu esse poder pode ser vítima de equívocos de seus agentes.¹¹

2.1.2 A Prisão Indevida e a Responsabilidade Civil do Estado

O art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, diz: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, ou seja, quando ocorre um dano causado pela atividade judiciária, aqui a título de exemplo, uma prisão indevida, seja através da desídia dos serventuários, negligência no exercício da atividade, denegação de justiça pelo juiz, falta do serviço judiciário, mazelas do aparelho policial, entre outras falhas da atividade judiciária, é perfeitamente possível a responsabilização do Estado.

O Código Civil, em seu art. 927, *caput*,¹² prevê a possibilidade de reparação do dano causado a outrem, quando cometido por ato ilícito. E ainda, no seu parágrafo único,¹³ assegura que, nos casos especificados em lei, a obrigação de reparar independe de culpa. No mesmo diploma legal, o art. 187 dispõe que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O dispositivo acima explanado caracteriza a figura do “abuso de direito”, segundo Cavalieri Filho (2015), “O fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito”.¹⁴

11 QUIRINO, 1999, p. 43 e 44.

12 “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

13 “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem;”

14 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015, p. 7.

Cavaliere aponta que, ao contrário do que sempre foi, a responsabilidade atual e futura tem o enfoque para a responsabilidade objetiva, e não mais a responsabilidade subjetiva e responsabilidade como exceção. A preocupação com a vítima do dano será ainda maior do que com o causador do ato ilícito, e, assim, deixa de ser um problema exclusivo da vítima, e passa a ser um problema social, contra toda coletividade. Mas o principal problema levantado pelo autor é como garantir de forma satisfatória a indenização devida pelo fato ilícito ocorrido, e que “o maior desafio da responsabilidade civil é e será prevenir e reparar os danos coletivos e difusos”.¹⁵

2.2 ERRO JUDICIÁRIO

O erro judiciário pode ser caracterizado quando o agente público que tem o poder de declarar um direito a um caso concreto – neste caso, podemos citar a figura do magistrado ou de autoridade policial – faz-se por meio de uma falsa percepção dos fatos, levando a um resultado divergente do esperado.¹⁶

Além disso, temos também outros tipos de agentes públicos que exercem funções dentro da Administração Pública. Podemos, portanto, considerar que a prisão ilegal advém de uma conduta equivocada do agente público, podendo ser através de erro judiciário, que consiste em certo desconhecimento de algumas circunstâncias, no âmbito do poder judiciário, ou em um “falso conhecimento” de fatos reais. Pode ser também caracterizado através de ato doloso ou culposos.

Cavaliere considera difícil a constatação de um erro judiciário, por acreditar que não basta uma interpretação divergente da lei.¹⁷

15 CAVALIERI FILHO, 2015, p. 10.

16 HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário**. São Paulo: Leud, 1995, p. 29.

17 “Nem sempre será tarefa fácil identificar o erro, porque para configurá-lo não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será preciso uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, baseada em fatos falsos, irreais, inexistentes, e não em simples erro de perspectiva; falsa percepção ou interpretação dos fatos, como, por exemplo, condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má-fé” (CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 363).

Nesse passo, ressalta-se que os juízes, a título de exemplo, gozam de garantias constitucionais, dando, portanto, a eles a independência na função de julgar, o que, inclusive, dificulta ainda mais a responsabilização deste tipo de agente público.

Destarte, quando procedente uma ação rescisória ou uma sentença de revisão, pode-se dizer que é existente o erro na decisão casada, através de vários aspectos que podem ter levado a uma sentença errônea.

No julgamento da RE n.º 429.518/SC,¹⁸ podemos constatar que em sede de prisão preventiva, absolvição por falta de provas e a reforma de sentença condenatória em instância superior não caracterizam erro, pois estão respaldados em normas legais e princípios. Portanto, concluímos que, para se caracterizar um erro judiciário, é necessário que o erro esteja baseado em um ato ilícito, pois, como já é sabido, onde há ilícito não há direito, e onde há direito não há ilícito.

2.2.1 Dolo e Culpa

O dolo possui sua conceituação no art. 18, I, do Código Penal, “diz-se doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Nesta conceituação, e dentro do âmbito civil, segundo Rui Stoco, têm-se as

18 CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DOS JUÍZES. CF, art. 37, § 6º. I. A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. II. Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com erro judiciário – CF, art. 5º, LXXV – mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. Negativa de trânsito ao RE. DECISÃO: – Vistos. O acórdão recorrido, proferido pela Segunda Câmara de Direito Público do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, está assim ementado: “CIVIL – REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA. POSTERIOR DECISÃO ABSOLUTÓRIA. PRISÃO EFETUADA DENTRO DOS LIMITES LEGAIS. ERRO JUDICIÁRIO NÃO CARACTERIZADO. O decreto judicial de prisão preventiva, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confunde com o erro judiciário a que alude o inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do processo venha a ser absolvido ou tenha sua sentença condenatória reformada na instância superior. Interpretação diferente implicaria a total quebra do princípio do livre convencimento do juiz e afetaria irremediavelmente sua segurança para avaliar e valorar as provas, bem assim para adotar a interpretação da lei que entendesse mais adequada ao caso concreto.

modalidades de dolo direto e indireto.¹⁹

No que consiste à culpa, Rui Stoco a caracteriza como contrária ao dolo, que dispensa a vontade de lesar ou de violar o direito de outrem, entretanto, exige-se comportamento diverso. Ela pode surgir através de negligência, imprudência ou imperícia.²⁰

Cavaliere Filho (2015) conceitua culpa como “violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligencia exigível”.²¹

O art. 186, do Código Civil, assim dispõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Portanto, há na culpa uma forma de atuar imprópria, que normalmente tem uma finalidade lícita, porém, por razão de alguma inobservância teve seu resultado diverso do esperado, o que acaba resultando em um ato ilícito.

3. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil se manifesta em diversos planos. Surge através de um dever ou uma obrigação, se tornando consequência da ação pela qual o indivíduo detentor desse dever ou obrigação manifesta o seu comportamento.²²

Para Sergio Cavaliere Filho, a responsabilidade civil surge a partir do momento em que um direito originário é violado e então desencadeia outro direito, chamado secundário, e assim, o causador do dano originário

19 “Diz-se que o dolo é direto quando o resultado do mundo exterior corresponde perfeitamente à intenção e vontade do agente. O dolo indireto, por sua vez, desdobra-se em dois aspectos, alternativo e eventual; alternativo, quando o agente quer um ou outro dos resultados possíveis de sua ação; eventual, quando ele prevê o resultado como possível, e o admite como consequência de sua conduta, embora não queira propriamente atingi-lo.” STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil** – doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p. 149.

20 Ibid., p. 130.

21 CAVALIERI FILHO, 2015, p. 50.

22 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5.

é responsável pela reparação do dano dentro do direito secundário. “Toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”.²³

Em tese, não há um conceito completo e determinado que abranja todos os aspectos inerentes à responsabilidade civil, sendo que nem os doutrinadores conseguem chegar a uma conclusão específica quanto a sua definição. Dias (1979) expressa que: “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que podem abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas”.²⁴

Com uma conceituação mais sucinta, que Maria Helena Diniz nos traz, podemos concluir que a responsabilidade civil se divide em objetiva e subjetiva, decorrente de atos omissivos e comissivos.²⁵

3.1 REPARAÇÃO DO EVENTO DANOSO PELO ERRO JUDICIAL

Quando cometido o erro judiciário com a consequente lesão à vítima do erro, dependendo do caso, pode ser possível o restabelecimento da situação no estado em que se encontrava, podendo-se assim impor ao Estado uma obrigação de fazer, levando o ente público a executar prestação necessária à recomposição dos bens no estado anterior, ou pode-se impor uma obrigação de não fazer, que consiste, por exemplo, em deixar de ceder à imprensa as notícias decorrentes da prisão, ambas as obrigações destinadas a desfazer os efeitos de ofensas.

No entanto, não sendo possível restabelecer a situação no estado anterior a que se encontrava, ou seja, colocar a vítima na situação que estaria se o evento danoso não tivesse ocorrido, o dever de indenizar é devido, que corresponde à reparação econômica por perdas e danos.

23 CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16.

24 DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1, p. 1 e 2.

25 “Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil v. 7**. São Paulo: Saraiva, 2001.

3.1.1 Indenização por Dano Moral e Material

Já dispõe o art. 5º, X, da Constituição Federal: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ao passo que o art. 954, do Código Civil, concretiza o dever de reparação: “A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido”, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente: considera-se ofensiva da liberdade pessoal a prisão ilegal.

Em se tratando do dever de reparar o dano decorrente do erro judiciário, é devida a indenização por danos morais e materiais. No que diz respeito ao dano material, o artigo 402, do Código Civil, nos direciona a forma de como as perdas e danos serão pagas, a qual abrange o que a vítima efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, correspondendo assim aos danos emergentes e aos lucros cessantes.²⁶

Para Freitas (2006), “a indenização por danos emergentes abrange tudo aquilo que o lesado perdeu. Em princípio, dever-se-á apurar o valor financeiro da redução patrimonial verificada em virtude do sinistro, impondo-se ao Estado o dever de indenizar o particular pelo valor respectivo”.²⁷

Já a indenização por lucros cessantes “compreende tudo aquilo que o lesado deixou razoavelmente de ganhar, (...) o Estado será condenado a indenizar o valor dos lucros que o lesado deixou de auferir em virtude do evento danoso”.²⁸

Tanto à indenização por lucros cessantes, quanto à indenização por danos emergentes, não é estabelecido um padrão de *quantum* indenizatório, visto que esse aspecto deriva de acordo com a peculiaridade de cada caso, evitando-se, sempre, o enriquecimento ilícito.

26 “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

27 FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 243.

28 FREITAS, loc. cit.

Quanto à indenização por danos morais, essa tem o caráter compensatório e punitivo, sendo aquela em prol do ofendido e essa em vista do ofensor. A complexidade de se estabelecer um parâmetro de indenização devida é ainda maior, tendo em vista depender de vários fatores.²⁹

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A responsabilidade da Administração Pública corresponde à responsabilidade do Estado, pois aquela não tem personalidade jurídica, logo, não é titular de direitos e obrigações.³⁰

Anteriormente, na Idade Média, o princípio que vigorava era o da irresponsabilidade, o qual fazia com que os administrados, vítimas do evento danoso, tivessem a possibilidade de promover ações apenas contra o próprio agente causador do dano, e jamais contra o Estado, sendo que este se mantinha distante do problema. Porém, em caso de eventual ação contra o agente público, essa frequentemente resultava-se frustrada ante a insolvência do ora agente. Acreditava-se que o Estado e o Funcionário eram sujeitos diferentes, portanto, mesmo o Funcionário agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava com seu fato à Administração Pública.³¹

Assim como o Poder Público se submete à lei, a responsabilidade estatal deve assim assumir direitos e obrigações como os demais entes. O Estado é o guardião do Direito, inexistindo assim algo que justifique o desamparo por parte do Poder Público ao cidadão que sofreu prejuízos por ato próprio do Estado. Foi assim, então, que surgiu a concepção civilista, que deu origem à responsabilidade subjetiva do Estado, porém, ainda assim exigia-se a comprovação da culpa pelo ente.³²

Posteriormente, visto que a responsabilidade do Estado não podia reger-se através dos princípios do Código Civil, surgiram, pois, as teorias

29 FREITAS, 2006, p. 244.

30 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 36. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 843.

