

Temas do DIREITO

Contemporâneo:

UMA ABORDAGEM TEÓRICA E PRÁTICA

ENSAIOS EM HOMENAGEM AO PROF. DR. SERGIO TORRES TEIXEIRA



COAUTORES

Ana Paula Neves Siqueira do Nascimento

André Xavier de Lira Neto

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber

Andréa Kaline Arcoverde de Moura

Anderson Ayres Bello de Albuquerque

Deyvison Cavalcante Beltrão

Eriberto Cordeiro Amaral

Everton Gleisson Albuquerque da Silva

Gisele de Araújo Costa

João Claudio Carneiro de Carvalho

Marcelo Lopes dos Santos

Maria Carmen Araújo de Castro Chaves

Paula Rocha Wanderley

Pedro Ferreira do Monte

Pedro Henrique de Oliveira Ferreira

Polyana Wessen Menezes Chaves

Vital José Moreira Neto

Wagner de Lima Cordeiro

Willams Luiz de Oliveira Silva

ORGANIZADORES

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach
Rauber

Eriberto Cordeiro Amaral
João Claudio Carneiro de Carvalho

TEMAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO:
UMA ABORDAGEM TEÓRICA E PRÁTICA

ENSAIOS EM HOMENAGEM AO
PROF. DR. SÉRGIO TORRES TEIXEIRA



Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Eriberto Cordeiro Amaral
João Claudio Carneiro de Carvalho
(Organizadores)

TEMAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO:
UMA ABORDAGEM TEÓRICA E PRÁTICA

ENSAIOS EM HOMENAGEM AO
PROF. DR. SÉRGIO TORRES TEIXEIRA

1.^a edição

MATO GROSSO DO SUL
EDITORIA INOVAR
2022

Copyright © dos autores e das autoras.

Todos os direitos garantidos. Este é um livro publicado em acesso aberto, que permite uso, distribuição e reprodução em qualquer meio, sem restrições desde que sem fins comerciais e que o trabalho original seja corretamente citado. Este trabalho está licenciado com uma Licença Creative Commons Internacional (CC BY- NC 4.0).



Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber; Eriberto Cordeiro Amaral; João Claudio Carneiro de Carvalho. Temas do Direito Contemporâneo: uma abordagem teórica e prática. Ensaios em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira. Campo Grande: Editora Inovar, 2022. 356p.

PDF

Vários autores.

ISBN: 978-65-5388-032-0

DOI: doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0

1. Direito. 2. Leis. 3. Temas contemporâneos. 4. Pesquisa científica. I. Autores.

CDD – 340

Editora Chefe: Liliane Pereira de Souza

Diagramação: Vanessa Lara D Alessia Conegero

Capa: Juliana Pinheiro de Souza

Revisão: O autor.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Aleksande de Oliveira Franco

Profa. Dra. Aldenora Maria Ximenes Rodrigues

Profa. Dra. Care Cristiane Hammes

Profa. Dra. Dayse Marinho Martins

Profa. Dra. Débora Luana Ribeiro Pessoa

Profa. Dra. Franchys Marizethe Nascimento Santana

Profa. Dra. Geyanna Dolores Lopes Nunes

Prof. Dr. Guilherme Antonio Lopes de Oliveira

Prof. Dr. João Vitor Teodoro

Profa. Dra. Juliani Borchardt da Silva

Profa. Dra. Jucimara Silva Rojas

Profa. Dra. Lina Raquel Santos Araujo

Prof. Dr. Marcus Vinicius Peralva Santos

Profa. Dra. Maria Cristina Neves de Azevedo

Profa. Dra. Nayára Bezerra Carvalho

Profa. Dra. Ordália Alves de Almeida

Profa. Dra. Otília Maria Alves da Nóbrega Alberto Dantas

Profa. Dra. Roberta Oliveira Lima

Profa. Dra. Rúbia Kátia Azevedo Montenegro

Editora Inovar

Campo Grande – MS – Brasil

Telefone: +55 (67) 98216-7300

www.editorainovar.com.br

atendimento@editorainovar.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores se responsabilizam publicamente pelo conteúdo desta obra, garantindo que o mesmo é de autoria própria, assumindo integral responsabilidade diante de terceiros, quer de natureza moral ou patrimonial, em razão de seu conteúdo, declarando que o trabalho é original, livre de plágio acadêmico e que não infringe quaisquer direitos de propriedade intelectual de terceiros. Os autores declararam não haver qualquer interesse comercial ou irregularidade que comprometa a integridade desta obra.

ORGANIZADORES

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Eriberto Cordeiro Amaral
João Claudio Carneiro de Carvalho

COAUTORES

Ana Paula Neves Siqueira do Nascimento
André Xavier de Lira Neto
Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Andréa Kaline Arcoverde de Moura
Anderson Ayres Bello de Albuquerque
Deyvison Cavalcante Beltrão
Eriberto Cordeiro Amaral
Éverton Gleisson Albuquerque da Silva
Gisele de Araújo Costa
João Claudio Carneiro de Carvalho
Marcelo Lopes dos Santos
Maria Carmen Araújo de Castro Chaves
Paula Rocha Wanderley
Pedro Ferreira do Monte
Pedro Henrique de Oliveira Ferreira
Polyana Wessen Menezes Chaves
Vital José Moreira Neto
Wagner de Lima Cordeiro
Willams Luiz de Oliveira Silva

APRESENTAÇÃO DOS ORGANIZADORES E COAUTORES

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber

Mestra em Gestão Empresarial pela Faculdade Boa Viagem (FBV/ PE) e em Ciências da Educação pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias de Portugal (ULHT/ PT); Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Integrada do Recife (FIR) e em Ciências da Educação pela Faculdade de Teologia Integrada (FATIN); Graduada em Direito pela Sociedade Pernambucana em Cultura e Ensino (SOPECE) e em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Professora de Direito Civil, Prática Jurídica Cível e Ética Profissional no Centro Universitário Tiradentes (UNIT/ PE) e na Faculdade de Ciências Humanas ESUDA. E-mail: andreaborbadasilveira@gmail.com

Eriberto Cordeiro Amaral

Mestre em Inovação e Desenvolvimento pela Laureate International Universities – UNIFG, Pós-Graduado em Direito Público Material (com ênfase em Direito Tributário) pela Universidade Gama Filho e Especialista em Penal e Processual Penal pela Faculdade Maurício de Nassau e Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Graduado em Direito pela SOPECE, Professor de Direito Tributário e Direito Penal na Universidade Tiradentes – UNIT-PE, Professor de Pós Graduação da Uninassau/ESA e do IMN (Instituto dos Magistrados do Nordeste), Assessor de Magistrado no TJPE. E-mail: eribertocordeiro2039@gmail.com

João Claudio Carneiro de Carvalho

Doutor e Mestre em Teoria do Direito, linha de pesquisa em Retórica Judicial (UFPE), Especialista em Comércio Exterior (UFRPE) e em Direito Público e Relações Sociais (UFPE), Professor Adjunto I (DDPU/ UFPB) em Direito Tributário. Advogado nas áreas de Direito Tributário e de Direito Educacional. Sócio da Carvalho & Andrade —Sociedade de Advogados. E-mail joao.claudio@carvalhoeandrade.adv.br.

Apresentação do homenageado

Sergio Torres Teixeira é magistrado desde 1991, atualmente atuando como desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Pernambuco). Possui graduação em direito (1990) e pós-graduação (especialização) em Direito Público (1992) e em Direito do Trabalho (1993) pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Concluiu o seu mestrado em direito (1997) e doutorado em direito (2004) pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Atualmente é Professor Associado IV da Faculdade de Direito do Recife/UFPE e Professor Adjunto IV da UNICAP, lecionando nos cursos de graduação, pós-graduação lato sensu, mestrado e doutorado. É professor, coordenador científico e Diretor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho - ESMATRA e professor/instrutor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), da Escola Judicial do TJPE (ESMAPE), da Escola Judicial do TRT6 e de Escolas Judiciais de outros dezoito TRTs. Ocupa a cadeira n 33 da Academia Nacional de Direito do Trabalho, a cadeira n 16 da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas e a cadeira n 02 da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho, sendo igualmente membro do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho, da Associação Brasileira de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. É pesquisador-líder do Grupo de Pesquisa LOGOS e atualmente desenvolve pesquisas em vários campos do direito, especialmente no âmbito do processo civil e do direito e processo do trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: dimensões de acesso à justiça, meios adequados de solução de conflitos, cooperação processual, transparência processual, garantias constitucionais do processo, efetividade do processo, tutela provisória, técnica da sentença judicial, julgamento de causas repetitivas, sistema brasileiro de precedentes judiciais (*Stare Decisis Brasiliensis*), Justiça do Trabalho, hermenêutica processual, tutela reintegratória, inovações tecnológicas e seus impactos nas relações de trabalho, discriminação laboral e assédio moral.

Apresentação dos demais coautores

Ana Paula Neves Siqueira do Nascimento: Graduada em Direito pela UNIT – Universidade Tiradentes; Advogada. E-mail: anapaulaneves.adv@gmail.com.

Anderson Ayres Bello de Albuquerque: Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes; Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela ESA/Nacional; Advogado. E-mail: andersonayres@hotmail.com

André Xavier de Lira Neto: Bacharel em Direito (UNIFG), Especialista em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas (UNIFG) e em Docência do Ensino Superior (FMU), Mestrando em Ciências Criminológico-Forenses (UCES - Buenos Aires), Servidor Público da Prefeitura do Recife. Instrutor pela Escola de Governo da Prefeitura do Recife. E-mail: andre.xavier@ufpe.br

Andréa Kaline Arcoverde de Moura: Graduada em Direito do Centro Universitário Tiradentes em Pernambuco (UNIT-PE). E-mail: andre-a8up@hotmail.com

Deyvison Cavalcante Beltrão: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes em Pernambuco (UNIT/PE). E-mail: cavalcante-beltrao@gmail.com.

Éverton Gleisson Albuquerque da Silva: Advogado. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Coautor do livro “Temas Atuais em Direito Penal: Ensaios em homenagem a Roque de Brito Alves”.

Gisele de Araújo Costa: Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT/PE. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela FALEG/São Paulo. Especialista em Direito Público FALEG/São Paulo. Aprovada em 1.º lugar no mestrado em Direitos Humanos da UFPE. Palestrante. Instrutora da Escola de

Governo da Prefeitura do Recife. Atualmente, junto ao Centro de Referência Clarice Lispector, presta apoio em assuntos de natureza jurídica e legislativa, em especial no que se refere ao enfrentamento da violência de gênero e sexista contra mulheres. Email: gisele_gy@msn.com.

Marcelo Lopes dos Santos: Graduado em Direito na Universidade Tiradentes – UNIT-PE; Graduado em Administração Pública – Faculdade de Ciência da Administração de Pernambuco – FCAP-UPE; Professor Temporário da Academia Integrada de Defesa Social de Pernambuco; Servidor Público do Estado de Pernambuco; Aprovado no XXXIV Exame de Ordem Unificado; E-mail: marcelo_lopes87@hotmail.com

Maria Carmem Araújo de Castro Chaves: Doutora e mestre em ciência política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: mariacarmen.chaves@gmail.com

Paula Rocha Wanderley: Advogada e professora universitária. Graduada em Direito pela Asces, mestre em Economia pela UFPE, Doutora em Direito pela Unicap, Doutora em Desenvolvimento Urbano pela UFPE, Especialista em Ciências Criminais pela Asces, especialista em Processo Penal pela UFPE. Advogada especializada na área criminal e professora dos cursos de Direito da UPE - Universidade de Pernambuco e da Asces - Centro Universitário Tabosa de Almeida. Membro da Academia Caruaruense de Letra Jurídicas. Vice-presidente do Conselho Regional da Comunidade. Vice coordenadora do GEA (Grupo de Estudos Avançados) – IBCCrim.

Pedro Ferreira do Monte: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes de Pernambuco (UNIT/PE); Advogado; Assessor Especial da Presidência no Conselho Regional dos Representantes Comerciais no Estado de Pernambuco (Core-PE). E-mail: pedro.monte.f@gmail.com.

Pedro Henrique de Oliveira Ferreira: Bacharel em Curso de Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/PE). Pós-graduando

em Direito e Mercado Imobiliário pelo Instituto Luiz Mário Moutinho (ILMM). E-mail: pedrooferreira.adv@gmail.com.

Polyana Wessen Menezes Chaves: Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes em Pernambuco (UNIT/PE). Graduada em Comunicação Social/Jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). E-mail: pwessen@gmail.com

Vital José Moreira Neto: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes em Pernambuco (UNIT/PE). Advogado. E-mail: vitalmoreira@21gmail.com

Wagner de Lima Cordeiro: Mestrando em gestão e economia da saúde pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito do Trabalho e Direito Público pela FAVENI, Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes –PE, Atualmente chefia a Divisão de Logística e Infraestrutura Física do Hospital das Clínicas de Pernambuco Junto à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), E-mail: Wagnerdelc@hotmail.com

Willams Luiz de Oliveira Silva: Graduado em Direito pela UNIT - Universidade Tiradentes; Graduado em Administração com formação em Logística pela UNINOVE - Universidade Nove de Julho; Analista administrativo SUAS - Serviço Único de Assistência Social; E-mail: willamswlos@gmail.com

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	16
PRÁTICA DE PESQUISA E PRODUÇÃO TEXTUAL: DA ESTRUTURAÇÃO DAS IDEIAS À DEFESA DO TRABALHO EM DIREITO TRIBUTÁRIO	
<i>João Claudio Carneiro de Carvalho</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_001</u>	
CAPÍTULO 2	41
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: AS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	
<i>Anderson Ayres Bello de Albuquerque</i>	
<i>Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber</i>	
<i>Eriberto Cordeiro Amaral</i>	
<i>João Claudio Carneiro de Carvalho</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_002</u>	
CAPÍTULO 3	57
RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DANO MATERIAL E REPETIÇÃO DE INDÉBITO: UM ESTUDO DAS DECISÕES DO TJPE NO ANO DE 2019 SOBRE CONTRATOS BANCÁRIOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO	
<i>Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber</i>	
<i>Deyvison Cavalcante Beltrão</i>	
<i>Eriberto Cordeiro Amaral</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_003</u>	
CAPÍTULO 4	80
PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA ESTATAL NO CENÁRIO PANDêmICO (COVID-19): ESTUDO DA INAPLICABILIDADE DE TAL PRINCÍPIO, COM BASE NAS DECISÕES JUDICIAIS, CONFORME INFORMATIVO DE NÚMERO 26 DA OUVIDORIA GERAL DO TJPE	
<i>Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber</i>	
<i>Eriberto Cordeiro Amaral</i>	
<i>Vital José Moreira Neto</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_004</u>	

CAPÍTULO 5	112
DISPUTA ENTRE O FISCO E O CONTRIBUINTE: UMA ABORDAGEM	
SOBRE O ICMS E SEU CRÉDITO EMBUTIDO NO PIS/COFINS	
<i>Ana Paula Neves Siqueira do Nascimento</i>	
<i>Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber</i>	
<i>Eriberto Cordeiro Amaral</i>	
<i>Willams Luiz de Oliveira Silva</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_005</u>	
CAPÍTULO 6	129
DEFORMIDADE DO MAXILAR E MANDÍBULA: TRATAMENTO ESTÉTICO OU FUNCIONAL?	
<i>Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber</i>	
<i>André Xavier de Lira Neto</i>	
<i>Eriberto Cordeiro Amaral</i>	
<i>Gisele de Araújo Costa</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_006</u>	
CAPÍTULO 7	141
A PERSPECTIVA DA HODIERRA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA DE JUSTIÇA CONSENSUAL	
<i>Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber</i>	
<i>Eriberto Cordeiro Amaral</i>	
<i>Polyana Wessen Menezes Chaves</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_007</u>	
CAPÍTULO 8	163
A GARANTIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA: ANÁLISE DA CONCRETIZAÇÃO DO INSTITUTO E OS RISCOS DA SUA EFETIVA APLICAÇÃO	
<i>Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber</i>	
<i>Eriberto Cordeiro Amaral</i>	
<i>Marcelo Lopes dos Santos</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_008</u>	

CAPÍTULO 9 197

IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS (IGF): UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS PROJETOS DE LEI COMPLEMENTAR N°193/2020 E N°50/2020 COMO FORMA DE ARRECADAR RECURSOS PARA PROMOÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE RENDA E DA PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber

Andréa Kaline Arcoverde de Moura

Eriberto Cordeiro Amaral

João Claudio Carneiro de Carvalho

doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_009

CAPÍTULO 10 224

O CONSENTIMENTO ESPECÍFICO DA LGPD APLICÁVEL À POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP: UMA ANÁLISE SOBRE A RATIFICAÇÃO E A PRESUNÇÃO DO CONSENTIMENTO NA ATUALIZAÇÃO CONTRATUAL

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber

Eriberto Cordeiro Amaral

Pedro Ferreira do Monte

doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_010

CAPÍTULO 11 255

A UNICIDADE SINDICAL BRASILEIRA E SUA DISSONÂNCIA COM OS PRECEITOS DOS DIREITOS HUMANOS: CONTEXTO HISTÓRICO E JURÍDICO

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber

Eriberto Cordeiro Amaral

Maria Carmen Araújo de Castro Chaves

Wagner de Lima Cordeiro

doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_011

CAPÍTULO 12	275
AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PELA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UM ESTUDO DE CASO DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO NO MUNICÍPIO DE JABOTÃO DOS GUARARAPES-PE	
<i>Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber</i>	
<i>Eriberto Cordeiro Amaral</i>	
<i>Pedro Henrique de Oliveira Ferreira</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_012</u>	
CAPÍTULO 13	308
NUANCES DA LEI 13.964/19 QUE INTRODUZIU O JUIZ(O) DAS GARANTIAS: UMA ANÁLISE DO SEU IMPACTO NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA	
<i>Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber</i>	
<i>Eriberto Cordeiro Amaral</i>	
<i>Éverton Gleisson Albuquerque da Silva</i>	
<i>Paula Rocha Wanderley</i>	
<u>doi.org/10.36926/editorainovar-978-65-5388-032-0_013</u>	
ÍNDICE REMISSIVO	355

CAPÍTULO 1

PRÁTICA DE PESQUISA E PRODUÇÃO TEXTUAL: DA ESTRUTURAÇÃO DAS IDEIAS À DEFESA DO TRABALHO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

João Claudio Carneiro de Carvalho

1. Introdução: a importância da pesquisa jurídica.

O presente ensaio não possui grandes aspirações filosóficas e, desde o início, é necessário deixar os propósitos deste texto claros: aqui, não se problematizará a necessidade ou a desnecessidade de se fazer pesquisas jurídicas, nem serão debatidos métodos, metodologias ou metódicas, seus múltiplos enfoques, sequer as possibilidades de criação de agendas de análise, a utilidade ou não de se construir *corpus* de pesquisa. Definitivamente **não são** esses os objetivos deste trabalho. Após anos experimentando a função de orientador de trabalho de curso especialmente em direito tributário, orientador de monitorias e de grupos de pesquisas no curso de direito, e sob o prisma de um método que se anuncia “observacional”, este texto carrega o propósito de ajudar iniciantes a desenvolverem uma pesquisa jurídica de qualidade.

Este artigo não deve ser lido de modo a conduzir para soluções de problemas jurídicos intrincados, sobre os quais a filosofia e o direito ainda discutem; debates sobre as relações entre direito e moral, os conflitos de jusnaturalistas contra juspositivas, proceduralistas versus normativistas que tanto influenciam na concepção acerca do termo “direito” e, consequentemente, na maneira de se experimentar o direito, seja ele fenômeno – ou não – da sociedade, não serão tratados diretamente. Entretanto, o objetivo deste artigo é nobre: auxiliar iniciantes a se inserirem na reservada arena dos debates jurídicos; espaço monopolizado por poucos questionamentos para assuntos hiper-complexos. Para isso, uma metodologia bastante humilde: a apresentação das ideias através de um texto injuntivo, repleto de exemplos

colecionados durante mais de 18 anos de contato frequente com estudantes, mais de duas centenas de orientações e muita vontade de abrigar pesquisadores iniciantes contra escolhas que possam complicar o percurso acadêmico. Como a maioria dos trabalhos orientados foram na área de direito público (direito tributário), os exemplos mencionados se encontram associados a essa temática. Contudo, sem nenhuma pretensão de verdade, o trabalho se lança com a mesma proposta de “orientação” para outras áreas jurídicas.

Nos exemplos, não serão mencionadas as fontes: isso poderia gerar desconfortos desnecessários. Este artigo não é uma crítica aos trabalhos pretensamente científicos (aliás, talvez nem caiba a expressão “científico” em ensaios jurídicos, mas isso levaria a outra discussão que não será tratada aqui). Pretende-se apenas ligar dois pontos: a vontade/necessidade de pesquisar e a pesquisa jurídica de qualidade, sem que para uni-los seja imprescindível mais que uma reta.

Não se pesquisa no direito apenas pela vontade, mas pela necessidade de responder inquietações ou para cumprir importantes etapas da vida acadêmica e, em qualquer uma dessas circunstâncias, manter uma pesquisa de qualidade é um desejo de quem se prontifique a construir um trabalho jurídico. O artigo não deve ser lido por aqueles que não enxergam o compromisso acadêmico como um fardo pessoal. Facilitar um caminho é muito diferente de se desviar do caminho. Plágios ou trabalhos encomendados não guardam qualquer relação com as pretensões deste ensaio. O texto é útil para aqueles que cultuam o espírito inquieto, inclusive para advogados que desejam fazer levantamento a respeito de temas para embasar seus arrazoados jurídicos. Para tanto, as anotações nas notas de rodapé fundamentam as ideias defendidas e devem ser consultadas como leituras de aprofundamento em relação aos aspectos particulares deste texto, importantes quando o interesse pela pesquisa precisa ser aprofundado.¹

Ao lado deste texto, coloco à disposição do leitor ferramentas que exercitarão cada uma das etapas. As ferramentas se encontrarão disponíveis e sofrerão atualizações na medida em que a experiência de colecionar informações dos leitores interessados for acontecendo.

1 “Noi ci occuperemo invece dei casi in cui si presume l'esistenza di un candidato mosso da qualche interesse e di un docente disposto a interpretar le sue esigenze” (ECO, Umberto. **Come si fa una tesi di laurea**. Milano: Tascabili Bombiani Edizione, 2010, p. 17).

Remeterei os leitores para textos paralelos, nos quais serão aprofundados temas que entender pertinentes.

A trilha a ser seguida se inicia com a vontade ou com a necessidade de pesquisar no direito. Se há qualquer uma dessas pretensões, o convite ao texto se encontra lançado. E para esses leitores, um pedido inicial: paciência e persistência. Confiar nas etapas é fundamental para que o caminho sugerido alcance o fim desejado. Ainda que alguma etapa pareça desnecessária, cumpri-la faz parte da trilha.

A trilha será conduzida com a maioria dos exemplos no direito tributário, mas “exemplos” são apenas “exemplos”, “paradigmas” que cumprem o papel de inspiração. Outros exemplos poderiam ser apresentados e cada um dos leitores ficará livre para pensar sobre outros paradigmas. Com esforço, outros exemplos em áreas correlatas serão timidamente colocados.

A pesquisa jurídica se inicia antes da expressão textual dela; todo texto nasce com uma ideia, a qual deve ser estruturada, escrita e somente depois apresentada. Ninguém pesquisa, nem deve pesquisar, pelo acaso de um belo tema; os interesses por temas são reflexos de “experiências de vida”, e da “maneira como se enxerga o mundo, as coisas, as pessoas, as relações”.² A escolha encontra porquês na experiência, mas também nas crenças e nos valores pessoais, no perfil comportamental, nas habilidades, na pré-disposição para decisões (extroversão/introversão). Essas questões são fundamentais, mas não serão tratadas aqui.³

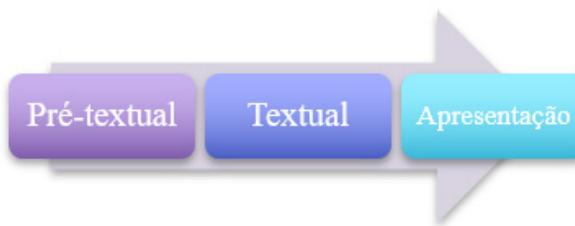
Para retóricos, primeiro se deve “achar o que dizer” (invenção), depois estruturar o texto (disposição), para em seguida ornamentá-lo (elocução) e somente então, apresentá-lo (ação)⁴. Essa é a ordem. A construção do texto é uma etapa relevante, mas não se pode simplesmente escrever sem antes lapidar a ideia-da-pesquisa, sob pena de

2 BLUMENBERG, Hans. *Las realidades en que vivimos*. Tradução de Valerio Bozal. Barcelona: Novagràfik, 1999, p. 144.

3 Em outro artigo serão apresentados argumentos que defendem os motivadores pessoais para a ação humana intersubjetiva, para as escolhas e as decisões. Decidir sobre um tema é apenas uma parte entre várias decisões que os seres humanos tomam constantemente. Pensar como se escolhe ou se decide é uma atitude reflexiva que exige uma “autoperícia” (SPRANGER, Eduard. *Tipos de pessoas*. Tradução de Renata Fernandes Galhanone. São Paulo: Sucess for you Editora, 2016).

4 ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1998, p. 31-32.

o texto não guardar elementos mínimos de coesão e de coerência. A propósito, seja como professor, seja como advogado, é estratégico estruturar as ideias antes de escrevê-las e depois apresentá-las. Assim, pode-se falar em uma fase pré-textual, outra fase textual e a fase pós-textual. Elas se associam, e a segunda é uma consequência da primeira; a terceira, uma consequência da segunda.



Este texto se encontra estruturado em cinco tópicos, a partir de três momentos: **momento pré-textual**, no qual se insere a definição do tema, do problema de pesquisa e a estruturação das ideias; o **momento textual**, constituído da introdução, do desenvolvimento do trabalho e das conclusões da pesquisa, e o **momento pós-textual** que guarda relação com a apresentação. Aqui, será detalhada a introdução, composta por justificativa da pesquisa, problemática, os objetos, escolhas metodológicas e o resumo dos conteúdos enquanto elementos estratégicos para a pesquisa jurídica de qualidade. O momento pós-textual carecerá de mais detalhamentos, envolve a oratória e a métrica dos gestos. Apesar de importante, a linguagem não-verbal precisará de um melhor aprimoramento, aprofundamento que pretendo fazer em outro artigo.

2. Tema e problema de pesquisa: da fase pré-textual à estruturação das ideias.

“Conhece-te a ti mesmo e conhecerá o universo e os deuses”
— Sócrates

Antes de iniciar a redação de uma pesquisa, o pesquisador precisa fixar algumas predefinições. Elas são decisivas para a trilha a

ser seguida, mas isso não consiste em produção textual propriamente dita. Não se pode iniciar um caminho antes de definir como esse percurso será feito, que tipos de paradas serão necessárias e que veículo será utilizado. Essas “predefinições” dizem respeito ao que se vai pesquisar e, para isso, é necessário responder algumas questões, fazer anotações pessoais, refletir, traçar estratégias de abordagem acerca do tema, validar algumas informações para ter a certeza de que está no caminho certo; refazer esse percurso exaustivamente e daí sim iniciar a produção textual. Sem obedecer a essa fase “pré-textual”, ignorando-a, o pesquisador se arrisca a cometer o maior e, ao mesmo tempo em que, o mais comum dos erros: não perceber que está diante de um falso problema.

As anotações prévias precisam refletir decisões, opções que o pesquisador deve se concentrar. As primeiras três decisões são as seguintes:

A primeira decisão a ser tomada é definir a área de sua pesquisa jurídica: será em direito público ou em direito privado? Não que essa divisão possua validade universal, mas inegavelmente guarda relevância didática. O pesquisador deve se questionar se deseja pesquisar uma relação jurídica envolvendo pessoas privadas (naturais ou jurídicas) em que o Estado não esteja presente, ou se estiver presente não se apresenta com *imperium*. Ocorre diferente nas relações públicas, nas quais o Estado se encontra presente reivindicando a qualidade de *ius imperium*, com os benefícios trazidos pela legislação e as responsabilidades legais. Não cabe perguntar ao professor orientador em qual área a pesquisa deve ser executada. A escolha é pessoal e estratégica, como ocorre com todas as demais e não pode ser terceirizada. Haverá desdobramentos dessa decisão, ocorrerão consequências cuja responsabilidade é única e exclusivamente de quem tem que tomar essa decisão. A pesquisa em teoria do direito ou em filosofia do direito requer mais maturidade acadêmica, além de exigir a habilidade de pensar em abstrato. De um modo geral, as pesquisas exercitam essa capacidade, mas em filosofia jurídica e em teoria geral do direito essa talvez seja a principal habilidade. Caso a escolha seja por esse tipo de pesquisa, o estudante deve se esforçar para deixar claro a relação jurídica, o instituto ou o conceito que está sendo problematiza-

do. Ainda que se pesquise a respeito de problemas conceituais (pesquisa teórica), não se pode afastar a teoria da prática. A teoria precisa ser confirmada pela prática; deve-se afastar da máxima comum de que “uma coisa é a teoria, outra coisa é a prática”. Esse aforisma sim deve ser vencido e os juristas precisam confirmar suas teses com exemplos, e não apenas com “teses de teses”, opiniões de gosto sem valor empírico algum.

Uma vez definida a área, a segunda decisão é escolher um tema. É normal nesse momento se pensar em assuntos gerais, de conformação abstrata, como se desejasse resolver os problemas de uma só vez. O ímpeto e a falta de experiência culminam com explicações imensas e problemas abrangentes. Estudar o “ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços” é tão impetuoso quanto tratar dos “Impostos Estaduais”; tratar da “Imposto de Renda” é tão impreciso quanto pesquisar a respeito dos “benefícios fiscais”. Os primeiros temas parecem mais focados que os segundos, mas isso é uma sensação. Tudo dependerá do recorte a ser empregado pela redução temática.⁵

Depois da escolha inicial acerca de um tema, o pesquisador precisa submetê-lo a um “teste de validação” e a um “funil de ideias”. A validação consiste em questionar frequentemente se o tema reúne as qualidades de juridicidade, de relevância e de exequibilidade.

O tema escolhido precisa ser jurídico porque a pesquisa possui essa natureza. Esse ponto é difícil, pois exige uma diferenciação do direito que os juristas não estão acostumados. Diferenciar o direito da moral, da ética, da política ou da sociologia não é simples. Provavelmente um tema jurídico escolhido possui repercussões na religião, na ética, na moral, na filosofia, na sociologia ou na política. Por isso, o pesquisador deve reunir ao menos dois argumentos capazes de justificar sua escolha temática: um critério subjetivo e outro critério objetivo. A pesquisa precisa interessar à comunidade jurídica (teóricos ou praticantes do direito, estudantes, professores, advogados, magistrados, delegados, promotores). Não que apenas juristas se interessem pelo direito, posto que outros pesquisadores também podem se interessar

⁵ ADEODATO, João Maurício. Bases para metodologia da pesquisa em direito. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Disponível em [<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/661>], 1998, p. 173-174.

pelas relações advindas do direito.⁶ Contudo, a pesquisa jurídica não pode interessar apenas aos não juristas ou interessar pouco aos juristas. A pesquisa pode interessar a outras pessoas, mas precisa interessar aos atores da comunidade jurídica (critério subjetivo). Além desse critério, a pesquisa precisa contemplar um critério objetivo: o objeto pesquisado podem ser leis, precedentes, normas, atos infralegais, decisões judiciais, conceitos ou definições gerais a respeito de institutos ou instituições jurídicas, teorias e argumentos não jurídicos, mas que sejam aplicados às relações jurídicas. No critério objetivo, o objeto de pesquisa precisa se refletir em relações jurídicas.

A pesquisa precisa ser relevante: a relevância é uma construção textual costurada por meio de argumentos. Aqui não se trata das estratégias textuais utilizadas para chamar atenção sobre o tema escolhido, mas os argumentos pensados pelo pesquisador a respeito da importância do trabalho. Trata-se de um momento introspectivo em que o pesquisador deve **questionar-se** a respeito da importância que **[ele]** enxerga para a escolha temática. A pergunta a ser respondida é a seguinte: por que outras pessoas se interessariam por saber a respeito desse tema? Quais as dores/dúvidas/inquietações que o leitor possui? O texto procurará debater (talvez resolver) essas dores/dúvidas/inquietações. Quanto mais específicas sejam as respostas, mais claro o tema estará, e poderá ser iniciada a fase de levantamento de dados, seguida pelas fases de análise e de produção textual.

A exequibilidade da pesquisa é o terceiro elemento do “teste de validação”. Não se faz uma pesquisa sobre algo que não se tem a mínima probabilidade de resposta. O pesquisador pode não possuir a resposta naquele momento inicial e nem deve ter (se tiver, a pesquisa se confunde com crítica social), mas deve antever a probabilidade da resposta. Não é obrigado aqui que já exista uma tese, mas é necessário que existam hipóteses (*hipo* = fracas, *tesys* = teses), ou seja, é fundamental que o pesquisador enxergue as teses fracas: fracas porque ainda não foram analisadas ou testadas. Antever possibilidades de respostas para a pesquisa não vincula a resposta apresentada pela pesquisa; a pesquisa pode não trazer nenhuma resposta entre aquelas admitidas,

⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e proceduralista da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1997.

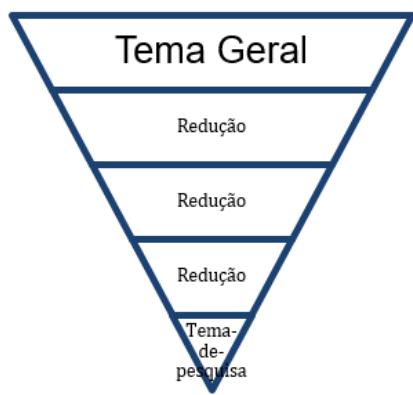
mas não se faz pesquisa sem saber quais prováveis respostas seriam admitidas, ou se elas existem. Quando pesquisadores querem saber quais efeitos um determinado medicamento possui no tratamento de uma doença, alguns desses efeitos são admitidos e o uso da droga na fase de teste poderá apresentar um daqueles efeitos, mas pode apresentar outro ou nenhum efeito. Cabe ao pesquisador do direito elencar prováveis respostas, mesmo ciente de que outras podem surgir. Não cabe pesquisar para responder aquilo que já se possui resposta, testada e validada, a menos que se deseje desconstruí-la. Perguntar quantas pessoas se encontram legitimadas pelo artigo 103 da Constituição Federal de 1988 para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade atrai para uma resposta óbvia, pois o dispositivo aponta o número exato. O pesquisador será considerado mais preparado quanto mais

próxima a resposta final estiver daquelas hipóteses iniciais.

Depois desse exercício importante e introspectivo, o pesquisador estará pronto para submeter seu tema ao “funil de ideias”. O tema se encontra no início do funil, mas o **tema-de-pesquisa** é o produto do funil de ideias, ou seja, ele é construído depois de enfrentar todas as etapas existentes. O tema-de-pesquisa

(tema agora lapidado) estará pronto para ser pesquisado. As etapas desse “funil” não obedecem a uma ordem ou a qualquer hierarquia. Elas apenas requerem obediência. A redução pode ser: a) doxográfica, b) geográfica, c) temporal, d) subtemática ou por e) interesse específico. Não precisa obedecer a uma dessas reduções, o tema-de-pesquisa pode advir da obediência a duas, três ou até às quatro etapas. Sobre o tema “ICMS”, as reduções poderiam conduzir para as seguintes considerações:

- a) “ICMS no doutrina de Hugo de Brito Machado” ou de “Paulo de Barros Carvalho” (redução doxográfica)
- b) “ICMS no estado de Pernambuco ou da Paraíba” (redução geográfica).



- c) o “ICMS no ano de 2018” ou o “ICMS nos anos de 2015-2019” (reduções temporais).
- d) o “ICMS e o regime de substituição tributária” (redução subtemática).
- e) ICMS para empresas de comércio eletrônico (redução por interesse específico).

Na redução **doxográfica**, o tema sofre uma diminuição em função de um determinado autor, instituição ou escola de pensamento (“O abolicionismo no pensamento de Joaquim Nabuco”). Uma coisa é estudar os “efeitos jurídicos do abolicionismo” e outra, mais precisa, é estudar “os efeitos jurídicos do abolicionismo a partir do pensamento de Joaquim Nabuco”. A mesma coisa com o ICMS e o pensamento de Hugo de Brito Machado, de Paulo de Barros Carvalho ou de Sacha Calmon. Não se estará estudando mais o Imposto sobre Circulação, mas ele reduzido ao pensamento de um ou mais desses autores, ou grupo de autores mencionados.

A redução **geográfica** permite uma diminuição no tema a partir de determinado local. Uma coisa é pesquisar o ICMS; outra é estudar seus efeitos no Estado de Pernambuco. Tratar de “ações de despejo” não é a mesma coisa que analisar as decisões judiciais proferidas nas “ações de despejo na Comarca de João Pessoa (PB)”; “pesquisar sobre o ISSQN em Salvador (BA)” é mais preciso que estudar as relações tributárias advindas do Imposto sobre Serviço sem identificar determinado local. Por meio da redução geográfica se associa um local ao tema, com a finalidade de encontrar uma interação redutora e estratégica.

A redução **temporal** é bastante semelhante à geográfica; na temporal, o limite é a unidade de tempo escolhida (século, ano, meses, dias). A precisão temporal culmina com o desprezo para os outros períodos. Por exemplo, “ICMS no ano de 2018” é mais preciso que “ICMS entre 2015-2019”, embora ambos temas sejam possíveis e se encontram sob o efeito de uma redução temporal; estudar os projetos de leis que buscam a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas na última década é uma tema que ostenta a redução temporal (“última década”).

A redução **subtemática** exige mais experiência e cuidado. A redução subtemática é um aspecto, dentre vários possíveis, do tema principal. Não é estratégico escolher outro tema tão geral como o tema central para fazer a redução, embora seja possível. Vejam-se os seguintes exemplos:

Ex-1: As inconstitucionalidades (tema 1) do ICMS (tema 2)

Ex-2: A substituição tributária (tema 3) no ICMS (tema 2).

O tema 1 é tão geral e vasto como o tema 2; isso não ocorre com o tema 3 que é menor que o tema 3. A redução subtemática pode sugerir uma redução que não é verdadeira. Alguém que leia o Ex-1 pode pensar que esteja tratando de um tema mais recortado que efetivamente ele seja. Isso porque a redução subtemática pode fornecer uma sensação de diminuição em função da interseção estabelecida entre os temas-chave. Mas, “inconstitucionalidade” e “ICMS” são temas amplos, vagos e indefinidos se pensados isoladamente. A junção desses temas diminui o foco do assunto, ou simplesmente sugere uma redução inapropriada ou falsa. Isso não quer dizer que a pesquisa não possa ser realizada, mas quer dizer que exigirá do pesquisador mais fôlego e experiência, fazendo com que assuma muito mais riscos. No Ex-2, o recorte é melhor porque “substituição tributária” está dentro de “ICMS”, já que é uma característica do imposto estadual em determinados aspectos. É verdade que essa característica não é um diferencial do ICMS, já que outros tributos também são apurados e recolhidos no regime de ST, mas seguramente não são todos os tributos que gozam dessa característica. Com isso, o tema 2 é mais preciso como recorte subtemático que o tema 1.