31 CAVALIERI FILHO, 2015, p. 320.

32 DI PIETRO, op. cit., p. 844.

publicistas, com base na culpa administrativa ou teoria do risco. Aqui, deixa-se de lado a comprovação da culpa por parte do ente público e entra a relação denexo de causalidade.³³ Ou seja, o nexo entre cargo, função ou atividade administrativa entre o agente público e a Administração Pública, que deu origem ao ato danoso.

A responsabilidade por dano causado pelos agentes públicos em face aos administrados foi reconhecida pela jurisprudência como uma responsabilidade objetiva do Estado, e, após, pelo Código Civil de 1916, em seu art. 15, o qual foi o primeiro dispositivo legal a respaldar o tema, que dizia: “as pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”. Fazendo, inclusive, com que a culpa fosse presumida quando o dano proviesse de conduta ilegal de seus agentes.

A responsabilidade objetiva do Estado somente foi expressamente acolhida em nosso ordenamento jurídico na Constituição de 1946, em seu art. 194: “as pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, sendo assim, não haveria o que se falar sobre culpa ou dolo do agente público para a caracterização da responsabilidade do Estado, assegurando, portanto, no parágrafo único do referido artigo, o direito regressivo contra o causador do dano, em caso comprovado de dolo ou culpa. As constituições posteriores mantiveram o dispositivo acima elencado.

Destarte, foi a partir de 1946 que a responsabilidade objetiva do Estado foi reconhecida em caso de erro judiciário cometido por seus agentes, através da Teoria do Risco Administrativo.³⁴

A teoria do risco administrativo é respaldada pelo próprio risco que a Administração Pública assume perante seus administrados, é ela quem deve arcar com os ônus resultantes de práticas que seus agentes venham a cometer no exercício da função do Poder Público.³⁵

33 DI PIETRO, 2023, p. 844 e 846.

34 CAVALIERI FILHO, 2015, p. 324.

35 CAVALIERI FILHO, loc. cit.

Tal teoria só pode ser afastada diante de casos de exclusão do nexo causal, que correspondem a: fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. Portanto, o Poder Público não será responsabilizado quando inexistir a relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão.³⁶

Portanto, para a caracterização de responsabilidade do agente perante a Administração Pública com base no direito de regresso deste, basta haver nexo de causalidade, conforme conceituado acima.

O art. 37, em seu parágrafo 6º, da Constituição Federal, assim prevê: “§ 6º: as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Nesse mesmo sentido, o Código Civil, em seu art. 43, tem o mesmo direito assegurado.³⁷ Sendo assim, resta clara a adoção da responsabilidade objetiva da Administração Pública para com o ofendido em razão do dano causado por seu agente.

Vale ressaltar que a responsabilidade objetiva alcança também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, como autarquias, empresas públicas de economia mista, concessionários, permissionários e autorizados de serviços públicos. Porém, “essas entidades de direito privado, prestadoras de serviços públicos, respondem em nome próprio, com o seu patrimônio, e não o Estado por elas e nem com elas”.³⁸

No entanto, alguns doutrinadores, assim como Celso Antônio Bandeira de Mello, entendem que a responsabilidade subjetiva não foi banida por completa de nosso ordenamento jurídico, em razão da omissão genérica, que corresponde ao não funcionamento da Administração Pública como deveria funcionar, o mal funcionamento ou o funcionamento tardio.³⁹

36 CAVALIERI FILHO, 2015, p. 324.

37 “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

38 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 344.

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1031.

Por outro lado, outros doutrinadores sustentam que não há mais a possibilidade da responsabilidade subjetiva existir, por todos nesse sentido, a doutrina de Flávio Willeman.⁴⁰

No REsp 819.789-RS,⁴¹ fora reconhecida no caso a responsabilidade civil subjetiva em razão da omissão apresentada. Sendo assim, prevalece o entendimento de responsabilidade objetiva do Estado em caso de dano causado por seus agentes, podendo, portanto, caracterizar-se a responsabilidade subjetiva em casos de omissão genérica, quando não forem causados por sua atividade, baseados na culpa anônima ou falta do serviço.

3.2.1 Responsabilidade Administrativa

A doutrina majoritária entende que a responsabilidade administrativa se divide em duas partes. De um lado temos a responsabilidade do Estado junto à vítima lesada, e de outro a responsabilidade do agente perante o Estado. Cavalieri classifica como uma responsabilidade solidária, pois mesmo o Estado assumindo a reparação do dano, a responsabilidade do agente não é excluída,⁴² aplicando assim perfeitamente a segunda parte do

40 WILLEMAN, Flávio. **Responsabilidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 22.

41 “ADMINISTRATIVO E DIREITO PÚBLICO. ESCOLA. SAÍDA DE ALUNO. ESTUPRO DE MENOR EM REGULAR HORÁRIO ESCOLAR. LIBERAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. DEVER DE VIGILÂNCIA. NEGLIGÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. ARTIGOS 186 E 927 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. DANO MORAL. I. Mesmo diante das novas disposições do Novo Código Civil, persiste o entendimento no sentido de que, ‘No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva’ (REsp n.º 549.812/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 31/05/2004). II. [...] o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física’ (RE n.º 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02/08/96). III. A escola não pode se eximir dessa responsabilidade ao liberar os alunos, pelo simples fato de ter havido bilhete na agenda dos menores no sentido da inexistência de aulas nos dois últimos períodos de determinado dia. Liberada a recorrente naquele horário, que seria de aula regular, e dirigindo-se para casa, sem os responsáveis, culminou por ser molestada sexualmente em terreno vizinho à escola, que se sabia ser extremamente perigoso. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil (conduta culposa, nexos causal e dano). IV. Violação aos arts. 186 e 927 do Código Civil caracterizada, bem como a responsabilidade subjetiva do Estado na hipótese, devendo os autos retornarem ao Tribunal a quo, por ser a Corte competente para, diante do exame do quadro fático-probatório, fixar a indenização respectiva. V. Recurso provido.”

42 CAVALIERI FILHO, 2015, p. 333.

art. 942 do Código Civil, que dispõe: “e se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Nesse sentido é firme o entendimento do STJ, quando dispõe que: “O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público”.⁴³

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a responsabilidade objetiva do Estado consiste na garantia de patrimônio solvente para responder o dano, e jamais para proteger o funcionário público perante o administrado.⁴⁴

4. DIREITO REGRESSIVO CONTRA O CAUSADOR DO DANO

Ocorrida a prisão ilegal através de ato de agente público e demanda a ação de reparação de danos pela vítima contra o Estado, este responde objetivamente pelo dano causado – conforme visto anteriormente, e o ente público tem a legitimidade de responsabilizar individualmente o agente causador do dano. Com fundamento legal no art. 5º, § 6º, da Constituição Federal, e art. 43 do Código Civil.

Em uma demanda que se discuta a responsabilização por algum ato, é de grande relevância destacar a importância do instituto chamado “denúncia à lide”, que condiz com uma espécie de intervenção de terceiros, que faz com que alguém que não é parte do processo seja trazido a ele, eliminando assim a propositura de ação regressiva, e que, eventualmente, ocuparia o polo passivo. O art. 125, do Código de Processo Civil, determina sua função: “É admissível a denúncia da lide, promovida por qualquer

43 RECURSO ESPECIAL N.º 1.325.862 - PR (2011/0252719-0) – “O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia *para o administrado* de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do *risco administrativo*; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.”

44 MELLO, 2015, p. 1062.

das partes: (...) II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo”.

Porém, tal dispositivo, dentro de eventual ação demandada contra o Estado a fim de responsabilizá-lo, vai contra a Constituição da República, que já define a forma da demanda que será realizada contra o agente público causador do dano, qual seja, a ação regressiva. Hely Lopes Meirelles ensinava, com relação ao art. 125, II, do CPC, que: “É intuitivo que esse dispositivo não alcança os servidores públicos, nas ações indenizatórias movidas contra a Administração, já porque a norma processual não pode contrariar a Constituição que estabelece a responsabilidade exclusiva e objetiva da Administração perante a vítima, já porque o agente causador do dano não pode ser compelido a discutir a culpa nesta ação”.⁴⁵ Dando sentido, assim, ao disposto no art. 125, § 1º,⁴⁶ do mesmo diploma legal.

Resta claro, portanto, o descabimento de denúncia à lide nas demandas contra a Administração Pública que visa a responsabilização do agente público pelo dano causado através de sua função pública. Cabendo, exclusivamente, o direito regressivo, ou seja, nova demanda do Estado contra o agente.

O direito regressivo exercido pelo Estado contra o causador do dano, além de ter respaldo no § 6º do art. 37, tem também respaldo no art. 934, do Código Civil, que dispõe: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”

O dispositivo acima, em sua primeira parte, assegura quem assumiu a dívida por culpa exclusiva de quem a causou, ou seja, em caso de incumbência por parte do Estado sobre eventual indenização devida por erro judicial cometido através de seus agentes, permite que o ora ente seja ressarcido do montante que empenhou.

O artigo 942, do Código Civil, assim dispõe: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos

45 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 442.

46 “O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denúncia da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.”

responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.”

Nesse sentido, Dias (1997) sustenta que “o responsável indireto (aqui, figura do Estado), que paga tem direito de exigir do corresponsável ou corresponsáveis a cota que lhes caiba, como devedores solidários. Mas o que paga sem haver praticado ato ilícito tem regresso sobre o total da reparação que satisfaz por outrem”.⁴⁷

Quando empenhado um *quantum* a título de indenização por parte do Estado para com o ofendido, este *quantum* é custeado pelo ente público, sendo assim justa a cobrança em face do agente causador do dano para esse ressarcir os cofres públicos.

Havendo dolo ou culpa do agente público, o direito regressivo sempre existirá. Seu principal objetivo é o ressarcimento aos cofres públicos, isto é, do *quantum* dispensado em favor do lesado.

4.1 RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MAGISTRADO

No que tange à responsabilidade pessoal do juiz, o art. 143, do Código Civil assegura que: “O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”.

O dispositivo acima deixa claro que o magistrado responde somente quando age com dolo ou fraude. Portanto, quando este age culposamente, como nos casos de negligência, imprudência ou imperícia, não há que se falar em responsabilizá-lo por tal ato, por não haver previsão legal.