Claro que o pesquisador poderá articular mais de um tipo de redução; pesquisar “o mecanismo de Substituição Tributária no ICMS de Pernambuco, no ano de 2018, a partir do conceito de hipótese de incidência de Geraldo de Ataliba” possui os elementos de redução, tornando-o uma tema muito mais preciso. Todavia, a escolha pelo número de reduções e seus arranjos é realizado sob a responsabilidade do pesquisador.

Exemplo: Tema –	Benefícios Fiscais
Subtema -	ICMS
Doxográfica -	Hugo de Brito Machado
Geográfica -	Estado do Rio Grande do Norte
Temporal -	Ano 2019-2021.

Uma pesquisa a respeito dos “Benefícios fiscais do ICMS no Estado do RN (2019-2021)” é exemplo de um tema que sofreu todos os efeitos das reduções, e se encontra mais específica que se a pesquisa dissesse respeito aos “benefícios fiscais” ou sobre o “ICMS” isoladamente, já que essa última abrangeia os benefícios fiscais em qualquer operação em trâmite no Brasil. Com isso, o funil de ideias possui como objetivo desidratar as informações de pesquisa de sorte a deixar o tema mais específico possível, a ponto de ser analisado. Somente depois de cumprir essas etapas (da validação e do funil de ideias) é que a pesquisa poderá ser verdadeiramente iniciada.⁷

Por último, cabe colocar a **redução por área de interesse**. A pesquisa pode ser realizada “para” determinado fim ou “para” determinadas pessoas (níchos de mercado). Quando se pesquisa de maneira direcionada, a expressão **para** conduz a determinado foco de ideias. “A análise das isenções de ISSQN em Recife para Instalação de Empresa de Engenharia” é uma tema que se efetivou mediante levantamentos e pesquisas que interessa a determinadas pessoas ou para determinada comunidade. Esse modo de redução direciona **para** determinada área de interesse, **para** determinado nicho ou subnicho de mercado.

Concluída a fase de validação e procedido o funil de ideias, é momento de colocar o problema de pesquisa. O pesquisador deve se preparar para responder, com sua pesquisa, a uma indagação. Cabe ao estudioso construir estratégicamente o questionamento que os levantamentos e as análises posteriores conseguirão responder. O problema de pesquisa não é necessariamente um problema social. Questionar “os benefícios fiscais atraem empresas?” ou “por que os tributos somente aumentam a carga tributária no Brasil” pode refletir um problema social, mas não um problema de pesquisa porque essas per-

7 Ferramenta de validação e funil de ideias, ver anexo.

guntas foram construídas sob temas que não passaram pelas fases de validação e pelo funil de ideias reportados anteriormente.

A construção de um problema de pesquisa exige que o pesquisador possua conhecimentos básicos a respeito dos “conceitos-chave” do tema, e quanto mais conhecimento, mais o questionamento será facilmente construído; ao contrário, quanto menos conhecimento sobre o tema, mais dificuldades se terá na construção de um problema. Não se pode fazer um questionamento a respeito do pensamento de Ludwig Wittgenstein sem ler as principais obras desse autor para saber que o pensamento do filósofo mudou ao longo de sua trajetória. A pesquisa estará tratando do primeiro ou do segundo Wittgenstein? Seja para tratar de “sistema prisional”, de “ressocialização carcerária”, de “tributos”, de “carga tributária” ou sobre “Wittgenstein”, o pesquisador precisa conhecer previamente os conceitos-base sobre o tema pesquisado. Não se questiona a respeito do sistema tributário das *Startups*, desconhecendo o que é uma *Startup*.

A melhor maneira é fazer uma pergunta específica, fiel ao processo de redução temática tratado anteriormente. Exemplo, “Quais os benefícios tributários foram concedidos pelo Município de Recife para Instituições de Ensino nos últimos cinco anos?” A pesquisa quantitativa demonstrará números a partir dos quais se poderá argumentar a respeito da qualidade do processo de concessão de benefícios fiscais, considerando valores representativos dos anos 2016-2021. “Quanto aumentou a incidência do ICMS-ST no Estado de Pernambuco, considerando os anos de 2015-2020?” é um problema-de-pesquisa que fatalmente ajudará nos argumentos a respeito do aumento ou da diminuição da carga tributária no Estado de Pernambuco.

O pesquisador deve ter cuidado com o **marcador linguístico** contido na pergunta. O marcador linguístico é o termo ou expressão que deve ser respondido; ele conduz toda a pesquisa. No primeiro exemplo do parágrafo anterior, o marcador é o “número de benefícios fiscais”, e no segundo exemplo o marcador são “os valores recolhidos de ICMS em regime de Substituição Tributária (-ST) em Pernambuco”. Em ambos os casos, o marcador é exato, quantitativo e se for de difícil apuração na fase de levantamento, seguramente não trará dificuldades na fase textual da pesquisa. Diferentemente ocorreria se o pro-

blema de pesquisa fosse: “É justo o aumento de ICMS-ST no Estado de Pernambuco nos últimos cinco anos”. O marcador aqui é a **justiça** (fiscal). Como não existe um “justiçômetro”, a pesquisa se revelará provavelmente inexequível. O marcador precisa ser estrategicamente pensado e construído, de sorte a habilitar respostas possíveis.

3. Definindo os objetos de pesquisa: do *corpus* de pesquisa aos levantamentos condutores das análises.

Toda pesquisa precisa definir os objetos-de-pesquisa.

Os objetos-de-pesquisa são os conceitos, as definições, as decisões, as leis, os dispositivos legais, os atos infralegais, os discursos que serão levantados e analisados. Essa também é uma definição prévia escolhida pelo pesquisador. A pesquisa precisa demarcar um objeto determinado ou um conjunto de objetos precisos sobre os quais incidirão levantamentos e análises. O ideal é ter sempre em mente bons argumentos para justificar as escolhas. Em uma pesquisa sobre reforma tributária e o novo Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), o objeto-de-pesquisa pode ser os dispositivos legais que serão revogados ou os novos textos inseridos ou a opinião de um tributarista a respeito de algum desses dispositivos. As possibilidades são múltiplas e as escolhas são preponderantes para a construção de um *corpus* de pesquisa bem delineado. A escolha do pesquisador pode repousar a respeito de decisões judiciais (acórdãos do STF, sentenças da 1ª Vara de Execução Fiscal), sobre “decisões do tribunal administrativo-tributário”, bem como sobre “petições”, “denúncias”, “defesa prévia do crime de injúria”, “exceções de preexecutividade tributária”, “pareceres”, “requerimentos”. Em qualquer uma delas, o objeto-de-pesquisa consistirá em elemento preciso.

Uma definição equilibrada do objeto-de-pesquisa conduzirá o processo de maneira otimizada. O pesquisador deverá levantar o maior número possível de exemplares do objeto, formando um *corpus* de pesquisa. Aqui entra uma lição importante, extraída da estatística: a noção de representatividade. Quantos exemplares do objeto-de-pesquisa são necessários para uma análise representativa? Ao menos 10% (dez por cento) do universo. O ideal é sempre o universo

pesquisado, e para isso as reduções são estratégicas. Analisar as decisões judiciais que extinguiram execuções fiscais na 10ª Vara Federal de Maceió (AL) culminará com a exigência de que, das sentenças extintivas proferidas, ao menos 10% delas devam ser analisadas. Todavia, se houver maior precisão na escolha temática, viabiliza-se estrategicamente o universo de pesquisa. A “análise das decisões judiciais extintivas de execução fiscal na 10ª Vara Federal de Alagoas no ano de 2019, sob o argumento de prescrição intercorrente” é um tema mais reduzido, já que, além de utilizada a redução geográfica (10ª Vara Federal de Alagoas), foram utilizadas as reduções temporal (ano de 2019) e subtemática (argumento da prescrição intercorrente). Quando o pesquisador procede com mais reduções, o universo de pesquisa se torna mais possível, viabilizando uma pesquisa acerca do total dessas decisões.

Caberá ao pesquisador reunir todo o “corpus de pesquisa” diretamente. Não é conveniente analisar algum elemento sem tê-lo no original. Se a análise se repousa sob uma lei, decisão ou parecer é importante ter contato com o teor e com a forma do documento original. Claro que a rede mundial facilita o acesso aos documentos, muitos arquivos se encontram disponibilizados, mas é imperativo se ter a certeza de que o conteúdo é confiável para não assumir o risco de uma análise embasada em um achado duvidoso (*fake*).⁸

É decisão do pesquisador a metodologia de pesquisa. Como será realizada a análise? em última perspectiva, qual caminho será utilizado pelo pesquisador? São muitas as opções, e o pesquisador deve fazer leituras específicas a respeito de diversos métodos. A sociologia do direito de viés teórico ou de viés empírico fornecem variadas opções, a hermenêutica apresenta possibilidades ao lado da filosofia. Aqui, procura-se demonstrar algumas escolhas básicas, certo que quanto mais sofisticada ela for, haverá maior facilidade na análise.

Cumpre ao pesquisador definir se sua pesquisa será **empírica** ou **teórica**. Uma pesquisa empírica trata de “dados reais” ou simplesmente do que se convencionou chamar de “realidade”. A pesqui-

⁸ BAUER, Martin W; AARTS, Bas. “A construção do corpus: um princípio para coleta de dados qualitativos” In: BAUER, Martin W; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com teto, imagem e som**: um manual prático. Tradução de Pedrinho A. Guareschi, Petrópolis: Vozes, 2008, p. 39-63.

sa empírica não necessariamente terá os dados prontos. Em algumas, o pesquisador precisará levantá-los, cria-los (através de pesquisa de campo, como os questionários); será necessário contabilizar os eventos, classifica-los, separá-los, rotulá-los, mas será reconhecida como empírica porque os dados refletem uma realidade específica: a análise se embasará nesses “dados-reais”. A pesquisa empírica talvez siga na contramão daquilo que normalmente é realizado no meio jurídico, cuja tradição é associada a pesquisas dogmáticas.⁹ Já a pesquisa teórica não se ocupa no estudo de caso real, mas na discussão abstrata de conceitos, de definições e de seus desdobramentos. A pesquisa teórica é muito comum em áreas como a filosofia e na filosofia do direito, embora possa ser utilizada em complementariedade à pesquisa empírica, como alternativa de validação. A escolha temática e as pretensões do pesquisador, decifradas pela redução do tema e dos objetos de pesquisa, influenciam nessa escolha. Em uma pesquisa teórica, pode-se debater a respeito da influência das metáforas na construção de conceitos jurídicos, como o “princípio da dignidade da pessoa humana”; ao mesmo tempo em que essa pesquisa pode ser empírica se a influência das metáforas for detectada em decisões do Supremo Tribunal Federal que tenham se utilizado de o referido princípio como argumento. Portanto, seja teórica, seja empírica, a pesquisa exigirá um caminho definido pelo pesquisador.

A pesquisa será quantitativa ou qualitativa? Essa é uma decisão complexa, mas precisa ser tomada. Pesquisas quantitativas são raras no ambiente do direito, e somente por esse argumento se tornam um diferencial interessante. A aplicação de dados estatísticos na compreensão de processos e análises de alternativas/decisões é uma realidade no direito, mormente devido aos avanços tecnológicos em que decisões são proferidas com base em algoritmos. A jurimetria promete análises de comportamentos jurídicos a partir da compreensão estatística¹⁰. Não se pode pensar que a pesquisa se torna quantitativa se forem utilizados gráficos ou números. As pesquisas quantitati-

⁹ SOUTO, Cláudio. “Sobre a pesquisa científica em Direito”. In: **Revista brasileira de sociologia do direito**. Disponível em [\[http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/issue/view/4\]](http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/issue/view/4), 2014, n. 1, p. 38.

¹⁰ FERRAZ, Fred. “Jurimetria é ferramenta importante nas mãos de um bom advogado”, In: **Conjur**. Disponível em [\[https://www.conjur.com.br/2018-out-12/fred-ferraz-jurimetria-ferramenta-importante-direito\]](https://www.conjur.com.br/2018-out-12/fred-ferraz-jurimetria-ferramenta-importante-direito), em 13/09/2020.

vas se embasam em números, construídos a partir de métricas e de jogo estatístico bem definido. Os números falam e seduzem o leitor. Como a ideia é convencer alguém, dedicar-se ao método quantitativo é estratégico quando a intenção for, por exemplo, analisar a eficácia ou os efeitos de determinado instituto jurídico. A pesquisa qualitativa não guarda relação necessária com números, mas com a qualidade dos argumentos. É um tipo de pesquisa não menos interessante, mas que exige do pesquisador conhecimento a respeito das técnicas. Podem ser analisados “argumentos”, “metáforas”¹¹, “estruturas argumentativas”, “topos” ou “princípios”. A pesquisa é híbrida, quanti-qualitativa, quando utilizados os dois métodos.

Finalmente, indução ou dedução? Pesquisa indutiva possui a intenção de se analisar casos específicos para formular uma teoria geral; ao passo que na dedução o pesquisador extrai objetos-de-pesquisa de uma formulação geral, testando a teoria para validá-la ou não a validar. São realidades diversas, caminhos diferentes e antagônicos quanto à maneira de analisar, e por isso exige esforço do pesquisador no momento dessa decisão.

Da combinação dessas escolhas (teórica ou empírica, quantitativa ou qualitativa, indutiva ou dedutiva) que se haverá, minimamente, traçado os caminhos para a resposta acerca do questionamento levantado no problema de pesquisa.

4. Estruturação das ideias e (uma) sugestão.

O sucesso do texto está ligado à capacidade de persuadir os leitores ou os ouvintes. Quanto mais se persuade, mais se convence; quanto mais se convence, mais o texto é digno de sucesso. Escrever um texto é uma coisa, mas escrever um texto persuasivo é outra mais difícil. Embora todos que escrevem desejem persuadir o leitor/ouvinte, nem sempre se consegue isso. Normalmente as pessoas pensam estar escrevendo bem, mas depois percebem que suas ideias não estão postas de maneira clara, as frases não fazem sentido e o contexto termina se tornando confuso. Essas questões talvez não sejam prévias à cons-

¹¹ LEACH, Joan. “Análise retórica” In: BAUER, Martin W; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com teto, imagem e som: um manual prático**. Tradução de Pedrinho A. Guareschi, Petrópolis: Vozes, 2008, p. 293-318.

trução do texto, sejam anteriores a isso, até. Portanto, todas as regras para uma excelente redação devem ser revisitadas. Nunca se pode ignorar que a linguagem é um código repleto de regras; é um pressuposto para o escritor conhecer as regras formais da língua (sintaxe). Além de saber utilizar os sinais gráficos (ponto, vírgula, ponto e vírgula, travessão, parênteses, colchetes) e a grafia dos termos e das expressões, conhecer os sinônimos, os significados e os sentidos das expressões (semântica) colabora significativamente para o sucesso textual.

Para retóricos, deve-se procurar o que dizer e depois organizar como dizer. A elocução é uma das fases finais, anteriores apenas a apresentação do texto. E, sim, quando falo em texto, pensemos nos textos escritos, mas também nos textos não escritos (orais, p.ex.). A apresentação é uma etapa importante para a persuasão, e será tratada mais adiante. A linguagem não-verbal colabora decididamente em como as pessoas nos veem, que mensagem subliminar nosso corpo passa para o auditório, e isso contextualiza estratégicamente o texto. Depois trataremos da apresentação. Voltando aos pressupostos textuais (regras sintáticas e abrangência semântica), o pesquisador/orador deverá ornamentar o texto. Isso não guarda qualquer relação com extravagâncias linguísticas, exageros na utilização das figuras de linguagem (*tropos*), embora seja inegável que metáforas gerem efeitos fantásticos na explanação de coisas difíceis. As metáforas causam *insights* em uma frase que uma explicação poderia levar horas para fazê-la. Dizer que este texto está uma pluma, um algodão de tão leve é uma metáfora que economiza muita tinta (outra metáfora!).¹²

A estruturação das ideias consiste na tarefa de criar um sumário detalhado. O sumário detalhado jamais deve ser construído pensando em se tornar definitivo. O pesquisador, com base em todas as definições realizadas, desenha o texto elegendo cada capítulo e subcapítulo. Não pode ocorrer exagero nas subdivisões, e para cada seção (1, 2, 3), caso necessárias subdivisões, devem existir ao menos duas subseções (1.1, 1.2, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2). Os temas de cada seção e subseção devem ser explicativos, deixando claro para o pesquisador o que ele fará. No sumário detalhado, cada seção/subseção precisa estar representado por uma linha, ou melhor, um parágrafo.

12 SLAMA-CAZACU, Tatiana. **Lenguaje y Contexto**. Barcelona: Grijalbo, 1970.

“2 – Aqui, buscarei demonstrar que o diferencial de alíquota (Difal) cobrado nas operações interestaduais sujeitos à incidência do ICMS se encontra previsto em convênio tributário. O convênio tributário é uma norma infralegal (abaixo das leis), e se sabe que somente lei poderia criar obrigações tributárias em função do princípio constitucional da legalidade. Para tanto, dividirei o capítulo em duas partes de igual importância:

2.1 – No qual explicarei a origem constitucional do diferencial de alíquota, suas hipóteses e como o convênio tributário incide regulando a matéria.

2.2 – Procurarei desconstruir a ideia de que convênios podem criar obrigações tributárias, utilizando-me do princípio constitucional da legalidade. Buscarei decisões judiciais que reforçam a necessidade de obediência à legalidade em matéria tributária, bem como passagens doutrinárias que reforçam essa tese.”

O sumário detalhado é uma “hipótese de trabalho”¹³; embora possa mudar, deve ser uma hipótese considerada. Depois que o sumário detalhado estiver pronto, o pesquisador deverá ler o texto construído como um arquétipo, uma forma na qual depositará o conteúdo. E, novamente, cada seção/subseção precisa repassar a ideia objetiva do que será tratado. Uma sugestão importante: não se pode iludir o leitor com explicações gerais, de puro conteúdo histórico somente para aumentar as páginas de um trabalho ou para demonstrar uma erudição generalista. Isso não engana ninguém, e dependendo de quem sejam os leitores do texto (uma banca de professores, por exemplo) isso não será bem visto, principalmente se o auditório for experiente. A profundidade do trabalho não está no aparato histórico escrito no texto, no conhecimento geral, mas na demonstração do conhecimento específico, e quanto mais específico melhor. Mergulhar no texto, no exame das múltiplas possibilidades é sim uma atitude desejável para a pesquisa.

Imagine dois estudantes escrevendo a respeito da “Inconstitucionalidade da cumulatividade do ICMS na base de cálculo da Contri-

13 “[...] *ipotesi de lavoro*” (ECO, Humberto. **Idem**, p.120-127, tradução livre).

buição da Finalidade Social (COFINS)", a partir dos argumentos contidos na decisão (acórdão) do Supremo Tribunal Federal, nos autos de determinado recurso. O estudante A divide seu sumário da seguinte maneira:

1. Introdução
2. História do ICMS
3. História do COFINS
4. História do Supremo Tribunal Federal
5. O controle de constitucionalidade no Brasil
6. O acórdão do STF que declara a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo da COFINS
7. Conclusões

O estudante B estrutura o sumário da seguinte forma:

1. Introdução
2. Apresentar o Acórdão do STF que declara a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo da COFINS, demonstrando o contexto da discussão
3. Separar, no acórdão do STF, argumento da cumulatividade do ICMS adotado pelos Ministros X, Y e Z
4. Detalhar o argumento de que um imposto não pode fazer parte, como base de cálculo, de uma contribuição.
5. Evidenciar as repercussões do efeito modulado a respeito da declaração de inconstitucionalidade
6. Conclusões: trazer aquilo que Procuradoria da Fazenda Nacional defende através de argumentos para tentar reverter o efeito ex tunc da declaração de inconstitucionalidade.

Qual dos dois estudantes entendeu o que seria um sumário estruturado? Qual dos dois parece ter mais domínio sobre o assunto? Esses são os efeitos causados quando um examinador se depara com um texto mais aberto e sem objetividade, com poder de persuasão muito pequeno, e outro mais específico. E sim, o sumário deta-

lhado não será necessariamente o sumário apresentado na versão final do texto. Apesar de ter apreciar temas-de-capítulos mais longos e explicativos, o pesquisador pode reescrever o título de cada capítulo ao seu gosto, nunca perdendo de foco a objetividade e a clareza. Procedendo dessa forma, o pesquisador estará seguindo as etapas de construção de um texto coerente e coeso.

5. Redigindo o texto: justificativa, problema-de-pesquisa, objetos, definições metodológicas e resumos de conteúdo.

Isso supõe não apenas que há uma diferença importante entre mentir e falar merda, mas que este é preferível àquele. Ora, o Simpson pai não julgava, certamente, que falar merda fosse superior a mentir em termos morais. Nem é provável que considerasse mentir sempre menos eficaz que falar merda, na obtenção dos propósitos para os quais algum desses dois expedientes fosse empregado. Afinal de contas, uma mentira elaborada com inteligência pode fazer seu trabalho com absoluto sucesso.¹⁴

O pesquisador experiente precisa articular argumentos capazes de ressaltar a importância do texto. A tarefa aqui será atrair o leitor, chamar sua atenção. Fazer com que alguém pare sua vida para ler o que (você) escreveu não deixa de ser uma atitude egocêntrica. Você escolheu o assunto, somente você “falará” e quer que “todos” lhe escutem, é uma pretensão audaciosa se não houver preocupação com o ouvinte.¹⁵ Pautado nessa ideia, o texto precisa chamar atenção. A autoridade do autor é um elemento que atrai atenção, pois pessoas se interessam em ler Julia Kristeva pela filósofa, escritora, feminista e crítica literária que é. O “argumento de autoridade” atrai leitores, talvez até justifique a leitura de um texto simplesmente porque é ela quem está nos falando. Há críticas a essa postura, mas a verdade é que esse sentimento ainda é muito forte, principalmente na academia.¹⁶ Talvez

14 FRANKFURT, Harry G. **Sobre falar merda.** Tradução de Ricardo Gomes Quintana. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2005, p. 51.

15 CARVALHO, João Cláudio. Apresentação: o problema da pesquisa no direito diante das várias metodologias. In: ALENCAR FILHO, José Geraldo e ALBUQUERQUE FILHO, José Antônio (Orgs.). **Dialogando Direito:** um olhar sobre a pesquisa e as novas perspectivas do direito. Recife: Nossa Livraria, 2014, p. 5-9.

16 SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais:** o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Tradução de Max Altman, Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2010, p. 49-58.

os pesquisadores para quem este texto é dirigido ainda não desfrutem da “maravilha da autoridade”.

Isso significa que o pesquisador inexperiente é consciente que seu texto precisa reunir bons argumentos para ser lido. Ler não é algo tão nobre aqui no Brasil, e escrever para outros leitores fora da República exige domínio em outra língua, e isso é mais um obstáculo. Assim, o pesquisador precisará chamar atenção do leitor. O texto precisa estar bem diagramado, obedecendo às regras e às técnicas estabelecidas por entidades de regulamentação. Aqui no Brasil, essas regras são postas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), através de suas “normas brasileiras” ou “NBRs”. Nessas normas, há padrões para um projeto de pesquisa, para resumos expandidos, número de caracteres, maneiras de citação e de referências, elementos textuais obrigatórios e facultativos e um sem-fim de outros detalhes que não exigem mais que uma simples leitura. Não obedecer as regras estéticas causa reprovações, de modo que o pesquisador deve sempre questionar ao canal que receberá o trabalho quais regras devem ser cumpridas. Na omissão dessas regras, a ABNT orienta como deve ser construído o texto.

Um texto se encontra justificado quando apresentar bons argumentos que enalteçam sua importância, suas qualidades. Sem parecer pretensioso, o pesquisador deve convidar o leitor para a leitura; precisa demonstrar que o assunto tratado interfere na sua compreensão, na sua vida. Quanto mais conseguir demonstrar essas possibilidades, mais perto da atração o leitor estará; mais interesse ele terá pela leitura. Por isso, **não inicie** seu texto com alegações enciclopédicas, foque na resposta para a pergunta (por que o texto é interessante? Por que o leitor deve perder tempo lendo isso?). A atitude reflexiva não será importante apenas para o leitor, mas principalmente para o pesquisador. Por que vocês deveriam ler este texto? A resposta foi, porque desejo escrever uma pesquisa com qualidade. Mas e os que não desejam? Resposta: esses não devem ler o texto, seguramente o que está aqui não os interessará.

Para organizar esses argumentos, o pesquisador pode separar as justificativas nos seguintes rótulos: a) argumento político, b) econômico, c) ético, d) religioso, e) normativo ou f) social. A importância do

texto segundo um argumento político é diferente do argumento normativo ou ético, que são contextos diferentes.

Depois de justificar a escolha temática, o pesquisador colocará o problema de pesquisa, com todo cuidado, recortes e advertências necessárias. O leitor deve entender a pergunta e saber como ela será respondida. A resposta deve estar no texto, qualquer que seja ela, ainda que reflita outra pergunta. O pesquisador não pode enganar o leitor: levantar uma pergunta e responder outra. Esse engodo custará caro, e descredenciará a pesquisa. Uma banca avaliadora mede, no mais das vezes, se existe uma pergunta estruturada (observando os recortes mencionados no capítulo 2), e se a resposta se encontra conectada a ela. A desconexão é percebida facilmente por avaliadores experientes, ao mesmo tempo em que perguntas mal elaboradas, sem recortes ou advertências, indicam a impossibilidade de respostas. Dependendo do **marcador linguístico**, a impossibilidade de resposta se evidencia imediatamente. É importante demonstrar as reduções que foram executadas contra o tema geral, mostrando o que será pesquisado exatamente e, por exclusão, o que não será objeto da análise. Transparência acadêmica é uma qualidade relevante e distingue a pesquisa procedida com rigor e aqueles textos pseudo-pesquisados.

O pesquisador demonstrará os objetos de pesquisa; o tema foi tratado anteriormente, e agora é o momento de colocar **os objetos-de-pesquisa** no texto, com todos os recortes, maneiras de acesso ao *corpus* de pesquisa. O leitor precisa entender como o pesquisador escolheu e por quais motivos elegeu o *corpus* de pesquisa analisado. É necessário clareza nas escolhas e critérios bem delineados para se escapar da crítica quanto à arbitrariedade das escolhas. As hipóteses consideradas e a metodologia se sucederão e igualmente precisam ser explicados.

O final da introdução é marcado pela estruturação do restante do trabalho. O pesquisador exporá o que será trabalhado em cada capítulo/seção e subcapítulo/subseção, considerando as indicações mencionadas antes. Uma introdução construída nesses termos conduzirá a pesquisa com mais precisão, clareza, objetividade, além de garantir ao texto coesão e coerência, tornando o texto final uma pesquisa de qualidade.

Conclusões: a apresentação ou a ação.

O momento final da pesquisa é a apresentação.

O pesquisador deve comparecer no local, dia e horário designado previamente descansado por ter seguido uma trilha coerente, com um texto fruto de rigorosos critérios e etapas. A banca tem todo direito de criticar o trabalho, não concordar com as opiniões refletidas no texto, mas não pode tergiversar sobre as opções trazidas pelo pesquisador, afinal de contas a pesquisa é própria, e não da banca.

Ouvir críticas é natural; na realidade, a banca está ali para cumprir exatamente esse papel. Os pesquisadores devem duvidar das palavras elogiosas, gerais; o tom não crítico pode parecer mais confortável, mas não é normal em uma arguição. Talvez os membros ou o avaliador sequer tenha(m) lido o trabalho ou não esteja(m) com paciência para debater suas ideias. Em uma ou em outra direção, ambas as situações são ruins para a melhoria da pesquisa. A explanação do trabalho é a etapa inicial da apresentação e respeitar as normas estabelecidas quanto a esse procedimento é uma regra importante. Para isso, o pesquisador deve saber se pode ou não fazer slides de apresentações, quanto tempo dispõe, os nomes e as áreas de interesse de pesquisa dos membros da banca. O autor deve saber que: 1) a banca é o seu *pathos* naquele momento; o auditório é a banca, e pouco importa quem mais esteja presente; 2) as críticas ocorrerão; elas são naturais e devem ser interpretadas como possibilidades de melhoria do texto final. Mas o que deve ser apresentado? Resposta: devem ser apresentados o tema, a justificativa pela escolha, o problema, o objeto, o porquê daquele objeto e seus recortes, a metodologia e a divisão do trabalho. Não se devem debater as questões de fundo que constam no capítulo, a menos que a banca peça isso. Normalmente o tempo não será suficiente, e se parte do pressuposto (nem sempre verdadeiro) que o trabalho foi lido, e que as indagações serão pontuais em relação ao tema pesquisado.

Depois de apresentar o trabalho, o pesquisador deve ouvir as observações de cada arguidor, e anotar aquilo que entende pertinente. É muito bom contra-argumentar, pois as objeções apresentadas pela banca são dúvidas que **devem e precisam** ser esclarecidas. Na hipó-

tese de questionamentos fora da pesquisa, o pesquisador deve educadamente demonstrar porque aquela objeção não encontra espaço na pesquisa.

Se a pesquisa é sobre ICMS, especificamente sobre a não inclusão do imposto como base de cálculo para a COFINS, com objetos precisos e problema desenhado, a opinião política ou ideológica do arguidor não pode confundir o pesquisador no momento da apresentação. Se assunto correlato for questionado, mas não influencia na pesquisa ou se influencia apenas indiretamente, cabe ao pesquisador reprimir o questionamento e demonstrar os porquês daquela objeção não ser respondida em face de se encontrar **fora** do campo de pesquisa considerado.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para metodologia da pesquisa em direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. Disponível em [<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/661>], 1998.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1998.

BAUER, Martin W; AARTS, Bas. "A construção do corpus: um princípio para coleta de dados qualitativos" In: BAUER, Martin W; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com teto, imagem e som**: um manual prático. Tradução de Pedrinho A. Guareschi, Petrópolis: Vozes, 2008, p. 39-63.

BLUMENBERG, Hans. **Las realidades en que vivimos**. Tradução de Valerio Bozal. Barcelona: Novagráfik, 1999.

CARVALHO, João Claudio. Apresentação: o problema da pesquisa no direito diante das várias metodologias. In: ALENCAR FILHO, José Geraldo e ALBUQUERQUE FILHO, José Antônio (Orgs.). **Dialogando Direito**: um olhar sobre a pesquisa e as novas perspectivas do direito. Recife: Nossa Livraria, 2014, p. 5-9.

ECO, Umberto. **Come si fa una tesi di lìurea**. Milano: Tascabili Bompiani Edizione, 2010.

FERRAZ, Fred. “Jurimetria é ferramenta importante nas mãos de um bom advogado”, In: **Conjur**. Disponível em [<https://www.conjur.com.br/2018-out-12/fred-ferraz-jurimetria-ferramenta-importante-direito>], em 13/09/2020.

FRANKFURT, Harry G. **Sobre falar merda**. Tradução de Ricardo Gomes Quintana. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2005, p. 51.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e proceduralista da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1997.

LEACH, Joan. “Análise retórica” In: BAUER, Martin W; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com teto, imagem e som**: um manual prático. Tradução de Pedrinho A. Guareschi, Petrópolis: Vozes, 2008, p. 293-318.

SLAMA-CAZACU, Tatiana. **Lenguaje y Contexto**. Barcelona: Grijalbo, 1970.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais**: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Tradução de Max Altman, Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2010, p. 49-58.

SOUTO, Cláudio. “Sobre a pesquisa científica em Direito”. In: **Revista brasileira de sociologia do direito**. Disponível em [<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/issue/view/4>], 2014, n. 1, p. 38-49.

SPRANGER, Eduard. **Tipos de pessoas**. Tradução de Renata Fernandes Galhanone. São Paulo: Sucess for you Editora, 2016.

CAPÍTULO 2

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: AS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

*Anderson Ayres Bello de Albuquerque
Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Eriberto Cordeiro Amaral
João Claudio Carneiro de Carvalho*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal levantar a problemática acerca da existência ou não de limites materiais ao Poder Constituinte Originário.

Ao longo deste trabalho verificar-se-á se a Teoria da Constituição adotada pela doutrina majoritária ainda é a mais adequada. O presente trabalho também busca verificar se hodiernamente é factível a deflagração de uma Assembleia Nacional Constituinte sem limites materiais na elaboração do texto constitucional quando este tratar de Direitos Humanos ou garantias fundamentais previamente estabelecidas na sociedade ou em tratados internacionais. Assim como, se estabelecerá crítica ao positivismo jurídico kelseniano clássico, trazendo à luz do debate o expoente movimento do Neoconstitucionalismo.

Ademais, pretende-se demonstrar que a teoria clássica foi elaborada em um contexto social completamente antagônico ao atual, não sendo possível sua aplicação sem a adequada atualização. De igual forma, se tentará reconhecer a influência que o Neoconstitucionalismo teria sobre essa possível teoria atualizada, não deixando de comparar as consequências práticas que a existência ou não de limitação poderia trazer para a sociedade.

Um exemplo contemporâneo, que traz à luz do debate a problemática apresentada, é obtido quando se analisa as últimas eleições presidenciais que tivemos – no ano de 2018 –, um dos partidos tinha em seu programa de governo a previsão de uma nova Constituinte. É incontroverso concluir-se que o Brasil hoje vive um período de ex-

trema polarização política, estando a sociedade radicalmente dividida entre correntes ideológicas contrastantes.

Um Estado polarizado, dividido, não é o melhor cenário para se conceder poderes ilimitados nas mãos de uma parcela da sociedade. O risco de retrocesso social é incomensurável. Outrossim, a única conclusão que se pode chegar ao observar a intenção de deflagram uma nova Constituinte, seria o intuito de mexer no núcleo duro da Carta Política. Seria a vontade de alterar o que o poder derivado, que será explicado mais a frente, não poderia fazê-lo. Em síntese, só se justificaria a Constituinte para mexer em Direitos e Garantias Fundamentais elencados na Constituição. O que, hodiernamente, deveria ser inadmissível.

A metodologia baseada em pesquisa bibliográfica, proporcionou uma análise acerca dos entendimentos doutrinários, alguns defendendo a Teoria clássica, outros entendendo a existência de uma limitação material ao Poder Constituinte Originário, também, foi feita uma análise comparativa sobre toda a evolução dos Direitos Humanos e sua consolidação como direitos universais permanentes. Ao final se pode construir uma reflexão crítica, chegando à conclusão levantada neste trabalho.

Será utilizado método de abordagem hermenêutico-dialético, partindo do estudo dos direitos e garantias fundamentais, origem e conceito de constitucionalismo e de constituição e suas espécies, por fim se irá analisar os temas controversos acerca do poder constituinte originário. Quanto à técnica de pesquisa, emprega-se a bibliográfica, com a consulta em livros, publicações especializadas e artigos.

O fato de a Teoria do Poder Constituinte ter permanecido inalterada ao longo dos séculos sempre foi algo questionável. Afinal de contas o Direito é vivo, dinâmico e precisa acompanhar as evoluções da sociedade. Diante deste questionamento sobre o ponto fundante de uma ordem constitucional, se faz salutar analisar os diversos pensamentos acerca do tema.

Inúmeros foram os achados que discordam do entendimento consolidado acerca da ausência de limites materiais do Poder Constituinte Originário. Sendo estes, dentre outros, base para a produção deste trabalho onde o objetivo maior é o esclarecimento sobre o tema

e a devida explanação de alguns aspectos que, em tese, limitariam materialmente o poder tido como ilimitado, abrindo espaço para o debate sobre o tema. (SÁ, Ana Paula Barbosa; 2010, p 77-100)

A teoria constitucional nos dias de hoje tem como uma de suas características a busca pela consolidação da democracia, portanto idealizar um poder ilimitado, nos dias de hoje, que possa de certa forma mitigar ou até mesmo ignorar Direitos e Garantias Fundamentais consolidados, o que são em suma a base de regime democrático, seria no mínimo contraditório.

Quando se analisa a Teoria construída por Sieyès à época de sua elaboração, é compreensível a forma como esta foi idealizada. Naquela época, como será explorado mais à frente, em outro tópico deste trabalho, se vivia em um período onde o absolutismo imperava, onde o povo era ignorado em suas vontades e suas reivindicações não eram ouvidas. Se fazia necessário romper com aquele modelo de Estado de forma radical, portanto se justificava que o Poder Constituinte Originário fosse ilimitado naquele momento. O que não ocorre hodiernamente. (SIEYÉS, Emmanuel Joseph; A Constituinte Bourguessa 4^a edição, 2001)

Inicialmente se fará sucinta explicação acerca da origem e evolução dos Direitos e Garantias Fundamentais, num apanhado histórico, em seguida se explicará a origem e evolução do Constitucionalismo. Após a contextualização apresentada, se classificará o Poder Constituinte, diferenciando suas espécies, seguindo para definição de Neocentralismo e sua comparação com o Constitucionalismo clássico. Por fim, se demonstrará a problemática central deste artigo ao se questionar se existem limites materiais para o Poder Constituinte Originário, concluindo com a estimativa de até onde o Poder Constituinte Originário poderia ir sem que lhe fossem opostos limites materiais.

2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A história é cravada de momentos nos quais grandes mudanças foram alcançadas ao custo de muita luta e sangue. Não diferente foi com os Direitos Humanos, ou, como classificados no âmbito interno, os Direitos Fundamentais do Homem.

Estes direitos foram evoluindo ao longo da história, e tiveram sua base edificada ainda na idade média. Ainda sob o império dos Estados Absolutistas comandados por Monarcas e pelo alto Clero.

Considerando que o intuito deste trabalho é um questionamento acerca dos limites do poder Constituinte Originário, não se versará muito acerca deste tema em específico, o presente excerto extraído de um artigo publicado por este autor sintetiza de forma pedagógica a referida evolução: (ALBUQUERQUE, Anderson Ayres Bello, 2017, p 89-98)

“O marco histórico da Magna Carta em 1215, na Inglaterra, é o que se pode chamar de pedra fundamental da democracia moderna. Foi por meio dela que se viu pela primeira vez o poder do monarca limitar-se perante algo.

Em 1628, editou-se a *Petition of Rights* onde o Parlamento cobrava que os direitos garantidos na Magna Carta fossem respeitados. O instituto do *Habeas Corpus* foi criado em 1679 pelo *Habeas Corpus Act*, este visava – como nos dias de hoje – preservar a liberdade individual dos súditos.

Já em 1689 foi a vez do *Bill of Rights* que contribuiu para uma das maiores mudanças na Inglaterra monárquica até então, a separação dos poderes. A partir daí não existia mais o Monarquismo absolutista, este estava subordinado ao Parlamento. Era o início do Monarquismo Constitucional.

O *Act of Settlement* de 1707 complementa o *Bill of Rights* e reforça o conjunto de limitações ao poder do monarca. [...]

Os direitos fundamentais positivados surgiram após a revolução francesa. A sociedade oprimida há gerações não suportava mais tal conduta do Estado e sonhava com liberdade. Estes foram ao longo da história classificados em gerações (DAYANNE, 2015). [...]

O que se pode entender como sendo direitos fundamentais? Essa é a pergunta que responde todos os questionamentos propostos acerca deste polêmico tema.

Um breve relato evolutivo-histórico destes direitos é importante para que seja entendido o que se defende neste trabalho. Inicialmente, um dos conceitos de Direitos Fundamentais é o descrito por Pérez Luño:

“Un conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y internacional. (LUÑO, 1995, p. 48).”

Entendimento análogo feito por Bobbio concede robustez no pensamento supre-mencionado:

“[...] Em segundo lugar, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modifica, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. [...]”

[...] Tal pensamento ganha força com uma passagem do Min. Luís Roberto Barroso em um ensaio sobre a Dignidade da Pessoa Humana:

[...] como intuitivo, a noção de dignidade humana varia no tempo e no espaço, sofrendo o impacto da história e da cultura de cada povo, bem como de circunstâncias políticas e ideológicas. Em razão da plasticidade e da ambiguidade do discurso da dignidade, [...].

Em síntese, os direitos fundamentais, ou, falando de uma forma mais abrangente, os direitos humanos, transcendem o positivismo jurídico e não se predem ao que está estabelecido em determinado ordenamento. Sua abrangência e eficácia é transcendental.”

3. CONSTITUCIONALISMO

O movimento conhecido, hodiernamente, por constitucionalismo teve início na época das revoluções francesa e americana. Mais especificamente na França. Contudo, não há o que se questionar que suas bases, suas ideias centrais, estão arraigadas nos berços civilizatórios que foram a base da sociedade atual.

Em outras palavras, com o surgimento das civilizações, como sociedade organizada, o movimento que se conhece como constitucionalismo teve início, mesmo que de forma embrionária.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

“O termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da Polis grega, por volta do século V a.C. As instituições políticas ali desenvolvidas e o luminoso pensamento filosófico de homens como Sócrates (470-399 a.C.), Platão (427-347 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.) atravessaram os séculos e ainda são reverenciados dois milênios e meio depois.” (BARROSO, p.25, 2017)

O conceito de constitucionalismo enseja em limitação de poder. Historicamente as monarquias absolutistas, onde os monarcas eram vistos como escolhidos por Deus, detinham poder ilimitado, não se sujeitando as leis ou quaisquer outros delimitadores que pudessem impor algum obstáculo a sua tirania.

O movimento ganhou força após séculos de absolutismos desenfreado onde o povo era frequentemente oprimido, quando não, massacrado por seus monarcas, com por exemplo aconteceu na França.

Diante dessa opressão se fazia necessário idealizar uma forma de se limitar o poder emanado pelo Estado, que àquela época se confundia com o próprio Rei. Foi quando o movimento constitucionalista eclodiu com toda sua força.

A revolução francesa pode ser considerada um marco histórico para o surgimento das primeiras Constituições modernas, assim como a revolução americana.

Contudo, é preciso destacar a figura de um personagem histórico, que foi, de fundamental relevância para o constitucionalismo moderno. Se está falando de *Emmanuel Joseph Sieyès*. A obra dele pode ser considerada a base da Teoria até hoje adotada quando se fala em Poder Constituinte.

Sieyès foi um padre francês que em 1789 escreveu uma obra intitulada *Que é terceiro Estado?* (“*Qu'est-ce que le tiers État*”), traduzida para o português como “A Constituinte Burguesa”, obra considerada o ensinamento do que seria o Poder Constituinte (FERREIRA FILHO, 1999).

Na visão de Sieyès o Poder Constituinte necessitava ser ilimitado, era preciso romper com aquele absolutismo opressor de forma radical e definitiva, não havia margens para ponderação, tampouco limitação diante da tirania que assolava a sociedade à época, contudo, em sua obra, já naquela época, ele entendia que esse poder ilimitado encontrava barreiras no direito natural (FERREIRA FILHO, 1999, p. 14).

A ideia proposta trouxe uma verdadeira mudança de paradigma na forma de como o Estado era estruturado. Um novo modelo, onde seu poder seria limitado por um poder maior, o poder emanado da Nação, sendo esta dotada de soberania. Na visão dele, Nação seria “a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado instante.” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 23). Ou seja, conjunto de indivíduos que compartilhavam de ideais permanentes, que para ele consagrariam estes ideais na elaboração de um documento que estabeleceria “as regras do jogo”.

Em um Estado regido por uma constituição tem-se a estrita obediência das leis, o que hoje é conhecido por Estado de Direito.

Em regra, nesse Estado, existe uma Constituição que tem força imperativa sobre as demais normas. Uma carta política que organiza o Estado e rege todo o ordenamento jurídico, submetendo todas as normas que estiverem fora de seu texto a sua hierarquia. Desta forma, limitando o poder estatal.

Frise-se o “em regra”, pois existem Estados que prescindem de um documento escrito, sendo a Constituição com relação a sua forma do tipo consuetudinária, ou costumeira como alguns doutrinadores preferem classificá-las. Nesses casos o poder do Parlamento impera.

Em outras palavras, o texto constitucional se encontra esparsos em diversos outros textos, ou em alguns casos até mesmo na jurisprudência local. O exemplo clássico desse tipo de carta política é a Constituição inglesa.

Ou em outros casos, como no Brasil, os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, quando recepcionados com rito específico, possuem caráter de norma constitucional.

4. PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte pode ser dividido em Originário (genuíno, de primeiro grau, inicial ou inaugural), Derivado, Difuso e Transnacional.

O poder Constituinte Originário pode ser dividido, segundo alguns doutrinadores, em Poder Constituinte Originário Revolucionário ou Poder Constituinte Originário Histórico. A manifestação deste poder ocasiona a ruptura por completo com determinada ordem jurídica já existente e consequentemente desencadeia o surgimento de um novo ordenamento, um novo Estado com uma nova Constituição, ou especificamente no caso do histórico acarreta a elaboração de uma primeira constituição.

Este poder tem como características: ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. Mais à frente abordar-se-á a possibilidade de existir alguma limitação neste.

Com relação as suas características, pode-se assim defini-las: seria inicial por não existir nenhum outro poder que o preceda, seja de fato ou de direito. Ilimitado por romper com todo o ordenamento jurídico existente, prescindindo a observância com algum direito já instituído. Autônomo pois trata-se de um poder latente no povo, compete a este, o povo, detentor do poder de fato, decidir quando, onde e como deve ocorrer a deflagração deste poder. E por fim, incondicionado, pois não se submete a nenhuma forma ou regra pré-estabelecida.

Esta apresentada acima é a definição clássica, contudo já existem questionamentos acerca de sua limitação, o que decorre, em partes, da relação simbiótica que o Poder Constituinte, poder este predominantemente político, passou a ter com o Direito, assim como a evolução da forma de se enxergar o Poder Constituinte em si. (CANOTILHO, 1993, p. 81)

O poder Constituinte Histórico ocorre quando a manifestação deste poder inaugura uma ordem político-jurídica, sem que tenha existido uma constituição prévia. Caracteriza-se pela criação de um novo

Estado. A constituição imperial de 1824 foi o resultado deste tipo de Constituinte.

Quando se fala em poder Constituinte revolucionário, se está falando da ruptura com determinado ordenamento político-jurídico, dando início a uma nova ordem constitucional, a elaboração de uma nova Constituição que irá substituir uma já existente e reestabelecer o Estado. Todas as outras constituições brasileiras, após a de 1824, são um produto do poder Constituinte revolucionário, inclusive a de 1988.

O poder constituinte derivado, conforme o próprio nome sugere, é o poder que deriva, decorre, do originário. As limitações deste poder são explícitas e estarão elencadas no próprio texto constitucional, como por exemplo as cláusulas pétreas da Constituição brasileira de 1988 que não podem ser alteradas por emenda. Este também é condicionado, visto que deve respeitar o texto constitucional, deve estar em harmonia com a Constituição. E por fim, é subordinado, pois se submete aos fundamentos previamente estabelecidos pelo Constituinte Originário.

Quando se fala em poder Constituinte derivado, está se falando em poder Constituinte Derivado Reformador e poder Constituinte Derivado Decorrente. O poder reformador tem como principal característica a elaboração de novas normas constitucionais, considerando que a sociedade está em constante evolução, o texto maior que rege o Estado deve acompanhar essas mudanças e manter-se sempre em adequação com os anseios e necessidades sociais. Destacando que essas mudanças são limitadas e delineadas pelo próprio texto constitucional.

Quando se fala no Poder Constituinte Derivado Decorrente, é o poder que a Constituição Federal concede aos entes federativos para que possam elaborar suas próprias Constituições.

5. NEOCONSTITUCIONALISMO

O Direito é acima de tudo uma ciência social, assim sendo, é imprescindível, conforme dito alhures, que este esteja em perfeita harmonia com a sociedade e seus valores.

O movimento constitucionalista, como conhecemos hoje, se deu início com a teoria de Sieyès, ainda no século XVIII, nasceu de pensa-

mentos jusnaturalistas, que começaram a ganhar força ainda no século XVI reaproximando a lei da razão, e foi ao longo dos anos se desenvolvendo sob uma ótica positivista se distanciando cada vez mais dos valores que fomentaram sua criação. (FERREIRA, 1999, p. 9)

Após Kelsen, o Direito se distanciou do jusnaturalismo moderno de uma forma como nunca vivenciada, a lógica científica prevaleceu em detrimento da filosofia do Direito. O positivismo jurídico ganhou força e axiomas que serviriam de freios para a aplicação da norma, não eram mais considerados.

Ocorre que a dogmática jurídica é um conjunto complexo de pensamentos em diversas áreas que se completam. O Direito não se resume apenas às leis, este só existe em sua plenitude quando permite-se ser compreendido filosoficamente e debatido axiologicamente.

Portanto, tendo o positivismo jurídico equiparado o Direito à lei, afastando-o de possíveis críticas ou possíveis debates sobre o que seria realmente justo, mitigou substancialmente sua legitimidade por um tempo. (BARROSO, 2017. p.151)

Barroso ainda defende que o texto constitucional não pode se limitar ao tecnicismo puro, é imprescindível que a Constituição reflita o consciente coletivo arraigado em determinada sociedade, que seja um reflexo das conquistas alcançadas e o mapa para o desenvolvimento digno e ético da sociedade que representa

Com o advento da 2^a Guerra mundial e as barbáries cometidas sob a égide da lei observou-se a necessidade urgente de uma reaproximação do Direito com a ética e valores há muito esquecidos.

Concluindo, pode-se definir o Neoconstitucionalismo como uma evolução do Direito Constitucional onde o próprio conceito de Estado sofre influência, tendo por exemplo o surgimento do Estado Constitucional de Direito, a consolidação do pós-positivismo com uma ampla reaproximação do Direito com a ética, sob uma forte influência da ética *kantiana* e seu imperativo categórico, assim como o reconhecimento da força normativa da constituição e a evolução da hermenêutica constitucional, reconhecendo princípios como norteadores de sua exegese.

6. EXISTEM LIMITES MATERIAIS NO PODER ORIGINÁRIO?

Conforme explicado em capítulo acima, a Teoria do Poder Constituinte adotada nos dias de hoje é mesma elaborada há mais de dois séculos. Ocorre que os tempos mudaram, a sociedade evoluiu, o próprio Direito evoluiu. Mesmo se tratando de uma carta Política, não se pode ignorar a relação simbiótica com a Ciência Jurídica. Na época de sua elaboração tal Teoria atendia aos anseios daquele momento, contudo não é crível esta permanecer estática até os dias de hoje sem que tenha acompanhado a evolução da sociedade e de tudo o que dela flui.

Quando se fala da Teoria do Poder Constituinte clássica, esta se falando de uma época onde sequer se reconheciam os Direitos Fundamentais, estar-se-ia falando de Direitos de 1^a geração. De Estado liberal, o conceito de Estado social sequer havia sido idealizado naquele momento. A declaração dos direitos do homem e do cidadão era algo contemporâneo a sua elaboração, não há de ser crível a aplicação de uma Teoria construída naquele contexto social sem que se reflita acerca da necessidade de sua adequação temporal-social.

Um dos principais objetivos em um Estado de Direito é a consolidação da democracia, pode-se dizer que seria a base desse Estado, considerando que em um Estado Constitucional o poder emana do povo, este é o verdadeiro detentor de soberania, conforme explicado acima.

Partindo da premissa que não existe como a sociedade ser representada em sua totalidade, sendo esta representatividade manifestada pelo voto, por mais democrático que este seja, não há como alcançar todos os membros da sociedade de forma isonômica. Tem-se como exemplo, o cenário hipotético, apresentado na introdução deste artigo, onde um determinado grupo político lograsse êxito nas eleições presidenciais e resolvesse deflagrar uma Constituinte mesmo diante de uma explícita polarização política existente na sociedade. E desta constituinte mudanças radicais fossem feitas, inclusive retirando do ordenamento Garantias historicamente conquistadas e positivadas.

É assertivo afirmar que uma parcela do povo, o que enseja uma parcela dos que detêm a soberania, deixaria de ter seus anseios posi-

tivados na Constituição que viria a ser promulgada e o retrocesso social seria irreparável.

Já nos ensina Paulo Bonavides, a Teoria do Poder constituinte tem por finalidade precípua reconhecer a legitimidade e soberania do povo em determinado Estado. Desta forma, é compreensível não ser possível falar em soberania ou até mesmo de legitimidade quando existe o risco de uma parcela dos indivíduos que compõe determinado Estado terem seus direitos mitigados, ou até mesmo subjugados. (BONAVIDES, 1998, p. 120)

Ainda segundo Bonavides, a definição do que seria legitimidade pode ser assim descrita:

“No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência. A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática.” (BONAVIDES, 1998, p. 141)

Mutatis mutandis uma Constituição nada mais é do que o contrato social, ou o pacto social, melhor definido, defendido por Hobbes e outros que precederam o conceito hodierno de Estado.

Os tratados internacionais hoje vinculam de certa forma os Estados aos acordos firmados no âmbito externo de suas Nações, sendo alguns – como no caso do Brasil – recepcionados com caráter de norma constitucional quando tratarem sobre Direitos Humanos e forem submetidos ao rito exigido para emenda.

Portanto a necessidade de se refletir acerca da necessidade ou não da reformulação da Teoria criada na França revolucionária é algo que deve ser considerada. Teoria essa até hoje aceita como a predominante. Tal reflexão seria imprescindível para se avaliar o risco que essa estagnação temporal poderia acarretar.

Quando a Teoria tradicional foi elaborada não existiam acordos entre nações, não nos moldes contemporâneos, sequer existia o Direito como conhecemos hoje. Naquela época a Teoria se aplicava perfeitamente às necessidades existentes àquele tempo.

Ocorre que os Estados cresceram, as fronteiras diminuíram. Ao longo dos tempos foram sendo reconhecidos mais e mais direitos inerentes ao homem, uma reaproximação necessária e benéfica ao jusnaturalismo, tais direitos foram sendo incorporados por diversos Estados soberanos e hoje encontram-se consolidados no âmbito internacional.

Na hipotética situação na qual uma nova Constituição fosse elaborada sem a observância de um único direito fundamental, seja coletivo ou individual, o texto reconhecendo ou não os tratados internacionais que o Estado fosse signatário, rompendo com todo o ordenamento existente sem reconhecer nenhum limite, estar-se-ia diante de um retrocesso social nefasto.

Estar-se-ia retornando ao cenário que de início deu fundamento a criação da Teoria aqui criticada, se estaria diante de um Estado, possivelmente, totalitário. Um Estado que vai na contramão dos preceitos democráticos e de tudo que o constitucionalismo defende.

Esse é ponto basilar desta crítica acadêmica. Existe um paradoxo entre a Teoria do Poder Constituinte e a finalidade do movimento constitucionalista como conhecido hoje. Entende-se que toda constituição visa consolidar um regime democrático. E todo regime democrático tem como um de seus alicerces os Direitos e Garantias Fundamentais.

Portanto, se o Poder Constituinte Originário ainda permaneça ilimitado, não devendo observância aos Direitos Humanos reconhecidos no âmbito internacional e integralizados no ordenamento interno por meio de tratados internacionais, assim como os demais Direitos e Garantias Fundamentais instituídos, este perderá sua finalidade.

Os Direitos Fundamentais são inerentes ao homem, são parte de sua existência, não podem, e nem devem, ser pormenorizados por aquilo que – em tese – deveria consolidá-los.

CONCLUSÃO: ATÉ ONDE O CONSTITUINTE PODE IR AO ELABORAR UMA NOVA CONSTITUIÇÃO.

Por fim, se conclui que diante dos pontos levantados neste trabalho, além da problemática proposta, se faz necessário uma revisão

aprofundada da Teoria do Poder Constituinte, buscando assim, quem sabe, adequar esta secular Teoria aos tempos modernos, assim colocando-a em sintonia com os valores arraigados na sociedade e presentes nas Ciências Jurídicas.

Como dito alhures, a Teoria até hoje adotada era plenamente compreensível e válida à sua época, contudo não deve continuar sendo.

Conceder, nos dias de hoje, um poder ilimitado a determinado grupo político, mesmo que em decorrência da deflagração de uma Assembleia Nacional Constituinte, é algo que parecer ser incompatível com os atuais valores arraigados na sociedade.

Um exemplo didático que melhor figura o explanado é o caso do “poder constituinte híbrido” – brilhantemente trabalhado pela Drª Carina Gouvêia. Neste caso se vislumbra a possibilidade de interferência de organismos internacionais (como a ONU, sendo mais específico) no processo de elaboração da constituição de alguns Estados recém democratizados que se encontram em processo de elaboração de sua carta política. (GOUVEIA, 2019, p. 7)

É consenso, o entendimento de que este processo, prioritariamente, tenha como objetivo garantir que os direitos e garantias fundamentais de determinado povo soberano sejam respeitados e consolidados na nova carta política, visto que na maioria das vezes esses Estados encontram-se em um processo de transição de um Estado totalitário para um regime democrático, e as forças que ali ainda persistem poderiam influenciar de forma negativa a redação da nova Carta Política.

Destarte, é de extrema relevância um estudo aprofundado para averiguar se hodiernamente o Poder Constituinte Originário permanece ilimitado, como foi inicialmente idealizado na França revolucionária, considerando que existem entendimentos dicotômicos com os mais variados fundamentos.

A doutrina em sua maioria ainda entende como válida a Teoria clássica, contudo, o pensamento de que esta encontra-se superada, sob a questão de ser ou não ilimitado, vem crescendo nas academias e ganhando força, assim como adeptos.

Afinal de contas o próprio Sieyés reconhecia a limitação do Poder Constituinte em face do Direito Natural. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 23)

Portanto, conclui-se com o entendimento de que hodiernamente o Poder Constituinte Originário encontra limitação material quando se estiver falando de Direitos Humanos, ou, no âmbito interno, Direitos e Garantias Fundamentais. A sociedade chegou a um grau de evolução no qual não é possível imaginar um Estado no qual tais garantias não estejam presentes.

Contudo, a conclusão desta obra não é o que se encontra na majoritária doutrina constitucionalista, por isso se entende que o debate acerca do tema, nas academias e no mundo jurídico se faz imprescindível.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Anderson Ayres Bello, MELLO, Danilo Gomes; **O teor inconstitucional e o retrocesso histórico da limitação do uso da internet por meio de franquia.** – Caderno De Graduação - Ciências Humanas e Sociais | Facipe | v. 3 | n.2 | p. 89-98 | novembro 2017 | periodicos.set.edu.br.

BARROSO, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 1909 - A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson; apresentação de Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier 2004 – 3^a reimpressão

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941 – Direito Constitucional e teoria da constituição – 7^a ed. 14 reimpressão.

SÁ, Ana Paula Barbosa, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia - v. 38 n. 1 (2010) Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/issue/view/824>, acessado em outubro de 19.

EMMANOUILIDIS, Bruna; MAAS, Rosana Helena. Análise do poder constituinte: aspectos polêmicos no ordenamento jurídico brasileiro. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: brunaemman@gmail.com; E-mail: rosanamaas@unisc.br. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/15823/3721>. Acessado em outubro de 19.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOUVEIA, Carina Barbosa; A categoria teórico-abstrata do poder Constituinte híbrido e a crise dos sistemas Democráticos: materializando novos sentidos para

Internacionalização do poder constituinte originário. Disponível em: <https://www.academia.edu/39874754/_A_CATEGORIA_TE%C3%93RICO-ABSTRATA_DO PODER_CONSTITUINTE_H%C3%8DBRIDO_E_A_CRISE_DOS_SISTEMAS_DEMOOCR%C3%81TICOS_MATERIALIZANDO_NOVOS_SENTIDOS_PARA_INTERNACIONALIZA%C3%87%-C3%83O_DO_PODER_CONSTITUINTE_ORIGIN%C3%81RIO>.

Acessado em outubro de 19

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

OLIVEIRA, Breno Alves de. As limitações do poder constituinte originário na instauração de uma nova ordem jurídica. Disponível em: <<https://brenoalves92.jusbrasil.com.br/artigos/160029934/as-limitacoes-do-poder-constituinte-originario-na-instauracao-de-uma-nova-ordem-juridica>>.

Acessado em outubro de 19.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. (Org. Aurélio Wander Bastos). 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPÍTULO 3

RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DANO MATERIAL E REPETIÇÃO DE INDÉBITO: UM ESTUDO DAS DECISÕES DO TJPE NO ANO DE 2019 SOBRE CONTRATOS BANCÁRIOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

*Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Deyvison Cavalcante Beltrão
Eriberto Cordeiro Amaral*

1. INTRODUÇÃO

De acordo com pesquisa realizada pelo Serasa Experian (2018), a cada 16 segundos uma tentativa de fraude ocorre no Brasil, sendo as instituições bancárias o terceiro segmento mais afetado por tais tentativas. Como consequência, cresce a demanda de ações que versam sobre a matéria, tal como cresce a necessidade de se entender e delimitar a forma com a qual os órgãos jurisdicionais vêm decidindo sobre o tema, sempre tendo como ponto de chegada à concretização da segurança jurídica para todos os envolvidos.

Para que se possa realizar um estudo mais aprofundado e assertivo baseado em pesquisas teóricas com análise de dados documentais, o presente estudo limitará a sua área de incidência ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, mais especificamente as decisões proferidas no ano de 2019, em sede recursal e que versem sobre empréstimo consignado. Neste último, por sua vez, delimitar-se-á apenas aos quais uma instituição financeira específica figure no polo da demanda, contudo, sem mencionar a sua razão social, por limitações e restrições profissionais. Mas, basta expor que tal instituição, é voltada e especializada na concessão de empréstimos consignados, atuante em todo o território nacional.

Dando continuidade, o objetivo do presente trabalho é compreender de que maneira o TJPE julgou, no ano de 2019, as apelações interpostas contra sentenças condenatórias em face de um determi-

nado Banco, em ações de repetição de indébito de empréstimos consignados, fundadas no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, para tanto, se faz necessário caracterizar as hipóteses de cabimento da repetição de indébito por valor igual ao dobro do pago em excesso, explicar em que consiste o instituto do “engano justificável” presente no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor e suas consequências práticas, levantar e analisar as decisões proferidas pelo TJPE, no ano de 2019, no julgamento das apelações interpostas contra sentenças condenatórias em face do Banco pesquisado, em ações de repetição de indébito de empréstimos consignados, fundadas no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, e só então será possível demonstrar se os acórdãos de apelação proferidos pelo TJPE, no ano de 2019, em ações de repetição de indébito de empréstimos consignados movidas contra a instituição financeira, acolheram ou rejeitaram o pedido de restituição de valor em dobro do pago em excesso.

Sendo assim, todo o trabalho foi estruturado pensando no aspecto didático, com o fito de transmitir da forma mais dinâmica, clara, simples e coerente possível, sem deixar de expor as peculiaridades de nuances julgadas primordiais para o entendimento e reflexão, e para tanto, será abordado na seção que se segue, a correlação entre a repetição de indébito com os atos unilaterais e o enriquecimento sem causa, mas ratificando, sempre de maneira didática e escorreita. Dando seguimento, é abordado em seção distinta, a própria ação de repetição de indébito como mecanismo de reparação frente ao pagamento indevido, destrinchando as suas hipóteses de cabimento e embasamento legal. Não obstante, e guardando estreita relação com a seção anteriormente mencionada, tem-se a exposição quanto ao conceito e incidência do engano justificável, elemento indispensável sobre a temática estuda, visto ser uma verdadeira excludente de responsabilidade quanto o assunto é a repetição em dobro. Isto posto, as próximas seções são consequências dos raciocínios e linhas de pesquisa desenvolvidas ao longo do trabalho, como a ligação entre empréstimo fraudulentos e o próprio engano justificável, bem como a análise dos julgados enquadrados como pertinentes para à elaboração do trabalho.

Por fim, não se pode afastar à ideia ou possibilidade de que, as decisões divergentes proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça

do Estado de Pernambuco, quanto a repetição de indébito, decorrem da falta de comunicação e observância aos precedentes gerados pelas instâncias superiores, o que, como já dito anteriormente, gera um efeito extremamente danoso para a sociedade, qual seja, a insegurança jurídica.

2. DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO E SUA RELAÇÃO JURÍDICA COM OS ATOS UNILATERAIS DO PAGAMENTO INDEVIDO E DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Os contratos já estão consagrados no ordenamento jurídico brasileiro como fonte de obrigações e a sua utilização é efetivada diuturnamente em sociedade, visto a sua multiplicidade de formas, o que os tornam mais adequados a uma gama de situações. Entretanto, antes de aprofundar a análise de aspectos relacionados aos contratos, considerando os objetivos deste artigo científico, faz-se necessário o resgate do conceito das consequências jurídicas sobre os atos unilaterais, notadamente no que diz respeito ao Pagamento Indevido e o Enriquecimento sem causa. Com efeito, segundo Gagliano e Pampolina Filho (2019), tais institutos também constituem-se como fontes de obrigações, sendo dotados de relevância importância quando se realiza análises das demandas versadas sobre repetição de indébito e as suas implicações jurídicas, como ocorreu neste trabalho.

Como sabido, a lei é fonte precípua de obrigações entre os indivíduos, contudo, os atos unilaterais representam fontes geradoras de obrigações pela via voluntária. no momento que possibilitam que indivíduos, de forma unilateral, possam estipular obrigações e criar relações jurídicas entre particulares, conforme consolidado pelo Código Civil Brasileiro (CCB), instituindo de forma assertiva as declarações unilaterais como verdadeiras fontes autônomas de obrigações (GONÇALVES, 2019).

2.1 Da Ação de Repetição de Indébito enquanto instrumento para vedação ao enriquecimento sem causa (actio in rem verso)

Este trabalho acadêmico volta-se à percepção da aplicação jurídica da repetição de indébito a partir da análise de decisões judiciais

proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE), no ano de 2019. Destarte, faz-se necessário delinear o conceito do instituto ora em apreço, que guarda estreita relação com a cobrança indevida, ato praticado pelo credor ou suposto credor, numa clara conduta de abuso de direito ao realizar cobrança de débito à maior ou inexistente, respectivamente (TARTUCE, 2018).

A partir de tais constatações, tem-se que todo valor cobrado indevidamente - independentemente da natureza do crédito - faz surgir, em tese, a possibilidade da repetição do indébito, razão porque se trata de regra jurídica com incidência em vários ramos do direito, a exemplo do Direito Civil, Tributário e Consumerista, cada um com as suas peculiaridades, requisitos e regramentos, sendo este último a seara sobre a qual se dedica o presente trabalho.

Sendo assim, para que se possa pleitear em juízo a restituição de valores pagos ou cobrados indevidamente, devem ser observados os pressupostos de cabimento, conforme a doutrina consolidada, sendo elas de Gonçalves, Tartuce, Gagliano e Pamplona Filho, sendo eles: o enriquecimento do réu, o empobrecimento do autor, a relação de causalidade e, finalmente, a inexistência de ação específica e de causa jurídica para o enriquecimento.

Observando o que lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2019), pode-se extrair a compreensão dos supramencionados pressupostos da seguinte maneira:a) enriquecimento do réu (assim compreendido como adição patrimonial ou outra vantagem por este agregada); b) empobrecimento do autor (correspondente à diminuição do seu patrimônio ou à percepção de acréscimo menor do que a esperada; c) relação de causalidade (o que nada mais seria do que o nexo entre o enriquecimento e o empobrecimento); d) inexistência de causa jurídica para o enriquecimento (ou seja, ausência de causa que justifique o pagamento realizado ou a cobrança); e, por fim, e) inexistência de ação específica (nesse aspecto, pode-se entender ação ou qualquer outro meio para ressarcir-se do dano sofrido).

Com efeito, pode-se asseverar em breve síntese, que à ação de repetição de indébito trata-se do pleito realizado em juízo para reaver valores indevidamente pagos ou cobrados pelo indivíduo, independentemente do ramo do direito ao qual a sua relação seja oriun-

da, visando sempre evitar ou desfazer o enriquecendo sem causa, não sendo exigível o pagamento indevido propriamente dito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2019).

Nesse sentido, considerando a íntima relação existente entre o pleito de repetição de indébito e o pagamento indevido, imperioso se faz discorrer acerca deste instituto, sobre o qual dedicar-se-á a subseção seguinte.

2.2 Pagamento indevido: artigos 876 a 883 CCB

Em que pese a repetição de indébito guardar relação com o pagamento indevido, este, por sua vez, igualmente relaciona-se à noção de enriquecimento sem causa, sendo esse o primeiro importante aspecto a ser ressaltado, a exemplo do que dispõe Gonçalves (2019, p. 767): “O pagamento indevido constitui um dos modos de enriquecimento sem causa. Este representa o gênero do qual aquele é espécie”.

Assim, preconiza Tartuce (2020) que o pagamento indevido faz despontar uma fonte obrigacional da qual transborda o dever de restituir, seja em dobro ou de forma simples, de acordo com cada caso concreto. Nesse viés, existem duas modalidades básicas de pagamento indevido, quais sejam, o pagamento de uma dívida inexistente ou paga a maior, enquadrando-se na modalidade de pagamento objetivamente indevido, e ainda, o pagamento subjetivamente indevido, quando há erro quanto à pessoa do credor ou nas hipóteses de credor putativo (TARTUCE, 2020). Para fins didáticos, se tem como o credor putativo, aquele que, ao menos de forma aparente, leva o devedor a crer ser o verdadeiro detentor do direito ao crédito, não havendo assim, qualquer indício do contrário (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Não obstante, no ordenamento brasileiro se estabeleceu como regra geral, que diante de um pagamento realizado indevidamente, deve este ser restituído de forma simples, mas com os acréscimos legais, como a correção monetária e juros de mora, sendo imperativo que todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir. Tal obrigação recai sobre aquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição, ou seja, recebe valores que inicial-

mente dependem de evento futuro para sua justificação, conforme o artigo 876, do Código Civil Brasileiro (CCB) (BRASIL, 2002).

Entretanto, para tal regra há exceções igualmente previstas no ordenamento legal, a saber, as presentes nos artigos 940 do CCB e no parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Quanto a primeira, vejamos:

“aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

Quanto a segunda tem-se que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável” (BRASIL, 1990).

Para que se possa então detalhar as exposições aqui realizadas, a subseção seguinte voltar-se-á ao pagamento indevido objetivo e a exceção prevista do Código de Defesa do Consumidor.

2.3 Enriquecimento sem causa: artigos 884 a 886 CCB

A noção de vedação ao enriquecimento sem causa encontra-se presente no ordenamento jurídico brasileiro e parte da premissa que, ausente a causa jurídica, não pode uma das partes da relação obrigacional vir a se beneficiar do depauperamento de outrem (GAGLIA-NO; PAMPLONA FILHO, 2019). Tal entendimento, inclusive, é ratificado por outros argumentos, de ordem principiológica, consoante advoga Tartuce (2020), para quem, na hipótese de pagamento indevido, devem ser aplicados os princípios da função social das obrigações e da boa-fé objetiva, como fundamentos de proibição ao enriquecimento sem causa, pelo que o dever de restituição deve ser cumprido por constituir-se verdadeira fonte obrigacional.

Importa destacar, que o dever de restituição não se restringe apenas às situações nas quais não haja justa causa para o recebimento, de acordo com o artigo 884 do CCB, mas também, se aquela, a jus-

ta causa, deixou de existir, em conformidade com o artigo 885 do referido diploma legal.

Demais disso, convém distinguir enriquecimento sem causa de enriquecimento ilícito, porquanto correspondem a circunstâncias jurídicas distintas. Enquanto no primeiro o aumento patrimonial ou vantagem auferida decorrem de circunstância onde inexiste causa jurídica que os justifique. No segundo, por sua vez, o próprio enriquecimento está fundado na afronta ao ordenamento, por meio de uma prática ilegal que proporciona tais acréscimos (TARTUCE, 2020).

3. DA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Diferente do que ocorre nas relações obrigacionais disciplinadas pelo CCB, o CDC possui regra própria que disciplina a solução jurídica em casos de pagamento indevido ensejador da consequente ação de repetição de indébito. É que, nesse caso, está-se diante de uma lei especial, cuja aplicação tem cabimento focado nos sujeitos da relação obrigacional, que, nesse caso, será protagonizada por consumidores¹ e fornecedores². Tal perspectiva, no contraponto, diferencia-se das relações cíveis em geral, que tem o seu foco no objeto (CAVALIERI FILHO, 2019).

Nesse aspecto, convém salientar a doutrina entabulada por Nunes (2018, p. 83), segundo o qual “haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.”. Ratificando tal entendimento, preceitua Miragem (2020, p. 155) “Só existirá um consumidor se também existir um fornecedor, bem como um produto ou serviço”. Não obstante, ao se analisar o

¹ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

² Art. 3º 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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial

§ 2º 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.

CDC, nota-se que houve, por parte do legislador, a preocupação apenas em definir e classificar os sujeitos da relação consumerista, mas não o que seria essa relação em si, o que na prática, poderia abranger uma gama maior de situações (ALMEIDA, 2020).

Sendo assim, percebe-se que para a compreensão de aspectos antes mencionados, importa, preliminarmente aprofundar os conceitos relacionados aos sujeitos e ao objeto de tais relações de consumo, a saber: o de consumidor, fornecedor, produto e serviço. O primeiro, consumidor, corresponde ao sujeito - seja pessoa física ou jurídica - que, para deleite próprio, venha a retirar de circulação produto ou serviço, sendo, por tal razão, o último beneficiário da atividade econômica (CAVALIERI FILHO, 2019). Quanto ao segundo, a legislação brasileira tratou de defini-lo de forma mais ampla, visando englobar todos os sujeitos desenvolvedores de atividade econômica ou produtiva, independentemente do segmento, sendo eles pessoas físicas ou jurídicas, atuantes em qualquer etapa da cadeia econômica produtiva (CAVALIERI FILHO, 2019).

No tocante à definição de “produto”, o ordenamento cuidou de dar margem para que se possa incluir os mais variados tipos, a exemplo do que disserta Nunes (2018), ao enfatizar o caráter universal do conceito posto na legislação, justamente para que se possa focar na ideia de bem como um todo, presente na cadeia produtiva ou não.

Por outro lado, os serviços seguem a mesma linha de raciocínio exposto anteriormente, sendo exposta na legislação vigente um rol meramente exemplificativo, com o intuito de abranger qualquer atividade ofertada no mercado de consumo (NUNES, 2018).

3.1 Do artigo 42 do CDC e das hipóteses de cabimento do resarcimento no equivalente ao dobro do valor devido

O legislador consumerista dedicou a Seção V do CDC para disciplinar a cobrança de dívidas, estabelecendo limites quanto ao exercício desse direito do credor, bem como as consequências dos eventuais abusos praticados, sendo aplicável não apenas a sanção pecuniária prevista no artigo 42³, mas também, a pena de detenção de 3

³ Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumi-

(três) meses a 1 (um) ano e multa, prevista no artigo 71⁴ do supracitado diploma legal. Contudo, tem-se aqui uma abordagem específica e, para tanto, será considerado apenas o que concerne à previsão contida no artigo 42, parágrafo único, na qual o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Diferentemente do que ocorre em outros institutos, a repetição de indébito em dobro, prevista no supramencionado dispositivo, traz uma imputação objetiva de responsabilidade ao credor, inexistindo qualquer necessidade da comprovação de culpa ou dolo, mormente, por esse ter responsabilidade sobre os riscos do negócio (Miragem, 2020). Todavia, esse instituto é revestido de especificidades que não são encontradas na repetição de indébito prevista no CCB, como por exemplo, no CDC, há exigência de má-fé e que a demanda tenha sido realizada judicialmente, enquanto no CCB, não exige tal má-fé bastando a comprovação de pagamento em excesso ou indevido (CAVALIERI FILHO, 2019).

Ademais, esclarecidos os pontos considerados mais relevantes do instituto e as características que permitem a sua aplicabilidade, se faz necessário abordar a sua exceção, igualmente prevista em lei, mas que de tão significativa se fará em seção própria, a seguir detalhada.

4. DO ENGANO JUSTIFICÁVEL E SUAS IMPLICAÇÕES

Ao se tratar sobre engano justificável, tem-se aqui uma exceção à regra da repetição do indébito na modalidade em dobro, e registre-se, o instituto não exime o fornecedor da restituição, haja vista este responder objetivamente pelos danos, mas sim, que tal restituição seja realizada na modalidade simples, e em ambos os casos, acrescido de correção monetária e juros legais (NUNES, 2018).

4 dor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

4 Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que expõe o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Nesse viés, e sem perder de vista que o engano justificável, conforme doutrina majoritária, não se origina da conduta culposa *stricto sensu* (imprudência, negligência ou imperícia), nem do dolo, mas sim, do fato de, mesmo tendo aplicado todos os cuidados necessários e pertinentes à execução da atividade comercial, restou impossibilitado de evitar o dano, tudo conforme o viés protetivo da legislação consumerista brasileira (CAVALIERI FILHO, 2019).

4.1 Do engano justificável e sua caracterização: o dever de restituir em valor simples

A definição e enquadramento de situações que possam ser entendidas como engano justificável torna-se fundamental para delimitar e restringir a incidência da repetição do indébito na modalidade em dobro. Contudo, em virtude da necessidade de serem analisadas as condutas praticadas no caso concreto - notadamente para a averiguação de eventual comportamento culposo realizado dentro do contexto fático, serão exemplificadas algumas situações já consolidadas pela doutrina e jurisprudência, e que servirão de base para comparação de eventos futuros.

Benjamin, Marques e Bessa (2016) expõem, em sua obra, didaticamente, circunstâncias nas quais restou configurado o erro justificável, bem como outros casos que se opuseram à mencionada justificação. A guisa de exemplo, dissertam os pré-falados doutrinadores sobre as cobranças realizadas de forma automatizada por meio de computadores, que não afastam a responsabilização do fornecedor em restituir com a dobra legal, caso haja alguma cobrança indevida, e consequentemente, paga, visto à obrigatoriedade em auditar todas as cobranças. Contudo, se essa mesma cobrança decorre de problema gerado por conta de um eventual vírus que acometeu os sistemas computadorizados do fornecedor, tem-se, nesse caso, exemplo de situação verdadeiramente justificável, e por conseguinte, do afastamento da restituição na modalidade em dobro.