A busca da responsabilidade do magistrado por seu próprio erro judiciário é uma tarefa difícil, tendo em vista sua liberdade e seu poder de julgar, com base em seu livre convencimento. Como já sabido, os juízes gozam de garantias constitucionais, dando a eles a independência na função de julgar. São dotados de liberdade de apreciação dos fatos e de aplicação do Direito. Porém, “liberdade não pode se equiparar a irresponsabilidade, uma vez que todo profissional deve possuir liberdade para

47 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 810 e 811.

agir da maneira legalmente correta, porém todas as profissões e pessoas físicas ou jurídicas respondem por seus atos, seja de forma objetiva ou subjetiva”.⁴⁸

O STF, a seu turno, no julgamento da RE 70.121-MG,⁴⁹ não reconheceu a responsabilização do Estado por atos do Poder Judiciário, salvo nos casos expressos em lei, como em caso de demora na decisão, bem como quando agir com dolo ou fraude, e, sem justo motivo, omitir ou retardar medidas que devia ordenar de ofício.

Pondé (1995) destaca que “relativamente aos atos judiciais ninguém pode hoje acobertá-los de imunidade, sob pretexto de serem expressão de soberania. Este argumento provaria demais, porque daria com a irresponsabilidade mesma da Administração e do Legislativo, já que o Judiciário não é um superpoder colocado sobre estes dois”.⁵⁰ Porém, se analisássemos por outro lado, e, então, se, eventualmente, coubesse a responsabilização do magistrado por seus atos culposos, os mesmos seriam mais cautelosos ao decidir, diminuindo, assim, a incidência de erros.

Diante do exposto no presente artigo, é possível concluir que a prisão, no intuito de garantir o resultado útil de alguma determinada investigação criminal, ou para se manter a ordem e segurança nacional, não observado certos critérios legais para sua decretação, pode-se estar diante de uma prisão ilegal.

48 Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10559. Acesso em: 29 mai. 2023.

49 “No acórdão objeto do recurso extraordinário ficou acentuado que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça e um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa responde civilmente o Juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda sem justo motivo recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 121 do Cod. Proc. Civil). Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade civil decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do Cod. de Processo Penal). Impõe-se a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público quando funcionário seu, no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, cause dano a outrem. A pessoa jurídica responsável pela reparação e assegurada a ação regressiva contra o funcionário, se houve culpa de sua parte. “In casu” não se caracteriza negativa de vigência da regra do art. 15 do Código Civil, nem tão pouco ofensa ao princípio do art. 105 da Lei Magna. Aferição de matéria de prova (súmula 279). Recurso extraordinário não conhecido.”

50 PONDÉ, Lafayette. **Estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 315.

A prisão ilegal normalmente ocorre por erro judiciário, através de dolo ou culpa, sendo esta última por negligência, imprudência ou imperícia. Qualquer agente público que detenha poderes para decretar prisões pode concorrer ao ato errôneo de prisão ilegal.

A responsabilidade civil pela prisão ilegal corresponde à Administração Pública, ou seja, ao Estado, que responde objetivamente pelos seus agentes públicos. Alguns doutrinadores, bem como a jurisprudência, entendem que o Estado, além de responder objetivamente, pode também responder subjetivamente, em casos de omissão genérica, que corresponde ao não funcionamento da Administração Pública, o mau funcionamento ou o funcionamento tardio.

A consequência de uma prisão ilegal por parte do Estado corresponde ao dever de reparar o dano, através de obrigações de fazer e/ou obrigações de pagar, que consiste no dever de indenizar o lesado, por danos morais e materiais, incluindo aqui os danos emergentes e lucros cessantes.

Quando o Estado arca com a despesa econômica do dever de indenizar o lesado, o ente pode mover ação regressiva contra o causador do dano, ou seja, ação regressiva contra o agente público, objetivando o ressarcimento aos cofres públicos pelo *quantum* custeado.

No que corresponde à responsabilidade pessoal do magistrado, podemos observar que, apesar do magistrado ser considerado um agente público, este se reveste de um regime diferenciado, pois goza de garantias constitucionais, possibilitando-se assim a liberdade no seu poder de julgar.

Sendo assim, para se caracterizar a responsabilidade pessoal do juiz, este deve ter agido com dolo ou fraude, não sendo cabível a responsabilização deste por ato consistente à culpa. No entanto, é nítido o fato de que alguns juízes acabam extrapolando seus limites no poder de julgar, inclusive em caso de culpa, quando não se tem a vontade de agir. Portanto, não admitindo a sua responsabilização por atos culposos, e, portanto, caso ausente a cautela do magistrado ao decidir, a incidência de erros ainda pode ser considerada uma possível constância.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 3 de out. 1941. Disponível https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. **Código Civil**, de 10 de jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. **Código Penal**, de 07 de dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 819.789** – RS. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília. 25 de abril de 2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?-seq=623195&tipo=0&nreg=200600018537&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060525&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.325.862 - PR**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 05 de setembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32947712&num_registro=201102527190&data=20131210&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166040>. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370988>. Acesso em: 07 jul. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário**. São Paulo: Leud, 1995.

LIMA, Jhêssica Luara Alves de; MORAIS, Ingrid Nóbrega Vilar Nascimento de. **Responsabilidade civil do Estado e do magistrado por erro judicial: análise da culpa grave**. Âmbito Jurídico. 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10559. Acesso em: 29 mai. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

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

PONDÉ, Lafayette. **Estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão Ilegal e a Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Atlas. 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

WILLEMANN, Flávio. **Responsabilidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O COMBATE À DROGADIÇÃO: COMPETE, TAMBÉM, AO OPERADOR DO DIREITO

Angela Rita Pedrollo Guerrero¹

Àgatha Thomé²

Isabela dos Anjos Bueno³

1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo neste artigo é o papel possível aos Operadores de Direito como partícipes na prevenção da drogadição no Brasil, considerando a Política Pública posta e as possibilidades extra estatais que podem ser abarcadas por esses sujeitos no exercício efetivo da cidadania. Avalia-se as possibilidades de tais sujeitos trazerem para o seu dia a dia parte da responsabilidade que se atribui aos entes públicos, traduzindo-se a participação em boas práticas.

Ressalta-se que ao se adotar a expressão “Operadores do Direito” compreende-se, além de operadores técnicos (advogados, juízes, promotores, bacharéis, técnicos judiciários...), os pensadores, os doutrinadores e os estudantes, sejam ou não atuantes no judiciário.

A formação do profissional de direito, nas últimas décadas, tem adquirido um aspecto mais social, incorporando as disciplinas da zetética (sociologia, filosofia, antropologia, metodologia, psicologia...), porém, ainda alinhada ao formalismo dogmático diretivo requerido pela segurança jurídica. Assim, os cursos de formação em ciências jurídicas têm agregado em seus currículos disciplinas de empreendedorismo e responsabilidade social.

1 Advogada: OAB/PR 43102 - Mestra em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professora da FAE - Centro Universitário.

2 Advogada: OAB/PR 93871. Bacharelada pela FAE - CENTRO UNIVERSITÁRIO – SJP.

3 Advogada: OAB/PR 94768. Bacharelada pela FAE - CENTRO UNIVERSITÁRIO – SJP.

No mesmo norte, o exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) deu maior ênfase a aplicação de questões menos patrimonialistas e mais sociais, psicológicas, nas suas avaliações, tanto que a prova de ética tem peso equivalente à dogmática Direito Civil, por exemplo. Estas mudanças acompanham a necessidade de desenvolvimento na realidade social, que requer cada vez mais métodos estratégicos de prevenção do que punição (tema recorrente em estudos sobre Direito de Desenvolvimento). Ou seja, a promoção do desenvolvimento passa pela necessidade de formação e atuação de caráter transversal, que aliam a dogmática dos diplomas postos à responsabilidade social de todos.

Estudos sobre Direito e Desenvolvimento, como os de Silva (2016), afirmam “a necessidade (*sic*) abandonar a visão do desenvolvimento como um processo linear e unidimensional, tendo como único foco apenas o aspecto econômico, em prol de concepções plurais”. O Direito está atrelado ao desenvolvimento social, e seu ator (Operador de Direito) já não é apenas um solucionador de conflitos e litígios, antes é um “coconstrutor” de soluções comungadas, pacíficas e equânimes.

A vida em sociedade é regulada por legislações que se traduzem em aplicação que demandam compromisso e participação geral de sujeitos em interação, em comunhão entre si, de modo que todos, de alguma forma, estarão conectados a problemas e soluções sociais.

A postura estatal sobre drogas é centralizadora e criminalizante, tornam-se em muitas ocasiões um bom sucedâneo para se evitar o compromisso cidadão, porém, estes aspectos devem ser enfrentados por todos. Mais ainda por quem tem formação que aporta potencial e capacidade para regular o comportamento humano em sociedade. A formação e aplicação das leis requer um olhar sistêmico e engloba áreas do saber tão diversas quanto existentes. Desta feita, Operador de Direito é figura importante num processo interdisciplinar e complexo. A abertura a novas perspectivas parece ser imperiosa e incontornável.

O tempo é: [...]

(...) de invasões e migrações interdisciplinares. Há determinadas questões tão fundamentais, tão essenciais à subsistência da humanidade, que não podem estar confiadas a um encarceramento disciplinar. O tema problemático do direito precisa merecer a ingente contribuição de outros conhecimentos para manter sua vitalidade. Esse o

próprio caminho do direito. Sua intromissão na vida de todos e no cotidiano dessa vida, faz com que já não seja legítimo entendê-lo como objeto da exclusiva atenção de juristas empedernidos. (Morin, *apud* Fernandez; Fernandez, 2005)

O Direito, enquanto ciência, não se esgota apenas no estudo de seu objeto, que é a norma jurídica, mas como esse objeto apresenta-se no cotidiano de uma dada sociedade, conformando sua estrutura e direcionando as condutas daqueles que a integram, sejam indivíduos ou outros entes políticos, permitindo aos que encerram o ciclo de ensino trabalharem como atores sociais diretos. Assim, o egresso do curso de Direito não apenas estudou o que é a norma jurídica, mas como ela existe numa sociedade, é assim um ator possível e necessário ao desenvolvimento de dada sociedade, pois sua bagagem acadêmica proporciona-lhe aportar aos não versados sobre saber pragmático e programático das normas.

Também, são “tradutores” dos vários projetos de leis que a população, por si ou por meio de seus representantes, apresenta ao legislativo. O Operador de Direito torna-se figura com poder-dever na promoção do desenvolvimento da sociedade em que se insere. Ele é capaz de traduzir ao leigo os aspectos mais detalhados da letra da lei, descortinando o significado da norma, a sua função social; os atos jurídicos e sua pertinência; o respeito aos direitos humanos, a igualdade de gênero e, de modo mais geral, o que significa a justiça distributiva, solução participativa. É com este espectro que se avalia a participação possível deste sujeito no flagelo da drogadição.