5. DO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO FRAUDULENTO X ENGANO JUSTIFICÁVEL

De início, torna-se indispensável estabelecer o conceito de contrato e o enquadramento adequado a ser conferido para a espécie voltada ao empréstimo consignado, modalidade ora em pauta. Dessa forma, não é uma inovação da contemporaneidade a criação dos contratos, pelo contrário, a sua utilização remonta dos primórdios das civilizações e antes, com os pactos realizados entre os indivíduos (TARTUCE, 2019).

Nesse diapasão, e partindo da premissa que os contratos são espécies da qual o negócio jurídico é gênero, segue-se com clareza a conceituação feita por Gonçalves (2019), segundo o qual o contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. Isso posto, enquanto espécie de negócio jurídico que é, tem o contrato por escopo, preci- puamente, a criação, alteração ou extinção de direitos, sendo por isso necessária a manifestação de vontade das partes e a importância de manutenção do caráter volitivo, assim compreendida dentro da autonomia privada (TARTUCE, 2019).

5.1 Conceito, natureza e finalidade do empréstimo consignado

O empréstimo encontra-se previsto como um dos gêneros contratuais previstos no CCB, podendo ser apresentado, juridicamente, por meio das modalidades de comodato e de mútuo (TARTUCE, 2019). Com efeito, aduz o referido autor que o contrato de comodato - disciplinado entre os artigos 579 a 585 do diploma legal civil - corresponde à espécie de empréstimo gratuito de coisas infungíveis, ao passo que o mútuo - este previsto entre os artigos 586 a 592 igualmente do CCB - vem a ser a espécie de empréstimo gratuita ou onerosa que tem por objeto bens fungíveis. Salienta ainda o pré-falado doutrinador que ambas as espécies têm em comum a natureza de serem contratos reais, ou seja, são modalidades cuja produção de efeitos jurídicos depende da entrega do objeto por quem empresta (comodante ou mutuante) para quem recebe o empréstimo e possui o dever final de restituição (comodatário ou mutuário).

Feita tal exposição, convém salientar que o de mútuo de dinheiro, que se popularizou socialmente pela simples menção de “emprestímo” representa uma das importantes atividades financeiras desenvolvidas em âmbito nacional, o que, por consequência, finda por impulsionar a economia de maneira significativa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Dentre os diferentes tipos de empréstimo possíveis, o que é objeto deste estudo é o consignado, realizado entre instituição financeira e o consumidor, em que a importância emprestada, em regra contratada por funcionários públicos, aposentados e pensionistas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), é descontada diretamente na folha de pagamento de salário, de aposentadoria ou ainda benefício, caracterizando-se pela forma rápida que é concedido, possivelmente em decorrência do baixo risco do negócio, o que igualmente explica a incidência de juros remuneratórios mais baixos que os operados no mercado para outras modalidades de empréstimo (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2019).

Menezes (2020) salienta que a modalidade supracitada se apresenta como de fácil acesso ao público, ao passo que apresenta juros remuneratórios em percentual mais baixo que os do mercado, razão pela qual tem cada vez mais atraído consumidores interessados. Ademais, segundo o pré-falado doutrinador, tais supostas facilidades igualmente têm despertado a atenção para a atuação de fraudadores, visto que, mesmo com todo o aparato de segurança e cuidados adotados pelos fornecedores, a incidência de fraudes tem crescido na mesma proporção, o que justifica a necessidade de estudo e análise sobre tal aspecto, sendo o objeto ao qual se dedica a seção seguinte.

5.2 Mecanismo de Segurança e onerosidade excessiva

Segundo uma pesquisa realizada em 2018 pelo Seresa Experian, maior banco de dados relacionado a crédito da América Latina, uma tentativa de fraude ocorre no Brasil a cada 16 segundo. Dentre os segmentos mais afetados, três lideram o interesse dos fraudadores, sendo o ramo de telefonia o mais visado, seguido pelo ramo de serviços e logo depois as instituições financeiras, com 23,6% de participação e 428.347 tentativas. Vale salientar, que conforme à própria pes-

quiso alerta, os golpes aplicados no setor de telefonia servem como pontapé inicial para à fraude ao setor de serviços e instituições financeiras, visto que, há à obtenção de comprovante de residência, o que possibilita o firmamento de avenças e a tomada de empréstimos.

Sendo assim, se tem como um dos princípios basilares das relações de consumo que deve ser sempre observado, o equilíbrio contratual, este, entendido não como uma equivalência econômica entre as partes, mas sim, entre a sujeição e estipulação de cláusulas contratuais, o que evita o surgimento de qualquer abuso (CAVALIERI FILHO, 2019). Não obstante, é importante ressaltar, conforme leciona Nunes (2018), que não existe nenhum óbice para que fato superveniente venha à mutacionar um contrato ou cláusula, inicialmente firmados de forma equivalente, em um pacto eivado de onerosidade excessiva, o que evidencia a preocupação do legislador com a fluidez e concretude dos contratos no âmbito das relações de consumo. E como consequência da incidência dessa onerosidade, o CDC⁵, de forma solar, evidencia dois aspectos importantes para que se possa extrair do caso concreto a onerosidade excessiva, quais seja, em um primeiro momento, que não se pode auferir tal onerosidade sem à devida análise do caso concreto, vedada à apreciação em abstrato, e como segundo aspecto, a desproporcionalidade entre as partes no que concerne as prestações e o desequilíbrio contratual (CAVALIERI FILHO, 2019).

5.3 Boa-fé objetiva e a cautela empresarial

De forma unânime, Cavalieri Filho (2019) e Almeida (2020), indicam o princípio da boa-fé objetiva como o pormenor elementar quando se fala em direito do consumidor e relações de consumo, chegando a equipara-la com a dignidade da pessoa humana no âmbito do direito constitucional. Nesse viés, cresce a importância de se definir o que é, de fato, a boa-fé objetiva e a sua diferenciação da boa-fé subjetiva.

Inicialmente, deve-se ter em mente que a boa-fé subjetiva está ligada às crenças íntimas do sujeito, ao que é sabido por ele quanto

5 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

à relação consumerista que se constrói. Ao passo que, em revés ao conceito retro, a boa-fé objetiva⁶ tem o seu foco voltado para a conduta que se espera dos sujeitos da relação contratual, pouco importando o seu conhecimento sobre o ato jurídico firmado (ALMEIDA, 2020). E ainda, de forma mais simples e direta, Nunes (2019, p. 123) expõe da seguinte maneira “a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade.”.

À vista disto, a boa-fé objetiva traz às relações de consumo deveres secundários, oriundos da própria relação jurídica criada entre as partes, devendo ser observados e respeitados da mesma maneira que a própria boa-fé, pois delas são decorrentes (ALMEIDA, 2020). O dever de informação, que pode-se ser extraído sem rodeios dos ensinamentos de Miragem da seguinte forma:

“um dever de informar qualificado, uma vez que não exige simplesmente o cumprimento formal do oferecimento de informações, senão o dever substancial de que estas sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor.” (2020, p. 155)

De forma mais simples e fácil de se visualizar, mas não menos importante, tem-se o dever de cooperação, consistente no fato de ajuda mútua entre consumidor e fornecedor, sempre com o intuito de expurgar da relação qualquer possibilidade ou óbice que possa vir a surgir, gerando uma articulação constante entre ambos (ALMEIDA, 2020). Por último, e novamente não se pode deixar de expor o conceito assertivo de Miragem quanto a temática, ao explicitar o conceito retro da seguinte forma:

No que se refere aos deveres de proteção e cuidado com relação à pessoa e ao patrimônio da outra parte, o CDC igualmente prevê este efeito decorrente do princípio da boa-fé ao consagrar os direitos do consumidor a saúde e segurança, e ao estabelecer, em consequência, o dever do fornecedor de respeitá-los (artigos 8º a 10 do CDC)” (2020, p. 150)

⁶ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;

Este último, tende a ser o dever mais pertinente ao presente artigo, posto que, guarda estreita relação com à atividade econômica desenvolvida pelas instituições financeiras e o dever de cuidado que deve ser despendido a todo momento no firmamento dos contratos de empréstimo consignado, e sua inobservância, de certo, acarretará na sua responsabilização.

6. ANÁLISE DOS JULGADOS E DADOS COLETADOS

Como ponto inicial, se faz necessário estipular as delimitações dos julgados analisados, para que possamos ter um panorama de como e em que sentido as decisões têm sido proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco quanto a temática proposta. Nesse seguimento, e utilizando como banco de dados os casos que envolvem instituição financeira específica, voltada para o segmento de concessão de empréstimo consignado e atuante em âmbito nacional, entretanto, tal nome, por expressa solicitação e restrição profissional, será mantido sob reversa.

Dando seguimento, dentre os casos identificados como pertencentes à instituição financeira e que versam sobre empréstimo consignado, foram extraídos apenas aqueles que guardam estreita relação com as supramencionadas relações contratuais, bem como, que também tenham sido levados ao segundo grau de jurisdição com possibilidade de apreciação da matéria, qual seja, a repetição de indébito em dobro, pelos nobres julgadores, tendo sido apreciadas durante o ano de 2019, vindo a decidir sobre a matéria de forma favorável ou desfavorável.

Pelo exposto, foi possível o enquadramento e consolidação dos dados referente a 15 (quinze) casos, os quais terão as suas conclusões esmiuçadas a seguir.

6.1 O julgamento em grau de recurso com procedência do pedido de restituição de indébito em dobro

De plano, pode-se notar que existe um notório descompasso entre o entendimento aplicado pelo tribunal quando o assunto é a repetição de indébito, pois, somando exatos 30,76% dos julgados, hou-

ve a fixação da restituição em dobro, sob a fundamentação de que inexistente à necessidade de comprovação da má-fé ou dolo do fornecedor, bastando a incidência da culpa (MARQUES, 2016). E ainda, tendo em vista estar-se falando de relações consumerista, não se pode falar em má-fé, visto que esta, encontra-se presente como requisito apenas no CCB, mas dispensada no CDC (NUNES, 2018)

Nesse viés, patente se torna à inaplicabilidade no engano justificável aos casos que envolvam tal matéria, conforme os julgados analisados, posto que, a responsabilidade objetiva do fornecedor impunha-lhe um dever de cuidado, um dever de cautela não foi devidamente observado, haja vista os descontos realizados indevidamente e ter sido possibilitado a incidência da fraude.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. DESCONTOS INDEVIDOS. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTIFICAÇÃO. PARÂMETROS. **DEVOLUÇÃO EM DOBRO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA**. JUROS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. (TJPE, 1ª Turma – 1ª Câmara Regional, Apelação 0000605-82.2017.8.17.3240, Des. José Viana Ulisses Filho, 30/09/2019) (grifo nosso)

Importante reforçar, que no caso em que a restituição em dobro foi deferida, a análise recai, basicamente, na existência ou não de engano justificável, e este não sendo apresentado ou evidenciado nos autos, tem-se como procedente os pleitos realizados na inicial, ao menos no que concerne ao dano material e a sua forma de restituição, tendo como alicerce o Art. 42, paragrafo único, do CDC.

6.2 O julgamento em grau de recurso com improcedência do pedido de restituição de indébito em dobro

À medida que as decisões proferidas no sentido de permitir a restituição em dobro utilizam como baluarte o CDC e a responsabilidade objetiva do fornecedor, a negativa do pleito para à aplicação da dobra legal reside na necessidade de comprovar a má-fé ou o dolo para que tal instituto seja aplicado ao caso concreto. Logo, tem-se uma leve maioria das decisões nesse sentido, o percentual de 69,23% (sessenta por cento), para ser mais exato, no sentido de não conceder a re-

petição de indébito em dobro, nos casos em que não houver evidência da má-fé ou do dolo, cabendo assim, apenas a restituição dos valores de forma simples.

APELAÇÃO. RESERVA DE MARGEM PARA CARTÃO DE CRÉDITO (RMC) QUE ASSEGURA NÃO TER FIRMANDO. **FRAUDE**. PROPOSTA DE ADESÃO. AUSÊNCIA DE EFETIVA CONTRATAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELO FATO DO SERVIÇO. ÔNUS DA PROVA DO FORNECEDOR. **REPETIÇÃO SIMPLES**. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL QUE ATENDE ÀS CONDIÇÕES SOCIO-ECONÔMICAS DAS PARTES E AO CARÁTER PEDA-GÓGICO DA MEDIDA (R\$ 6.000,00). RECURSO PROVÍDIO. (TJPE, 1ª Turma – 1ª Câmara Regional, Apelação 0000215-15.2017.8.17.3240, Des. Sílvio Neves Baptista Filho, 29/09/2019) (grifo nosso)

Não obstante, essa linha de pensamento vem acompanhando o que até recentemente era prevalência no STJ, no sentido de que a restituição com aplicabilidade da sobra legal só era possível em casos de manifesta má-fé do credor.

AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS. TRIBUNAL DE ORIGEM CONCLUIU QUE NÃO HOUVE PROVA DA MÁ-FÉ DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INAPLICABILIDADE DO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. RESTITUIÇÃO SIMPLES. ACÓRDÃO ESTADUAL DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRADO DESPROVIDO. 1. **A repetição em dobro de valores indevidamente cobrados e/ou des-contados exige a demonstração da má-fé do credor** (AgRg no AREsp 167.156/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 1º/12/2015, DJe de 03/12/2015). 2. No caso, o Tribunal de origem, com arrimo no acervo fático-probatório carreado aos autos, concluiu que não ficou demonstrada a má-fé ou dolo da instituição financeira, concluindo pela repetição do indébito na forma simples. (...) 4. Agrado interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp 1501756/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 25/10/2019) (grifo nosso)

Contudo, como dito anteriormente, esse era o entendimento da corte, mas modificado recentemente e que será objeto de análise no tópico seguinte.

6.3 Impressões quanto ao recente julgado

Passo importante se deu no recente julgado, tendo em vista a definição de aplicabilidade da restituição e dobro e a exigência ou não da comprovação de má-fé, visto que, dessa forma, traz-se uma maior segurança jurídica ao processo. Posto isto, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Corte Especial, aprovou a seguinte tese:

“A restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que cobrou valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstancial à conduta contrária à boa-fé objetiva” (STJ, 2020)

A chegada desse desfecho, põe fim a uma controvérsia temática enfrentada pelas relações de consumo no sistema jurídico brasileiro, consolidando agora, que o elemento volitivo relacionado ao fornecedor tornou-se irrelevante, bastando apenas que haja uma conduta contrária à boa-fé objetiva, e como dito em seções anteriores, princípio de extrema importância que rege as relações de consumo (VITAL, 2020).

CONCLUSÃO

Sem mais delongas, este estudo foi direcionado os julgados proferidos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, no ano de 2019, com o intuito de identificar e entender como o referido tribunal tem decidido sobre as matérias que versam sobre a contratação de empréstimos consignados, bem como a repetição de indébito e a sua ocorrência de forma simples ou em dobro. Tal análise, realizada por meio de julgados sobre a temática, possibilitou identificar como tem sido decidido e os critérios utilizados.

Como demonstrado no decorrer deste artigo, os contratos de empréstimo consignado têm ganhado espaço no mercado por seus ju-

ros baixos e facilidade, entretanto, tais facilidades trazem alguns ônus, como a maior incidência de fraudes. Assim, cada vez mais se torna imprescindível a fixação e consolidação de entendimentos por ocasião dos julgamentos desses casos e as suas implicações, sempre visando a manutenção da segurança jurídica entre as relações contratuais.

Não obstante, foi possível verificar que as demandas estudadas, que chegam ao tribunal, são todas decorrentes de contratos firmados na modalidade de empréstimo consignado, mas, sob a alegação de que não teriam sido firmados, o que, consequentemente, remete-se para à alegação de fraude, e assim, abre-se caminho para à ação de repetição de indébito em decorrência de pagamento indevidamente realizado em favor da instituição financeira, gerando assim, um enriquecimento sem causa, tendo aqui o primeiro objetivo, justamente com a caracterização das hipóteses de cabimento da Ação de Repetição de Indébito.

No que se refere ao segundo objetivo do presente estudo, a controvérsia maior reside na definição e aplicação do que é o engano justificável, com o intuito de afastar a restituição na modalidade em dobro, visto que, não há discussão ou qualquer dúvida quanto a responsabilidade objetiva do fornecedor e o seu dever de restituir o que foi indevidamente pago. De todo o apanhado pesquisado e estudado, é possível criar à indagação se a ação de um terceiro fraudador é capaz de fazer incidir o engano justificável, posto que, aparentemente, a instituição financeira foi levada à erro, mesmo adotando todas as cautelas necessárias e mínimas exigidas, como a solicitação de documentos de identificação, comprovante de residência, comprovante de renda, etc. E retornando aos ensinamentos expostos por Benjamin, Marques e Bessa (2016), que entendem ser um vírus de computador suficiente para caracterização do engano justificável, o que dirá da ação de uma terceira pessoa estranha a relação, munida unicamente com o intuito de fraudar.

Não obstante, deve-se ter em mente que, quanto mais implementações de medidas de segurança, mais onerosa se torna à operação de crédito, e assim, faz com que está perca toda a sua caracterização e motivos para que os consumidores regulares a adquiram. E ainda, é plenamente comprehensível que existam fraudes, afinal, são

pessoas dedicadas única e exclusivamente para esse fim, e, por vezes, com uma destreza nunca vista antes.

Como derradeiro objetivo, e após levantar e analisar as decisões, como dito anteriormente, versadas sobre empréstimo consignado de instituição financeira específica, no ao de 2019, mas que aqui não se pode fazer menção, foi possível e de evidente constatação que não se possui uma linha de decisão isonômica, posto que, das 13 (treze) ações que enquadram-se nos requisitos da pesquisa, em 04 (quatro) houve decisão favorável pela repetição do indébito em dobro, entendendo-se que a fraude, por si, não enseja à aplicação do engano justificável. Em contraponto, 09 (nove) julgados foram finalizados e tendo como posicionamento derradeiro, a devolução dos valores efetivamente pagos pelo consumidor, de forma simples, visto que a ação de fraudadores não necessariamente enseja o engano justificável, mas sim, a não caracterização da má-fé ou dolo pelo fornecedor.

Por fim, em resposta ao objetivo geral proposto, qual seja, compreender de que maneira o TJPE julgou, no ano de 2019, as apelações interpostas contra sentenças condenatórias em face da instituição financeira objeto, em ações de repetição de indébito de empréstimos consignados, fundadas no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, pode-se concluir que, existe uma aplicação dual, ora alicerçado no entendimento de que a restituição em dobro independente de má-fé do credor e à ação de fraudadores não faz incidir o instituto do engano justificável, e noutro momento, a aplicação do entendimento de que apenas a caracterização da má-fé ou do dolo por parte do credor faria incidir a dobra legal, o que, como consectário lógico, remonta a temática ao plano da insegurança jurídica, visto ser o mesmo tema decidido de maneira tão diversa.

7.1 Sugestão para estudos futuros

Tendo em vista o recente julgado do STJ, no qual firmou-se a tese de que basta a violação da boa-fé objetiva nas relações contratuais, para ensejo da repetição de indébito na modalidade em dobro, tem-se como aconselhamento que os próximos artigos que venham a estudar a temática aqui proposta, tenham como escopo se tem sido

dada aplicação à tese firmada e como tem se portado e entendido o tribunal diante dela.

REFERÊNCIAS

ADV, E. S. (15 de outubro de 2018). *Repetição de indébito: quando o consumidor pode receber em dobro?* Fonte: SAJ ADV. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/repeticao-de-indebito/>> Acesso em: 17 de novembro de 2020.

AGUIAR, V.; AZEVEDO, L. (17 de outubro de 2020). *Record de fraudes com empréstimo consignado.* Fonte: Tribuna Online. Disponível em: <<https://tribunaonline.com.br/recorde-de-fraudes-com-emprestimo-consignado>>. Acesso em: 18 de novembro de 2020.

ALMEIDA, F. B. *Direito do Consumidor Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2020.

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. (2016). *Manual do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelação Cível nº 0000215-15.2017.8.17.3240. Relator Sílvio Neves Baptista Filho. Caruaru/PE, 29 de setembro de 2019. Acesso em: 22 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelação Cível nº 0000605-82.2017.8.17.3240. Relator José Viana Ulisses Filho. Caruaru/PE, 30 de setembro de 2019. Acesso em: 22 de novembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp, 1501756/SC. Brasília/DF, 25 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859756368/agravo-interno-no-agravo-em-recurso--especial-agint-no-aresp1501756--sc2019-0134650-5-?ref-serp>> Acesso em: 23 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília/DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Bra-

sília/DF, 1 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

CAVALIERI FILHO, S. (2019). *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas.

CENTRAL, B. (01 de dezembro de 2019). *Perguntas e respostas - Empréstimo Consignado*. Fonte: Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq_emprestimosconsignados>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

EXPERIAN, S. (15 de janeiro de 2018). *A cada 16 segundos, uma tentativa de fraude acontece no Brasil, revela Serasa*. Fonte: Serasa Experian. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/a-cada-16-segundos-uma-tentativa-de-fraude-acontece-no-brasil-revela-serasa>>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

FACHINI, T. (Não Informado). *Repetição de indébito: o que é, hipóteses e como funciona*. Fonte: Projuris. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/repeticao-de-indebito>>. Acesso em: 09 de novembro de 2020.

GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. (2018). *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. (2018). *Manual de Direito Civil, Volume Único*. São Paulo: Saraiva.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. (2019). *Novo Curso de Direito Civil - Contratos*. São Paulo: Saraiva.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. (2019). *Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, C. R. (2017). *Direito Civil Brasileiro, Volume IV - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, C. R. (2019). *Direito Civil Brasileiro Volume III - Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva.

MENEZES, K. (06 de janeiro de 2020). *Saiba como proteger a sua empresa e clientes da fraude em empréstimo consignado*. Fonte: Idwall. Disponível em: <<https://blog.idwall.co/fraude-em-emprestimo->>

-consignado/>. Acesso em: 13 de novembro de 2020.

MIRAGEM, B. (2020). **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUNES, R. (2018). **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva.

PEREIRA, C. M. (2017). **Instituições de Direito Civil, Volumo III - Contratos**. Rio de Janeiro: Forense.

PEREIRA, C. M. (2017). **Instituições de Direito Civil, Volume II - Teoria Geral das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense.

PIMENTA NETO, M. D. (31 de março de 2015). **Atos Unilaterais - Do Pagamento Indevido**. Fonte: JusBrasil. Disponível em: <<https://marcilioberserk.jusbrasil.com.br/artigos/178098553/atos-unilaterais-do-pagamento-indevido>>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

REIS, M. C. (27 de setembro de 219). **Tudo o que um advogado precisa saber sobre repetição do Indébito**. Fonte: Aurum. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/repeticao-do-indebito/>>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

TARTUCE, F. (2019). **Direito Civil - Teoria Geral dos Contrato e Contratos em Espécie**. Rio de Janeiro: Forense.

TARTUCE, F. (2020). **Manual de Direito Civil - Volume Único**. São Paulo: Método.

TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. (2018). **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Método.

UNIÃO. (27 de julho de 2019). **Senacon e INSS assinam acordo para ampliar a fiscalização da prática abusiva na concessão de empréstimo consignado a idosos**. Fonte: Justiça e Segurança Pública . <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1563994715.9>>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

VENOSA, S. S. (2016). **Direito Civil - Contratos**. São Paulo: Atlas.

VITAL, D. (21 de outubro de 2020). **Devolução em dobro por cobrança indevida não exige má-fé comprovada, diz STJ**. Fonte: Conjur: Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-21/devolucao-dobro-cobranca-indevida-nao-exige-ma-fe-stj>>. Acesso em: 22 de novembro de 2020.

CAPÍTULO 4

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA ESTATAL NO CENÁRIO PANDÊMICO (COVID-19): ESTUDO DA INAPLICABILIDADE DE TAL PRINCÍPIO, COM BASE NAS DECISÕES JUDICIAIS, CONFORME INFORMATIVO DE NÚMERO 26 DA OUVIDORIA GERAL DO TJPE

*Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Eriberto Cordeiro Amaral
Vital José Moreira Neto*

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil Brasileiro (CCB) revestiu-se de princípios que norteiam as relações privadas. Dentre eles, o da intervenção mínima e o da excepcionalidade da revisão dos contratos, introduzidos pela Lei da Liberdade Econômica (LLE), que geraram um significativo amparo à força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda* -, cuja função é a de fazer cumprir os pactos celebrados. Em razão de sua força vinculativa, o cumprimento dos contratos da forma que foi pactuado restou prejudicado com o surgimento da pandemia de COVID-19, haja vista que o contexto pandêmico foi ensejador de circunstâncias sociais que geraram onerosidade excessiva em alguns contratos, de modo que o adimplemento das obrigações sofreu comprometimentos. É o que se verifica em decisões do âmbito privado compiladas no Informativo de nº 26 da Ouvidoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE), objeto de estudo no presente artigo científico.

Partindo dessa premissa, a intervenção estatal nos contratos, incorporada na legislação como medida excepcional, tem sido comum diante das circunstâncias trazidas pela pandemia. Nessa linha, Venosa (2020) pontua que a interferência do Estado nas relações privadas tem se mostrado cada vez mais crescente e progressista (VENOSA, 2020).

Nesse sentido, a Constituição Federal (CF) em seu artigo 174 denomina o Estado como sendo o agente responsável pela regulação

e normatização da atividade econômica, além de exercer um papel fiscalizador, inclusive no setor privado (BRASIL, 1988). Portanto, observa-se que a atuação estatal figura justamente na condução de proporcionar segurança jurídica ao seio social.

Por outro lado, a Teoria da Imprevisão, estampada no CCB e utilizada como fundamento legal em ações revisionais, reza que para que seja cabível a aplicação de tal medida, faz-se necessária a ocorrência de fatores caracterizados como imprevisíveis e extraordinários, conforme se depreende de disposição legal positivada no artigo 478 do Diploma Civil.

Com o advento da pandemia de COVID-19, os impactos direcionados aos contratos passou a ser objeto de análise da doutrina e da jurisprudência, e conforme se percebe no material de estudo utilizado neste trabalho, trata-se de um contexto que trouxe insegurança jurídica, visto que foi necessário uma adequação com a nova realidade enfrentada, a fim de possibilitar a conservação dos negócios jurídicos privados.

Diante disso, formulou-se a seguinte pergunta de pesquisa: as decisões proferidas segundo o Informativo de nº 26 da Ouvidoria Geral do TJPE valeram-se do Princípio da Intervenção Mínima para inabilitar o deferimento de pedidos em ações revisionais de contratos que se encontravam fundados na pandemia de COVID-19?

Com efeito, o objetivo geral do presente artigo se pautou em verificar se as decisões proferidas de acordo com o Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE no período de abril a junho de 2020 recorreram ao Princípio da Intervenção Mínima, a fim de inabilitar o deferimento de pedidos em ações revisionais com base na pandemia de COVID-19.

Foram traçados os seguintes objetivos específicos: apresentar o Princípio da Intervenção Mínima e a excepcionalidade da revisão contratual enquanto fundamentos jurídicos consequentes da LLE; contextualizar o cabimento do pedido revisional de contratos com base na Teoria da Imprevisão, de acordo com as decisões levantadas nos Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE; levantar as decisões proferidas com base no Informativo de nº 26 da Ouvidoria Geral do TJPE relacionadas a pedidos revisionais de contratos com base na pandemia de

COVID-19; analisar as decisões contidas no documento em questão relacionadas a pedidos de revisionais com base na pandemia de COVID-19 e por fim, identificar se as decisões proferidas segundo o Informativo de nº 26 da Ouvidoria Geral do TJPE utilizaram o Princípio da Intervenção Mínima para inviabilizar o provimento de recursos.

Tal temática se faz pertinente pois objetiva verificar o comportamento do Estado diante de um cenário social e jurídico atípicos, que trouxe impactos significativos nas relações privadas, especialmente nos contratos cíveis. Nessa perspectiva, conforme a demanda de ações revisionais, segundo o Informativo de nº 26 do TJPE, constata-se a necessidade de analisar a intervenção estatal nos contratos diante da pandemia de COVID-19.

A presente pesquisa é classificada como descritiva, cujo método utilizado é o dedutivo, de abordagem qualitativa, com referência em entendimentos doutrinários, legislação e decisões judiciais pertinentes à temática abordada.

O presente artigo científico será dividido em seis seções. A seção inaugural se pautará numa análise geral da temática, da questão de pesquisa que conduzirá o desenvolvimento do trabalho, bem como os objetivos geral e específicos, e, por fim, abordará a metodologia utilizada .

A segunda seção trará uma abordagem acerca dos princípios fundamentais inerentes ao direito contratual fazendo relação com o contexto pandêmico de COVID-19, aspectos que motivaram a produção desse artigo.

A terceira seção, por sua vez, apresentará a Teoria da Imprevisão como fundamento da revisão e resolução dos negócios jurídicos privados, enfocando, sobretudo seus reflexos nos contratos cíveis.

A quarta seção estará voltada para uma análise da LLE e seus impactos na seara privada, com foco na positivação dos princípios da intervenção mínima e da excepcionalidade na revisão dos contratos no CCB. A quinta seção, por sua vez, será dedicada à análise das decisões colhidas no Informativo de nº 26 da Ouvidoria Geral do TJPE, a fim de averiguar o comportamento do Estado como interventor nas relações privadas.

Por derradeiro, a última seção apresentará as considerações finais da temática apresentada, demonstrando a resposta à questão

de pesquisa e o cumprimento dos objetivos delineados, de acordo com os julgados compreendidos entre os meses de abril a junho de 2020, oriundos do pré-falado Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE.

2 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONTRATUAL

O estudo dos princípios é dotado de muita importância no âmbito do Direito, especialmente por repercutir grandemente nas relações jurídicas. Nesse sentido, faz-se necessário sua análise.

A priori, convém elucidar seu conceito. Destaca-se que a doutrina entende de variadas formas a definição de Princípios. Diante disso, segue reprodução conceitual demonstrada por alguns autores na atualidade. Segundo Tartuce (2019, p. 90):

(...) os princípios podem ser conceituados como regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, no caso em questão, aos contratos. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. (TARTUCE, 2019, p. 90).

Para o mencionado autor, os princípios são basilares nas relações jurídicas e derivam de normas, costumes, entendimentos doutrinários, jurisprudência, além de aspectos políticos, econômicos e sociais.

Por sua vez, Gagliano e Pamplona Filho (2020, p.60), assim os definem:

Por princípio, entendam-se os ditames superiores, fundantes e simultaneamente informadores do conjunto de regras do Direito Positivo. Pairam, pois, por sobre toda a legislação, dando-lhe significado legitimador e validade jurídica. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 60).

Com base no conceito acima exposto, os referidos doutrinadores entendem que tratam-se de ditames superiores, fundantes cuja finalidade é informar as regras do Direito Positivo.

Em seu turno, nas palavras de Azevedo (2019,p.30) “os princípios gerais do direito apresentam-se como força normativa dos sistemas jurídicos contemporâneos, principalmente porque encontram força no próprio Direito Natural” (AZEVEDO, 2019,p. 30).

Tal entendimento conduz à compreensão de que os princípios têm força de lei no âmbito jurídico, portanto, amparam-se no próprio Direito Natural.

Importante frisar que, muito embora existam diferentes princípios aplicáveis no direito contratual, não há de se falar em hierarquia entre eles. O que ocorre é que, de acordo com o caso concreto, há prevalência de um em detrimento de outro (LOBO, 2020, p. 67).

Analisa-se a seguir alguns dos princípios de maior destaque no Direito Contratual, dentre eles: a autonomia da vontade, a função social, a supremacia da ordem pública, a conservação dos contratos, a obrigatoriedade, a revisão ou onerosidade excessiva, a boa-fé e probidade, que devem se fazer presentes nas relações jurídicas.

2.1 Autonomia da Vontade

O Princípio da Autonomia da Vontade é corolário do Direito Contratual e preza pela liberdade individual na celebração de contratos. No entanto, não deve ser interpretado de forma absoluta (AGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2020, p. 69).

Conforme entendimento do autor, a liberdade contratual é livre, porém tal princípio não deve ser analisado de forma absoluta, pois sofre certas limitações.

Segundo Nader (2018, p. 54):

Na gestão de seus interesses, as pessoas gozam do direito de contratar e de não contratar. A vontade é livre para contrair obrigações de variadas espécies e sob as condições que desejar, sem a imposição da lei. Os contratos, por sua modalidade, objeto e condições, se amoldam às individualidades. (NADER, 2018, p. 54).

Com efeito, pode-se afirmar que pela Autonomia da Vontade os contratantes são livres para contrair obrigações sem imposição legal.

Tartuce (2020, p. 878), por sua vez, explica que:

(...)percebe-se no mundo negocial plena liberdade para a celebração dos pactos e avenças com determinadas pessoas, sendo o direito à contratação inerente à própria concepção da pessoa humana, um direito existencial da personalidade advindo do princípio da liberdade. Essa é

a liberdade de contratar. Em um primeiro momento, a liberdade de contratar está relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado, sendo uma liberdade plena, em regra. (TARTUCE, 2020, p. 878).

Segundo o doutrinador, a liberdade de contratar é um direito inerente à própria concepção humana e se relaciona com a escolha da (s) pessoa(s) com quem será celebrado o negócio jurídico. Em regra, essa liberdade é plena.

A Autonomia da Vontade consiste na prerrogativa de o particular contratar ou não, sem que haja qualquer ingerência estatal, em regra. No entanto, tal entendimento é sujeito a limitações, haja vista, na atualidade, serem observadas colisões entre as pretensões privadas e os princípios de ordem pública, sendo cada vez mais comum e necessária a interferência do Estado a fim de que a liberdade volitiva restrita, não se convertesse em abusos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 68).

Não obstante, o artigo 421 do CCB disponha que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002), tal previsão reforça a ideia de que a autonomia da vontade sofre limitações quando colide contra normas de ordem pública.

Nessa perspectiva, é cediço que a autonomia da vontade se relaciona com o consensualismo, configurando-se o encontro das vontades livres entre os contratantes, fator fundamental no negócio jurídico contratual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 66).

2.2 Função Social dos Contratos

A Função social dos contratos é uma relativização da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e configura-se como um princípio de ordem pública, ao preconizar ser possível a intervenção do Estado nas relações privadas, em especial quando houver abusos ou excessos de uma parte perante outra (TARTUCE, 2020, p. 886).

A função social no direito contratual estabelece que os interesses individuais precisam ser exercidos em convergência com os inte-

resses sociais. Desse modo, são podem existir conflitos entre eles, uma vez que os interesses sociais são predominantes (LOBO, 2020, p. 79).

A função social do contrato, portanto, obriga que os acordos de vontade busquem harmonia com os interesses da sociedade, observando o abuso de direito. Ademais, os valores de justiça devem se alinhar à socialidade (NADER, 2018, p. 56).

Com isso, percebe-se que o Estado moderno, na sua função precípua de estabelecer normas cogentes para que o espírito fraternal nos contratos seja preservado, vem interferindo nas contratações, com sua vontade soberana a fim de evitar lesões (AZEVEDO, 2019, p. 40).

Segundo Gonçalves (2017, p. 18):

O Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana. (GONÇALVES, 2017, p. 18).

Portanto, conforme o supracitado jurista, na existência de colisão entre interesses individuais e coletivos, prevalecerão estes sobre aqueles, sem abrir mão da dignidade da pessoa humana.

Conforme se observa, fica claro que esse princípio não é elemento excepcional e de aplicação supletiva. Entende-se que a função social integra o contrato como dever de conduta, independente do arbítrio das partes (LOBO, 2020, p. 80).

É imperioso destacar que a função social do contrato agraga consigo a noção de segurança jurídica, proporcionando às partes o conhecimento de seus limites na celebração das avenças. Ademais, o CCB proíbe convenções que afrontem regras de ordem pública (NADER, 2018, p. 57).

2.3 Supremacia da Ordem Pública

Pelo princípio da supremacia da ordem pública, entende-se que o interesse público prevalece quando se encontra em conflito com o interesse privado (GONÇALVES, 2017, p. 40).

Para o autor, é importante que haja uma harmonização entre os interesses público e privado e, havendo ideias conflitantes, faz-se necessário a prevalência da ordem pública perante a vontade particular.

Nas palavras de Azevedo (2019, p. 33):

O Estado, muitas vezes, interfere na ordem privada, retirando dos indivíduos a possibilidade de exercício pleno da liberdade contratual. Quando assim atua, o Estado intrumete-se nos interesses particulares, para impedir que o direito de uma das partes no contrato não se veja diminuído pelo da outra, evitando a colisão dos mesmos direitos. (AZEVEDO, 2019, p. 33).

Segundo o autor, o Estado intervém nos interesses particulares a fim de evitar colisão entre os direitos das partes na relação jurídica.

Tal como a função social do contrato, a supremacia da ordem pública também se configura um limitador à liberdade contratual. Deve ser destacado que é por meio desse princípio que o Estado intervém nas relações privadas quando existe colisão de interesses (GONÇALVES, 2017, p. 40).

Outrossim, os contratantes não podem modificar uma norma de ordem pública por mera deliberação privada, devendo tal norma ser respeitada pois se configura um preceito cogente (AZEVEDO, 2019, p.33).

2.4 Conservação dos Contratos

O princípio da conservação dos contratos também chamado de “Aproveitamento do contrato” preza pela continuidade da relação contratual (GONÇALVES, 2017, p. 66). Nesse sentido, Tartuce (2019) enfatiza que é preferível a revisão para dar ensejo a sua continuidade do que a extinção do mesmo (TARTUCE, 2019, p. 271).

A revisão contratual é uma forma de conservar o contrato, uma vez que, visa adequar as condições de modo a gerar um equilíbrio entre as partes. Diferente solução verifica-se na resolução. Enquanto nesta há a efetiva extinção do contrato, naquela há um aproveitamento com novas condições. Contudo, a revisão do contrato não pode ser imposta contra a vontade das partes (AZEVEDO, 2019, p. 56).

De acordo com Gonçalves (2017), a Conservação também deve ser observada quando existem interpretações divergentes no contrato. Nesse sentido, predomina a interpretação mais favorável aos contratantes e capaz de produzir efeito jurídico (GONÇALVES, 2017, p.66).

2.5 Obrigatoriedade dos Contratos

A “força obrigatória dos contratos”, denominada doutrinariamente de “Pacta sunt servanda”¹, reza que os contratos são feitos com a finalidade de serem cumpridos. Assim, havendo acordo de vontade, as regras estabelecidas na avença impõem-se coercitivamente aos contratantes (NADER, 2018, p. 57).

Nessa diapasão, ao se referir ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, Venosa (2020) ressalta que: “Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes”. (VENOSA, 2020, p. 53).

Para Gonçalves (2017), o princípio da obrigatoriedade dos contratos significa, em regra, a irreversibilidade da palavra empenhada (GONÇALVES, 2017, p. 46). Lobo (2020) acrescenta que a obrigatoriedade dos contratos tem sido mitigada com o uso do princípio da razoabilidade. É certo que a força obrigatória dos contratos sofreu forte limitação com o surgimento do Estado social, especialmente com a expansão do papel do juiz no que diz respeito à revisão dos contratos (LOBO, 2020, p.74).

Nessa linha, Nader (2018) leciona em seu magistério que:

O princípio da obrigatoriedade apoia o da autonomia da vontade, pois de nenhum sentido este último se a criatividade desenvolvida carecesse de força jurídica. Se aos particulares é atribuído o poder de criar o seu próprio dever ser, contraditório seria o não provimento de obrigatoriedade às cláusulas contratuais. O poder intimidativo das obrigações contratuais se nivelaria ao das regras morais e convencionalismos sociais. (NADER, 2018, p. 57).