O uruguaio Eduardo Juan Couture (1904-1956) foi muito feliz ao traçar os “Dez Mandamentos do Advogado”:⁴

- 1) ESTUDA - O Direito se transforma constantemente. Se não seguiremos seus passos, serás a cada dia um pouco menos advogado.
- 2) PENSA - O Direito se aprende estudando, mas se exerce pensando.
- 3) TRABALHA - A advocacia é uma árdua fadiga posta a serviço da Justiça.

4 COUTURE, Eduardo Juan. **Os Mandamentos do Advogado**. Tradução de Ovídio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. 3ª edição, Imprensa. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987, p. 45.

- 4) LUTA - Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares em conflito o Direito e a Justiça, luta pela Justiça.
- 5) SÊ LEAL - Leal para com o teu cliente, a quem não deves abandonar até que compreendas que é indigno de ti. Leal para com o adversário, ainda que ele seja desleal contigo. Leal para com o juiz, que ignora os fatos e deve confiar no que tu lhe dizes; e que quanto ao Direito, alguma outra vez, deve confiar no que tu lhe invocas.
- 6) TOLERA - Tolera a verdade alheia na mesma medida em que queres que seja tolerada a tua.
- 7) TEM PACIÊNCIA - O tempo se vingará das coisas que se fazem sem a sua colaboração.
- 8) TEM FÉ - Tem fé no Direito, como o melhor instrumento para a convivência humana; na Justiça, como destino normal do Direito; na Paz, como substituto bondoso da Justiça; e, sobretudo, tem fé na Liberdade, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz.
- 9) OLVIDA - A advocacia é uma luta de paixões. Se em cada batalha fores carregando tua alma de rancor, sobrevirá o dia em que a vida será impossível para ti. Concluído o combate, olvida tão prontamente tua vitória como tua derrota.
- 10) AMA A TUA PROFISSÃO - Trata de conceber a advocacia de tal maneira que no dia em que teu filho te pedir conselhos sobre seu destino ou futuro, consideres uma honra para ti propor-lhe que se faça advogado.

Não obstante sejam recomendações aos advogados, elas cabem perfeitamente em todas as atividades do judiciário, são palavras válidas a todos que se determinam neste segmento do trinômio dos poderes da República.

Efetivamente, só deveria aventurar-se nas ciências jurídicas quem tem sede pelo conhecimento, constantemente se atualiza, reflete, trabalha intensamente, quem tem coragem para lutar, quem é paciente, zeloso, quem ama o que faz.

Na escolha da atuação como Operador do Direito, o sujeito terá que reconhecer-se como incansável e ousado, inconformado e potente,

para assumir a condição de responsável social, ser agente de transformação social. Ou seja, Operadores do Direito têm, em face da formação recebida, como já exposto, condições indispensáveis, e desta feita o dever da responsabilidade social para se engajarem em ações que afastem o ilícito da realidade das vítimas das drogas, têm noções do desenvolvimento dos dispositivos legais asseguradores do desenvolvimento de crianças e adolescente (ex.: direito de família), e por conseguinte à concreção da própria cidadania.

Ademais, os Direitos Humanos, em suas diversas gerações, são estudados nas Ciências Jurídicas e são cláusulas pétreas em nossa Constituição Federal, erigindo-se como limites materiais ao exercício do poder reformador que deve estar no bojo da atividade profissional dos Operadores do Direito.

É com este painel que se interroga sobre a função humano-social do sujeito atuante no espaço jurídico, e quais ações colocam-se à execução dos Operadores de Direito, apontando estratégias inibidoras do progresso da drogadição que podem ser levadas a cabo em parceria com a sociedade civil organizada.

Para levantar tais considerações, adotou-se o método de pesquisa qualitativa, usado principalmente em ciências sociais. O trajeto de elaboração do presente deu-se por meio da observação e investigação em escritos e discursos de sujeitos aleatoriamente abordados. Dos dados recolhidos, procedeu-se a interpretação, analisando as relações de significância em face à formação recebida e à necessidade social de melhores práticas preventivas, o que proporcionou identificar a possibilidade real de assunção pelos sujeitos em foco (Operadores do Direito), de ações contra a drogadição, que estão elencadas ao final do presente.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A fundamentação teórica não é isenta, ela envolve a tomada de certa postura em relação ao objeto de estudos, porquanto ao estabelecer-se um foco à pesquisa, também, inevitavelmente, irão os pesquisadores se deparar com pressupostos que lhes serão balizadores do rumo da exposição pretendida.

Assim, não se acredita numa fundamentação neutra. Entende-se importante esse alerta com propósito de evitar ao leitor desnecessária

irritação quanto à escolha dos fundamentos.

Afinal, a diversidade de interpretações e abordagens contribui para o desenvolvimento do conhecimento em uma determinada área.

2.1 OPERADOR DO DIREITO

Atentando que uma sociedade democrática é organizada em subsistemas, não conta com um elemento ou instituto central, porquanto tal composição aniquilaria a democracia, embora “historicamente, tenha-se conferido centralidade ora ao direito, ora à política, o que, em última análise, tem significado colocar no centro de tudo o Estado” (Fonseca, 2013), tem-se que o Estado está contido na sociedade, é um subsistema na sociedade maior, para sua funcionalidade os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se harmonizam para gestão das atividades públicas e implantação de políticas.

Esses subsistemas não são uma realidade unitária (um não engloba o outro), tampouco são realidades autárquicas (não são completamente isoladas), mas, sim, autônomas. O sistema jurídico, por exemplo, possui um fechamento operativo (trabalha com o código binário “lícito/ilícito”, sendo indiferente em relação a outros códigos comunicativos, como os específicos da política), mas é cognitivamente aberto às questões políticas. Então, paradoxalmente, temos uma autonomia e um entrelaçamento entre os subsistemas, no exemplo: o direito e a política. (Fonseca, 2013)

Campilongo (2011, p. 115) afirma que:

Especialmente quando se tem em mente a necessidade de conferir eficácia plena aos direitos emergentes da atual Constituição e de controlar a moralidade na implementação das políticas públicas, surge, de um lado, uma grande relevância política do Judiciário e, de outro, a possibilidade da confrontação do Judiciário com os demais poderes.

O conjunto de indivíduos que compõem a coletividade podem, devem e são sujeitos para a vida em sociedade.

Neste aspecto, para todos e cada um, é que a gestão do coletivo requer a solução em comunhão, descentralizada. A descentralização favorece com responsabilidade, na medida em que envolve muito mais atores na decisão final dos resultados. Propicia a quebra de colocar nos outros a culpa pelo fato de que as coisas não vão bem. Na medida em que esta situação [centralizadora] é rompida e se entrega a cada uma responsabilidade compartilhada pelos resultados, cada qual se sente comprometido como o que pode fazer para reverter a situação. (Guerrero, Thomé; Bueno, 2017, p. 363)

As afirmativas pela solução comungada perpassam todos os sujeitos sociais e, deste modo, abrangem o Operador de Direito.

Para Davis e Trebilcock (2009, p 217)

Há um debate em andamento sobre questões fundamentais, tais como se o direito é um fator importante para determinar resultados sociais ou econômicos nas sociedades em desenvolvimento, tendo em vista a existência de métodos informais de controle social; se existem obstáculos econômicos, políticos ou culturais insuperáveis para uma reforma efetiva; bem como, supondo-se que uma reforma efetiva seja factível, que tipos de reformas são conducentes ao desenvolvimento e que tipos de atores devem implementá-las.

O advento da modernidade e da globalização, *a posteriori*, trouxeram a lume os Direitos Humanos. Esta notável etapa do desenvolvimento humano mundial alçou o Humano para o centro das relações, independente da geração que se analise da primeira à quinta, os focos patrimonialista e instrumental do Direito foram a planos secundários em face à inquestionável prioridade da existência digna da pessoa humana.

O novo contexto, de extrema relevância, traz outro panorama de atuação para o Operador do Direito, ou o jurista (seja ele um magistrado, um membro do ministério público, um advogado ou qualquer outro dentro deste ramo de atuação), visto que atua diretamente na esfera dos direitos e deveres, por formação sabe aonde buscar subsídios às garantias fundamentais.

Por evidente, este sujeito pensa e opera, nem sempre com a mesma acurácia, porém, sempre em busca da efetivação de direitos e deveres, que em última instância devem redundar na pacificação social.

A letra da lei, já em nossa Carta Magna,⁵ não deixa dúvidas sobre a importância do Operador de Direito, senão vejamos, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Cabe a essas profissões em comum a atribuição de zelar por preceitos legais e de direitos humanos. Tais profissionais carregam consigo uma responsabilidade que na verdade é de toda e qualquer pessoa, porém sobre si recai a responsabilidade do conhecimento técnico, específico do que se trata de direito fundamental, tendo entre suas funções que trabalhar com determinação, por vezes, além de seus esforços formais, para que a sociedade não presencie atos que levam a total degradação humana, como a drogadição.

5 A Constituição de 1988 é a atual Carta Magna do Brasil que serve de parâmetro para as demais legislações vigentes no país. Aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte, ela foi promulgada no dia 5 de outubro de 1988, durante o governo do presidente José Sarney.

Ademais, a formação do Operador de Direito ou do jurista, como já foi mencionado anteriormente, se mostra na atualidade com um viés sistêmico, diferentemente de décadas passadas, no momento pós-pandemia covid-19, causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) e reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020,⁶ que alterou todos os aspectos da sociedade, interferindo no convívio social, na economia, no emprego, no aumento das desigualdades, nas rotinas e dinâmicas sociais, em especial, a formação deste sujeito apresenta no seu bojo abordagens humanitárias, de convivencialidade, e até de empreendedorismo social.

As novas gerações de direitos trouxeram para realidade jurídica temas transversais e que abarcam muito mais do que o tradicional patrimonialismo. Levando-se em consideração que o novo olhar sobre o Direito lhe impregnou da interligação de valores desenvolvimentistas originários da Teoria Realiana Tridimensional do Direito, que nas palavras de Gonzalez (2006, p. 145):

[...] teria superado o mero normativismo jurídico que prevalecia nos meios acadêmicos e jurisprudenciais de sua época, demonstrando que o fenômeno jurídico decorre de um fato social, recebe inevitavelmente uma carga de valoração humana, antes de tornar-se norma. Assim, Fato, Valor e Norma em seus diferentes momentos, mas interligados entre si, explicariam a essência do fenômeno jurídico.

Ou seja, a tridimensionalidade do Direito impõe ao Operador do Direito atuar valorativamente. A simples subsunção a norma não dá conta de promover a melhoria social, o desenvolvimento, a libertação, no caso pontual, da escravidão das drogas.

Informam Davis e Trebilcock (2009, p. 219) que há

[...] uma perspectiva fundamentalmente otimista sobre o papel do direito (e dos juristas) no desenvolvimento.

6 Disponível em: World Health Organization. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19** - 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Com efeito, os defensores dessas reformas são tipicamente otimistas em pelo menos três níveis. Primeiro, são otimistas ao acreditar que características específicas do sistema jurídico de um país desempenham um papel causal significativo na determinação de suas perspectivas de desenvolvimento; em suma, o direito é importante. Em segundo lugar, são otimistas quanto às possibilidades de uma reforma significativa. Em outras palavras, acreditam que os sistemas jurídicos mudam em resposta a esforços deliberados de reforma. Em terceiro lugar, são otimistas quanto à sua capacidade de identificar as reformas jurídicas que promoverão, em última análise, o desenvolvimento.

Desta feita, perfeitamente compreensível a preocupação indicar-se uma perspectiva pragmática da atuação ao Operador de Direito na sociedade em prol de seu desenvolvimento. Importante ressaltar que não passam despercebidos os fatores históricos, econômicos, políticos e culturais como limitadores da atuação deste sujeito, porquanto em países em desenvolvimento o que se convencionou chamar de “o problema do conhecimento”, é muito palpável. As gerações que estão a formar-se academicamente ainda representam um percentual muito pequeno da sociedade como um todo, mas isso na verdade faz do direito um campo maduro para a pesquisa.

Seguindo a linha modernista, acredita-se que os juristas treinados para usar o Direito como instrumento de mudança podem promover os objetivos de desenvolvimento humano.

Neste sentido, têm trabalhado órgãos oficiais:

A “alternativa de empoderamento jurídico” que inclusive tem sido uma das políticas do SENAD⁷ (Curso Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas – abril de 2016), **divulgou vagas para Operadores do Direito, juízes, promotores, defensores públicos, delegados e profissionais que atuam na área psicossocial dos Juizados Especiais Criminais (JECs), Varas Criminais**

7 Disponível em: <https://docplayer.com.br/166273-Integracao-de-competencias-no-desempenho-da-atividade-judiciaria-com-usuarios-e-dependentes-de-drogas.html>. Acesso em: 03 mai. 2006.

e Varas da Infância e da Juventude (VIJs). Objetivando construir respostas intersetoriais nas áreas jurídica, da educação, saúde e assistência social, com vistas à temática das drogas, [ênfatisou] que é importante incluir a oportunidade, até mesmo para os estudantes de direito ajudarem a sociedade mediante clínicas jurídicas e outros programas, a alteração da estrutura da profissão jurídica a fim de permitir que “para-advogados” desempenhem um papel maior no fornecimento de serviços jurídicos e a comunicação de informações jurídicas diretamente ao povo.

A reforma do ensino do direito e da advocacia estimularia outras formas de modernização, inclusive o surgimento de outras instituições inerentes a um sistema jurídico moderno eficaz, tais como aquelas responsáveis por administrar e aplicar as normas jurídicas.

Havia algum reconhecimento de que poderia haver um “hiato” ou falta de correspondência perfeita entre o “direito nos livros” e o “direito em ação”.

Nesses casos, a resposta dos teóricos do direito e desenvolvimento ainda era/é a de confiar na reforma do ensino do direito e em uma melhor “penetração”, definida por Friedman como “o grau em que uma norma, um código ou uma lei se enraíza numa população”. A chave para eliminar o hiato e melhorar a penetração era a melhor comunicação do direito com a população. (grifos nossos)

Como se observa, no anúncio colado, se está perante daquilo que se denomina solução compartilhada, descentralização ou até melhor economia de comunhão, numa perspectiva institucional pública. É a chamada Nova Economia Institucional⁸ (NEI), que considera o projeto e o funcionamento das instituições do setor público e das organizações do setor privado que interagem com essas instituições fatores determinantes essenciais das perspectivas de desenvolvimento dos países, por meio dos incentivos que criam para participar em atividades socialmente produtivas ou improdutivas.

8 Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44396344/Development_Theory_and_Practice_Final_Paper.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498878553&Signature=jXVo68LkfAZBnF%2F2Qnj59v5YxRw%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DInternational_Legalism_and_the_Global_So.pdf. Acesso em: 14 mai. 2017.

2.2 DROGADIÇÃO

O termo “droga”, utilizado pela Lei n.º 11.343/2006, está de acordo com o panorama internacional (*narcotic drugs*) e substitui o termo “entorpecente”, utilizado na Lei n.º 6.368/1976 (nem todas as drogas são entorpecentes). A sucessão de leis despertou dúvidas acerca da possibilidade de combinação de leis penais (*lex tertia*).⁹

A Lei n.º 6.368/1976 previa uma pena mais branda para o tráfico de drogas, mas não contava com a possibilidade de diminuição da pena.

A Lei n.º 11.343/2006 passou a prever uma pena mais gravosa, mas, em contrapartida, permite a redução de pena no caso do “traficante privilegiado”. O chamado tráfico privilegiado, previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

O principal argumento invocado pelo Superior Tribunal Federal (STF) foi o de que não seria proporcional, embora seja um ilícito grave, tratar o tráfico privilegiado¹⁰ como equiparado a hediondo, sendo esta conduta incompatível com a natureza hedionda. Além disso, foram feitas considerações sobre política criminal, aumento da população carcerária etc., conforme: STF. Plenário. **Habeas Corpus n.º 118533**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 23/06/2016.¹¹

A drogadição foi definida por Simões (2011) como sendo **suicídio d’alma**, tal definição dá a dimensão da interdisciplinaridade que o problema incorpora (grifo nosso).

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), droga é “qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações

9 Disponível em <https://focanoresumo.files.wordpress.com/2015/07/foca-no-resumo-lei-de-drogas.pdf>. Acesso em: 16 jul.2016.

10 O tráfico privilegiado ocorre quando o agente é réu primário, possui bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e nem integra organização criminosas. Além disso, a quantidade de drogas apreendida deve ser considerada de pequena quantidade para o consumo pessoal (autoras).

11 Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/aee1bc7fa-5da061b752d0efddb16495>. Acesso em: 12 jul. 2022.

em seu funcionamento” (SENAD, 2011, p. 18), podendo ser aplicada tanto para substâncias “tóxicas”, quanto para “medicamentos”, o termo “droga” é comumente utilizado pejorativamente, em geral para descrever ou (des) qualificar as substâncias ilícitas.

O uso das drogas (inclusive, as lícitas, portanto) de modo irregular leva à drogadição, e dela derivam uma série de malefícios, dos quais a coletividade se ressentir e, portanto, deve agir com o propósito de minorar seu crescimento e seus efeitos. Em que pese as leis, como a Lei n.º 11.343/2006, a Lei n.º 8.069/1990, Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), as Políticas Públicas e Programas em geral, ainda há muito que fazer em relação ao binômio drogas x direito à cidadania de qualidade (integrada com a família e a sociedade civil organizada).

No Brasil,¹² conforme o “II Levantamento Domiciliar sobre o uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil: estudo envolvendo as 108 maiores cidades do país” [sic], estudo que envolveu as 108 maiores cidades do País, 22,8% da população de faixa etária entre 12 e 65 anos já fez uso na vida de qualquer droga psicotrópica (exceto álcool e tabaco), o que corresponde a quase 12 milhões de pessoas. (Tessaro, 2015, p. 88)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em pesquisa,¹³ aponta que:

75% dos jovens infratores internados no Brasil são usuários de drogas e a idade média deles é de 16 anos, com índices acima dos 30% em todas as regiões do país. O estudo distingue ainda que a maioria dos adolescentes cometeu o primeiro ato infracional entre 15 e 17 anos (47,5%). Quanto à escolaridade, 57% dos jovens declararam que não frequentavam a escola antes da internação, sendo que a última série cursada por 86% dos jovens foi ainda no ensino fundamental. No que diz respeito às relações familiares, o estudo aponta que 14% dos jovens entrevistados têm filhos. Do total de adolescentes ouvidos

12 Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-6867201500100009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 jul. 2021.

13 Disponível em: <https://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/75-dos-jovens-infratores-no-brasil-sao-usuarios-de-drogas-aponta-cnj.html>. Acesso em: 10 nov. 2017.

no levantamento, 43% foram criados apenas pela mãe, 4% pelo pai sem a presença da mãe, 38% foram criados por ambos e 17% foram criados pelos avós.

Neste artigo, o termo “drogadição” é usado como uma expressão que permite alargar o estudo a um conjunto de relações e comportamentos que podem ser modificados com a participação social, e não simplesmente atuando no comportamento individual.

[...] numa análise das co-dependências das drogas, propõe seis níveis lógicos de dependência relacional que mostram a complexidade da dependência para os usuários. São elas: a dependência dos efeitos, que mostra a relação do usuário com os efeitos e as formas de uso de uma ou várias substâncias consumidas simultânea ou sucessivamente. As dependências relacionais afetivas, que se referem às relações do casal e da família, partindo-se do pressuposto de que, dentro do círculo de relações do dependente de drogas, há pelo menos uma pessoa co-dependente, essas pessoas podem ser ou ter sido igualmente dependentes de drogas. A dependência dos fornecedores, ou seja, a dependência das pessoas implicadas no sistema de distribuição. Avalia-se nessa dimensão a relação do usuário com as pessoas que vendem ou passam a droga para eles. A dependência dos provedores, isto é, a dependência das relações com as pessoas que lhe asseguram a possibilidade de adquirir a droga, do ponto de vista financeiro; aquelas pessoas que lhe dão o dinheiro para comprar a droga, podendo ser tanto o pai ou a mãe como um traficante que lhe dá a droga em troca de serviços prestados ao tráfico. A dependência dos pares: diz respeito à rede de parceiros envolvidos no intercâmbio de informações e de endereços, no compartilhamento do uso, nas eventuais ajudas, na cultura da droga. Por fim, a dependência das crenças, que se refere à crença na eficácia da dependência. (Pereira; Sudbrack, 2008)

Cabe, neste ponto da discussão, em que se traz as codependências, entender o fenômeno da drogadição a partir de uma reflexão teórica que tem como eixo a concepção da problemática das drogas nas políticas públicas brasileiras. E este é o ponto nevrálgico: a política nacional sobre o tema mantém-se centralizadora, criminalizadora e distante da prevenção.

3. METODOLOGIA

Com olhar nos objetivos do presente estudo, solarmente se percebe que se trata de uma pesquisa do tipo qualitativa documental. Lembrando que documento é toda base de conhecimento fixado materialmente e suscetível de ser utilizado para consulta, estudo ou prova, tais como: manuscritos; impressos com ou sem periodicidade; livros; textos legais; processos; pareceres; correspondência publicada; revistas; boletins; jornais; anuários; documentos fotográficos; filmes, etc. Para tanto, e considerando que pesquisa é um processo heurístico (ao menos na essência), fez-se mister explorar o acervo literário científico, relativo aos diferentes posicionamentos sobre atuação dos sujeitos sociais acerca do tema drogadição, assim, relatórios, leis e políticas que explicitam o fenômeno em estudo.