É oportuno destacar que o não cumprimento do que está pactuado no contrato por mero arbítrio da parte gera responsabilidade civil contratual. Pela força obrigacional e vinculativa que o contrato im-

¹ Pacta sunt servanda é uma expressão em latim que significa “os pactos devem ser cumpridos” (AZEVEDO, 2019).

põe, é dever das partes honrar com os pactos, já que se valeram da liberdade em contratar (VENOSA, 2020, p. 53).

2.6 Revisão dos Contratos e Onerosidade Excessiva

A revisão contratual e a onerosidade excessiva são princípios que visam flexibilizar a obrigatoriedade dos contratos, possibilitando às partes recorrerem ao Judiciário a fim de adequar a relação contratual, proporcionando condições dignas de cumprimento (GONÇALVES, 2017, p. 48).

Na visão de Azevedo (2019), havendo desequilíbrio contratual, é cabível a revisão judicial dos contratos causados por onerosidade excessiva para que não restem às partes contratantes uma realidade diversa de seu querer inicial, modificado por situação posterior. (AZEVEDO, 2019, p. 55).

A respeito do aludido princípio, Gonçalves (2017), entende que a revisão contratual ou onerosidade excessiva é também conhecida como “Teoria da imprevisão”, cuja aplicabilidade se limita aos contratos comutativos² de trato sucessivo (execução continuada)³ ou de execução diferida (retardada)⁴ (GONÇALVES, 2017, p. 48).

Para Lobo (2020), os contratos são suscetíveis de revisão com base em disposição de lei ou decisão judicial. A revisão legal ou judicial limita a obrigatoriedade dos contratos, pois visa o ajustamento e equilíbrio das prestações (LOBO, 2020, p. 218).

Venosa (2020), por sua vez entende que a revisão dos contratos é judicial, sendo necessário provocar o Judiciário através de uma ação, demonstrando fatores imprevisíveis e supervenientes ao contrato. (VENOSA, 2020, p.187).

Todavia, segundo Lôbo (2020) a revisão judicial dos contratos é da natureza do Estado social, ancorado na Constituição da República brasileira e consiste em uma das modalidades de intervenção pública nas relações privadas, sobretudo na atividade econômica. (LOBO, 2020, p. 222).

2 Contratos comutativos são aqueles contratos de prestações certas e determinadas (GONÇALVES, 2017).

3 Contratos de trato sucessivo ou de execução continuada são aqueles que devem ser cumpridos mediante atos reiterados (GONÇALVES, 2017).

4 Contratos de execução diferida ou retardada são aqueles que são cumpridos em um só ato, porém no futuro (GONÇALVES, 2017).

2.7 Boa-fé e Probidade

A boa-fé se baseia no dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, não apenas durante o contrato, mas também antes e depois de seu efetivo cumprimento (VENOSA, 2020, p. 55).

Para o autor, é necessário a observância da boa-fé não apenas na fase de execução do contrato, como também nos momentos pré e pós contratual.

Segundo Azevedo (2019):

(...) desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, prestando informações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa (AZEVEDO, 2019, p.36).

A partir de tal entendimento, depreende-se que, segundo o referido doutrinador, desde início do contrato, os contratantes necessitam manter o espírito de lealdade.

Nessa Linha, dispõem Gagliano e Pamplona Filho (2019):

Mesmo na fase das tratativas preliminares, das primeiras negociações, da redação da minuta – a denominada fase de pontuação – a boa-fé deve-se fazer sentir. A quebra, portanto, dos deveres éticos de proteção poderá culminar, mesmo antes da celebração da avença, na responsabilidade civil do infrator (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.107).

Com efeito, conforme se observa, os supracitados autores também entendem que o princípio da boa-fé precisa ser respeitado antes mesmo da execução do contrato, ou seja, já se inicia nas tratativas preliminares.

Nessa perspectiva, afirma Pereira (2003):

(...) Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na fórmula do art. 422 os períodos pré e pós-contratu-

al, dentro dos quais o princípio da boa-fé tem importância fundamental para a criação de deveres jurídicos para as partes, diante da inexistência nessas fases de prestação a ser cumprida. Essa omissão não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedente e posterior ao contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito (PEREIRA, 2003, p.23).

Em sua explanação, o autor ressalta que muito embora haja omissão legislativa no artigo 422 do CCB quanto à incidência da boa-fé nas fases pré e pós- contratual, é de fundamental importância a observância desse princípio naquelas fases.

Extrai-se, portanto do artigo 422 do CCB que: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé” (BRASIL,2002).

Por outro lado, Gonçalves (2017), assevera que a Probidade se configura um aspecto objetivo da boa-fé, sendo interpretada como a honestidade na atuação ou a forma criteriosa de executar todos os deveres atribuídos ou cometidos à pessoa (GONÇALVES, 2017, p. 54).

No Código Civil de 1916, prevalecia o entendimento de que a boa-fé se caracterizava tão somente na intenção dos contratantes, sendo conceituada como boa-fé subjetiva. Com a vigência do atual CCB, tal entendimento entrou em desuso e a boa-fé começou a ser relacionada com a conduta dos negociantes, sendo denominada de boa-fé objetiva. (TARTUCE, 2020, p. 908).

Vale ressaltar que conforme leciona Lobo (2020), a boa fé é presumível. No entanto a má-fé deve ser provada por quem a alega. Tal entendimento deriva da máxima de que os contratantes devem celebrar seus negócios baseados em conduta honesta e leal (LOBO, 2020, p. 88).

Superado o estudo acerca dos princípios de maior destaque no direito contratual, passa-se a analisar a teoria da imprevisão, bem como seus reflexos no âmbito dos contratos, sobretudo sua aplicação em meio ao atual cenário pandêmico da COVID 19.

3 DA TEORIA DA IMPREVISÃO E SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO CONTRATUAL

A presente seção visa analisar a Teoria da Imprevisão e seus reflexos nos contratos, especificamente em meio ao atual cenário pandêmico do coronavírus (COVID-19) enfrentado pelo mundo com base nos princípios inerentes ao Direito contratual, anteriormente discutidos.

Com efeito, a importância do assunto ganha realce na medida em que a Teoria da Imprevisão tem sido utilizada como fundamento para o fim de revisar ou resolver os contratos, ficando a resolução como última hipótese, em consonância com o Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos (GONÇALVES, 2017, p. 215-216).

Gagliano e Pamplona Filho (2019) assim definem a Teoria da Imprevisão:

A Teoria da Imprevisão é o substrato teórico que permite rediscutir os preceitos contidos em uma relação contratual, em face da ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 253).

Nesse sentido, segundo os mencionados autores, a teoria da imprevisão admite a rediscussão de cláusulas contratuais quando da ocorrência de acontecimentos supervenientes e imprevisíveis pelas partes.

Trata-se de teoria que está positivada no artigo 317 do CCB e permite que o juiz, diante da desproporção entre o valor da dívida assumida e o da execução ocasionados por fatores imprevisíveis, realize a correção desde que provocado pelas partes (NADER, 2018, p. 206). Ademais, o artigo 478 do mesmo diploma legal também aborda a referida teoria, possibilitando a resolução do contrato quando da ocorrência de tais circunstâncias que inviabilizem completamente o cumprimento das prestações assumidas.

Com o surgimento da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), alguns contratos tornaram-se impossíveis de serem cumpridos ou sujeitaram seus pactuantes a dificuldades na manutenção das cláusulas vigentes, de modo que a utilização da Teoria da Imprevisão passou a ser ventilada, de modo a ser requerida a sua revisão ou re-

solução por consequência dos riscos que não foram geridos pelo contrato, mas sim classificados como extraordinários e imprevisíveis (SOUARES, 2020).

Assim, segundo a referida autora, a pandemia do COVID-19 apresenta-se como exemplo quanto à possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão, haja vista se caracterizar como um fenômeno extraordinário e imprevisível.

Com base no que foi exposto, segue-se com a discussão acerca dos desdobramentos dessa Teoria no Direito contratual e seus impactos nas relações jurídicas.

3.1 A Cláusula *Rebus Sic Stantibus*

Etimologicamente, *rebus sic stantibus* é uma expressão que deriva do latim e significa “estando as coisas assim”. A cláusula em questão visa proteger uma das partes do contrato, diante da impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida em decorrência de inesperada alteração da situação inicial (AZEVEDO, 2019, p. 43).

Em caráter complementar, Gonçalves (2017), por sua vez, explica que:

(...) *rebus sic stantibus* consiste basicamente em presunção, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários, como uma guerra, por exemplo, que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente (GONÇALVES, 2017, p. 210).

Segundo o supramencionado autor, a referida cláusula se configura como uma disposição implícita nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução continuada, cujo fim destina-se a promover a alteração da obrigação em virtude de acontecimentos extraordinários que tornem excessivamente oneroso para o devedor o adimplemento da obrigação pactuada.

O surgimento da cláusula *rebus sic stantibus* é cronologicamente anterior à Teoria da Imprevisão, cuja finalidade era basicamente a aplicação dessa teoria no passado, onde a convenção não permanecia em vigor se os fatos não permanecessem como o do momento da celebração (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 253).

Nesse sentido, Azevedo (2019) ensina que a cláusula em análise era bastante utilizada no código de 1916, ganhando uma nova roupagem atribuída pela doutrina com o advento do CCB, sob o nome de Teoria da Imprevisão, visando atenuar a obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) (AZEVEDO, 2019, p. 43).

3.2 Criação de Arnoldo Medeiros da Fonseca: a introdução do requisito da imprevisibilidade e o surgimento da Teoria da Imprevisão (arts. 478 a 480 CCB)

A Teoria da Imprevisão surgiu através de um conceito inovador, trazido por Arnoldo de Medeiros da Fonseca, por meio do qual um mero acontecimento extraordinário não seria suficiente para justificar a alteração nos contratos comutativos de trato sucessivo ou de execução continuada. Dessa forma, em se tratando da possibilidade de revisão ou resolução das referidas classificações contratuais, o Direito brasileiro previu o requisito da imprevisibilidade, que passou a ser integrado ao conceito da cláusula *rebus sic stantibus*, dando origem a referida teoria (GONÇALVES, 2017, p. 211).

Os fundamentos de aplicação da Teoria da Imprevisão têm respaldo no artigo 478 do CCB⁵. Conforme depreende-se da previsão legal do mencionado artigo, para se valer dessa teoria é necessário o preenchimento de alguns requisitos, tais como: aplicabilidade apenas em contrato de execução continuada; existência de onerosidade excessiva para uma das partes e extrema vantagem para a outra e, finalmente, a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Muito embora o artigo de lei em questão faça menção apenas a resolução do contrato, Nader (2018) entende que a Teoria da Impre-

5 Art. 478 Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão até à data da citação.

visão se acha consagrada no artigo 317 do CCB⁶, cuja finalidade é revisar os contratos comutativos quando acontecimentos imprevisíveis provocarem manifesta desproporção (NADER, 2018, p. 206).

Por conseguinte, o artigo 479 Código Civil (BRASIL, 2002) complementa que: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”. Nesse sentido, tal dispositivo legal assevera a possibilidade de revisão contratual. Todavia, é necessário propiciar condições exequíveis de cumprimento.

Na lição de Lôbo (2020), a Teoria da Imprevisão trouxe consigo um forte elemento restritivo. Modernamente, consoante o aludido autor, trata-se de uma limitação da cláusula *rebus sic stantibus*, pois impõe pressupostos impeditivos para sua efetiva aplicação, quais sejam: a excepcionalidade, bem como a imprevisibilidade. Para o cabimento da Teoria da imprevisão, o evento causador do desequilíbrio da prestação entre as partes não pode ser previsto nos momentos pré-negociais e quando da celebração contratual (LOBO, 2020, p. 236).

Não obstante, com a disposição do artigo 480 do CCB⁷, o legislador estabelece a possibilidade de adequar o contrato quando houver desequilíbrio na convenção, de modo a evitar a onerosidade excessiva para uma das partes e por consequência, vantagem para a outra.

3.3 A Teoria da Imprevisão como fundamento para resolução e revisão dos contratos

Em que pese a importância da obrigatoriedade dos contratos para garantir segurança jurídica aos negócios jurídicos, a teoria da imprevisão surge com o fim de justificar a revisão ou resolução dos contratos com base em circunstâncias posteriores à celebração do contrato que causam quebra insuportável da equivalência. Nesse sentido, o CCB permite às partes contratantes recorrerem ao Judiciário para obtenção de ajuste nas convenções (GONÇALVES, 2017, p. 209).

⁶ Art. 317 Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

⁷ Art. 480 Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Nesse sentir, Pereira (2003) relembra que a incidência da Teoria da Imprevisão já havia sido discutida no Código de Defesa do Consumidor (CDC), no artigo 6º, inciso V, e estabelece como princípio da relação de consumo o equilíbrio econômico do contrato, denominando como um direito do consumidor a modificação ou revisão contratual quando presentes acontecimentos supervenientes que tornem as prestações excessivamente onerosas. Todavia, com o advento do atual CCB, foi sedimentada a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva positivada nos artigos 478 a 480 do CCB (PEREIRA, 2003, p. 108).

Quanto ao cabimento da referida teoria, Azevedo (2018) esclarece que os tribunais têm sido muito rigorosos, exigindo a ocorrência cumulativa de uma alteração radical no contrato ocasionadas por circunstâncias imprevisíveis e imprevistas, além de ficar evidenciado o prejuízo direcionado a uma das partes (AZEVEDO, 2019, p. 44).

Venosa (2019) por sua vez, explica que questões meramente subjetivas do contratante não servem de justificativa para pretender uma revisão nos contratos. Segundo o autor, a imprevisão deve ser um fenômeno global de toda a sociedade como por exemplo uma guerra, a revolução, o golpe de Estado, totalmente imprevistos (VENOSA, 2019, p. 183).

Tomando como base o entendimento do citado jurista, a pandemia do COVID-19 se enquadra como um fenômeno que tem atingido amplamente a sociedade global, sendo, portanto, um fato imprevisível, podendo ser aplicada a referida teoria, caso se façam presentes os demais requisitos expostos, com o fim de revisar os contratos de acordo com as novas condições não existentes à época da celebração ou, em último caso, pedir sua resolução.

Depreende-se da IV Jornada de Direito Civil em seu Enunciado nº 367 do Conselho da Justiça Federal:

Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por onerosidade excessiva, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório (ENUNCIADO 367, IV JORNADA DE DIREITO CIVIL, CJF).

Ante o exposto e conforme já abordado na seção anterior, dedicada ao estudo dos princípios, há de ser observada a primazia da conservação do contrato. Desse modo, sendo possível o ajuste nas avenças, desde que observado o querer das partes e respeitado o contraditório, o juiz pode modificar equitativamente o contrato para que se evite sua resolução.

No que tange à exigência de um motivo imprevisível (art. 317 CCB) e acontecimentos imprevisíveis e extraordinários (art. 478) para justificarem uma revisão ou resolução nos contratos cíveis, Tartuce (2020) assevera que atualmente poucos casos são considerados como imprevisíveis nos Tribunais, uma vez que a Jurisprudência brasileira sempre considerou o fato imprevisto tendo o mercado como parâmetro, ou seja, são considerados o meio que envolve o contrato e não a parte contratante (TARTUCE, 2020, p. 957).

Para Lôbo (2020), a resolução do contrato significa extinguí-lo com efeitos retroativos (*ex tunc*), por ato ou pedido judicial de uma das partes. Entretanto, a revisão importa em um fator externo de ajustamento e reequilíbrio das prestações. Todavia, apesar dos requisitos estabelecidos no art. 478 do CCB (onerosidade excessiva para uma parte, extrema vantagem para a outra somado a acontecimentos imprevisíveis e extraordinários), a doutrina aponta outros caminhos que fundamentem a revisão e resolução, como por exemplo a boa-fé objetiva, a vedação ao enriquecimento sem causa e a função social do contrato (LOBO, 2020, p. 238).

Gonçalves (2017) esclarece que para a aplicação da Teoria da Imprevisão com a finalidade de resolver o contrato é necessário que o evento prejudicial surja após o aperfeiçoamento do negócio, isso é, que seja posterior e anterior a sua execução. Sendo preexistente, não haverá de se falar em desequilíbrio superveniente. Sob outra perspectiva, a parte onerada excessivamente deve ingressar em juízo durante a produção de efeitos do contrato, caso contrário seria incabível a intervenção judicial (GONÇALVES, 2017, p. 216-217).

Na seguinte seção, será abordado o surgimento da Lei da Liberdade Econômica e sua relevância na esfera contratual, assim como será apreciado o Princípio da intervenção mínima nas relações contratuais privadas em face ao atual contexto pandêmico de COVID-19,

haja vista ser um dos acontecimentos sociais que motivaram à elaboração do presente artigo.

4 DO ADVENTO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONTRATUAL

A presente seção objetiva verificar as repercussões trazidas pela Lei da Liberdade Econômica (LLE) e seus reflexos na seara do Direito Contratual. Além disso, busca analisar a atuação do Estado em sua figura de agente normativo e regulador, sobretudo nos contratos cíveis.

Nas palavras de Tartuce (2019), o surgimento da Lei nº 13.874/2019 (LLE) pretendeu valorizar a autonomia privada, bem como resolver problemas técnicos que existiam no atual CCB. Com o advento dessa Lei, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a intervenção mínima passaram a configurar princípios contratuais tidos como absolutos e inafastáveis. No entanto, esses princípios necessitam ser ponderados e mitigados quando se percebe um choque com outros regramentos, tais como a função social do contrato e a boa-fé objetiva (TARTUCE, 2019).

Assim, de acordo com o pré-falado autor, a LLE é dotada de importância na esfera contratual, pois valoriza a autonomia privada, assim como trouxe solução para algumas falhas na legislação, especialmente por incluir a intervenção mínima do Estado nas relações privadas e também a excepcionalidade na revisão dos contratos, assuntos abordados nos próximos tópicos.

4.1 A LLE e a função social do contrato (nova redação dada ao art. 421, caput CCB)

A princípio, vale destacar que a antiga redação do caput do artigo 421 do CCB previa que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos” (BRASIL, 2002). Não obstante, após a implementação da LLE, e sua consequente alteração no Código Civil Brasileiro, o CCB passou a adotar a seguinte redação ao supracitado artigo: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002).

Conforme se depreende da modificação atribuída ao art. 421 do Diploma Cível, percebe-se uma mudança no que se refere à liberdade de contratar e à liberdade contratual. Diante disso, Azevedo (2019) explica que há diferenças entre essas nomenclaturas. Com efeito, segundo o referido autor, a liberdade de contratar pauta a licitude na elaboração dos contratos, desde que preenchidos os requisitos de validade dos atos jurídicos. Por outro lado, a respeito da previsão contida no art. 421, são discutidas as cláusulas, condições contratuais e a prevalência da vontade do economicamente mais forte (AZEVEDO, 2019, p. 31).

Tartuce (2020) se mostra favorável à atualização do mencionado artigo de lei, em que se apresente a seguinte diferenciação:

A liberdade de contratar, relacionada com a celebração do contrato, é, em regra, ilimitada, pois a pessoa celebra o contrato quando quiser e com quem quiser, salvo raras exceções. Por outra via, a liberdade contratual, relacionada com o conteúdo negocial, é que está limitada pela função social do contrato, ou seja, pela finalidade coletiva do contrato, em suas projeções internas e externas (TARTUCE, 2020, p. 887, grifo nosso).

Segundo o entendimento do autor, a liberdade de contratar é concernente à celebração do contrato que, via de regra é ilimitada. Em contrapartida, a liberdade contratual se relaciona com o conteúdo expresso no negócio, sendo portanto, limitado pela função social do contrato.

Tartuce (2020) continua afirmando sua concordância com a retirada do termo “em razão”, presente no antigo *caput* do artigo em questão. Para o autor, a função social não é a razão para o contrato, mas sim a autonomia privada. A função social representa também um limitador ao conteúdo do contrato (TARTUCE, 2020, p. 887).

Gagliano e Pamplona Filho (2019), ao comentarem sobre as alterações trazidas pela LLE informam que o texto anterior do artigo 421 do CCB gerou preocupação na doutrina, pois poderia resultar em enfraquecimento na função social do contrato, por isso tão necessária essa atualização (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 87).

Superada a abordagem dessa importante atualização legislativa acerca da função social do contrato e as razões de seu novo tex-

to, segue-se com a explanação do princípio da intervenção mínima , bem como o caráter excepcional da revisão nos contratos cíveis, o que constitui objeto da abordagem prevista na seção seguinte.

4.2 O surgimento do princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

A intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão nos contratos foram também importantes alterações trazidas pela LLE, expressamente positivadas no parágrafo único do artigo 421 do CCB, dispondo que: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual” (BRASIL, 2002).

Com base no referido artigo, percebe-se que o legislador decidiu sedimentar o princípio da intervenção mínima nas relações privadas, bem como assegurar a excepcionalidade nas revisões judiciais dos contratos.

Schreiber (2020), ao se referir ao princípio da intervenção mínima introduzida no corpo do CCB através da LLE, pontua como sendo uma preocupante alteração, haja vista a intervenção do Estado nas relações privadas ser imprescindível, mormente para garantir a incidência das normas jurídicas, inclusive dos ditames constitucionais (SCHREIBER, 2020, p. 610).

Lôbo (2020), por sua vez entende que essa alteração legislativa tem função interpretativa de escassa utilidade, pois se trata de uma norma vazia de conteúdo, uma vez que o legislador esbarra na autonomia do Poder Judiciário, resguardado na Constituição Federal (CF) que não pode ser limitada por norma infraconstitucional. Ademais, o referido autor ensina que a aplicação de qualquer princípio jurídico, inclusive os que foram instituídos pela LLE, se faz necessária a intervenção judicial para delimitar seu conteúdo no caso concreto (LÔBO, 2020, p. 199).

Nas palavras de Tartuce (2020), tal princípio é desconhecido pelos civilistas na esfera contratual, sendo mais um argumento retórico. Na verdade, a presença do Estado nessa esfera privada constitui uma exceção. Diante dos frequentes abusos contratuais no Brasil,

é imperiosa sua intervenção através do Poder Judiciário (TARTUCE, 2020, p. 885).

Diante do exposto, percebe-se que embora positivado esse regramento no atual CCB, o Estado não pode se esquivar de seu papel como agente regulador, sendo portanto, crucial sua ingerência em situações pontuais. Nessa perspectiva, Lôbo (2020) ensina que, quando há divergência de interpretação no contrato ou inexistindo cláusula de arbitragem, a intervenção judicial é fundamental para resolução do conflito (LÔBO, 2020, p. 199).

Sobre a excepcionalidade da revisão contratual, Gagliano e Pamplona (2020) afirmam que não há novidade quanto à introdução desse princípio, isso porque já era pertencente tanto na doutrina como na jurisprudência majoritária, sendo, portanto uma simbólica mudança legislativa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 88).

Lôbo (2020), por outro lado, dispõe que, muito embora a LLE tenha estabelecido a “excepcionalidade da revisão contratual” e sua consequente introdução ao CCB, a revisão judicial do contrato sempre foi e deve ser excepcional, tendo em vista que só é utilizada quando a autonomia da vontade é desviada de suas finalidades, em colisão com princípios e normas do direito contratual (LÔBO, 2020, p. 222).

Com base no entendimento dos doutrinadores acima, entende-se que a revisão contratual é uma forma de intervenção judicial nos contratos e, conforme já abordado na seção dedicada à abordagem dos princípios, a força obrigatória dos contratos é regra, sendo a revisão uma exceção, desde que observados alguns pressupostos anteriormente apresentados e que fundamentam a Teoria da imprevisão.

4.3 A presunção de paridade e simetria dos contratos (art. 421-A CCB)

Outra modificação provocada no CCB com o advento da LLE foi a presunção de paridade e simetria nos contratos. A priori, convém apresentar a definição de Gonçalves (2017) sobre o que vem a ser paridade e simetria em matéria contratual:

Contratos paritários são aqueles do tipo tradicional, em que as partes discutem livremente as condições, por-

que se encontram em situação de igualdade (par a par). Nessa modalidade **há uma fase de negociações preliminares, na qual as partes, encontrando-se em pé de igualdade, discutem as cláusulas e condições do negócio** (GONÇALVES, 2017, p.103, grifo nosso).

Com base na conceituação apresentada, percebe-se que paridade se refere a uma classificação dos contratos em que as partes livremente discutem as condições por meio de negociação. Nessa modalidade, as partes encontram-se em situação de igualdade (simetria).

Em oposição aos contratos paritários, tem-se os de adesão. Segundo Gonçalves (2017), nesses não há liberdade para serem discutidas as condições, ao contrário daqueles, em virtude da prevalência da vontade de um dos contratantes, que elabora todas as cláusulas. Nesse sentido, nos contratos de adesão não se pode modificar as cláusulas impostas (GONÇALVES, 2017, p. 103).

Com o advento da LLE, foi estabelecido no artigo 421-A⁸ do CCB a presunção de paridade e simetria nos contratos cíveis, atribuindo afastamento a essa presunção em regimes jurídicos positivados em legislações especiais. Ademais, os incisos do mencionado dispositivo legal garantem aos contratantes a possibilidade de fixar parâmetros de interpretação de cláusulas contratuais, bem como pressupostos de revisão e resolução das avenças e a liberdade em definir os riscos. Por fim, é reforçado o critério excepcional e limitado nas revisões contratuais.

Os critérios de interpretação dos contratos são explicados por Lôbo (2020). Em seu magistério, o referido autor explica que em relação à liberdade das partes em estabelecer parâmetros objetivos, não se podem anular normas cogentes e os deveres de conduta negocial, uma vez que esses fatores são autoaplicáveis e independem da vontade dos contratantes. Além disso, a liberdade em fixar a aplicação de riscos deve prezar pelo equilíbrio prestacional. Por outro lado, a revisão judicial ou arbitral deve ser excepcional e limitada, sendo impos-

⁸ Art. 421-A Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

ta quando a estipulação afronta os fundamentos do direito contratual contemporâneo (LÔBO, 2020, p. 201).

Sobre a introdução do presente dispositivo ao atual CCB, Gagliano e Pamplona Filho (2020) consideram como uma importante inserção à Legislação civil, visto que o intervencionismo do Estado somente deve se direcionar em determinadas relações jurídicas, por força do imperativo de ordem pública. Para os mencionados autores, o artigo 421-A, consagrado pela LLE ratifica o princípio da autonomia privada, com enfoque na presunção de paridade e simetria entre as partes nos contratos civis e empresariais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 155).

Tartuce (2020), por sua vez, ao se referir ao presente dispositivo, ensina que com o reconhecimento de uma mínima intervenção nos contratos paritários civis ou empresariais, o *caput* do artigo 421-A do CCB dispõe de uma presunção relativa de paridade e simetria (TARTUCE, 2020, p. 904).

Ainda com relação à paridade nos contratos, Tartuce (2020) esclarece que as partes podem deliberar previamente quais fatos podem ocasionar imprevisibilidade, extraordinariedade ou onerosidade excessiva em determinados negócios jurídicos para revisar ou resolver os contratos, com fundamento nos artigos 317 e 478 do CCB. É admitido também, no que tange à interpretação contratual, a designação de uma cláusula específica em prevalência com uma genérica (TARTUCE, 2020, p. 904).

Ante o exposto, e superada as discussões oriundas da LLE na seara privada, segue-se com a análise de alguns julgados constantes no informativo da Ouvidoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) de nº 22, a fim de verificar a in(aplicabilidade) da intervenção mínima Estatal frente às decisões judiciais compiladas no aludido material.

5 ANÁLISE DOS JULGADOS DO INFORMATIVO GERAL DO TJPE

A presente seção foi dedicada à análise de 15 julgados no período do ano de 2020, contidos no Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE de nº 26, a fim de verificar, por meio das decisões judiciais pu-

blicadas no referido documento, se o Estado, em sua função de regular e normatizar as relações jurídicas, se valeu da intervenção mínima nas ações revisionais, sobretudo após o surgimento da pandemia de COVID-19.

Com o fim de responder o problema definido no presente artigo, foram analisados julgados contidos no informativo supramencionado, onde constam precedentes divididos nas searas do direito público e privado. Todavia, considerando o escopo traçado, o enfoque central irá se restringir às decisões judiciais das relações privadas.

Dentre aquelas pertinentes ao privado, encontram-se matérias relacionadas à locação, contratos de financiamentos e mensalidades escolares. Percebe-se, com efeito, que tais ações foram propostas em virtude da pandemia do COVID-19.

Nesse sentir, Lôbo (2020) acrescenta que o Estado social se utiliza de mecanismos de intervenção na atividade econômica estabelecendo vedações, restrições, correções, sobretudo deveres legais nos contratos (LÔBO,2020).

Nessa perspectiva, conforme se depreende da decisão proferida na Ação ordinária (AO) de nº 0021513-89.2020.8.17.2001⁹, cujo fim esperado foi o de buscar a redução do valor das mensalidades escolares por consequência das dificuldades econômicas enfrentadas em virtude da pandemia do COVID-19, que resultou no fechamento de alguns estabelecimentos, inclusive instituições de ensino. Nesse caso, houve a intervenção judicial na relação privada com o deferimento do pedido formulado pela parte autora.

Ademais, em análise à decisão prolatada na AO de nº 0024924-43.2020.8.17.2001¹⁰, proposta perante a 11^a Vara Cível da Capital,

9 Proc. n. 0021513-89.2020.8.17.2001 – Ação ordinária - “Diante da situação inesperada vivenciada, o contrato havido entre as partes seja provisoriamente revisado, notadamente quando se sabe que os gastos da escola com despesas fixas, como energia, água, e também com a aplicação de ensino à distância, foram evidentemente reduzidos, a fim de que somente lhe seja cobrado aquilo que, atual e efetivamente, possui condições de pagar em consonância com as condições atuais do serviço que está sendo prestado pela instituição de ensino [...] Sendo assim, DEFIRO a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, a fim de que seja determinada a redução imediata de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das parcelas mensais escolares de maio e junho de 2020 de seus dois filhos, [...] devendo a ré enviar a cobrança dos valores com o devido desconto para o endereço da autora, sem a incidência de juros de mora.”.

10 Proc. n. 0024924-43.2020.8.17.2001 – Trata-se de Ação Ordinária de Obrigaçāo de Fazer com Pedido de Tutela de Urgência proposta por Carlos Alberto Peixoto da Silva em face da Aymoré Financeira. Alega a parte autora que trabalha com transporte escolar e em virtude da

com fundamento na Teoria da Imprevisão, houve o pleito autoral baseado nas circunstâncias atuais ocasionadas pela COVID-19, que ensejaram onerosidade excessiva para um dos contratantes e vantagem para o outro. No julgado em questão, houve concessão de suspensão, bem como a prorrogação do pagamento das parcelas vincendas de um contrato de financiamento de veículo. Como fundamento legal, o Juízo de Direito competente prolatou a sentença, em cujo teor afirmou que a pandemia da COVID-19 se configurou como impacto mundial imprevisível e extraordinário nas atividades socioeconômicas, de modo que afetou as relações jurídicas. Outrossim, segundo entendi-

Pandemia da COVID-19 e do Decreto Estadual 48.809, que suspendeu todas as atividades escolares, a maioria dos seus clientes cessaram o pagamento das parcelas de transporte escolar. Acrescenta que não exerce outra atividade econômica, motivo pelo qual não tem mais condições financeiras para adimplir as prestações do financiamento do veículo utilizado em seu labor. Requeru a concessão de tutela de urgência para que a ré suspenda a cobrança do contrato do autor, com a prorrogação da data do vencimento das parcelas vincendas, nas mesmas condições avençadas originalmente, a partir da decisão, pelo prazo de 6 (seis) meses, ou de 3 (três) meses estas prorrogáveis por mais três, se as condições da pandemia assim permanecerem [...] Pois bem, é cediço que os contratos devem ser observados pelas partes que o firmaram, fazendo lei entre as partes e devendo ser cumprido conforme avençado segundo as condições estabelecidas à época da celebração do contrato. Essa é a visão clássica do pacta sunt servanda, que deve ser revista para se adequar aos tempos atuais, permitindo sua relativização em situações específicas. Com base nas premissas acima, é possível que o Poder Judiciário possa intervir no contrato para relativizar a força vinculativa, quando há, por exemplo, uma nítida violação ao ordenamento jurídico, ou mesmo uma situação que, embora lícita, possa ferir o exercício de um direito fundamental ou a própria dignidade do indivíduo, de acordo com as condições do caso concreto, se mantidos os termos contratuais. [...] Com efeito, quando o devedor demonstra uma relação de causa e efeito entre o inadimplemento e evento específico, cujos efeitos eram imprevisíveis, estará configurada a excludente de responsabilidade do devedor. A segunda relativização do princípio da intangibilidade contratual, no caso de acontecimentos extraordinários. Cuida-se da chamada teoria da imprevisão, prevista nos artigos 478, 479 e 480 do CC. Esse instituto se caracteriza na revisão forçada do contrato quando, em razão de eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes se verificar excessivamente onerosa, sob a perspectiva das condições da formação contratual (cláusula rebus sic stantibus). [...] Por fim, não se pleiteia aqui a resolução contratual, mas tão somente a revisão, pelo que restam configuradas todas as condicionantes exigidas pelo CDC para que seja deferida a pretensão deduzida em sede de tutela de urgência antecipada, suspendendo-se as cobranças das parcelas vencidas e a prorrogação do vencimento das vincendas, com a manutenção dos efeitos contratuais. No caso específico, o autor pretende a suspensão da cobrança e, por conseguinte, a prorrogação das parcelas vincendas, uma vez que firmou acordo para pagamento em 48 parcelas, de trato sucessivo, em período pretérito, e que a única renda profissional decorre da atividade autônoma de condutor de transporte escolar, a qual fora drasticamente comprometida pelos impactos causados COVID-19, pois ocasionou o fechamento das escolas, de forma que se afigura nítido perceber que o cumprimento do contrato se tornou, temporariamente, bastante oneroso. [...] Diante do exposto, defiro o pedido de concessão dos efeitos da tutela liminarmente, para determinar à ré que suspenda as cobranças do contrato do autor e, por conseguinte, prorogue o vencimento das parcelas vincendas, pelo prazo de 03 (três) meses, contados a partir desta decisão, suspendendo-se a eficácia desta decisão caso ocorra autorização governamental para o retorno das atividades presenciais antes de findos os três meses de suspensão ora determinados.

mento preconizado na decisão, no caso em tela, restaram comprovados os requisitos autorizadores para a revisão judicial no contrato, tendo como fundamento legal a Teoria da Imprevisão, expressa nos artigos 478,479 e 480 do CCB.

Outro julgado que merece destaque foi o proferido nos autos da AO de nº 0000293-69.2020.8.17.3380¹¹. Tratou-se de ação movida em desfavor de uma instituição financeira, cuja pretensão da parte autora se configurou na suspensão dos descontos efetuados a título de empréstimo consignado. De acordo com o entendimento do juiz competente, foi deferida a suspensão liminar dos descontos em caráter de urgência. A fundamentação legal que arrimou o *decisum* se amparou na teoria da imprevisão, positivada nos artigos 478 do CCB. Nesse aspecto, o Juízo afirmou que as situações vivenciadas no atual contexto pandêmico é justo motivo para que se revise o contrato discutido e postergue a cobrança para momento ulterior.

Nesse contexto, imperioso se faz pontuar a ação civil pública (ACP) de nº 0226170-82.2020.8.06.0001¹² proposta no Tribunal de

¹¹ Proc. n. 0000293-69.2020.8.17.3380 – Trata-se de AÇÃO ORDINÁRIA C/C RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA objetivando a suspensão dos descontos provenientes de empréstimo consignado nos proventos da parte autora. [...] Ora, se as instituições financeiras precisam de ajuda nesse momento difícil (incluindo, decreto, o requerido), com muito mais razão a parte requerente, que, sendo pessoa física e tendo empréstimo consignado, tem reduzido o valor mensal de seu salário, justamente em um momento em que inevitavelmente têm aumentado as despesas pessoais. Trata-se de uma situação inusitada de duplo desamparo, pois, além de não receber ajuda do Banco Central, também não faz jus ao auxílio emergencial do Governo Federal. Ou seja, não se desconhece o inevitável impacto à instituição financeira pelo não recebimento da parcela mensal do empréstimo outrora contratado, pois inevitavelmente qualquer pessoa jurídica sobrevive do equilíbrio entre receitas e despesas. O que se tem, no inédito momento pandêmico, é que todos precisam se ajudar reciprocamente (assim como o Banco Central está ajudando as instituições financeiras), e, por ora, com supedâneo em diploma legislativo, o ônus mensal não poderá sobrecarregar a parte requerente, ficando postergado para pagamento ulterior. [...] No caso em tela, diante da edição de lei municipal suspendendo temporariamente o desconto, entendo cabível a obediência irrestrita a tal norma, sendo que os descontos poderão ser retomados tão logo saímos do período pandêmico. Insta salientar, inclusive, que no âmbito do Congresso Nacional existem diversos projetos de lei nesse sentido. [...] Isto posto, DEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, NA MODALIDADE TUTELA DE URGÊNCIA, para determinar que a parte requerida providencie a suspensão nos descontos decorrentes do empréstimo consignado de titularidade da parte autora, objeto desta demanda, no prazo de 72 horas contadas de sua intimação, restando arbitrada a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por mês para hipótese de descumprimento do provimento mandamental expedido, limitada a R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Intime-se.

¹² Proc. 0226170-82.2020.8.06.0001- Ação Civil Pública – “Assim como as instituições de ensino depararam-se com a necessidade de imediata adequação do serviço, com o desafio de virtualizar metodologias que há séculos seguem o formato presencial, os consumidores, pais e alunos, viram-se desafiados ao cumprimento da obrigação pecuniária contratual, além da adaptação à nova sistemática de aprendizado. Sendo esse o cenário, ao ser provocado, cabe

Justiça do Ceará (TJCE) com lastro na Teoria da Imprevisão. Nela, pretendeu o autor a revisão contratual das mensalidades escolares, também em virtude das limitações econômicas consequentes do contexto pandêmico ou, alternativamente, a resolução dos contratos mantidos nas instituições de ensino privado. No tocante à sentença, foi deferido parcialmente o pleito com determinação de imediato desconto ou, em último caso, a resolução dos contratos.

Sobre a intervenção judicial nos negócios jurídicos, Venosa (2020) defende que essa possibilidade ocorre em situações excepcionais, quando uma circunstância nova proporciona extrema dificuldade a um dos contratantes, o que leva a onerosidade excessiva (VENOSA, 2020, p. 182). É oportuno frisar que o processo de nº 0020866-94.2020.8.17.2001¹³, ajuizado perante a 22^a Vara Cível de Pernambuco, em face da Associação das Religiosas Instituições Cristãs teve a pretensão de revisão do contrato escolar indeferida. Na petição inicial, a parte autora pugnava pela redução da mensalidade alegando ter sofrido problemas financeiros em decorrência da pandemia. Em sede de decisão interlocutória, o juiz negou o pleito autoral por ausência probatória a fim de que atestasse o abalo sofrido. Na sentença, o magistrado julgou improcedente o pedido e fundamentou sua decisão afirmado que não foi demonstrado o enriquecimento de uma parte e o empobreecimento da outra, a fim de gerar uma Intervenção Judicial no contrato.