No que tocou aos procedimentos, seguiu-se Gil (2009), cuja lição informa que há passos a serem seguidos na realização da pesquisa: organização, que varia de acordo com as peculiaridades de cada problemática; apresentação de informações, acerca de aspectos relativos aos temas; escolha do tipo de pesquisa; definição de população; modo de coleta e tratamento dos dados, entre outros que aqui não são mencionados pela impertinência.

Na esfera das ciências sociais, e mais pontualmente nas ciências jurídicas, é comum a utilização de pesquisas qualitativas empírica e documental, com fundamentos da dogmática.

Outrossim, no presente artigo avançou-se pela perspectiva informativa e diretiva da dogmática expressa na legislação, porém adentrou-se o caráter questionador da zetética, porquanto, a intenção do artigo é a de construir argumentos, não os esgotar.

Considerando que se buscou avaliar as possibilidades, especulando-se o papel social do Operador de Direito, duas abordagens foram consideradas interessantes, até porque as ciências jurídicas analisam um fenômeno sob várias perspectivas.

A zetética, que se dá por especulações, por afirmativas ou não, cujo enfoque é de organizar o saber por meio de constante questionamento, ordenando-o, permitindo maior abertura no espiral do conhecimento, entende que os resultados são substituíveis, e se reconhece a dinâmica dos valores sociais, como modificadores de saberes fixos, evidenciando-se o caráter aberto e provisório do saber, e isto se denota no avanço tecnológico imposto pela pandemia Covid-19.

Já na dogmática, há preponderância dos conceitos, axiomas, e a postura do investigador é menos permeável, preservando questões firmadas, trabalha-se com postulados.

Aqui, então, as abordagens se somam, vez que se informam os postulados legais sobre drogas e o papel do Estado-Juiz, especula-se sobre a descentralização das Políticas Públicas, ao mesmo tempo aponta-se a possibilidade de se constituir Operador do Direito como **verdadeiro agente social** para o desenvolvimento social no tocante à drogadição.

Ou seja, pela dogmática pergunta-se: o que é crime? Como ele se apresenta? E a lei, doutrina e decisões irão aportar as definições, enquanto na zetética esta mesma questão irá “pôr em xeque” a validade dos pressupostos do conceito de crime de drogas.

N’outra questão: há efetividade nas Políticas Públicas? Segundo Albuquerque (2010), apoiando-se em Ferraz Jr., a zetética irá questionar os pressupostos da efetividade.

Na dogmática, é dever do Estado-Juiz resolver com aplicação das leis o problema da drogadição. Enquanto na perspectiva zetética, esta decisão sobre o dever centralizador será questionada.

Durante o desenvolvimento da pesquisa que frutificou no presente artigo, transitou-se da coleta de dados por leitura reflexiva, estudos de documentos e, fichamentos de “falas”.

Não se promoveu entrevistas e nem questionários estruturados, utilizou-se da observação empírica quanto ao quadro posto, bem assim, promoveu-se conversas opinativas com alguns sujeitos das jurídicas e médicas: alunos, bacharéis, advogados, juízes, promotores e técnicos judiciais, e gestores de clínicas de doentes da drogadição, em indagações sobre o tema, ocasião em que os interpelados expunham, sem compromisso formal, suas opiniões e sugestões de mudança.

De início, portanto, procedeu-se a leitura exploratória, com a finalidade apenas de reconhecimento do material útil ao trabalho, num segundo momento, foi promovida a seleção do material e passou-se para avaliação mais acurada dos conteúdos com objetivo de analisar as posições dos estudiosos e interpretar as contribuições que poderiam aportar um norte ao objetivo proposto. Depois, avaliou-se a função humano-social possível ao Operador do Direito, sob olhar de alguns sujeitos aleatoriamente escolhidos, e refletiu-se sobre as estratégias de atuação aplicáveis na inibição da drogadição.

4. CONCLUSÃO

Além do estudo da norma e de como ela existe na sociedade, a formação em ciências jurídicas admite atuação no universo social e político que os demais atores sociais habitam. O principal objetivo é a formação de cidadãos dotados de um conjunto de saberes sobre a norma jurídica, conhecedores do universo também jurídico – e, portanto, sociopolítico – em que vivem, sendo assim autorizados a atuarem nas diversas atividades profissionais que envolvem o exercício da cidadania e a defesa de direitos de ordem pública e privada.

Neste artigo se expõe o papel razoável ao Operador de Direito na luta contra a drogadição. Trata-se de um convite a pensar linhas de reflexões que convirjam para outras ações que podem ser abarcadas pelo Operador do Direito, para além dos tradicionais círculos institucionais que se inserem.

Há entre as pesquisadoras, a partir dos estudos dedicados aos diversos selecionados, o consenso de que este sujeito, o Operador do Direito, é ou pode ser, um elemento diferencial **na solução comungada em prol da prevenção da drogadição**, porque este é o ponto vital de contenção dos malefícios correlatos ao abuso de substâncias psicoativas, a prevenção, e os sujeitos das jurídicas têm condições cognitivas apropriadas na academia de somar na economia institucional do desenvolvimento humano.

Estabelecer o problema acerca da ocupação do Operador do Direito modernamente sugere uma análise menos descritiva e mais prospectiva e pragmática.

Descobriu-se correntes que entendem o direito como fator de contributo ao desenvolvimento e aquelas que são menos afeitas a este viés, ou mais conservadoras quanto à participação do direito, e por conseguinte dos seus operadores, como sujeitos a promover ou fomentar o desenvolvimento social e mais pontualmente, que no caso passa pela contenção do consumo de drogas.

Não se trata puramente de delinear o que aí está, entretanto do que está por vir, do que se acredita possível conjecturar e, esboçar-se num futuro breve, significativamente, levando em conta o grande número de novos Operadores de Direito, anualmente “despejados” no contexto social.

“O Brasil¹⁴ é o 3º maior do mundo em advogados e o rápido crescimento aponta que em 2023 serão 2 milhões. (...) Qual a perspectiva para os profissionais da advocacia diante de um mercado considerado saturado?” (É o que se indaga). Sem pretender ser resposta à questão, sugere-se que se fomente entre os Operadores de Direito, **já durante a formação acadêmica**, a efetivação de parcerias e convênios com órgãos governamentais e organizações não-governamentais em prol da promoção de ações em que os estudantes atuem como organizadores, promotores e colaboradores, com o assessoramento dos já formados, num processo colaborativo edificante de uma sociedade mais justa e feliz.

Confia-se que seja interessante a motivação à pesquisa e estudos sobre os efeitos, o modo de atuação e aplicação da Política Pública específica, notadamente porque o papel das expectativas de resultados no uso de substâncias psicoativas se traduz em sensações positivas, inobstante as consequências negativas, cedo ou tarde se apresentarão.

Considera-se que o Operador de Direito está apto a somar para multiplicar ações voltadas para a prevenção, capazes de evitar o ciclo consumo/tratamento e muitas vezes, consumo/tratamento/regresso/morte.

Finalmente, com certo atrevimento, mas em face da conclusão positiva sobre um papel efetivo a ser desempenhado pelos Operadores do Direito, é que se apresentam algumas coordenadas de boas práticas possíveis de serem assumidas com intencionalidade para dar um sentido, um caminhar à solução solidária e comungada, perante a drogadição, em especial originada na infância.

- Assessoramento a órgãos governamentais e não governamentais;
- Acolhimento, aconselhamento e encaminhamento de pessoas que apresentam transtornos em decorrência do consumo de drogas para tratamento;
- Participação em projetos multidisciplinares voltados para a questão das drogas;

14 Disponível em: <https://adoc.com.br/brasil-tera-2-milhoes-de-advogados-em-2023/#:~:text=O%20Brasil%20%C3%A9%20o%203%C2%BA,de%20um%20mercado%20considerado%20saturado>. Acesso em: 23 mai. 2023.

- Participação em audiências públicas de forma dinâmica, contribuindo para o comparecimento dos jurisdicionados e informando-os da importância de tais participações;
- Concursos de cartazes com frases para alunos do ensino fundamental I e II de escolas públicas e privadas;
- Seminários de boas práticas em Políticas sobre Drogas;
- Visitas às instituições de tratamento;
- Semanas acadêmicas focadas no tema;
- Debate sobre a Política sobre drogas e o papel do Operador de Direito.
- Cursos de discentes cuidadores;
- Oficinas sobre ações preventivas;
- Palestras;
- Seminários;
- Alianças multi-institucionais;
- Fóruns de conscientização;
- Grupos técnicos de trabalho;
- Dinâmicas de buscas de soluções comungadas;
- Pesquisas e estudos sobre o tema.

Ou seja, Operador do Direito pode contribuir para a prevenção do uso de drogas de várias maneiras. É importante destacar que a prevenção do uso de drogas é uma responsabilidade coletiva de toda a sociedade, e os Operadores do Direito podem desempenhar um papel fundamental na criação e aplicação das políticas e iniciativas que visem enfrentar esse desafio.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. A insustentável leveza juspositiva: da utopia científica à hermenêutica como “terapia filosófica”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: a filosofia no direito e a filosofia do direito, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 8069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente (ECA), e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTURE, Eduardo Juan. **Os Mandamentos do Advogado**. Tradução de Ovídio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. 3ª edição, Imprensa. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987.

DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. A relação entre Direito e Desenvolvimento: otimistas *versus* céticos. **Revista Direito GV**, Salem, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, nov. 2009.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Manuella. O direito, a “lei injusta” e a função do operador do direito. **Boletim Jurídico**, Uberaba, v. 3, n. 144, 2005. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=816>. Acesso em: 31 abr. 2018.

FONSECA, Eduardo Ribeiro da. Ego, alter ego e superego: a tensão entre o direito e a política. **Direito et Cetera**, São Paulo, maio 2013. Disponível em: <https://direitoetc.wordpress.com/2013/05/01/ego-alter-ego-e-superego-a-tensao-entre-o-direito-e-a-politica>. Acesso em: 15 jan. 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Estudo de caso**. São Paulo: Atlas, 2009.

GONZALEZ, Everaldo Tadeu. **A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale e o Novo Código Civil Brasileiro**. In: CONGRESSO DE PÓS-GRADUAÇÃO, 4. Piracicaba, 2006.

GUERRERO, Angela Rita Pedrollo; THOMÉ, Àgatha; DOS ANJOS BUENO, Isabelle. Avaliação do Papel Possível ao Operador do Direito no Combate à Drogadição. **Caderno PAIC**, Curitiba, v. 18, n. 1, p. 357-375, 2017.