Por outro lado, Tartuce (2020) explica que é necessária a Intervenção do Estado a fim de buscar o equilíbrio contratual perdido (TAR-

ao Poder Judiciário agir em prol da manutenção do equilíbrio desses contratos, instigando alternativas viáveis e de superação para esse momento de grandes dificuldades. [...] Posto isso, nos termos do art. 300 do CPC, DEFIRO PARCIALMENTE a pretendida tutela de urgência para DETERMINAR que as instituições de ensino que compõem o polo passivo desta demanda promovam, alternativamente: a) o imediato desconto de 30% (trinta por cento) do valor total de cada mensalidade escolar – com alcance do ensino infantil e pré-escola, ensino fundamental e ensino médio – que se vencer durante o período de vigência do Decreto Estadual n. 33.519/2020, ou qualquer outro ato estatal que determine a suspensão da prestação dos serviços de forma presencial; ou b) permitam a imediata rescisão contratual sem a imposição de multa, independente do resguardo de vaga para o próximo ano/semestre letivo, ressaltando que a instituição poderá exigir taxas de matrículas e outros acessórios na futura renovação ou nova contratação do serviço escolar."

13 Proc. n. 0020866-94.2020.8.17.2001 – Ação ordinária - "Pela prova dos autos, não restou demonstrado o perigo de dano, pois o autor não colacionou a documentação comprobatória do seu abalo financeiro com os gastos que está tendo com o fechamento físico da escola neste momento de isolamento social. [...] Diante do exposto, considerando a situação específica do caso em tela, com fundamento no artigo 300, §§ 2º e 3º, do CPC, INDEFIRO a tutela de urgência de natureza antecipada."

TUCE, 2020). Desse modo, vale ressaltar que, de acordo com os julgados analisados da Ouvidoria Geral do TJPE, levados ao Judiciário em razão da pandemia do COVID-19, verifica-se a Intervenção Judicial nos contratos em ações revisionais.

CONCLUSÃO

O Princípio da Intervenção Mínima e a excepcionalidade na revisão dos contratos, incorporados ao CCB através da LLE configuram-se como regramentos importantes no ordenamento jurídico.

Quando se iniciou o trabalho de pesquisa, constatou-se uma relevância de tais princípios nas relações privadas, sobretudo seus reflexos na seara contratual em meio ao cenário pandêmico de COVID-19. Sendo assim, buscou-se analisar de que maneira o Estado se comportou nas decisões em ações revisionais fundados na pandemia de COVID-19.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral verificar se as decisões proferidas segundo o informativo de nº 26 da Ouvidoria Geral do TJPE no período de abril a junho de 2020 recorreram ao princípio da intervenção mínima, a fim de inviabilizar o deferimento de pedidos em ações revisionais fundados na pandemia de COVID-19.

Conclui-se, portanto, que conforme o material objeto de estudo da presente pesquisa, nas decisões reunidas no informativo do TJPE de ações revisionais compreendidas entre os meses de abril a junho de 2020, foi possível verificar que em alguns casos, houve a Intervenção Judicial nos contratos a fim de conservar o pacto anteriormente celebrado. Desse modo, percebe-se uma mitigação ao princípio da autonomia da vontade.

Em resposta ao problema de pesquisa, constatou-se que o Princípio da Intervenção Mínima não foi utilizado como fundamento para inviabilizar o deferimento de pedido em ações revisionais. Contudo, verificou-se que a Intervenção Judicial foi realizada quando comprovado pelo contratante um abalo financeiro ocasionado pela pandemia, que impossibilitou o cumprimento do contrato e constatado vantagem à outra parte.

Por conseguinte, foram analisadas decisões contidas no Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE, referente a ações revisionais de contratos cíveis, com estudo minucioso de cinco julgados relativos ao tema.

Restou verificado que nas decisões analisadas, a Teoria da Imprevisão foi utilizada como fundamento em muitas ações revisionais, visto que o contexto pandêmico foi caracterizado como um fato imprevisível e extraordinário que causou, em determinadas situações, onerosidade excessiva para um dos contratantes e extrema vantagem para o outro, causando assim um desequilíbrio nas obrigações avençadas.

Ademais, após a explanação dos princípios fundamentais no direito contratual, constata-se também que o referido Tribunal prezou por conservar os contratos e, em muitas decisões foi deferido pelo juízo a redução de parcelas e suspensão de descontos, de modo a garantir um equilíbrio obrigacional, de acordo com as novas circunstâncias trazidas pelo COVID-19.

Outrossim, os objetivos específicos traçados para a presente pesquisa foram devidamente atendidos, conforme se observa detalhadamente nas seções três, quatro e cinco, quando da abordagem da Teoria da imprevisão, os reflexos da LLE nos contratos e o estudo das Intervenção do Estado nas decisões judiciais em ações revisionais.

Diante da metodologia proposta, tipificada como descritiva, com método dedutivo e abordagem qualitativa, tomou como base o estudo da legislação e doutrina, além de julgados e artigos científicos pertinentes à temática. O presente estudo encontrou-se limitação no reduzido número de decisões compiladas no Informativo da Ouvidoria Geral e na dificuldade em obter acesso a julgados no site do TJPE.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos**: direito dos contratos. 4. ed. São Paulo:Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 de abril de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 18 de abril de 2021.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 de abril de 2020.

Enunciado nº 367. **IV Jornada de Direito Civil.** Brasília, 2006. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/488>. Acesso em 21 de abril de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Contratos e atos unilaterais.** 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Coleção direito civil volume 3 – 6.** ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos.** 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

NERY, Maria Carla Moutinho et al. **Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE nº 26:** Atos normativos COVID-19 precedentes selecionados. v. 1. Recife. Editora: Ouvidoria Geral do Tribunal de Justiça de Pernambuco, 2020. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Tutoriais-Informativo-da-Ouvidoria-Geral-do-TJPE-n%C2%BA-26.-Atos-Normativos-COVID-19.-Precedentes-Selecionados.-12-de-Junho-de-2020.-TJPE.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Declaração unilateral de vontade e Responsabilidade civil.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revista eletrônica, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo.** 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz et al. **COVID-19 e os impactos no direito: mercado, estado, trabalho, família, contratos e cidadania.** 1. ed. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2020.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Coleção novo curso de direito civil.** 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 10. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Editoras: Forense e Metódio, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

TJ-PE – AO: 0021513-89.2020.8.17.2001. 20^a Vara Cível da Capital. Data da decisão: 06/05/2020. Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE nº 26. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1mtcMMg-MkHOn7njAtPagBfpTGOYVxUczU/view>. Acesso em 02/05/2021.

TJ-PE – AO: 0024924-43.2020.8.17.2001. 11^a Vara Cível da Capital. Data da decisão: 29/05/2020. Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE nº 26. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1Wb2BPEAA-s1O6VXiNQvRZWIZoMCLQZf6g/view>. Acesso em 02/05/2021.

TJ-PE – AO: 0000293-69.2020.8.17.3380. Vara Única da Comarca de Serrita. Data da decisão: 08/06/2020. Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE nº 26. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1-f0bAKL-cBtDrHWKyyH-d-sGMEdtLDY91/view>. Acesso em 02/05/2021.

TJ-CE – ACP: 0226170-82.2020.8.06.0001. 10^a Vara Cível de Fortaleza. Data da decisão: 06/05/2020. Informativo da Ouvidoria Geral do TJPE nº 26. Disponível em https://drive.google.com/file/d/1xNdCa8B-MQEUE41v_qJNZQ9Aeljsv-GBc/view. Acesso em 02/05/2021.

TJ-PE – AO: 0020866-94.2020.8.17.2001. 22^a Vara Cível da Capital. Data da decisão: 30/04/2021 Disponível em: <https://pje.tjpe.jus.br/1g/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documento-SemLoginHTML.seam?ca=e9f6353479c3d4e4fdd3b465663c997be-ce92710435d7737539d405d3ca389a0c2f901a0fb8897301378c-52d7b93bdc816dd8e0ed45060e5&idProcessoDoc=79011780>. Acesso em 02/05/2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

CAPÍTULO 5

DISPUTA ENTRE O FISCO E O CONTRIBUINTE: UMA ABORDAGEM SOBRE O ICMS E SEU CRÉDITO EMBUTIDO NO PIS/COFINS

*Ana Paula Neves Siqueira do Nascimento
Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Eriberto Cordeiro Amaral
Willams Luiz de Oliveira Silva*

1 INTRODUÇÃO

Após o julgamento do RE 574.706, tema 69, que discutia acerca de compor ou não o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) nas bases de cálculo do PIS (Programa de Integração Social) e da COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ICMS, que consta na nota de saída para o consumidor final, não deverá integrar o cálculo do PIS e da COFINS. Segundo o STF, o imposto estadual não poderá ser classificado como receita, visto que apenas o preço do produto apenas transita no caixa da empresa, logo não integra a base de cálculo das contribuições.

Nesse sentido, a Receita Federal alegou que, em decorrência lógico-jurídica, também deveria ser excluído o ICMS crédito embutido no PIS e na COFINS, uma vez que não compõe mais o preço da mercadoria. Destaca-se, ainda, que nesses casos o contribuinte não teria valores a pagar, apenas a receber, consequentemente restando à União subsidiar a atividade econômica referente aos valores da seguridade social e, assim, seria possível chegar a um saldo negativo das contribuições ao final das operações.

Assim, cumpre esclarecer que a pesquisa tem como principal objetivo a análise do Parecer 10, sobre a possibilidade da exclusão do ICMS crédito no PIS/COFINS, conforme parecer encaminhado da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil em desfavor do contribuinte. Nesse sentido, foram adotados os métodos de levantamento

documentais, jurisprudenciais, além de legislações, artigos científicos e outras fontes que busquem a melhor compreensão sobre o tema.

O estudo abordado possui grande relevância jurídica, pois se trata de tema que poderá onerar o contribuinte, visto que a tese levantada pela Coordenação-Geral Tributária, modifica a interpretação da legislação referente às contribuições, conforme passará a expor.

Por fim, ressalta-se que, a priori, que se trata de um parecer interno, o qual não possui efeito vinculante aos contribuintes. Além disso, o RE 574.706 não mencionou nada a respeito do ICMS crédito embutido no PIS/COFINS, fazendo surgir uma nova disputa entre o Fisco e o Contribuinte.

2 CONCEITO E ESPÉCIES DE TRIBUTOS

Inicialmente, cumpre esclarecer que o Direito Tributário é ramo do direito público, autônomo e específico, que tem como principal objetivo a organização da ordem social e econômica do País. Logo, pode-se inferir que não é direito do Estado, e sim relação jurídica entre sujeitos de direito, com base na legalidade e igualdade. (COÊLHO, 2006, p. 34)

O Código Tributário Nacional dispõe no seu artigo 3º que: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” Portanto, ocorrendo o fato gerador, o qual se amolda à norma jurídico-tributária, faz nascer a obrigatoriedade de pagamento de tributo.

O objeto do Direito Tributário é regular o relacionamento entre o Estado e o Contribuinte por meio de pagamento e recebimento do tributo. Trata-se de relação que visa regular e restringir o poder do Estado de exigir tributos e regula os deveres e os direitos dos contribuintes, de modo isonômico (COÊLHO, 2006, p. 34).

Além disso, é necessário destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil não cria tributos, apenas concede aos entes políticos, quais sejam União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a competência tributária para instituí-los. As espécies tributárias que es-

tão previstas no artigo 145 da Constituição Federal, bem como aquelas dispostas no artigo 5º do Código Tributário Nacional, são: Impostos, Taxas e Contribuição de Melhoria.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal adota a Teoria Pentapartida, partindo da premissa de que existem cinco espécies tributárias: Impostos, Taxas, Contribuição de Melhoria, Contribuição Social e Empréstimo Compulsório. Logo, transcreve-se abaixo trecho do voto do Ministro do STF Moreira Alves, em 29 de junho de 1992, no RE n. 146.733-9/SP:

De fato, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria), a que se refere no art. 145, para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os arts. 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Conclui-se, portanto, que tributo é uma obrigação que independe da vontade do contribuinte, o qual não poderá ser constituído como forma punitiva advinda de conduta ilícita. Assim, deve ser instituída por lei, e cobrada mediante atividade administrativa vinculada, de caráter pecuniário, paga em moeda corrente. (CANDIDO, 2021, pág. 9).

3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ESTRITA LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

De início, para melhor elucidar o estudo em questão, é de extrema importância destacar um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, o Princípio da Legalidade, previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso II, que dispõe o que se segue: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Depreende-se que apenas haverá obrigação legal quando houver previsão expressa em lei.

O Princípio da Legalidade em matéria tributária, decorrente do Princípio da Legalidade Constitucional, estabelece acerca da vedação

ção de exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça. Trata-se de cláusula pétrea, ou seja, é direito fundamental de todo contribuinte, tendo como finalidade a limitação do poder de tributar dos entes federativos, garantindo, assim, segurança jurídica nas relações perante o Estado, vide Constituição Federal em seu artigo 150, inciso I.

Não obstante, o Código Tributário Nacional reforça, ainda, o Princípio da Legalidade Tributária, disposto em seu artigo 97, que somente a lei pode definir a instituição e extinção de tributos, majoração e/ou redução, fato gerador da obrigação tributária principal, além da fixação de alíquota e de sua base de cálculo, cominação das penalidades, bem como as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, dispensa e/ou redução das penalidades, isto é, determina os critérios essenciais da incidência tributária (BRASIL, 1988). Nesse sentido, segundo o doutrinador Alexandre de Moraes (2004, p. 71), o princípio da legalidade:

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor em benefício da lei.

Portanto, infere-se que o Princípio da Legalidade em matéria tributária é uma garantia constitucional, a qual protege o contribuinte de cobranças abusivas e/ou arbitrárias por parte do Estado, devendo ser respeitado os limites estabelecidos em lei, viabilizando maior segurança jurídica. (BERNADI, 2007, *on line*).

A título exemplificativo, enfatiza-se o direito dos contribuintes de saber acerca das hipóteses de incidência, fato gerador, bem como sua base de cálculo e alíquota, visto que este é a parte mais vulnerável da relação jurídico-tributária.

4 PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE TRIBUTÁRIA

Além do Princípio da Estrita Legalidade em Matéria Tributária, faz-se necessário para o presente estudo explicar o Princípio da Não-

-Cumulatividade. Para melhor esclarecer, vejamos análise dos institutos da cumulatividade e o da não-cumulatividade.

Para melhor elucidar, em breve análise, o Princípio da Cumulatividade é cobrado em todas as etapas do processo produtivo, ou seja, é recolhido tributo em toda cadeia produtiva. É conhecido como efeito cascata da tributação, visto que analisa cada etapa de forma isolada, possuindo crescimento exponencial. (PEREIRA, 2017, *on line*).

Já o Princípio da Não Cumulatividade, interpretado à luz da Constituição Federal, permite deduzir o montante recolhido nas operações anteriores, gerando créditos nas operações. Logo, trata-se do direito do contribuinte de compensar em operações futuras o tributo pelo qual já pagou. (PEREIRA, 2017, *on line*).

Dessa forma, segundo o artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal, pode-se inferir que esse princípio é classificado como norma de eficácia plena, ou seja, independe de regulamentação de outra norma para produzir seus efeitos. Caracteriza-se, portanto, uma autêntica obrigação a ser cumprida por ambas as partes, o Poder Público e o contribuinte (Melo, 2017, p. 240). Nesse sentido, destaca-se trecho do artigo elaborado pelo Juiz Federal Ribeiro (2007, *on line*), que dispõe sobre o regime não-cumulativo em matéria constitucional:

O princípio da não-cumulatividade, previsto na Constituição Federal de 1988, como foi abordado neste estudo, serve como garantia ao contribuinte para que se evite a cobrança de “imposto sobre imposto”, sempre que o fato gerador estiver inserido dentro de uma cadeia produtiva. Não obstante ser uma técnica para apuração do tributo devido, não se pode olvidar que o mesmo também possui natureza de princípio constitucional, não sendo dado ao legislador ordinário estabelecer qualquer disposição que afete o seu núcleo essencial, que é a prerrogativa outorgada ao contribuinte de amortizar, do valor a ser recolhido, o montante já recolhido em fases pretéritas da cadeia de produção.

Nesse sentido, o Princípio em questão estabelece limites ao poder de tributar do Fisco, impedindo a incidência do efeito cascata da tributação, garantido ao contribuinte o direito de compensar o imposto incidente em operações anteriores.

Ressalta-se, ainda, que o regime não-cumulativo desonera a produção, facilitando o consumo, consequentemente há o aumento no desenvolvimento da atividade econômica, diante as compensações incidentes nas operações. Imperioso destacar, que a não-cumulatividade é consequência subsidiária da atividade mercantil ou da prestação de serviços, devendo ser realizada de maneira vinculada, ou seja, trata-se da ideia de tributação sobre valor agregado (RIBEIRO, 2007, *on line*).

Apenas a título explicativo, a não-cumulatividade pode ser dividida em duas formas, quais sejam: sistema de tributo contra tributo, nos casos do IPI - Imposto sobre Produto Industrializado, (art. 153, da Constituição Federal), ou sistema de base contra base, nos casos das Contribuições para o PIS/PASEP. Entretanto, o presente estudo restringe-se em analisar a ilegalidade do ICMS crédito embutido na base de cálculo das contribuições sociais do PIS e da COFINS.

4.1 O princípio da não-cumulatividade incidente no ICMS

O ICMS é imposto de competência estadual que incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, bem como prestação de serviços de comunicação. Nesse sentido, entende-se que quando há transferência da titularidade da mercadoria, entre o comprador e o vendedor, ou seja, atos de comércio, há fato gerador do referido imposto.

Logo, para que ocorra o fato gerador do ICMS, é necessário que ocorra a transferência da propriedade, ou seja, o mero transporte de um estabelecimento comercial para outro, não se amolda na norma tributária (STJ, SÚMULA 166).

Desse modo, como é considerado tributo de competência estadual, é elemento essencial para a sua incidência o local da prestação e da operação dos serviços, e possui essas particularidades previstas no artigo 11 da Lei Complementar n. 87/1996.

Imperioso fazer destacar que o ICMS submete-se ao princípio da não-cumulatividade. O ICMS, conforme prevê o art. 155, §2º da Constituição Federal, dispõe que:

Art. 155, §2º - Será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de

mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal (BRASIL, 1988).

Logo, observa-se a imposição constitucional, direta e taxativa sobre a aplicação da não-cumulatividade no que diz respeito a arrecadação do ICMS. Nesse sentido, pontua Ribeiro (2007, *on line*):

Interpretando a norma do artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal, juntamente com o inciso XII, letra c, do mesmo artigo 155, § 2º, concluir-se-ia que o ICMS deve obedecer ao princípio da não-cumulatividade, compensando-se as receitas oriundas das operações anteriores com o valor a pagar do imposto, cabendo, entretanto, ao legislador infraconstitucional disciplinar o “regime de compensação do mesmo” (ressalto que tal dispositivo se refere unicamente ao ICMS, não havendo qualquer correspondente em relação ao IPI e às contribuições sociais). E, por ser o princípio da não-cumulatividade norma constitucional de eficácia plena, conforme afirmei acima, o regime de compensação do imposto, o qual o constituinte deixou a cargo do legislador complementar, não pode afetar o conteúdo nuclear da não-cumulatividade. O núcleo do princípio (que é o direito do contribuinte creditar-se do valor recolhido a título do imposto nas operações anteriores da cadeia produtiva) deve permanecer intacto, sendo inconstitucional qualquer disposição do legislador complementar que colida com o mesmo. Então, o “regime de compensação do imposto”, que será definido pelo legislador complementar, conforme o dispositivo constitucional acima citado, consiste tão-somente nos aspectos temporal e pessoal da apuração do imposto (sua periodicidade e a forma de recolhimento pelo contribuinte). Não poderá a lei complementar impor qualquer restrição ao direito de crédito, uma vez que o mesmo é diretamente relacionado ao aspecto nuclear do princípio da não-cumulatividade.

Além disso, verifica-se que a compensação dos créditos resultantes de operações anteriores, configura direito subjetivo dos contribuintes desse imposto, conforme assegura a Constituição Federal. A não-cumulatividade mostra-se regra, a qual deverá ser considerada todas as vezes que houver incidência do ICMS no plano da realidade fática.

O Princípio da não-cumulatividade do ICMS será materializado através da compensação. Por conseguinte, serão subtraídos do valor

do tributo devido os valores pagos anteriormente pelos produtores ou prestadores de serviços.

Por fim, a legislação infraconstitucional deverá observar este princípio, não podendo ser restringido, limitado, ou impor contrariedade a este princípio constitucional.

5 DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: PIS E COFINS

De início, conforme já mencionado anteriormente, as Contribuições Sociais são reconhecidas como tributo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 146.733, em 29/06/1992.

As contribuições sociais são utilizadas como forma de financiamento da seguridade, previdência social, bem como outros ramos do serviço público, diferentemente dos impostos que incidem sobre a renda e consumo, os quais a Constituição adota a repartição de receitas entre os entes federativos, porém a criação, administração e arrecadação das contribuições sociais, é, em regra, centralizada pela União (Oliveira, 2021, *on line*).

O Programa de Integração Social (PIS) foi instituído pela Lei Complementar n. 7/70, o qual é destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, conforme prevê o artigo 1º da referida Lei. Nesse sentido, a contribuição em comento é destinada a custear o programa do seguro-desemprego, além do abono de um salário-mínimo anual aos empregados que percebem até dois salários-mínimos de remuneração mensal, para aqueles que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) é destinada às despesas com atividades-fim das áreas de saúde, previdência e assistência social, conforme prevê o artigo 1º da Lei Complementar 70/91. Tem-se como fundamento constitucional o artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, a qual dispõe:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Esta-

dos, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (BRASIL, 1988).

Ante breve análise conceitual, a seguridade social tem como principal objetivo o equilíbrio financeiro das áreas destinadas à saúde, previdência social e assistência social. Logo, pode-se afirmar que as contribuições sociais são mantidas pelo poder público em conjunto com a sociedade, mantendo-se a proporcionalidade atuarial, ou seja, as receitas cobrindo as despesas (OLIVEIRA, 2021, *on line*).

5.1 Do regime não-cumulativo incidente nas contribuições sociais: PIS E COFINS

Em relação ao regime não-cumulativo no PIS e na COFINS, a Emenda Constitucional 42/03, dispõe no seu artigo 195, §12 a seguinte redação: “A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas”.

Ocorre que a Instrução Normativa 404/04 versava sobre a incidência não-cumulativa para a COFINS, revogada pela Instrução Normativa 19/11, onde essa é omissa nesse aspecto. Sobre o Regime Não-Cumulativa do PIS e da COFINS, podemos afirmar que:

Regime Não Cumulativo: segundo a Lei 10.833/2003, este regime de tributação permite um desconto de créditos relacionados aos custos, encargos e despesas da pessoa jurídica submetida a este tipo de regime. As alíquotas aplicadas para o PIS e COFINS para este tipo de regime tributário são de 1,65% para o PIS e de 7,6% para o COFINS. Este regime abrange as pessoas jurídicas de direito privado e aquelas que são equiparadas conforme as determinações da Receita Federal, onde as exceções para este regime atingem as cooperativas de crédito, instituições financeiras, empresas que praticam a securitização de créditos imobiliários e financeiros, planos de saúde, serviços de vigilância e de valores (Lei 7.102/1983), bem como as sociedades cooperativas (exceto as de consumo e de produção agropecuária) (FARIAS, 2019, p. 6).

Insta salientar que o regime não-cumulativo no PIS/COFINS é diferente do ICMS. Nesse é utilizado o crédito tomado na compra, e

deduz do débito do ICMS. Naqueles a tomada de crédito é com base na apuração do valor total da aquisição, ou seja, nesses casos há incidência do ICMS. Não obstante, a tomada de crédito no regime não-cumulativo do PIS e da COFINS é de 9,25%.

Por fim, no que pese a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tornou-se conhecida como a “tese do século”, uma vez que, ao considerar o ICMS, integra na base de cálculo, restaria considerada a bitributação, ou seja, o contribuinte é tributado duas vezes nas contribuições do PIS e da COFINS. Conforme exposto, o ICMS não faz parte do faturamento da empresa.

6 DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS (RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 574.706)

No dia 13 de maio de 2021, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706, entendeu pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Segundo o STF, o ICMS não pode ser classificado como faturamento ou receita, o qual se tem como base para a incidência das contribuições mencionadas, visto que não compõe o preço da mercadoria.

Para ilustrar o acima exposto, ressalta-se que foi entendido que parte do valor do ICMS destacado na “fatura” é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior. Ora, o valor apenas transita no caixa da empresa para ser recolhido, não constituindo receita do contribuinte. Nesse sentido, não há o que falar em definição constitucional de faturamento para a base de cálculo das contribuições (Ministra Cármem Lúcia, relatora do RE 574.706). A título explicativo, cabe esclarecer o conceito de faturamento. De acordo com Carrazza (2008, p. 157):

O faturamento (que etimologicamente, advém de fatura) corresponde, em última análise, ao somatório do valor das operações negociais realizadas pelo contribuinte. Faturar, pois é obter receita bruta proveniente da venda de mercadorias ou, em alguns casos, da prestação de serviços. Noutras palavras, faturamento é a contrapartida econômica, auferida como riqueza própria, pelas empresas em razão do desempenho de suas atividades típicas. Conquanto nesta contrapartida possa existir um compo-

nente que corresponde ao ICMS devido, ele não integra nem adere ao conceito de que ora estamos cuidando.

Ainda, a Lei n. 9.718/98 dispõe que os cálculos das contribuições do PIS e da COFINS serão com base no seu faturamento, ou seja, a receita bruta. Além disso, foi excluído da base de cálculo o ICMS transferido integralmente para os Estados, conforme artigo 2º, §2º, I, da referida lei. Logo, deve ser observado que não há como excluir a transferência parcial decorrente do regime não-cumulativo.

Não obstante, a Receita Federal também entendeu pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Como consequência disso, deverá ser retirado o ICMS dessas contribuições. Segundo o entendimento do doutrinador Sacha Calmon Navarro Coêlho (2013, *on line*):

A lógica é simples: se para o CTN, tal como interpretado pelo STF, o contribuinte de direito não é titular do ICMS que arrecada, atuando como mero agente de cobrança do Estado, tampouco pode sê-lo para a legislação do PIS/COFINS, sob pena de se criar uma insolúvel antinomia no sistema jurídico. Ou bem o contribuinte de direito é titular do imposto que recolhe – e, nesse caso, o art. 166 do CTN perde serventia – ou não o é, sendo defesa a inclusão do ICMS na sua receita para fins de tributação pelo PIS/COFINS.

Em virtude do entendimento do STF, o qual trará diversas consequências na prática, dentre elas a oneração dos cofres públicos, a Coordenação-Geral de Tributação (Cosit), por meio do Parecer 10/2021, alegou que, em decorrência lógica e jurídica, deveria ser excluído o ICMS do crédito do PIS e da COFINS, solicitando que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ratifique ou retifique o entendimento exposto no Parecer.

6.1 Breve análise do parecer 10/2021

O presente trabalho tem por finalidade a discussão acerca do ICMS crédito na base de cálculo do PIS/COFINS, por esse motivo foram abordados conceitos e princípios para melhor visualização sobre o tema.

Primeiramente, cumpre esclarecer que se trata de um parecer interno, logo, não detém qualquer efeito vinculante ao contribuin-

te. A consulta realizada pela Secretaria Especial da Receita Federal, tem previsão legal no artigo 8º a 10º da Portaria RFB nº 1.936/18, com base no artigo 13 da Lei Complementar nº 73/93 de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo artigo 18 do Decreto Lei nº 147 de 1697, e pelo Parágrafo único do artigo 24 do Decreto nº 9.745/19.

O Parecer diz respeito à exclusão do ICMS crédito no PIS e da COFINS. No caso em questão, é alegado que não incide o ICMS na base de cálculo dessas contribuições, consequentemente o contribuinte não arcará com essa despesa, não podendo, dessa forma, arquir direito a crédito. Logo, foi levantado o seguinte:

Já para a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins foi adotado o sistema de base contra base. Nesse método, para apurar o valor do crédito da Cofins a ser descontado, o contribuinte aplicará, sobre a base de cálculo dos créditos, a alíquota da não cumulatividade, ou seja, 7,6%. Tal alíquota independe de o adquirente ter comprado o produto de uma pessoa jurídica sujeita às contribuições no regime cumulativo, ou seja, que apurou a Cofins a pagar mediante a aplicação da alíquota de 3%, ou comprado de uma pessoa jurídica sujeita ao regime não cumulativo, que apura a contribuição mediante a alíquota de 7,6%.

Em função da aplicação do método base contra base, o valor sobre o qual a pessoa jurídica compradora aplicará a alíquota de 7,6% para apuração do crédito da Cofins, atendendo a regra da não cumulatividade, será o mesmo valor que serviu de base de cálculo para apuração da Cofins pelo vendedor, qual seja, o valor da Nota Fiscal deduzido do valor do ICMS destacado, visto que esse imposto, conforme a decisão colacionado do STF, não integra o preço do produto e, consequentemente, não integra o faturamento do vendedor nem o valor de aquisição do comprador (BRASIL, 2021, p. 6).

Ora, aponta-se que o ICMS não integra o faturamento, visto que não é parte do preço do produto e apenas transita no caixa da empresa para ser recolhido aos Estados. Por esse motivo, o valor destacado na nota fiscal deverá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Do ponto de vista jurídico, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com base na Lei 10.833/03, no §2º, inciso II, determina que

não há direito a crédito no valor da aquisição de bens ou serviços que não estão sujeitos ao pagamento da contribuição.

No que pese ao regime não-cumulativo, segundo Parecer, as Contribuições para o PIS e para a COFINS adotam o sistema de base contra base, ou seja, o valor do crédito do comprador será o mesmo valor quem serviu de base de cálculo para apuração do vendedor. Logo, o valor da nota fiscal deduzido do valor do ICMS destacado, já que não mais integra o preço do produto, por óbvio não integra o faturamento do vendedor e nem no montante de aquisição do comprador.

Para ilustrar os argumentos elencados no Parecer destaca-se trecho da manifestação da União no Mandado de Segurança n. 5000538-78.2017.4.03.6110, que demonstra acerca das consequências do não recolhimento dessas contribuições sobre o ICMS, em etapa anterior, não pode ser gerado crédito no PIS e da COFINS:

Um contribuinte em determinado mês apurou R\$1.000,00 de receita bruta. O ICMS foi destacado nas notas fiscais à alíquota de 18%, o que equivale a R\$180,00. Seguindo o raciocínio de exclusão do ICMS destacado na nota, a base de cálculo da contribuição será R\$820,00 (R\$1.000,00-R\$180,00). De modo que o valor devido a título de COFINS, considerando alíquota básica desta contribuição de 7,6%, será R\$62,32 (R\$820,00 X 7,6%).

Agora imagine que o contribuinte tenha adquirido na mesma competência mercadorias por R\$500,00. Antes do entendimento firmado no RE 574.706/PR, ele apuraria um crédito de R\$38,00, resultado da aplicação da alíquota de 7,6% sobre o valor cheio das notas de entradas. Perceba que o crédito foi apurado sobre o valor total da operação, incluindo o ICMS destacado na nota. O mesmo ICMS destacado na nota que não deve integrar a base de cálculo da COFINS devida pela pessoa jurídica, que alienou as mercadorias ao contribuinte.

Ora, nesse caso, o correto, até mesmo por uma questão de paralelismo lógico jurídico, é excluir da base de cálculo do crédito o valor que não integrou a base de cálculo do débito — ou seja, o mesmo valor que não compôs a operação anterior. No caso do exemplo, supondo uma alíquota de 18% de ICMS, a base de cálculo do crédito deveria ser R\$410,00 (R\$500,00-R\$90,00) e o crédito, R\$31,16 (e não R\$38,00, como ocorria antes do RE 574.706/PR) (SOROCABA, 2021, *on line*).

Analizando o caso trazido à baila, resta evidente que, para o Poder Público, o ICMS crédito incidente no PIS e na COFINS poderá ocasionar enriquecimento ilícito por parte do contribuinte, e, as hipóteses de direito a crédito estão previstas expressamente em lei, segundo o artigo 111 do Código Tributário Nacional, bem como onerando ainda mais os cofres públicos.

Além disso, fora arguida pela Coordenação-Geral Tributária que o direito a crédito, nesses casos, fere o princípio da razoabilidade, o qual consiste no bom senso, moderação e coerência. Nesse caso, por se tratar de cadeia não-cumulativa de tributação, e não havendo incidência anterior do valor, este deverá ser neutralizado em toda cadeia, para que seja evitado favorecimento a alguns contribuintes. Ademais, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional concluiu o seguinte:

Diante do exposto, em relação ao regime de apuração não cumulativa das contribuições, conclui-se que:

- a) Na apuração da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a venda, o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal deve ser excluído da base de cálculo, visto que não compõe o preço da mercadoria; e
- b) Na apuração dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins a descontar, o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal deve ser excluído da base de cálculo, visto que não compõe o preço da mercadoria (BRA-SIL, 2021, p. 9).

Posto isto, depreende-se do Parecer que a possibilidade do direito ao ICMS crédito ameaça a forma de financiar a Seguridade Social, acarretando saldo líquido negativo na atividade econômica, a qual é subsidiada pela União, em face do desvirtuamento do regime não-cumulatividade.

CONCLUSÃO

Sabe-se que a tributação é um instrumento necessário para que os entes da administração pública possam abastecer os cofres públicos. Porém, devem ser observados os princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, os quais são decorrentes do Estado Democrático Brasileiro.

Após o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o qual dispõe que não deverá integrar o cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), surgiu o questionamento acerca do ICMS crédito incidente na base de cálculo do PIS e da COFINS.

No decorrer do estudo, restou comprovado que poderá nascer uma nova disputa entre o Fisco e o Contribuinte, que se evidenciou por meio da Coordenação Geral de Tributação, que, de alguma maneira, busca amenizar os efeitos jurídicos decorrentes do julgamento do RE 574.706, conhecida como a “tese do século”.

Trata-se de um parecer interno enviado como meio de consulta, e que precisa passar pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para ser publicado e produza efeito vinculante aos contribuintes. Deste modo, entende-se ser uma consulta que inverte a lógica da questão. Se é cabível o entendimento de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, a consequência lógica é que os contribuintes não detenham o direito ao ICMS crédito dessas contribuições.

Entretanto, ressalta-se que tal entendimento é equivocado. Inicialmente, porque trata-se de um assunto que não fora mencionado no RE 574.706, e que, por mais que haja decorrência lógica, não há embasamento legal. Ora, no que pese ao direito Tributário, deve ser observado de forma rigorosa o princípio da legalidade, e não havendo lei nesse sentido, o contribuinte não está obrigado a fazer.

Conforme demonstrado nos pontos acima, para que ocorra o direito a crédito do PIS e da COFINS, basta que esteja sujeito ao regime não-cumulativo. Nada versa acerca da vinculação de apuração dessas contribuições em operações anteriores de aquisição de bens e/ou serviços, uma vez que dispõe acerca do custo da operação total anterior.

Pois bem, como sabido, as Contribuições Sociais devem ser mantidas pelo poder público em conjunto com a sociedade. Ademais, o que resultou no Parecer, além do julgamento no sentido de não incidir o ICMS em relação a base de cálculo do PIS/COFINS, foi o fato de não ocorrer a incidência das contribuições anteriormente para que o contribuinte tome o seu direito a crédito.

Compreende-se que a discussão acerca da ilegalidade do ICMS crédito embutido no PIS e na COFINS é relevante, visto que a tomada de crédito do contribuinte é prevista na legislação, bem como resta comprovada que a interpretação jurídica da Secretaria Especial da Receita Federal é uma tentativa de amenizar os efeitos da decisão proferida no RE 574.706, conhecida amplamente como a tese do século, a qual, ressalta, mais uma vez, não alterou a forma da apuração dos créditos em questão, nem se encontra prevista na Legislação Brasileira.

REFERÊNCIAS

- BERNADI, Renato. **O Princípio da Legalidade no Direito Tributário.** **Conjur.** [2007]. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depe-so/34692/o-princípio-da-legalidade-no-direito-tributario>> Acesso em: 09 set. 2021.
- CANDIDO, Luiz Felipe Ribeiro. **A inconstitucionalidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da PIS e COFINS.** 2021. Artigo Científico (Bacharelado em Direito) – Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1960>>. Acesso em: 10 set. 2021.
- CARRAZZA, Antônio Roque. **Curso de direito constitucional tributário.** 25. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2008.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** 8. ed. São Paulo: Forense, 2006.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. O ICMS não integra a base de cálculo do PIS/COFINS – ADC n. 18. **Associação Brasileira de Direito Financeiro**, 21 jul. 2013. Disponível em: <https://abdf.com.br/artigos/o-icms-nao-integra-a-base-de-cálculo-do-pis-cofins-adc-no-18/#_ftn4>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil (1988). CFRB. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

FARIAS, Millena Cristina de. Análise comparativa do PIS e COFINS nos regimes cumulativo e não-cumulativo. In: CONGRESSO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 4., 2019, Chapecó. **Anais** [...]. Chapecó: UNO-CHAPECÓ, 2019. p. 1-15. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/203922/ARTIGO%20MILLENA%20FARIAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS Teoria e Prática**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Ricardo Pereira. **Contribuições sociais COFINS: doutrina e jurisprudência**. [2021]. Disponível em: <<https://www.estrategia-concursos.com.br/blog/contribuicoes-sociais-cofins-doutrina-e-juris-prudencia>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

PEREIRA, Bruno Camilos. Manual da cumulatividade e não cumulatividade. **Jus**. [2017]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61223/manual-da-cumulatividade-e-nao-cumulatividade>>. Acesso em: 09 set. 2021.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler. O princípio da não-cumulatividade no Direito Tributário Brasileiro. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 18, jun. 2007. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/Edicao018/Rodrigo_Ribeiro.htm>. Acesso em: 1º nov. 2021.

SOARES MAIA, Tamara Mello. Princípio Da Legalidade Ou Estrita Legalidade Tributária. **Conjur**. [2016]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47866/princípio-da-legalidade-ou-estrita-legalidade-tributária>>. Acesso em: 10 set. 2021.

SOROCABA. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Mandado de segurança n. 5000538-78.2017.4.03.6110**. [2021]. Disponível em: <<https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=fdcbeecd643866b76729ce7896f0c66d6d-89ffd2e52d113a9>>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Parecer 10/2021**. Disponível em: <<https://garciadelima.adv.br/wp-content/uploads/2021/09/Exclus%C3%A3o-do-ICMS-do-PIS-COFINS-PARECER-INTERNO-COSIT-10-DE-01-JULHO-DE-2021.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2021.

CAPÍTULO 6

DEFORMIDADE DO MAXILAR E MANDÍBULA: TRATAMENTO ESTÉTICO OU FUNCIONAL?

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber

André Xavier de Lira Neto

Eriberto Cordeiro Amaral

Gisele de Araújo Costa

INTRODUÇÃO

Em um ordenamento jurídico pautado pelo exercício dos direitos individuais e sociais o tratamento dado à vida, saúde, igualdade, dignidade da pessoa humana deve manter um enfoque conjunto, moldando os deveres e obrigações presentes na Constituição de 1988.

Sob um recorte epistemológico objetivado pelo atendimento às necessidades dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor regula as situações jurídicas normatizadas pela Política Nacional das Relações de Consumo, tendo como primado o respeito à dignidade, saúde, segurança, proteção de interesses econômicos, melhoria da qualidade de vida e transparência e harmonia das relações de consumo (BRASIL, 1990).

Com a Carta Magna de 1988 a defesa do consumidor tornou-se um princípio a ser seguido para o desenvolvimento da atividade econômica e social, sendo um meio para se atingir a pretensão constitucional da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com o intuito de assegurar a todos a dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social (BRASIL, 1988).

Não obstante o status jurídico concedido ao direito do consumidor pela Constituição Federal de 1988, é comum a eclosão de conflitos entre seguradoras de saúde e consumidores/pacientes quando a demanda envolve autorização ou fornecimento de materiais para tratamento médico ou cirúrgico. Tendo em vista que muitos desses consumidores precisam dar início aos citados tratamentos, por vezes urgentes, acabam por optar pela tutela jurisdicional.

O presente estudo tem por finalidade identificar a natureza jurídica dada para a deformidade do maxilar e da mandíbula, por intermédio da interpretação do processo decisório, sobre a forma das decisões judiciais e seus argumentos produzidos.

Para que o fenômeno jurídico na sua dimensão decisória seja indutivamente trabalhado, será utilizada a Metodologia de Análise de Decisões inserida no campo da formulação de um protocolo metodológico para chegar a resultados apreciáveis e comparáveis. A finalidade é organizar as informações relativas a decisões judiciais acerca da deformidade do maxilar e da mandíbula, verificando a coerência argumentativa na produção do sentido de sua natureza jurídica (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

O procedimento da análise de decisões será dividido em três etapas: a pesquisa exploratória, o recorte objetivo e o recorte institucional. A primeira consiste num estudo bibliográfico para espelhar o conjunto de autores que perfazem a matriz paradigmática do tema e identificar os dissensos argumentativos mais importantes no campo teórico e os conceitos, princípios e institutos jurídicos referentes. A segunda diz respeito à investigação da natureza jurídica da deformidade do maxilar e da mandíbula, bem como seus limites semânticos. Já o recorte institucional se refere à escolha dos órgãos decisores que vão ser pesquisados. Nesta pesquisa a decisão sobre esse aspecto do recorte metodológico leva em conta a pertinência funcional do grupo de decisores. Assim, serão investigadas as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, em sua competência recursal (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

A relação de consumo entre as operadoras de plano de assistência à saúde e o consumidor/paciente em face da negativa de procedimentos ou tratamentos médicos e cirúrgicos deve assegurar os direitos de enfoque constitucional. É, pois, caráter de maior relevância a proteção a tais direitos como bens jurídicos a serem preservados pelo Estado Democrático de Direito, garantido pela Constituição Federal de 1988.

2. A NEGATIVA DO PLANO EM FORNECER OS MATERIAIS A SEREM UTILIZADOS EM CIRURGIA ORTOGNÁTICA

A cirurgia ortognática é um procedimento complexo “indicado para pessoas que têm deformidades envolvendo os ossos da face e os

dentes, visando restabelecer o equilíbrio anatômico da face". Quando a deformação está no tamanho dos ossos do esqueleto e não somente na posição dos dentes o simples uso do aparelho ortodôntico não é capaz de solucionar o problema é necessária uma correção óssea.

Tais deformidades podem se originar de distúrbios de crescimento, síndromes e anomalias específicas, traumas na face, ou até mesmo de origem genética.

Essas alterações podem estar localizadas num osso, como no prognatismo mandibular (mandíbula grande) ou no retrognatismo mandibular (mandíbula pequena), sendo que muitas vezes é um problema combinado, associando o maxilar superior à mandíbula. Por exemplo, quando a mandíbula for grande e o maxilar superior for pequeno, será necessário operar os dois ossos, com o posicionamento cirúrgico da mandíbula para trás e do maxilar superior para a frente. (PACCA, on-line).

Por se tratar de uma demanda que necessidade de cirurgia, não é incomum ecldirem negativas das seguradoras de saúde em fornecer os materiais prescritos pelo profissional para serem utilizados em tratamento médico. Tais restrições e contra-indicações, que persistem às feitas pelo cirurgião dentista, gera uma clara violação aos direitos fundamentais afetando a eficácia do direito à saúde no âmbito das relações privadas.

Sendo a cirurgia essencial para a saúde do paciente e envolvendo um direito fundamental que goza de supremacia, deve ser fornecido todo o tratamento adequado ao paciente, estando inclusos não só os materiais necessários para tal, mas também todo e qualquer medicamento indispensável a possível cura, assegurando sua sobrevivência digna nos moldes do princípio da dignidade da pessoa humana (LEITE, 2009 e Mateus, 2008).

Uma vez que o tratamento é acompanhado pelo profissional especializado, não cabe escolha ou interferência na prescrição feita por este, pala seguradora de saúde. Ademais quando o plano de saúde autoriza procedimentos, faltando materiais e equipamentos, ou contrata fornecedor diferente dos indicados pelo cirurgião, desrespeita frontalmente a Resolução Normativa da ANS nº 338 e a Resolução do CFM nº 1956, qual sejam:

[...] Art. 21. O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste

artigo, observadas as seguintes exigências: [...] VI - cobertura de órteses e próteses ligadas aos atos cirúrgicos listados nos Anexos desta Resolução; [...] VIII - cobertura dos procedimentos cirúrgicos buco-maxilofaciais listados nos Anexos desta Resolução, para a segmentação hospitalar, conforme disposto no artigo 4º desta Resolução Normativa, incluindo a solicitação de exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem, alimentação, órteses, próteses e demais materiais ligados ao ato cirúrgico utilizados durante o período de internação hospitalar; [...] § 1º Para fins do disposto no inciso VI deste artigo, deve ser observado o seguinte: I - cabe ao médico ou cirurgião dentista assistente a prerrogativa de determinar as características (tipo, matéria-prima e dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais - OPME necessários à execução dos procedimentos contidos nos Anexos desta Resolução Normativa; II - o profissional requisitante deve, quando assim solicitado pela operadora de plano privado de assistência à saúde, justificar clinicamente a sua indicação e oferecer pelo menos 03 (três) marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à ANVISA, que atendam às características especificadas; [...] I - em se tratando de atendimento odontológico, o cirurgião dentista assistente e/ou o médico assistente irá avaliar e justificar a necessidade do suporte hospitalar para a realização do procedimento odontológico, com o objetivo de garantir maior segurança ao paciente, assegurando as condições adequadas para a execução dos procedimentos, assumindo as responsabilidades técnicas e legais pelos atos praticados [...]. Resolução Normativa da ANS nº 338.

[...] Art. 1º Cabe ao médico assistente determinar as características (tipo, matéria-prima, dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais implantáveis, bem como o instrumental compatível, necessário e adequado à execução do procedimento. [...] Art. 5º O médico assistente requisitante pode, quando julgar inadequado ou deficiente o material implantável, bem como o instrumental disponibilizado, recusá-los e oferecer à operadora ou

instituição pública pelo menos três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, regularizados juntos à Anvisa e que atendam às características previamente especificadas. [...]. Resolução do CFM nº 1956.

É importante destacar, como afirma Sarlet e Figueiredo, que por ser uma questão relacionada à saúde é dever constitucional assegurar a efetivação desse direito.

A interpretação das cláusulas contratuais segue, em termos gerais, as normas da legislação consumista, sendo de frisar que a vulnerabilidade do usuário, nesse caso, envolve pelo menos dois aspectos: a) a situação pessoal e individual do beneficiário, já que a saúde constitui condição para o exercício pleno da autonomia individual e para a fruição dos demais direitos, ademais de incluir-se num padrão mínimo (mínimo existencial) a uma vida digna e com certa qualidade; b) a vulnerabilidade decorrente da posição ocupada pelo indivíduo nos contratos de planos e seguros de saúde – contratos cativos de longa duração, na medida em que se desenrolam por um período muito longo de tempo, gerando expectativas e dependência por parte do usuário e submetendo-se, não raras vezes, a sucessivos regramentos legais (SARLET; FIGUEIREDO, 2009, p. 16).

Nesse diapasão, já sumulou o egrégio Superior Tribunal de Justiça a aplicação, aos contratos de plano de saúde, do Direito do Consumidor. Portanto, toda proteção dada ao consumidor na relação de consumo é direito do consumidor/paciente em face da seguradora de saúde.

3 LESÃO AO DIREITO DE LIVRE ESCOLHA: LIMITAÇÃO AO ACESSO À SAÚDE POR TER UM ÚNICO CIRURGIÃO CREDENCIADO PELO PLANO

A livre escolha do paciente por um hospital, um laboratório, um cirurgião é um direito irrenunciável e ceifar essa prerrogativa muitas vezes obriga pacientes a procurarem outro cirurgião para salvaguardar o direito à saúde e consequentemente a vida. Quando há a busca por profissional privado, portanto, se deve para resguardar a saúde do paciente. Em verdade, tal conduta apresenta-se como sendo a única

saída para obtenção de um tratamento adequado, capaz de minimizar ao máximo os riscos que os procedimentos podem causar.

No entanto, diversas vezes as operadoras de saúde impõem um único profissional para a realização dos atos, agregada a situação de contratação de empresas que fornecem materiais e equipamentos insuficientes para a execução exitosa dos procedimentos. Tal conduta acaba por justificar a opção por um profissional não credenciado, fazendo, o consumidor/paciente, jus ao reembolso, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados pelas próprias operadoras.

Os segurados têm o Código de Defesa do Consumidor ao seu lado que determina que o fornecedor de serviços e produtos deve providenciar a informação adequada acerca do que é oferecido. O que muitas vezes não ocorre, pois esses somente tomam conhecimento da impossibilidade de reembolso no momento em que demandam administrativamente com as seguradoras, uma vez que não têm acesso aos contratos firmados.

É nesse sentido o entendimento dos Tribunais de Justiça dos Estados como se infere dos julgados abaixo transcritos:

[...] Reparação de danos – Reembolso de despesas com honorários médicos – Limitação dos valores de acordo com tabela da Seguradora – Inviabilidade – Contrato de adesão submetido aos ditames do Código de Defesa do Consumidor – Ressarcimento integral determinado [...]. (Apelação Cível nº 990.10.078458-7 – São Paulo – Relator Beretta da Silveira – 13.04.10).

[...] A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. [...]. (Resp 418.572/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009).

Nessa senda, é de clara a violação ao dever de informação, que é um princípio primordial nas relações de consumo, assim como o da transparência, que traduz a obrigação de o fornecedor dar ao consumidor conhecimento do conteúdo do contrato que está sendo apresentado.

4. O DIREITO DE REEMBOLSO E O DANO MORAL *IN RE IPSA*

Como bem esclarece Salazar, por se tratar de plano de saúde, o reembolso é um direito do consumidor, (2007, p. 26):

É qualquer tipo de contrato que envolva a prestação de serviços de saúde ou a cobertura dos custos desses serviços, seja pelo mecanismo de reembolso de despesas pagas pelo próprio consumidor ao prestador, seja pelo fornecimento de uma rede credenciada prestadora de serviços. Para tanto, o consumidor paga uma mensalidade e dependendo do caso, arca também com outros custos como franquias e co-participação.

Por outro lado, a Lei nº 9.656/98, que rege as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, teve aplicação imediata aos planos de saúde contratados após sua edição, tratando em seu art. 12, VI, do sistema de reembolso, nos seguintes termos:

[...] reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) [...].

Há, portanto, a caracterização do dever de custear integralmente os procedimentos prescritos ao paciente, inclusive com relação ao reembolso das despesas com os honorários do cirurgião, pois de toda forma o plano de saúde assumiria esse ônus, não havendo motivo justificável para se isentar desse dever, até porque, do contrário, obteria um enriquecimento sem causa.

Assim como a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tal situação enseja, também, a aplicação do art. 186 do CC que determina a reparação do dano causado por ação ou omissão do agente, ainda que exclusivamente moral.

Destarte o art. 927 do mesmo diploma diz que: “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Via de regra, para condenação à reparação por dano moral é preciso comprovar a ação – ou omissão –, o dano sofrido e o nexo de causalidade. No entanto, há hipóteses em que esse dano moral é presumido – *in re ipsa* –, não necessitando da comprovação de abalo psicológico sofrido pela vítima. Um exemplo desse dano é o sofrido pelo paciente que tem seu tratamento negado ou restrito, de forma indevida, pelas seguradoras de saúde.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, caput, estabelece que a responsabilidade dos fornecedores de serviço seja objetiva, não necessitando da comprovação de culpa para sua caracterização. Vejamos:

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

Segundo o ensinamento doutrinário de Fiúza, casos tais dispensam a prova do dano, como se vê do seguinte:

[...] muitas vezes o dano moral decorre da própria situação objetiva; fala-se em dano *in re ipsa*. Exemplificando, ninguém precisa demonstrar ter sido vítima de dano moral pela perda de um filho. A morte do filho já é prova suficiente. O dano decorre da própria situação objetiva: morte (FIUZA, 2015, p. 211).

É importante destacar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco em relação ao procedimento cirúrgico da deformidade maxilar e de mandibular. Em 2018 no julgamento da Apelação Cível 481388-50013859-21.2015.8.17.1130. Vejamos:

CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - INOCORRÊNCIA - CIRURGIA BUCO-MAXILO-FACIAL COM FORNECIMENTO DOS MATERIAIS NECESSÁRIOS AO PROCEDIMENTO - OBRIGAÇÃO DO SASSEPE - AUSÊNCIA DE COBERTURA - ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA - RELAÇÃO DE CONSUMO - MALFERIMENTO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - INO-

CORRÊNCIA - DANOS MORAIS - CABIMENTO - MANUTENÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE VERBA HONORÁRIA - HONORÁRIOS RECURSAIS - REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO - APELAÇÃO CÍVEL PREJUDICADA. I - Exsurge do recurso voluntário interposto pela Fazenda Pública a veiculação de teses com o notório objetivo de rechaçar os fundamentos da sentença recorrida, o que faz incidir o entendimento do c. STJ segundo o qual: "a repetição dos argumentos elencados na petição inicial ou na contestação não implica, por si só, a ausência de requisito objetivo de admissibilidade do recurso de apelação - princípio da dialeticidade -, caso conste no apelo os fundamentos de fato e de direito evidenciadores do desejo de reforma da sentença" (STJ - AgInt no REsp 1597098/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016). II - Na espécie, a autora/apelada, beneficiária do SASSEPE, logrou êxito em demonstrar a necessidade do procedimento cirúrgico Ortognática, indicada por cirurgião Buco-Maxilo-Facial conveniado ao plano, como tratamento para sanar assimetria facial severa, ausência de coordenação do complexo Maxilo-Mandibular que causa sobrecarga miofacial e dores cervicais, cefaleia (dores de cabeça aguda), respiração bucal e disfunção da articulação temporomandibular (Estalido, crepitação e limitação de abertura bucal), bem como problemas de audição. Lado outro, o IRH/PE não se desincumbiu de seu ônus de comprovar o suposto fato impeditivo do direito da parte adversa (art. 333, II, do CPC/73, cujo teor restou reproduzido no art. art. 373 do CPC/15). III - Pela natureza do contrato, que tem por finalidade precípua prestação de serviço que visa à manutenção da vida e do bem estar do usuário, real beneficiário do SASSEPE, é evidente que à luz do que reza o Código do Consumidor e à vista das garantias que lhes são inerentes, é imperioso que se confira uma interpretação mais favorável ao consumidor, usuário do plano de saúde. IV - Para além disso, impende ressaltar que, conforme já fora assentado por este e. Tribunal de Justiça: "Sómente ao médico que acompanha o paciente é dado definir seu tratamento adequado, de modo que o plano de saúde não pode substituí-lo e limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado" (TJ-PE - AGV: 3766892 PE, Relator: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 17/06/2015, 1^a Câmara Regional de Caruaru - 1^a Turma, Data de Publicação: 17/07/2015). Não há, pois, como afastar o direito da apelante à obtenção da cirurgia com os materiais necessários ao devido tratamento de seu quadro.

V - Inexiste afronta ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, quando a intromissão do Poder Judiciário na Administração Pública tenha por desiderato sanar violação ao Ordenamento Jurídico através de atos administrativo. Precedente: TJPE - Agravo 149663-7/010012240-95.2008.8.17.0000, Rel. João Bosco Gouveia De Melo, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 02/12/2008, DJe 13/12/2008. VI - Outrossim, esta Corte de Justiça já assentou que: "A exclusão de cobertura de assistência médica/hospitalar com fundamento de que o procedimento tem elevado custo não suportado pela disponibilidade financeira do SASSEPE, por ser excessivamente genérico, vago e impreciso, não encontra proteção jurídica no princípio da discricionariedade da Administração". (TJ-PE - Remessa Necessária: 4224331 PE, Relator: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 01/06/2016, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 1ª Turma, Data de Publicação: 06/07/2016). VII - Dian-te das circunstâncias do caso em apreço, houve evidente violação aos direitos da personalidade da parte autora/apelada, configurando dano moral indenizável, nos termos da Súmula 35 deste e. TJPE, tendo o valor, na espécie, sido razoavelmente arbitrado em R\$ 4.685,00. VIII - Na hipótese sub oculi, despotando como principal a condenação ao cumprimento da obrigação de fazer - realização do procedimento cirúrgico -, a verba honorária deveria ter sido arbitrada sobre o valor da causa, o que, observando os parâmetros do art. 85, §3º, resultaria em montante superior ao estabelecido pela sentença. Entremes, é descabida a sua majoração, sob pena de vulneração do Princípio da non reformatio in pejus. IX - Atento ao disposto no art. 85, §§ 11 e 2º e considerando o trabalho adicional desenvolvido pelo causídico da parte apelada na instância recursal, é de rigor a majoração dos honorários advocatícios em R\$ 500,00. X - À unanimidade de votos, o Reexame Necessário foi desprovido, restando prejudicado o Apelo voluntário. (Apelação Cível 481388-50013859-21.2015.8.17.1130, Rel. Jorge Américo Pereira de Lira, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 19/06/2018, DJe 21/08/2018).

Assim, basta que fique provada a ilicitude da conduta das seguradoras de saúde para haver a condenação em danos morais e a reparação deve ser fixada num valor significativo, a ser arbitrado pelo magistrado, considerando a extensão do dano e o caráter pedagógico dessa condenação.

CONCLUSÃO

Após o estudo, visando assegurar os direitos de enfoque constitucional garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, chega-se a conclusão de que diversas falhas são cometidas no âmbito das relações entre as operadoras de plano de assistência à saúde e o consumidor/paciente, uma vez que é clara a violação à legislação existente e aos direitos desses segurados.

É bom afirmar que as lides que envolvem a temática narrada têm como principal causa o descumprimento do contrato por parte das seguradoras de saúde, sendo certo que na prestação do serviço essas não cumpram as regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Além da coerção, o intento das normas é mudar a cultura das seguradoras de saúde, reestabelecendo os princípios éticos e morais da sociedade por meio da proteção jurídica, observando sua abrangência disciplinar uma vez que a matéria está escorada em vários ramos sociais.

Com a Carta Magna de 1988 a defesa do consumidor tornou-se um princípio a ser seguido para o desenvolvimento da atividade econômica e social, sendo um meio para se atingir a pretensão constitucional em que ela se fundamenta, qual seja a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, para que possa assegurar a todos a dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social.

REFERÊNCIAS

FIUZA, Cesar. **Direito civil**: curso completo. 2.ed. em e-book baseada na 18.ed. impressa rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. Co-edição, São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

MATEUS, C.G. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REEMBOLSO MÉDICO. O direito ao reembolso e os planos de saúde.

Portal Saúde. Disponível em: <<https://www.reembolso.med.br/content/o-direito-ao-reembolso-e-os-planos-de-sa%C3%BAde>>. Acesso em: 20/08/2017.

SALAZAR, Andréa Lazzarini. **Novo guia de planos de saúde.** 2.ed. São Paulo: Globo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** 2009. p.1-35. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processo-AudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 20/08/2017.

CAPÍTULO 7

A PERSPECTIVA DA HODIERNA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA DE JUSTIÇA CONSENSUAL

*Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Eriberto Cordeiro Amaral
Polyana Wessen Menezes Chaves*

1 INTRODUÇÃO

A partir da vigência da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, contemplando o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), houve uma expansão das possibilidades de soluções pacíficas no âmbito da justiça criminal brasileira, com a busca pela verdade de consenso entre os protagonistas processuais: a acusação e o investigado.

O presente trabalho analisará o impacto da inovação legislativa na política criminal pátria, refletindo em acalorados debates jurídicos no que tange à importação de institutos jurídicos estrangeiros e à possibilidade da solução dos litígios penais, através do intercâmbio de informação entre a acusação e o acusado.

A pesquisa abordará, como ponto de partida, o modelo de sistema processual acusatório, positivado pelo legislador brasileiro em 2019, com o Pacote Anticrime, que incluiu o art. 3º-A do Código de Processo Penal (CPP): “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941, documento eletrônico), assim como o princípio da oportunidade que possibilita a obtenção de uma composição negociada.

Inaugura-se o estudo com a apresentação de elementos históricos que desencadearam na adoção pelo país do sistema acusatório. Segue-se o debate com a exposição da dificuldade em limitar todo o processo a um único sistema e à influência sobre o processo penal brasileiro, do modelo norte-americano da *plea bargaining*, com seu prestígio em solucionar os conflitos através da anuência entre as partes.

Distante de querer limitar o presente trabalho à reprodução automática da legislação alienígena, busca-se apresentar um cenário que permita a implantação de instrumentos alternativos de consenso próprios da justiça brasileira, compatível com a justiça negocial, contextualizando-o com a realidade do país.

O estudo não olvidará de analisar a tensão existente entre os postulados do garantismo e eficientismo, com a crescente busca por um processo mais econômico, simplificado e racional. Tudo isso utilizando-se da perspectiva contemporânea da expansão de ferramentas de diversificação no âmbito do processo penal, pautadas no consenso.

Em seguida, o artigo trará a discussão sobre o ANPP, disciplinado no art. 28-A do CPP:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério P\xfublico poderá propor acordo de n\xf3o persecu\xe7\xf3o penal, desde que necess\xe1rio e suficiente para reprova\xe7\xf3o e preven\xe7\xf3o do crime, mediante as seguintes condic\xf5es ajustadas cumulativa e alternativamente (BRASIL, 1941, documento eletr\xf4nico).

Dessa forma, é possível a simplificação do rito processual brasileiro. Com a espantosa projeção das soluções negociais no âmbito da Justiça Penal brasileira, o estudo visa contribuir com as discussões sobre o tema ao abordar a necessidade em reduzir o questionável cenário de impunidade, através da desburocratização do sistema criminal.

Na sequência, após uma breve exposição sobre penalidade negociada como instrumento capaz de reduzir o excesso de burocratização na política criminal, far-se-á uma análise do papel do Ministério P\xfublico (MP) na efetivação dos acordos de n\xf3o persecu\xe7\xf3o penal (ANPP).

Nesse contexto, será abordada a valiosa atuação do \x9crg\x9a\x9a ministerial no sistema criminal contemporâneo. O passo seguinte traz o debate sobre os princ\xf9pios da obrigatoriedade e oportunidade, além dos limites do MP nas tratativas do acordo.

Por fim, a pesquisa abordará, no derradeiro cap\xf3tulo, a participação institucional estratégica da autoridade judiciária na questão ne-

gocial, como guardiã das garantias constitucionais, sendo responsável pela homologação do acordo.

2 A NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA

2.1 O sistema acusatório como ponto de partida

Por muitos anos a classificação do sistema processual penal brasileiro foi baseada em extensas teses e argumentações doutrinárias, tendo em vista a omissão no ordenamento processual penal pátrio quanto ao modelo que deveria gerir o processo penal brasileiro, e, ainda, em razão das incongruências encontradas em diversos dispositivos que denotam ser um sistema inquisitório, ora como acusatório, ou, até mesmo, um sistema misto. Teresa Armenta Deu (2018, p.35, tradução nossa) assim define os sistemas do processo penal:

O sistema acusatório se caracteriza pela exigência de uma configuração tripartida do processo, com um acusador, um acusado e um tribunal imparcial que julga. O sistema inquisitivo, por sua vez, combina a função acusadora e julgadora em um só sujeito, ao eliminar a necessidade de que existe um acusador para poder julgar, pois tal função é assumida pelo órgão julgador, circunstância que na realidade restringe a essência do processo. Finalmente, uma síntese de ambos os sistemas é o chamado sistema acusatório formal ou sistema misto, que combina elementos característicos dos dois anteriores.

Parte da doutrina entende que diversos artigos do Código de Processo Penal - CPP vigente no Brasil adota o sistema inquisitivo, tendo o inquisidor (na figura do juiz) elevado poder, com a concentração dos atos de acusar, investigar e julgar. Outros, todavia, adotam o posicionamento de que na falta de uma configuração única, deve-se seguir o caráter normativo da Constituição da República Federativa do Brasil que dita, de forma implícita, em seu art. 129, I: “São funções institucionais do Ministério Público [...] promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 1988, documento eletrônico), o perfil acusatório do sistema. Há, ainda, os que defendem que o sistema misto é a incongruência dos dispositivos constitucionais e proces-

suais que ora se revestem de um perfil inquisidor, ora em conformidade com pressupostos do sistema acusatório.

Dentre as divergências há um consenso: a dificuldade em limitar todo processo a um único sistema, a uma única perspectiva.

Nesse contexto, em 2019, a legislação brasileira de âmbito criminal sofreu importantes modificações com a vigência da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime ou Lei Anticrime. Dentro as novidades apresentadas, observa-se a positivação, no CPP, com a inclusão do art.3º-A, do perfil acusatório no processo, com a limitação da atuação do juiz e a criação da figura do “Juiz das Garantias” para reforçar a estrutura adotada.

Distante de querer reproduzir o sistema acusatório já adotado nos Estados Unidos da América, classificado por muitos como acusatório puro, ou seu sistema jurídico da *plea bargaining*, a proposta da pesquisa é ir além da simples importação de modelos, adaptando-os à realidade do Brasil.

2.2 A influência do modelo norte-americano da *plea bargaining* no processo penal brasileiro

O sistema processual penal brasileiro é fruto de um período político interno que merece uma breve contextualização.

Com o golpe de 1937 e a instalação de um governo ditatorial, o Estado Novo, intensificou-se o movimento centralizador iniciado na década de 30, baseado no autoritarismo, com o aumento da concentração do poder em uma única pessoa: Getúlio Vargas. Com a dissolução do Congresso, os interesses sociais passaram a ser representados exclusivamente pelos órgãos técnicos do Estado, e não mais pelos parlamentares.

Foi nesse ambiente com viés fortemente autoritário que foi concebido o Código Penal (CP) e de Processo Penal (CPP) vigentes até hoje no Brasil. Como já delineado, trata-se de um sistema político-criminal que rege os fenômenos criminológicos do país há mais de oito décadas, apresentando-se em descompasso com o Estado Democrático de Direito do século XXI. Como aspecto marcante do sistema legal à época tem-se a extensa codificação dos fatos delitivos, baseada no predomínio da teoria positivista, típica do sistema da *civil law*.

O excesso pela busca de uma resposta repressiva do Estado no combate à criminalidade – incluindo as de pequeno e médio porte - resultou em uma justiça criminal burocratizada e ineficiente na resolução dos conflitos, o que gera na sociedade o sentimento de impunidade.

É a partir dessa premissa que se observa a necessidade de consolidar a justiça negocial na política criminal brasileira. Nesse sentido, ocorre a união (e não a negação de um ou outro) entre a solução através do conflito e a pactuada. Tem-se o negócio penal como uma ferramenta compatível com a nova realidade do país, pautada na eficiência, na busca por um processo mais célere e desburocratizado. Flávio da Silva Andrade (2018, p.65-67) afirma

[...] a adoção e a expansão de instrumentos de consenso encontram fundamento justamente na necessidade de garantir a razoável duração do processo. Esse direito constitucional legitima o emprego de mecanismos consensuais, os quais constituem ferramentas poderosas para se superar o mal da demora jurisdicional e a crise na administração da justiça criminal.

O arquétipo da justiça criminal negociada no Brasil surgiu, de forma tímida, com a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que versa sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que implementou os mecanismos da suspensão condicional do processo e da transação penal. Isto porque, já naquela época, com a crescente massificação da delinquência e a incapacidade dos órgãos judiciais de solucionar os litígios de forma eficiente, o país revelava um sistema penal em colapso, com um cenário de excessiva positivação de delitos em detrimento da eficiência da sanção.

A expansão dessa política consensual ocorreu através da Lei 13.964/2019, originada do Projeto de Lei (PL) 6.341/2019_proposto pelo ex-Ministro da Justiça, Sérgio Moro, com o fito de integrar o sistema jurídico consensual dos Estados Unidos da América (*plea bargaining*), ao processo penal brasileiro.

Apesar de a ideia inicial não se concretizar em sua totalidade, o projeto suscitou debates acalorados acerca da (in)compatibilidade da barganha americana que serviu de inspiração para a criação de uma

nova modalidade de negócio penal no Brasil: o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Com ele, surgem novas alternativas na busca da verdade: a de consenso passa a ser uma opção importante e desejada para a racionalização processual, já que a material ou real exige a participação do já sobrecarregado Poder Judiciário.

Nesse ponto, a frustrada tentativa em replicar na íntegra o modelo de consenso da *plea bargaining* não isenta o país da influência, mesmo que mínima, da legislação alienígena na diversificação processual. Cumpre aos operadores do Direito a construção crítica e comparativa entre os sistemas, com o objetivo de afastar do processo penal brasileiro medidas incompatíveis com o ordenamento jurídico interno, em especial, o caráter absoluto da negociação estrangeira. Afinal, a busca pela eficiência da justiça criminal perpassa pela compreensão da realidade de cada país para a aplicabilidade do instituto.

Ressalta-se que a inquietação quanto às incongruências do sistema negocial brasileiro e estadunidense merece uma ampla e individualizada análise e não será abordada na presente pesquisa.

É no cenário de crescente preocupação por um processo célebre e econômico que se revela a influência do sistema jurídico americano, com seu prestígio em solucionar os conflitos penais através de um acordo, com diálogo aberto entre a acusação e o acusado. Contudo, ao contrário do caráter ilimitado da negociação estrangeira, o Brasil adota um acordo regrado, devendo respeito aos limites da norma positivada.

Embora se reconheça a impossibilidade de aplicação total do instituto, não se pode olvidar que a *plea bargaining* possui características que servem de modelo para a eficiência que se almeja na justiça penal brasileira hodierna: o prestígio da negociação, com a redução de custo e a participação do delinquente na solução do litígio, pode descongestionar o Poder Judiciário e reduzir o sentimento social de impunidade.

E, nesse contexto, há uma inquietação: seria possível o equilíbrio entre a preocupação com a eficiência das atividades penais no país com a garantia dos direitos fundamentais do investigado? Esse é o questionamento que será analisado em seguida.

2.3 A racionalização processual: garantismo x eficientismo

É indubiosa a necessidade de mudança no modelo de Processo Penal pâtrio. A impossibilidade de responder de forma eficiente aos litígios levados ao Poder Judiciário perpassa por diversos problemas, decorrentes de uma cultura histórica de punição desenfreada.

A escassez de recursos econômicos e pessoais inviabiliza uma resposta eficiente e célere às demandas criminais, gerando uma sensação de angústia e humilhação no acusado, como pontua Andrade (2018, p.63): “Ser objeto de investigação e submeter-se ao processo criminal geram desgaste e um efeito estigmatizante sobre o réu, sobretudo quando há duração excessiva da causa ou exposição midiática”.

Hodiernamente, a tensão entre garantismo e eficientismo move o direito penal brasileiro, tendo em vista a expansão da política alternativa de uma justiça penal negociada. Isso se deve pela extrema oposição das duas correntes e a duvidosa legalidade de não se submeter a um devido processo legal todo e qualquer delito.

Enquanto o garantismo penal, em síntese, traduz-se em um Direito Penal mínimo, com a busca pela verdade sendo guiada com total respeito às garantias fundamentais do cidadão, no eficientismo o processo penal quer impedir a impunidade. Para alguns especialistas, nessa corrente, o caminho para a verdade se dá com a relativização de direitos do acusado.

Com estas premissas, o que se busca na diversão processual brasileira é o equilíbrio entre o “conjunto dos limites e dos vínculos impostos aos poderes públicos para a garantia dos *direitos fundamentais*” (FERRAJOLI, 2013, p.15) presente no garantismo penal, e a técnica eficientista, “com enfoque maior na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal” (CAMPOS, 2012, p.1).

A ampliação dos instrumentos de justiça pactuada surge como uma resposta ao reclamo crescente da sociedade por um modelo criminal mais justo, econômico e célere, com suporte nos princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Para Douglas Fischer (2015, p.42-44, grifos do autor), “o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e so-

ciais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a *eficiência* e a *segurança*".

Essa perspectiva contemporânea de um processo eficiente não tem o objetivo de ser antigarantista. Pretende-se atingir, na cultura jurídica do Brasil, melhores resultados, com a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. Na análise de Scarance Fernandes (2012, p.23), as ideias de eficiência e garantismo "não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo".

E é exatamente com base na compreensão de um garantismo integral, disseminada por Douglas Fischer (2009), de garantias aos cidadãos, não apenas de direitos fundamentais, como também dos postulados de eficiência e segurança que se observa a importância dos postulados da Lei Anticrime, que promove a expansão de uma política processual criminal mais racional.

Com esse pensamento, faz-se necessário o conhecimento da ferramenta de solução consensual do acordo de não persecução penal presente no Pacote Anticrime que, além de contribuir para desobstruir o Poder Judiciário, abrevia a solução dos litígios, com a participação direta e voluntária do órgão acusador e do investigado na composição da decisão.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

3.1 O pacote anticrime e a expansão do consenso na justiça criminal brasileira com o acordo de não persecução penal

O espantoso câmbio de paradigma, de projeção mundial, em relação ao modo de solução das controvérsias penais, com a aplicação da negociação, tem como argumento básico uma política criminal que não consegue alcançar todos os delitos.

A dinâmica legislativa que resultou na Lei 13.964/19 impactou de forma substancial diversas leis do país, dentre elas os Códigos Penal e de Processo Penal. Passou a ser um desafio prático, inaugurado pela legislação supracitada, a propositura pelo Ministério Público de um acordo de não persecução penal (ANPP). Conforme Paulo Queiroz (2020, p.28),

A lei prevê o acordo de não persecução penal (ANPP) para os crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa cuja pena mínima seja inferior a 4 anos e desde que haja confissão formal e circunstanciada (art. 28-A). Evidentemente é mais favorável ao investigado: evita a prisão cautelar e o processo, bem como a condenação criminal e seus efeitos (cumprimento de pena, reincidência etc.).

Vale ressaltar que antes mesmo da moderna legislação que instituiu o acordo no sistema processual penal brasileiro, ao positivar o art. 28-A no CPP, já se tinha a adoção dessa política nos atos normativos do Conselho Nacional do Ministério Público na Resolução 181/17, com alterações feitas pela Resolução 183/18, que tratava sobre a instauração e tramitação de procedimentos investigatórios a cargo do órgão ministerial.

O supra referido art. 28-A do CPP dispõe sobre os pressupostos do acordo – ocorrência de um procedimento investigatório; não ser caso de arquivamento dos autos; pena mínima do delito inferior a quatro anos, sem violência ou grave ameaça; confissão formal e circunstanciada. Em seus incisos, estabelece as condições que devem percorrer o negócio celebrado. Segundo Rogério Sanches Cunha (2020, p.128),

O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral.

Tem-se, com isso, a possibilidade de um rito processual abreviado por um acordo entre os grandes protagonistas do processo penal: a acusação e o acusado. Juntos, a busca pela paz vem como consequência de uma verdade negociada, distante da política criminal tradicional e sua persecução por uma verdade material.

Nesse prisma, não se pretende classificar a verdade que podemos negociar como um mal menor na crise das políticas criminais. Repito, não é isso. O acordo de não persecução não é uma ferramenta de livre negociação. O critério não é que se faça o que quer, mas sim o que se pode fazer com o fim de perseguir o máximo de delitos, pautado no paradigma da eficiência.

Com a resolução consensual, o acusado deixa de ser um mero agente passivo no conflito, passando a atuar como agente de cooperação na construção de uma decisão. Mas, daí surgem reações que merecem ser analisadas e associadas ao desejo por uma justiça menos burocratizada.

3.2 A busca pela desburocratização do sistema criminal com a penalidade negociada

Da sábia advertência de Rui Barbosa (1997) de que uma justiça morosa seja uma injustiça manifesta, e do preocupante cenário de sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro, a composição negociada pode ser um caminho sem volta na busca por uma estrutura criminal menos burocratizada.

A nova política, como pontua Luiz Flávio Gomes (2009), muda o horizonte do processo clássico burocrático para um mais célere, sem a necessidade de realizar todos os procedimentos, tais quais: inquérito policial, denúncia, provas, sentença e recursos.

Vem com o propósito de mitigar a sensação de impunidade presente na sociedade, muitas vezes decorrente do congestionamento processual e da impossibilidade material do Poder Judiciário em cumprir com eficiência suas atribuições.

O apego excessivo às formalidades do Direito, como assinala Rafael Oliveira (2015, p. 31), é o grande obstáculo para a resolução dos conflitos sociais, por estar em descompasso com a ideia de justiça da sociedade. Com o objetivo de minimizar essa aflição, é de se esperar que a estrutura consensual ganhe ainda mais protagonismo no sistema jurídico processual brasileiro.

Mesmo assim, alguns pontos ainda merecem ser esclarecidos. Dentre eles, a relação do instituto com o princípio da obrigatoriedade e as novas características apresentadas à política criminal com o princípio da oportunidade.

4 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

4.1 Antinomia dos princípios da obrigatoriedade x oportunidade

Do domínio da ação penal pública atribuído ao Ministério Público pela Carta Magna brasileira, art. 129, I, podemos aferir, em conjunto com os preceitos criminais legais, que ao órgão ministerial também é dada a possibilidade de não propor a ação penal, ao adotar a aplicação da penalidade através de um rito abreviado.

O princípio da obrigatoriedade teve, por muito tempo, um caráter absoluto, no que tange à ação penal pública na política criminal brasileira. Tal fundamento é consectário de uma análise doutrinária do regramento legal contido no art. 24 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), segundo o qual o Ministério Público, como titular da persecução criminal, deveria, de forma compulsória, propor a referida ação, através da denúncia.

A doutrina de Júlio Mirabete (1993, p.47) bem define o princípio como “aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública”.