OMS - Organização Mundial de Saúde. **Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19**. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 20 ago. 2020.

SENAD - Secretaria Nacional de *Políticas sobre Drogas*. **Curso Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas** – abr. 2011. Disponível em: <https://docplayer.com.br/166273-Integracao-de-competencias-no-desempenho-da-atividade-judiciaria-com-usuarios-e-dependentes-de-drogas.html>. Acesso em: 23 jun 2023.

SIMÕES, Daril. Drogas, o doce e envolvente perfume da morte. **Alma Saudável**, ago. 2011. Disponível em: <https://almasaudavel.com/2011/08/03/drogas-o-doce-e-envolvente-perfume-da-morte>. Acesso em: 02 mai. 2017.

SUDBRACK, Maria Fátima Olivier; PEREIRA, Sandra Eni Fernandes Nunes. Drogadição e atos infracionais na voz do adolescente em conflito com a lei. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 24, n. 2, p. 151-159, 2008.

TESSARO, Luiz Gustavo Santos; RATTO, Cleber Gibbon. Pessoas que dependem de drogas: ensaio de figuras e fechamentos. **Rev. Abordagem Gestalt**, Goiânia, v. 21, n. 1, p. 83-94, jun. 2015.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Ana Paula Voltolini de Oliveira¹

Nicolas Novak²

1. INTRODUÇÃO

A LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) tem por objetivo a garantia da dignidade da pessoa humana com a proteção de dados, preservando a vida pessoal do indivíduo com relação a coleta de dados pessoais, sensíveis ou não. Dessa forma, a LGPD nas relações de trabalho deve ser estudada com o intuito de impedir que informações de trabalhadores sejam usadas de forma a discriminar o colaborador.

Ao falarmos sobre proteção da privacidade, intimidade e vida privada, encontramos a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, aduzindo sobre o tema, bem como outras legislações articulando sobre o assunto, como, por exemplo, a Lei do “Marco Civil da Internet” e a Lei n.º 12.965/2014, que contém normas que visam garantir proteção e segurança à privacidade de todos os dados pessoais.

A tecnologia está se modificando de forma cada vez mais precisa e rápida, hoje podemos dizer que todos os nossos dados encontram-se na tão famosa internet, seja pelas redes sociais ou até mesmo pelo cadastramento de currículo em diversos bancos de dados.

Porém, quando levamos esse assunto para dentro uma corporação/ empresa, esses dados passam a ser ainda mais sensíveis, tendo em vista que as empresas exigem dos colaboradores atestado de saúde ocupacional

1 Graduada em Direito pelo Unibrasil - Centro Universitário; Advogada inscrita na OAB/PR sob o n.º 106.080; Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC-MG; Sócia e proprietária do escritório de advocacia APV Advocacia; Membro da Comissão dos Advogados Iniciantes de Curitiba; Membro da Comissão de Advogados Representantes da Subseção de São José dos Pinhais, do Foro Regional de Pinhais; Membro Consultora da Comissão da Advocacia Iniciante de São José dos Pinhais.

2 Graduado no Centro Universitário Curitiba; Presidente da Comissão da Advocacia Iniciante da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de São José dos Pinhais (gestão 2022-2024).

(o que não está errado, mas deve ser observado como esse dado deve ser tratado), bem como o atestado periódico e outras milhares de informações geradas pela central de recursos humanos da empresa e departamento pessoal.

2. A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS NO CENÁRIO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

De início, deve ser observado que a Lei Geral de Proteção de Dados dispõe, em seu art. 1º, sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou 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 n.º 13.709/2018).

Evidente que a LGPD pode ser aplicada em todas as áreas que detêm algum dado pessoal, ou seja, ela passeia pelas mais variadas relações pessoais.

Logo, as relações de trabalho são afetadas pela LGPD, tendo em vista que existem questões especiais, tanto na fase pré-contratual, até a fase pós-contratual.

Para ilustrar a necessidade da LGPD nas relações de trabalho, podemos colocar como exemplo o monitoramento de mensagens trocadas por aplicativo que a empresa detém, registro de ponto, documentação pessoal, atestado médico, entre outras situações (Coni Jr.; Pamplona Filho, 2020).

Mesmo a LGPD não estando regulamentada diretamente nas relações de trabalho, a sua aplicação é fundamental, sendo o advogado trabalhista o forte instrumento da formalização e estruturação da LGPD nas empresas.

3. FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A LGPD, em seu art. 6º, elenca dez princípios que norteiam o tratamento de dados, sendo eles:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Esses são os princípios que orientam a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, tendo eles o objetivo de clarear o tratamento dos dados pessoais.

E, ao falarmos, sobre os fundamentos da LGPD, esta parte é elencada pela Lei em seu art. 2º, vejamos:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Os fundamentos mencionados no artigo 2º são responsáveis pela criação da norma, ou seja, tem por objetivo dar a definição correta com relação à disciplina de proteção de dados.

4. DADOS PESSOAIS E DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E O SEU CONSENTIMENTO

A Lei Geral de Proteção de Dados tem por finalidade proteger a privacidade e dar transparência no tratamento dos dados, dessa forma, a legislação brasileira tem focado em garantir e cumprir com o que fora definido na referida Lei, seja na proteção de dados como, por exemplo, CPF, IP, sexo, profissão, e-mail, entre outras situações (Reani, 2020).

E nas relações de trabalho não é nada diferente, é necessário assegurar que não vai existir nenhum vazamento de dados, seja um ASO (Atestado de Saúde Ocupacional), um atestado médico, e-mails trocados com a empresa, entre diversas outras situações.

Sendo assim, precisamos analisar o que se encaixa como dados pessoais, dados pessoais sensíveis e até mesmo anonimizados e pseudoanonimizados.

- **Dados pessoais:** toda a informação genérica, como, por exemplo: nome; número de identificação, e-mail, entre outras.
- **Dados pessoais sensíveis:** Toda a informação de foro íntimo, como, por exemplo, saúde, genética, racial, posicionamento político, filiação sindical, fotos, etc.
- **Dados anonimizados:** Podemos dizer que esses são os dados que foram desvinculados a determinada pessoa para que não seja descoberto, esse dado em específico a LGPD não se aplica.
- **Dados pseudoanonimizados:** Trata-se do inverso dos dados acima citado, nesse caso, eles foram anonimizados, mas pela possibilidade de reversão deixaram de ser.

Como aduz Laura Schertel Mendes (2014, p. 32) em seu livro sobre a proteção de dados e defesa do consumidor:

A proteção dos dados pessoais se insere na sociedade de informação como uma possibilidade de se tutelar o indivíduo diante dos potenciais riscos que o tratamento de dados poderia causar à sua personalidade, pois o que se visa proteger não são os dados em si, mas sim o seu titular, que poderá ser afetado em sua privacidade caso alguns limites não sejam estabelecidos.

Ao explanar sobre dados pessoais e dados pessoais sensíveis, precisamos pensar sobre o consentimento do trabalhador, como a empresa pode se resguardar com relação aos diversos dados que um único trabalhador gera, como ensinam Tarcísio Teixeira e Ruth Maria Guerreiro Armelin:

Consentimento do titular de dados é a forma mais conhecida de tratamento legal de dados e deve ser livre e o mais consciente possível, ou seja, o titular deve ter pleno conhecimento de quais dados estão sendo captados e exatamente para qual fim ele será utilizado, o qual perfaz a inequívoca do consentimento. (Teixeira; Armelin, 2019, p. 6)

Sendo assim, diante das diversas exigências, as empresas deverão revisar os contratos de trabalho, bem como os contratos com terceiros, para que se faça constar nesse instrumento, de forma clara e objetiva, os

tipos de dados que estão sendo coletados. Lembrando que as alterações não devem ser realizadas somente em contratos de trabalho, mas em toda a documentação da empresa, conforme aduzem Vicente V. Coni Jr. e Pamplona Filho:

Esse consentimento concedido pelo titular de dados deve ser também esclarecido, ou seja, a empresa deve fornecer todas as informações necessárias para que o titular dos dados compreenda exatamente os dados que está fornecendo e para quais finalidades devidamente determinadas, até mesmo para poder optar livremente, sem qualquer represália, pela não concessão de autorização de uso de seus dados pessoais pela empresa receptora de tais informações, evitando contratos, termos e condições longos, inteligíveis, com linguagem rebuscada e difícil compreensão (Coni Jr.; Pamplona Filho, 2020)

Mas, também, é necessário que a empresa esteja preparada para a revogação de dados e conseqüentemente na eliminação desses dados, sobre esse aspecto Vicente V. Coni Jr. e Pamplona Filho aduzem que:

Uma vez prestado o consentimento, o titular pode a qualquer momento o revogar, mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, salvo as exceções legais que serão abordadas posteriormente. Dessa forma, a empresa receptora dos dados deve estar preparada para eliminar os dados do titular, quando este assim solicitar, revogando o consentimento anteriormente concedido, cabendo à empresa ainda a comprovação de que efetivamente eliminou os dados solicitados pelo seu titular. (Coni Jr.; Pamplona Filho, 2020)

Sendo assim, as empresas deverão reformular todos os documentos para que haja uma profunda adaptação para se enquadrar conforme a Lei Geral de Proteção de Dados.

5. DAS PENALIDADES PREVISTAS PELA LGPD

Quando do descumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados, a empresa será responsabilizada pela reparação dos danos eventualmente causados, sem prejuízo de responder por outras sanções aplicadas pela ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

A ANPD tem por objetivo zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD, ou seja, quando identificada alguma falha, a empresa poderá ser penalizada por parte da ANPD.

Considera-se, por exemplo, irregular o tratamento de dados quando a empresa deixa de observar a legislação ou quando não fornece a segurança necessária para o tratamento dos dados. Ruth Maria Guerreiro da Fonseca Armelin e Tarcísio Teixeira explicam que:

Nestes casos, a empresa coletora dos dados (controlador ou o operador) responde pelos eventuais danos que der causa em decorrência da violação da devida proteção, ao deixar de adotar as medidas de segurança, e/ou técnicas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. (Teixeira; Armelin, 2020)

O art. 52 da LGPD elenca as sanções administrativas que a empresa pode sofrer, veja-se:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador;

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

§ 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios:

I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a condição econômica do infrator;

V - a reincidência;

VI - o grau do dano;

VII - a cooperação do infrator;

VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei;

IX - a adoção de política de boas práticas e governança;

X - a pronta adoção de medidas corretivas; e

XI - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Pode ser observado que as sanções podem impactar de forma significativa a empresa, porém, as sanções serão aplicadas somente quando encerrado o processo administrativo que possibilite a ampla defesa. Sobre esse assunto, Vicente V. Coni Jr. e Pamplona Filho aduzem que:

O processo administrativo deve dar a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados uma série de parâmetros e critérios, tais como a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados, a boa-fé do infrator; a vantagem eventualmente auferida ou pretendida, a condição econômica do infrator; eventual reincidência e o grau do dano, dentre outras listadas no parágrafo primeiro do artigo 53 da LGPD. (Coni Jr.; Pamplona Filho, 2020)

Assim sendo, a aplicação da LGPD demanda extrema cautela e rigor no tratamento dos dados pessoais e na efetivação dos direitos, uma vez que as sanções administrativas são bastante severas (Teixeira; Armelin, 2020).

6. CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados dispõe sobre diversos princípios, fundamentos, limites e inclusive sanções quando de seu descumprimento.

Não pode a legislação proibir o manejo dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis, muito pelo contrário, quando trazemos esse tema para as relações de trabalho, é necessário fomentar a importância da Lei Geral de Proteção de Dados para autodeterminar e regular o pleno exercício da atividade econômica, bem como, todos os dados que cercam a instituição.

A proteção de dados pessoais tornou-se necessária para a efetivação da operacionalidade empresarial, tanto na fase pré-contratual, quanto na pós-contratual, tendo em vista que em todas as fases existem uma infinidade de dados sendo transmitidos. Portanto, todo o ciclo empresarial deverá estar protegido pela LGPD.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. Salvador: **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. Número 239, 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo. Saraiva, 2014.

REANI, Valéria. **O impacto da lei de proteção de dados brasileira nas relações de trabalho**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-21/valeria-reani-alei-protacao-dados-relacoes-trabalho>. Acesso em: 19 mai. 2023.

TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

**CH-X, C-SS-Ç E S-Z:O BUSÍLIS
DA FONÉTICA NA ORTOGRAFIA**Ralph Durval Moreira de Souza¹

Em 2013, a pedido de um amigo jornalista, assumi o compromisso de escrever uma coluna literária num periódico que circulava em São José dos Pinhais e noutras cidades da Região Metropolitana de Curitiba.

Entretanto, um sobressalto: “Quem sou eu para tamanha responsabilidade?” Contudo, acatei a intimação, como, aliás, sempre fiz, desde 1965, na cidade de Pilão Arcado (BA-PE), adonde, menino, relutante, escrevia cartas (para filhos da terra que imigravam pra São Paulo) e lia respostas, socorrendo humildes conterrâneos iletrados.

Ademais, dizia Henry Miller (americano, 1891-1980), “Literatura é a arte sensual de causar impressões esquisitas por meio de palavras” – e daí, estribado nessa frase lapidar, ruminei, recorrendo à história: ninguém precisa do beletismo pernóstico de Euclides da Cunha para produzir contos extraordinários, belos poemas ou tocantes baladas!

Prova disso, o inefável artista popular cearense Patativa do Assaré (1909-2002), de limitados estudos, porém talentoso, rebrilhava em tais habilidades com o seu rico cancionário regional: “Se aí cê teve estudo/ Aqui, Deus me ensinou tudo/ Sem de livro percisá/ Por favô, não mêxa aqui/ Que eu também não mexo aí/ Cante lá, que eu canto cá”.

Já o indefectível Zé Limeira (1886-1954), paraibano, analfabeto, era menestrel do repente, destacando-se como “poeta do absurdo” até em risíveis loas do tipo “Cachaça com Coca-Cola/ Matou Augusto Calheiros/ E a mulher do sapateiro/ Esqueceu de comprar sola”.

Pensando assim, “bolei” a coluneta sob a rubrica “Garimpo Literário” para, “garimpeiro de letras”, apresentar ao leitorado “pedras preciosas” dos

1 Advogado inscrito na OAB/PR 34.685, jornalista e escritor bissexto de contos e crônicas.

escritores, poetas e cantores de cujos filões extraio, com capricho, gemas e pepitas – e (que baita pretensão!) da minha própria lavra.

Na palpitante estreia publiquei a crônica de “um dedo de prosa” entabulada com meu primo-sobrinho Mateus Boscardin, advogado curitibano, o qual, tendo combinado que mandaria buscar uma certidão cartorial que requerera em SJP, e que já estava comigo, não pode fazê-lo no dia marcado – o quê explicou em sucinto bilhete que me fez lembrar dum outro, trintenário, de minha autoria, também inesquecível por um estigma.

Bem a propósito, ao tema denominei “O busílis”, eis que esse instigante substantivo masculino indica exatamente o caceteiro “xis da questão, o ponto principal de um problema, duma dificuldade”, como, aliás, nota-se (em *itálico* e **negrito**) das duas mensagens breves, abaixo transcritas.

“Caríssimo Ralph, deu **xabu**, houve um problema aqui no escritório, e a secretária só vai amanhã.

Desculpe-me por atrapalhá-lo. Mateus”

E então lhe respondi:

“Caro Mateus,

Nem se preocupe, você não me atrapalhou em nada. Afinal, besteira pouca é bobagem. Ruim é quando o cara vai buscar lã e volta tosquiado, mas o cúmulo do azar é o sujeito cair de costas e quebrar os ovos.”

Por oportuno, cuidando de amenidades, a definição de “chabu – substantivo masculino. Rubrica: pirotecnia. Regionalismo: Nordeste do Brasil. Falha em fogos de artifício que não detonam ou estouram por trás; jebu; malogro em qualquer ação” (Houaiss e Aulete). Em extensão de sentido, “chabu” é tudo que sai errado, não chega a bom termo, acaba em fiasco (o que sucedeu com a patrioteira “Luvinha da Vitória” de Pelé na Copa de 1994, a natimorta “Caxirola” de Carlinhos Brown para a Copa de 2014, e as máscaras do Joaquim Barbosa no Carnaval de 2015, encalhadas – que jazem no anedotário nacional), ou o simples e popularesco “tiro pela culatra”.

Aproveito para contar que, quando do nascimento do nosso primo Ralph Antônio (hoje médico), na Bahia, mandei-lhe de presente, pelo saudoso Raimundo Melo (pai dele), um boneco “Falcon”, que era “o máximo” naquela época, com a singela dedicatória que até hoje – passados mais de 30 anos – me incendeia a alma: “Ao meu *charazinho*”.

À sua vez, “*xará* – substantivo de dois gêneros. Pessoa com o mesmo nome de outra”; usado também como amigo, camarada, companheiro.

Portanto, Nobre Colega, é isso aí: o entroncamento da ortografia com a fonética tem armadilhas que pregam memoráveis peças nos operadores do vetusto português, essa indomável língua pátria exaltada pelo fabuloso **Olavo** Braz Martins dos Guimarães **Bilac** no seu célebre soneto:

“Última flor do Lácio, inculta e bela,
 És, a um tempo, esplendor e sepultura:
 Ouro nativo, que na ganga impura
 A bruta mina entre os cascalhos vela...
 Amo-te assim, desconhecida e obscura.
 Tuba de alto clangor, lira singela,
 Que tens o trom e o silvo da procela,
 E o arrollo da saudade e da ternura!
 Amo o teu viço agreste e o teu aroma
 De virgens selvas e de oceano largo!
 Amo-te, ó rude e doloroso idioma,
 em que da voz materna ouvi: “meu filho!”
 E em que Camões chorou, no exílio amargo,
 O gênio sem ventura e o amor sem brilho!”

Isso posto, proponho que você fique com o meu “ch” de outrora, e, em contrapartida, me ceda o seu “x” recente, para que sejam encaixados nas suas respectivas posições – de modo que, além de pormos as conso-antes “nos devidos lugares”, faremos uma formidável dupla operação recíproca em que, promotores

da intervenção linguística (nós dois!), somos, simultaneamente, doador-receptor de um inédito transplante consonantal, daí restaurando-se, escorreitos, o “xará” e o “chabu” patacoeiros.

Afinal de contas, em qualquer hipótese, inclusive envolvendo anedota, bravata, bufarinha, pachouchada, piada, pilhéria ou potoca, não importa: sobrevivendo equívoco nas letras, menor ou maior, “corrigir é preciso”.

Nesse rojão, faz tempo, em Foz do Iguaçu, Elvivo, editor, grafava no seu jornal, repetidamente, “Blanco”, ao se referir a um repórter, amigo comum, chamado “Blanc”, que, injuriado, a mim se queixou – e eu sugeri que escrevesse “Elvi” toda vez que mencionasse o provocador.

“Se ele tiver o desprazer de reclamar algo, argumente que aquele ‘o’ suprimido do nome dele é o mesmo que sobra no seu, eis que a vogal da discórdia migrou do ponto certo e está poitada no lugar errado, para ali ficar até ajustarem que o quarto fonema vocálico seja estornado do local indevido e repostado na posição correta, de maneira que o precioso anel gráfico nunca mais os flagele. E aí refaçam seus laços de amizade.”

Encerrando a estória do escalafobético **chará** e do malajambrado **xabu**, me reconforta (e sugiro que a você, idem) constatar que de deslizos nos escritos ninguém escapa: já verifiquei equívoco num “Dicionário Globo” [o que denunciei, mas sem sucesso], apontando erro em “burudanga”, que é “burundanga” (comida mal feita; sarrabulho; rolo grosso; sururu; confusão generalizada), outro no genial Machado de Assis, que grafou “sopetão” em vez de “supetão” (de súbito), e até falha no magnífico Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2001), suprimindo (de alguns volumes, acho) dezenas de verbetes – pelo que gritei e recebi da Editora Objetiva, grátis, um exemplar da “nova edição” (2004), em substituição àquele, original, que, aliás, me fora presenteado por minha mãe, Dazinha.

Assim sendo, pedindo reciprocidade no afago, como lenitivo para esses perturbantes conflitos fonético-ortográficos em torno de palavras homófonas, deixo um abraço expreçando admirassão, e a uivante conjectura: “Quão bisarros os mistérios do idioma luzitano praticado no Brasil...”

.....

Obs.: “O Busflis” foi a minha primeira e única colaboração com o jornal, e assim o “Garimpo Literário” produziu apenas essa pedrinha indefinida, que, apesar disso, tenho gosto de apresentar aos “fisqueiros da literatura” – o que faço inspirado por Fernando Pessoa: “Tudo vale a pena quando a alma não é pequena”.

.....

A ideia de elaborar um livro com uma coletânea de textos e artigos surgiu do propósito de valorizar a advocacia, em especial a das cidades de São José dos Pinhais, Pinhais, Fazenda Rio Grande, Piraquara, Mandirituba, Tijucas do Sul e Agudos do Sul. Tais cidades compõem a Subseção da OAB de São José dos Pinhais, com seus quase 2.500 advogados(as) ativos(as) em agosto de 2023.

E o resultado foi a entrega de relevantes estudos e textos que contribuem não só com os Operadores Jurídicos, mas também com a sociedade em geral, ultrapassando as fronteiras das cidades suprarreferidas e somando na construção desse novo momento histórico, o novo normal pós-pandêmico.

ISBN 978-659810381-1



9

786598

103811