A verdade é que, atualmente, com o surgimento da Justiça Penal Negociada, há uma mitigação dessa suposta obrigação, muito disseminada pela doutrina, do *parquet* propor a ação criminal. E, apesar de ser uma regra processual, não está revestida de caráter absoluto, cabendo ao MP a análise, baseada nos dispositivos legais, da propositura ou não da ação pública, utilizando-se dos critérios de oportunidade.

Na análise dos diversos argumentos do princípio da obrigatoriedade, Rogério Sanches Cunha (2020, p.127) conclui que:

Tem o promotor de Justiça o dever de agir. Mas como agir? A resposta vai depender da política criminal eventualmente adotada pela instituição. Agir pode ser oferecendo transação penal ao autor de uma infração de menor potencial ofensivo (art. 76 da Lei 9.099/95). Ou propondo acordo de não persecução penal. Ou, por fim, ajuizan-

do ação penal (denúncia-crime). Em qualquer caso, contudo, o Ministério Público agiu, buscando a solução mais promissora para tornar nosso sistema penal um pouco mais efetivo e com respostas mais adequadas.

Daí, e apresentando-se como alternativa à regra da obrigatoriedade, tem-se a possibilidade do órgão ministerial pautar seu exercício pelo princípio da oportunidade. Esta oportunidade deve ser vista como a possibilidade do MP acusar ou não. É regrada, e não absoluta.

Não é possível negar os riscos que podem surgir com essa discricionariedade presente na atuação do órgão ministerial, quanto à possibilidade de persecução penal ou não. Pensando nisso, na sequência serão analisados alguns questionamentos quanto ao desempenho da atividade ministerial na Política Penal Consensual.

4.2 Limites do ministério público na busca pelo acordo

A priorização por essa nova cultura na resolução das controvérsias criminais pode implicar, ao menos, em dois riscos: transformar o caráter judicial do processo em administrativo e dar demasiado poder ao Ministério Público. Importante frisar que estes riscos não estão restritos ao modelo de barganha americana, de discricionariedade absoluta, sendo extensivo, também, ao nosso método de negociação regrada.

É evidente que o incremento tão amplo da negociação transmuda a resolução do conflito de um órgão judicial para um de tendência mais administrativa, que é o Ministério Público. O fato é que com a mudança da forma de solução do conflito – do julgamento do Magistrado para o acordo entre MP e acusado – há a possibilidade de o processo apresentar um caráter administrativo. E isso é um risco.

No que se refere ao outro risco apontado, o excesso de poder conferido ao Ministério Público efetivamente existe, visto que se concentram no *parquet* a possibilidade de negociar, como também de definir a penalidade a ser aplicada.

De outra parte, os debates quanto à imoderada autoridade ministerial e a possível cegueira do acusado na formatação do acordo, são associados aos institutos norte-americano do *bluffing*, onde a acu-

sação alega possuir mais provas do que realmente tem e o *overcharging*, que se traduz no excesso na acusação.

Nessa linha, um dos pontos mais questionados da alternativa de simplificar o processo através do ANPP e do poder ministerial concerne ao fato da (in)voluntariedade do acusado no que tange à assunção de culpa. Pontua-se que a diferença de condições na relação pactuada poderia levar o réu a declarar-se culpado pelo simples receio de vir a ser acusado posteriormente, por algo mais grave.

Daí a crítica de muitos doutrinadores, como Rubens R.R. Casara (2015, p.193), ao tratar o acordo de vontades como uma ficção jurídica. Alega que, na realidade, não há um acordo voluntário das partes, tendo em vista a existência de um desequilíbrio entre o Estado acusador (Ministério Público) e o réu. Esse teria sua livre manifestação de vontade comprometida por àquele com seu poder de coerção. Michael J. Sandel (2014, p.180, grifos do autor), ao abordar sobre a equidade dos acordos, assim pontua:

[...] conhecemos muito bem as contingências que podem originar maus negócios: uma das partes pode ser um melhor negociador, ou estar em melhor posição de barganha, ou saber mais sobre o valor do que é negociado. As famosas palavras de Don Corleone em *O poderoso chefão* (*The Godfather*) “Farei uma proposta que ele não poderá recusar” mostram (de forma extrema) a pressão que paira, até certo ponto, sobre a maioria das negociações.

As críticas quanto ao poder de barganha do Ministério Público sobre o acusado merecem um estudo específico e não serão abordadas no presente trabalho. Porém, é relevante esclarecer que o Acordo de Não Persecução Penal se apresenta como uma ferramenta em que, através do diálogo, chega-se à solução de um conflito de forma livre, voluntária e que acarreta benefícios para todos os sujeitos envolvidos.

Evidentemente, não há hierarquia no momento da negociação, tampouco pode o órgão ministerial impor um acordo ou deixar o acusado vulnerável. Nessa perspectiva, Andrade (2018, p.48) esclarece que “a igual oportunidade de fala aos participantes e a liberdade de manifestação dos atores comunicativos são condições para celebração de um acordo válido”.

Note-se que, apesar do protagonismo do Ministério Público com a priorização do consenso no Processo Penal pático, e do órgão dispor da consequência penal de uma série de atos, não se pode olvidar da homologação do acordo, pelo Poder Judiciário.

Ao fim e ao cabo, a quem cabe o controle dos limites do acordo? Apesar de o Juiz ter adquirido um papel de agente passivo na relação negocial, não está equidistante do caso, tendo função primordial no controle da legalidade que deve permear toda a atividade estatal.

5. A SISTEMÁTICA DA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO

5.1 O papel do juiz como garantidor de direitos fundamentais do acusado

Uma inovação que potencializou o debate quanto à interferência da magistratura nas decisões do representante do *parquet* é a combinação do sistema acusatório (positivado no CPP pela Lei 13.964/2019) com a atuação primordial do juiz na homologação do acordo, estabelecida no art. 28-A, § 4º e §8º do CPP (BRASIL, 1941, documento eletrônico):

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

[...]

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

[...]

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

A homologação, seguindo o estabelecido no §4º do art. 28-A, CPP, é realizada em audiência específica, com a escuta do investiga-

do, acompanhado de seu defensor. Cabe ao magistrado analisar se as declarações do indigitado são voluntárias e se o acordo está pautado nos critérios legais. Na lição de Andrade (2018, p.56), “o entendimento que leva ao acordo entre os litigantes deve ser baseado na racionalidade dos argumentos, não se admitindo incompreensões, inverdades, incorreções normativas e fingimentos”.

Em que pesem os argumentos contrários, submeter a proposta do acordo à homologação do juiz é reforçar a missão dos órgãos do Poder Judiciário de guardiões das garantias constitucionais.

Para Antonio do Passo Cabral (2016, p.232-234), a decisão homologatória do magistrado é condição de eficácia para o negócio jurídico: “Trata-se de uma condição legal (*conditio juris*) que não infirma a validade do negócio porque se coloca no plano da eficácia: os efeitos pretendidos pelas partes só se produzem após a homologação”.

Na política do ANPP, a atuação do Juiz é de um controle formal, na verificação quanto à legalidade e proporcionalidade do acordo firmado, que deve ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção da atividade delitiva, conforme os termos do *caput* do novo art. 28-A do CPP.

Assim, tem-se que a introdução do controle judicial, com a participação do magistrado na homologação do acordo, tem o fito de conferir segurança jurídica às partes envolvidas, garantindo que princípios constitucionais essenciais, próprios de um Estado Democrático de Direito, como o da dignidade da pessoa humana, sejam respeitados.

Como pontua Vasconcellos (2017, p.94), “o juiz precisa se consolidar como um ator garantidor das regras do devido processo e dos direitos fundamentais dos acusados, conforme orientação constitucional e convencional”.

É valioso destacar que não há uma relação de hierarquia, ou de interferência de um órgão nas atividades do outro. Mas, sim, um claro sistema de freios e contrapesos, com o propósito de evitar abusos. Uma vez que o acordo é proposto pelo Ministério Público, ao órgão julgador caberá o papel de controlador quanto à legalidade dos critérios adotados e se as decisões foram tomadas com respeito aos limites impostos à reserva de jurisdição.

5.2 A (in)adequada ausência do órgão acusador na audiência de homologação

É cristalina a tensão institucional envolvendo os ditames do princípio da separação de poderes, no que tange a não participação do Ministério Público na audiência destinada à homologação do negócio celebrado entre o órgão acusador e o acusado.

Ao tratar sobre a condição necessária de se realizar uma audiência judicial com o fito de ouvir o acusado, acompanhado de seu defensor, sem a presença do órgão ministerial, para homologação do acordo penal, Santos (2019, p.235-254) assim dispõe:

Tal condição, a uma, frustra a natureza consensual do acordo, na qual, é consabido, o juiz possui uma atuação menos proeminente e as partes protagonizam a composição da controvérsia; e, a duas, traz delonga e carga de trabalho desnecessários ao Poder Judiciário, exatamente o que se pretende evitar por meio do acordo de não persecução penal.

É importante perceber que a discricionariedade (regrada) na atuação do proponente do ANPP (Ministério Público) não é o objeto de análise judicial para a homologação. Mesmo que o julgador entenda pela abusividade das condições do acordo, não poderá, de ofício, modificá-las, pois não cabe a ele apreciar o mérito, ou reformular o acordo, devendo remeter os autos ao *parquet* para que analise sobre a necessidade de complementação das investigações ou decida por oferecer a denúncia, em conformidade com os termos dos §5º e 8º do art. 28-A, do CPP (BRASIL, 1941, documento eletrônico):

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

[...]

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Públ-

co para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

[...]

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Rodolfo Soares Ribeiro Lopes (2020, p.144) ressalta que:

[...] não nos parece adequada a participação do membro do MP na audiência do §4º, de maneira a restar preservada a mais ampla e livre manifestação do investigado quanto aos termos do ANPP, sem que se sinta, de qualquer modo, constrangido pela presença do membro do MP com o qual celebrou a proposta submetida à apreciação do juiz.

É preciso entender que ao se legitimar a participação do Juiz no sistema de barganha, estar-se-ia, na verdade, contribuindo para que haja um controle do cumprimento dos requisitos legais, com o rigor necessário, respeitando-se as garantias formais e materiais peculiar do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a ausência do representante do MP no cenário da audiência homologatória não desafia a independência funcional do órgão, constitucionalmente garantida. A autoridade judiciária e o representante do MP assumem papéis específicos e essenciais na nova alternativa de consenso pátria. A elucidação harmoniosa do ANPP por ambos vai ao encontro não apenas da autonomia do órgão ministerial, como também, da imparcialidade objetiva que deve permear a atuação do órgão julgador.

6 CONCLUSÃO

A necessidade de ampliação da justiça penal consensual no Brasil é uma realidade no país e fruto do anseio da sociedade por uma política criminal mais eficiente e econômica. Traduz-se em um mecanismo alternativo à solução do litígio através do conflito e não como uma ferramenta de exclusão: o conflito e o consenso coexistem no hojeiro Direito Processual Penal pátrio.

Nessa esteira, o Pacote Anticrime regulamentou o acordo de não persecução penal (ANPP), como medida adequada e necessária para a difusão da composição pacífica, com o reconhecimento voluntário da responsabilidade pelo acusado. O objetivo é de se atingir uma gestão capaz de impor a paz jurídica através do consenso, ao tempo que foca no descongestionamento processual do abarrotado Poder Judiciário.

Foi nesse sentido, e com base no sistema acusatório legalmente positivado na justiça pátria democrática, que a presente pesquisa analisou a influência e compatibilidade, no cenário brasileiro, do já consolidado instituto norte-americano da *plea-bargaining*. Chegou-se à conclusão de que o país não está isento dos contornos da sistemática processual americana, mas, diferentemente do caráter ilimitado do modelo estrangeiro, há a adoção de um acordo regrado, dentro dos limites da norma positivada.

Com isso, e apesar da tensão no Direito Penal brasileiro quanto as correntes do garantismo e eficientismo, a pesquisa mostrou a perspectiva moderna de que a busca por um processo eficiente não vai de encontro aos ideais do garantismo. No cenário atual, a ampliação do acordo tem o fito de equilibrar a necessidade de se dar uma resposta estatal mais célere, sem deixar de garantir os direitos do indigitado.

Nesse horizonte, apesar de algumas objeções, o ANPP assume grande relevância. Tem-se a figura do acusado como agente ativo e de cooperação na resolução do conflito. Além disso, o mecanismo estudado tem relação direta com o desejo por um processo mais ágil e menos burocrático, visto que abrevia os procedimentos adotados no sistema tradicional de solução, com o conflito.

A partir desse contexto, o artigo analisou a participação do Ministério Público (MP) no instituto do ANPP. A investigação não olvidou das críticas quanto à discricionariedade no agir do órgão ministerial, assim como a antinomia dos princípios da obrigatoriedade e oportunidade. Este último sendo apresentado como a possibilidade, regrada, do MP acusar ou não.

Sabe-se, porém, que a opção pelo procedimento penal abreviado pode ocasionar alguns riscos. Na realização do trabalho se observou a preocupação com a possibilidade do processo judicial se re-

vestir de um caráter administrativo, assim como o excesso de poder conferido ao *parquet*. Diante disso, distante de querer pormenorizar o poder de barganha no ANPP do MP em relação ao suspeito, o artigo alertou sobre a importância da novel ferramenta para todos os sujeitos envolvidos.

Por fim, outro ponto de destaque foi a homologação do acordo: o papel do juiz como garantidor de direitos do indigitado e a não participação do MP nesse procedimento. Com a pesquisa, nos parece razoável a ausência do órgão ministerial na ação homologatória, tendo em vista que o magistrado não interferirá no mérito da questão, devendo atuar na aferição da legalidade e voluntariedade das declarações do suspeito.

Por todo exposto, é indiscutível que a mudança de paradigma, no âmbito da política criminal brasileira, no que tange à solução dos litígios penais através da negociação, já é uma realidade frente à incapacidade do Poder Judiciário em dar uma resposta eficiente à sociedade. O colapso no Poder Judiciário revelou a necessidade de ampliação da justiça penal consensual em terras brasileiras, e o acordo de não persecução penal é uma ferramenta alternativa ao processo. Se realizado conforme os preceitos legais, contribuirá não apenas pela paz social, como também na redução de custos públicos, com benefícios recíprocos para a sociedade e o Estado.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: Controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_moços.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/l5349.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília DF, 30 abr. 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 3 maio. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6341, de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018**. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017 que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 232-234.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Custos Legis*, v. 4, p. 01-26, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 5 maio 2021.

CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019**: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DEU, Teresa Armenta. **Lecciones del Derecho procesal penal** (Decimoprimera edición). Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 35.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.23.

FERRAJOLI, Luigi. O garantismo e a esquerda. *In*: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (coord.). **Garantismo penal no Brasil**: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 15-25.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 25 mar. 2021.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42-44.

GOMES, Luiz Flávio. Consenso: essa é a saída para a justiça criminal brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2172, jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12952/consenso-essa-e-a-saida-para-a-justica-criminal-brasileira>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. A ampliação dos espaços de consenso no processo a partir da Lei nº. 13.964/2019: os acordos de não persecução penal e cível. *In*: TAVARES, João Paulo Lordelo G (coord.). **Pacote “Anticrime” – Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 144.

MIRABETE, Júlio Fabrine. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1993. p. 47.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. p. 31.

QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei nº 13.964/2019: Aspectos penais, processuais e executórios. In: TAVARES, João Paulo Lordelo G (coord.). **Pacote “Anticrime” – Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 28.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. [tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo]. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 180.

SANTOS, M. G. Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao projeto anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual (impresso)**, v. 108, p. 235-254, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 94.

CAPÍTULO 8

A GARANTIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA: ANÁLISE DA CONCRETIZAÇÃO DO INSTITUTO E OS RISCOS DA SUA EFETIVA APLICAÇÃO

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber

Eriberto Cordeiro Amaral

Marcelo Lopes dos Santos

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da cadeia de custódia do vestígio, instituída nos artigos 158-A a 158-F da lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como "pacote anticrime" aperfeiçoando a legislação penal e processual penal brasileira. O "pacote anticrime" trouxe mudanças positivas ao ordenamento jurídico brasileiro sob o ponto de vista garantidor. A preocupação do legislador foi promover uma segurança jurídica quanto à confiabilidade e autenticidade dos vestígios.

Desde a entrada em vigor da lei, os estados têm se mobilizado para prepararem seu aparato a fim de conseguir cumprir as rígidas determinações legais. A lei foi alvo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) 6298 e 6305, que suspenderam a eficácia de alguns artigos, dentre eles o do juiz de garantias; a necessária revisão ministerial da homologação dos inquéritos policiais e a obrigatoriedade de homologação de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) por parte dos magistrados. No entanto, o art. 158-A e seguintes da lei, que tratam da cadeia de custódia não foram contestados, sobretudo quanto a *vacatio legis* de 30 (trinta) dias, tendo as instituições de polícia criminal que se adaptarem a operacionalidade para atender à proposta da lei.

Desta forma, o objetivo da pesquisa buscou demonstrar a importância da cadeia de custódia dos vestígios para os processos criminais, bem como os efeitos trazidos ao processo nos casos de inobservância de alguma etapa da cadeia. Para corroborar a relevância como instrumento de política criminal, a pesquisa analisou o caso O.J.

SIMPSON, ocorrido nos EUA, onde o ex-jogador de futebol americano e cineasta foi acusado de matar a ex-esposa e um amigo dela a golpes de faca. Mesmo existindo inúmeras provas de sua autoria no inquérito policial, o réu foi absolvido pelo júri depois de 372 dias de julgamento. A principal linha de defesa foi a quebra na cadeia de custódia. Diante da simetria entre a legislação brasileira e a norte americana, verificamos que houve inobservância na coleta dos vestígios sem uso de luvas, pessoas estranhas circulando no local do crime, ausência de identificação documental dos vestígios, tudo televisionado pela imprensa na época, demonstrou a relevância da cadeia de custódia das provas nos processos criminais.

Para atingir os objetivos, o trabalho foi desenvolvido com base em uma revisão de literatura, por meio de pesquisa bibliográfica exploratória de natureza qualitativa, a partir da legislação, doutrina, revistas, artigos científicos, dissertações e teses, a fim de trazer ao leitor posicionamentos de vários autores sobre o assunto estudado.

A primeira parte faz um apanhado geral sobre a importância do tema cadeia de custódia. A segunda parte busca compreender a natureza jurídica do vestígio. A terceira parte analisa o caso O.J. SIMPSON e sua influência para se estabelecerem protocolos de cadeia de custódia. O início do estudo considera a importância do caso para a criação de legislação nos ordenamentos jurídicos como um todo. A quinta parte verifica a relevância da cadeia de custódia das provas irrepeíveis e seus efeitos no processo. A sexta parte se debruçou sobre os efeitos da quebra da cadeia de custódia para o processo criminal. A sétima parte analisa que os sistemas informatizados são fundamentais para garantir a confiabilidade de autenticidade das provas digitais.

2 CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA IMPORTÂNCIA

A cadeia de custódia tem sua importância voltada não apenas para a fase processual do crime, mas, em todo arcabouço que envolve a elucidação de um delito. A preservação do local do delito pela primeira autoridade que ali chegar é, sem dúvida, o primeiro elo da cadeia de custódia a ser alcançado pelo Estado. É de fundamental importância que o local do crime seja preservado a fim de que os vestígios dei-

xados não sejam erroneamente desconfigurados do cenário ou outros objetos, que não estejam relacionados ao crime, sejam somados aos vestígios achados no palco criminoso.

A estrita observação das etapas da cadeia de custódia, iniciadas na cena do crime, é o que decidirá sobre o sucesso ou o fracasso de uma condenação penal. O inquérito policial, como se sabe, busca catalogar elementos necessários à existência do delito (materialidade) e indícios suficientes de autoria. Logo, à luz do Código de Processo Penal (CPP), art. 6º I, II e III, temos:

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

- I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
- II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
- III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. (BRASIL, 1941).

No art. 170 do mesmo diploma, temos:

Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas. (BRASIL, 1941).

Verifica-se, portanto, que os cuidados necessários para garantir a devida coleta dos objetos que gravitam o local da existência da infração penal iniciam-se exatamente no momento que a força pública chega no local do ocorrido, "providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais" (BADARÓ 2018, p. 526). Deve-se, ainda, colher "todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato" (BADARÓ 2018, p. 526).

Ocorre que a cena do crime, muitas vezes, é alterada pela presença de curiosos que, em questão de segundos, colidem com dois importantes pontos a serem observados: preservação e isolamento; isso, de fato, traz grandes prejuízos para os agentes, sobretudo os peritos criminais que atuarão na elucidação do crime. No entanto, não são apenas os curiosos que descharacterizam o cenário encontrado,

muitos agentes das forças policiais envolvidas na ocorrência desconhecem as técnicas que devem ser observadas a fim de manter o local o menos violado possível.

A cadeia de custódia dos vestígios é tida como elemento do devido processo legal para diversos países, assim, nos ensinos de Bernacchi e Rodrigues (2018, p. 28) foi o entendimento proferido no acórdão da Terceira Secção do Supremo Tribunal da Costa Rica:

[...] A importância para o bom funcionamento do sistema de justiça criminal que promotores e juízes públicos, mas especialmente policiais atender o recolhimento mínimo requisitos de segurança ou extração, preservação, manipulação ou transferência, entrega, embalagem e guarda de objetos apreendidos e amostras ou provas levantadas na cena, de modo a assegurar, com plena certeza que as amostras e objetos posteriormente analisadas e expostas depois como evidência em diferentes fases do processo são as mesmas que as coletadas na cena (Acórdãos recolhidas por José Luis Muñoz Leiva, em sua obra citados: módulo de ensino “princípios legais relacionadas com a investigação e Cadeia custódia”. (BERNACCHI E RODRIGUES, 2018, p. 28).

O local de crime que é modificado, seja pela curiosidade de populares ou despreparo dos agentes, seja pelo dolo de alterar a verdade dos fatos por parte do autor do delito, sabe-se que quando isso acontece há prejuízo para concretização da justiça. A efetivação do *jus puniendi* fica ameaçado, havendo a possibilidade de impunidade ou injustiça com inocente.

O grupo de policiais " civis, militares, peritos, delegados etc. "está no local do crime por delegação estatal, na condição de representantes do Estado, para que os procedimentos que forem implementados na cena obedeçam aos parâmetros legais. (MALLMITH, 2007). Na lição de Freitas (2013, p. 30)

local de crime constitui um livro extremamente frágil e delicado, cujas páginas por terem a consistência de poeira, desfazem-se, não raro, ao simples toque de mãos imprudentes, inábeis ou negligentes, perdendo-se desse modo para sempre, os dados preciosos que ocultavam à espera da argúcia dos peritos.

Ora, verificamos que de fato deve haver uma preocupação por parte dos agentes públicos ao chegarem na cena do crime. Um vestígio que não seja devidamente isolado corre o risco de se perder com o tempo, não podendo ser repetido. Como resultado, teremos prejuízo à ordem pública. Cadeia de custódia, segundo Giacomolli e Amaral (2020, p. 72):

A cadeia de custódia da prova pericial faz parte de um sistema de controles epistêmicos, indispensável à reconstrução histórica dos fatos e ao devido processo penal. Não obstante, faz-se mister um estudo prévio acerca do conceito, função e finalidade de referido instrumento, no âmbito instrumental criminal.

A cadeia de custódia tem por objetivo documentar e preservar a historicidade de determinado vestígio. Ou seja, de acordo com a lei, a cadeia de custódia visa proteger os materiais coletados no local do crime, tornando-se provas durante a persecução penal. O manuseio dos vestígios deve ser rigorosamente rastreado com a devida identificação do agente público que teve contato com o vestígio. Conforme Machado (2009, p. 18):

cadeia de custódia é procedimento preponderante de suma importância para a garantia e transparência na apuração criminal quanto à prova material, sendo relato fiel de todas as ocorrências da evidência, vinculando os factos e criando um lastro de autenticidade jurídica entre o tipo criminal, autor e vítima.

Aury Lopes Jr (2017, p. 412) corrobora com a citação anterior, afirmando que

a cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico. A preservação da cadeia de custódia exige grande cautela por parte dos agentes do estado, da coleta à análise, de modo que se exige o menor número de custódios possível e a menor manipulação do material. O menor número de pessoas manipulando o material faz com que seja menos manipulado e a menor manipulação conduz a menor exposição. Expor menos é proteção e defesa da credibilidade do material probatório.

Do mesmo modo pensa Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 604):

A cadeia de custódia das provas consiste, em termos gerais, em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória.

Verificamos, portanto, que os vestígios e objetos deixados no palco do delito precisam ser protegidos sob o manto da transparência, confiabilidade e idoneidade, pois poderão alçar autenticidade de prova após a judicialização pelo devido processo legal. Ou seja, não pode haver dúvidas que a coisa colhida no dia do crime é a que está acostada nos autos no momento do julgamento, considerando a ampla defesa e o contraditório.

3 NATUREZA JURÍDICA DO VESTÍGIO

Vestígio nada mais é do que um sinal, uma marca, uma pegada de pessoa ou animal deixada em determinado lugar. Ou seja, um rastro de algo que sucedeu. De acordo com o Dicionário Michaelis, vestígio é "aíquo que restou de algo que desapareceu". À luz da lei n.º 13.964, de 2019, em seu art. 158-A §3º: "Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal".

Verifica-se, portanto, que a presença de vestígio na cena do crime nem sempre está visível, mas, mesmo que esteja oculto, o agente público deve atentar para o seu registro. Por mais que pareça que um crime foi praticado de forma perfeita, na maioria dos casos, na cena do delito, são encontrados vestígios.

Em 16 de julho de 2014, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASA), vinculada à época ao Ministério da Justiça, publicou a Portaria 82/SENASA. Nela, foram estabelecidas as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de

custódia de vestígios. Extrai-se, portanto, da referida portaria a preocupação dos órgãos de segurança pública, em especial as instituições de perícia criminal, com os vestígios encontrados no local de crime. A portaria trouxe mecanismos orientadores aos peritos e agentes públicos que manusearão os vestígios durante toda a sua existência. A orientação vai desde a preservação do local do crime até o descarte da prova.

Tamanha a importância de se buscar a verdade dos fatos, que já se inicia no momento em que o primeiro agente público chega ao local do fato, a busca dos vestígios não se dará apenas no local onde ocorreu o crime (imediato), mas, também no mediato e relacionado. A própria portaria os define:

Área Imediata: área onde ocorreu o evento alvo da investigação. É a área em que se presume encontrar a maior concentração de vestígios relacionados ao fato.

Área Mediata: compreende as adjacências do local do crime. A área intermediária entre o local onde ocorreu o fato e o grande ambiente exterior que pode conter vestígios relacionados ao fato sob investigação. Entre o local imediato e o mediato existe uma continuidade geográfica.

Área Relacionada: é todo e qualquer lugar sem ligação geográfica direta com o local do crime e que possa conter algum vestígio ou informação que propicie ser relacionado ou venha a auxiliar no contexto do exame pericial. (PORTARIA n.º 82, de 16 de julho de 2014, anexo II).

Tem-se que o leque abrange desde a identificação e coleta até o descarte dos vestígios. O agente público não pode se restringir aos objetos achados, é preciso compreender que, com o avançar da tecnologia, os crimes também têm inovado em seus *modus operandi*.

Os vestígios muitas vezes não são materiais orgânicos a serem periciados em laboratórios. Os crimes cibernéticos cresceram nos últimos anos, e a identificação de vestígios como softwares, hardwares, malware, aplicativos variados e sua custódia têm sido um desafio para os órgãos de segurança pública.

Uma vez encontrado o vestígio, é dever do Estado garantir que seja criteriosamente custodiado, protegendo a integridade. É mister que sejam escritas com detalhes as circunstâncias, tais como onde e como foi localizado o vestígio. Conforme Edinger (2016, p. 3):

Primeiramente, como requisito de admissibilidade, é importante que se defina de onde veio o vestígio, ou seja, onde foi ele encontrado. A essa hipótese se subsistem os casos nos quais, por exemplo, são encontradas pequenas quantias de drogas em determinado cômodo de uma casa. É importante, nesses fatos, que se determine, explicitamente, em qual ambiente da residência foi encontrada a referida droga (se no quarto, se na cozinha, se no banheiro) e, especificamente, em que lugar ela se encontrava (se dentro de uma gaveta, se em uma mochila, se em um bolso de uma calça). Caso não se tenha conhecimento desses elos, dúvidas razoáveis podem surgir.

Na mesma trilha de pensamento, Teixeira (2015, p. 539) infere que "as provas digitais serão etiquetadas, documentadas e marcadas com as iniciais do perito, a hora e a data, o número do processo e dados de identificação. Cada passo da análise forense computacional deve ser documentado em detalhes". Notamos assim que, além de ser um dever do Estado salvaguardar o objeto de prova, é direito do acusado a autenticidade e confiabilidade de que o objeto colhido foi, de fato, achado no local do delito e não teve qualquer adulteração, ou seja, trata-se de uma prova lícita, que guarda inteira relação com o fato que ocorreu. Sendo assim, nos ensinamentos de Geraldo Prado (2014, p. 56):

A delicada situação de uma investigação criminal não controlável pode conduzir, no extremo, a exercícios retóricos de desvalorização da própria investigação, quando, em realidade, ela ocupará lugar central em hipotética decisão condenatória fundada em depoimentos que analisam e avalizam o conjunto de elementos colhidos na investigação que eventualmente não estejam disponíveis para a defesa.

É de fundamental importância que em toda a fase administrativa do inquérito policial sejam observados os procedimentos com relação ao manejo dos vestígios sob pena de nulidade. Na jurisprudência pátria, também encontramos guarida, tendo em vista que a produção das provas indiciárias serve não só ao órgão acusatório, mas para o próprio indiciado.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILI-

ZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. [...] X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF. XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibiliza-

ção da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. [...]. (STJ - HC: 160662 RJ 2010/0015360-8, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 18/02/2014, T6 - sexta turma, data de publicação: DJe 17/03/2014).

Não resta dúvida, pois, que o Estado ao produzir provas não o faz para simplesmente acusar o réu. A produção fidedigna de provas é política de justiça criminal, servindo a todas as partes do processo.

Diferentemente da portaria 82/SENASP, a lei n.º 13.964, de 2019, trouxe inovação legislativa, no seu capítulo II, estabelecendo no art. 158 e seus incisos um verdadeiro ritual a ser obedecido, desde o rastreamento do vestígio (art. 158-B, caput, CPP) até o descarte (art. 158-B, X, CPP).

O legislador, atentando para os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV) e acesso à justiça (art. 5º, XXXV), instituiu procedimentos que cooperam com o magistrado, um dos interessados nas provas no processo. Quando o magistrado analisa a partir de provas idôneas tem certeza de que foram devidamente manuseadas.

Verifica-se que a razão de existir da cadeia de custódia tem como um dos objetivos fazer com que os magistrados sejam balizados a tomarem decisões justas. Um vestígio que não foi contestado, por se vestir de confidencialidade e autenticidade, certamente constituirá um valor probante bem mais acentuado que àqueles fragilizados.

Como já apontado anteriormente, a custódia dos vestígios não se resume aos objetos físicos encontrados apenas no local do crime, mas, deve-se observar todos àqueles que possam estar ligados ao delito. A cadeia de custódia dos vestígios, segundo a lei, estabelece que as condições ambientais devem ser observadas a fim de que as características não sejam desconstruídas, por exemplo, material orgânico que precise ser periciado necessitará ser acondicionado em ambiente que não descaracterize, trazendo prejuízos aos investigados.

À luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da presunção da inocência. Logo, cabe ao detentor da ação penal provar os seus argumentos, ancorados justamente nas provas reunidas durante todo pro-

cedimento investigatório. Em se tratando de crimes de ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada à representação, caberá ao Ministério Público, dono da ação penal, oferecer ou não a denúncia com base nas provas apresentadas e resguardá-las até que o processo se finde.

Nos casos de ação penal privada, o Estado deve manter a custódia da prova até que se finde o prazo decadencial da propositura da referida ação penal privada. Não havendo queixa crime pelo ofendido, desobrigado está o Estado de manter a cadeia de custódia das provas, uma vez que o direito de ação já não mais existe.

4 O CASO O. J. SIMPSON E SUA IMPORTÂNCIA NA NORMATIZAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Conforme apontado na introdução, o caso ocorrido nos EUA em 12 de junho de 1994 trouxe à tona, durante a fase processual, a discussão sobre a cadeia de custódia e colocou à prova de fogo o sistema penal daquele país. Portanto, a escolha desse caso é de fundamental importância para se entender a elaboração de um ordenamento jurídico que traga garantias necessárias quanto ao dever do Estado de promover a devida custódia de provas no processo penal.

No dia do crime, Ronald Goldman, chegou para devolver os óculos que a mãe de Nicole teria deixado no restaurante onde ambas haviam jantado. O ator Orenthal James Simpson chegou na residência dela e viu que o cão dela demonstrou "simpatia" por Ronald Goldman e, mesmo ele tendo negado qualquer envolvimento amoroso com Nicole, Simpson agiu com as próprias mãos. Calçou um par de luvas e, utilizando uma faca, agrediu Goldman e Nicole com várias facadas.

O crime trouxe repercussão, pela brutalidade da conduta criminosa e por ser uma celebridade. O. J. Simpson estava divorciado de sua primeira esposa Marguerite e possuía filhos desse relacionamento. No ano de 1985, casou-se com a modelo Nicole Brown, gerando mais dois filhos dessa união conjugal, de acordo com o site *O Globo*. O comportamento do astro sempre foi agressivo e violento. Conforme a *Folha UOL*, a promotoria do caso concluiu que Simpson também agrediu sua primeira ex-esposa pelo menos uma vez.

Cinco anos antes de homicídio, o ex-jogador foi preso pelas constantes ameaças e agressões sofridas por Nicole. No ano de 1992 o casal se separou. Na tarde de 17 de junho de 1994, 5 dias depois do crime, munida de ordem judicial para capturá-lo, a polícia de Los Angeles realizou perseguição policial de helicóptero que possuía uma câmera instalada. Assim, foi possível o acompanhamento ao vivo de sua fuga, Simpson saiu de sua residência pouco tempo antes da chegada das autoridades. Mesmo recebendo a orientação do seu advogado Robert Shapiro para que se apresentasse à polícia, ele fugiu num veículo dirigido pelo seu amigo Al Cowlings, apontando uma arma de fogo apontada na cabeça do colega. Após duas horas de perseguição e aproximadamente 45 minutos de negociação, o cineasta se entregou (UOL, 2014).

Na cena do crime, vários vestígios foram encontrados e reunidos no inquérito policial. A peça inquisitória reuniu provas da materialidade e indícios suficientes de autoria e o réu foi levado à júri popular em 26 de setembro de 1994. Muito embora houvesse a existência de provas no processo, a defesa demonstrou falhas graves na cadeia de custódia das provas, sobretudo no vestígio "luvas".

É de fundamental importância que as autoridades públicas, ao chegarem no local do crime, atentem para todos os vestígios presentes para acautelarem de modo a não sofrerem qualquer modificação. No caso em análise, o palco do crime possuía inúmeros vestígios, que não foram corretamente custodiados. Nas palavras de Jeffrey Toobin (2016, p. 33-34):

Nicole jazia ao pé dos quatro degraus que davam acesso a um patamar e à porta da frente da casa. A poça vermelha que a rodeava era maior que ela própria. O sangue cobria a maior parte do caminho ladrilhado e ladeado de arbustos, que se prolongava até as escadas. Quando Riske apontou a lanterna para a direita, viu outro corpo, desta vez o de um jovem musculoso. O cadáver, que mais tarde seria identificado como Ronald Goldman, tinha a camisa puxada sobre a cabeça e estava caído contra a grade de metal que separava o número 875 da propriedade vizinha. Junto aos pés de Goldman, Riske identificou três objetos: um gorro preto, um envelope branco manchado de sangue e uma luva de couro. Voltando-se novamente para Nicole, o policial distinguiu ao lado do corpo uma única marca, ainda fresca, deixada pelo

calcanhar de um sapato. Porém, provavelmente o deta-lhe mais importante para Riske foi o que ele não encontrou: apesar da quantidade de sangue, não havia pegadas sangrentas saindo pelo portão em direção à calçada.

A polícia técnica encontrou na cena do crime elementos suficientes para traçar a historicidade do delito. Conforme Luciano e Filho (2020, p. 5-6) "o rastro deixado ao lado do corpo foi suficiente para a polícia traçar a rota até a casa do ex-jogador". A perícia localizou sangue em peça de roupa de O.J, além de encontrar cabelo compatível com o dele no gorro e na camisa de Ronald, bem como as luvas de couro encontradas no cenário serem idênticas às que Nicole apresentou Simpson dois anos antes.

À luz da legislação brasileira, dentre as falhas na cadeia de custódia da prova no caso O.J. Simpson, pode-se destacar; o recolhimento de vestígios sem luvas (art. 158-B, IV, CPP); o deficitário isolamento da cena do crime, com pessoas circulando livremente e a todo instante (art. 158-B, II, CPP) a não identificação, registro e separação dos vestígios coletados (art. 158-B, V e VI, CPP) e o não cumprimento dos padrões mínimos de segurança por parte do laboratório responsável pela perícia no tocante ao manuseio, processamento, armazenamento e descarte dos vestígios (art. 158-B, VIII, IX e X, do CPP). (LUCIANO; FILHO, 2020, p. 6).

Verifica-se, pois, a fragilidade dos elementos probatórios, quando não são revestidos de confiabilidade e transparência. Falhas foram admitidas pelos agentes públicos. Dennis Fung, agente responsável pela análise de DNA na cena do crime, quando indagado sobre os métodos utilizados no momento de manipular os vestígios:

Garantiu que não tinha recolhido nenhuma prova sem luvas; depois, já não tinha certeza. Jurava que não tinha recolhido nenhuma prova antes de os legistas deixarem a cena do crime; porém, depois de assistir a um vídeo, admitiu que o fizera. Não, provavelmente não trocou as luvas de borracha com a frequência devida. Não, não viu nenhum vestígio de terra dentro da casa da Rockingham. Sim, deveria ter coletado amostras maiores de sangue do carro de O.J. Não, não notou nenhum sangue nas meias que recolheu ao pé da cama de Simpson na Rockingham. (TOOBIN, 2016, p. 346).

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, art. 386, VI, CPP, art. 5º, LVII com alinhamento ao princípio *in dubio pro reo*, não haveria outra saída. René Ariel Dotti (1993) citado por Souza Netto, (2003, p. 155), escreve que: "aplica-se o princípio *in dubio pro reo* sempre que se caracterizar uma situação de prova dúvida, pois a dúvida em relação à existência ou não de determinado fato deve ser resolvida em favor do imputado". É possível concordar com o autor, uma vez que a dúvida repousou sobre a existência ou não de determinado fato. Com isso, a defesa levantou a bandeira da dúvida se O. J. Simpson calçou ou não as luvas, demonstrou ainda que a cena do crime não foi deviamente preservada.

Vídeos mostraram que pessoas circularam no local, e que o perito recolheu objetos sem utilizar luvas e armazenou em sacos não identificados, ou seja, não houve registro da origem - historicidade do vestígio. Logo, diante da falta de idoneidade das provas, o réu foi absolvido em 03 de outubro de 1995, de um júri que durou 372 dias.

5 PROVA IRREPETÍVEL E SEUS EFEITOS NA CADEIA DE CUSTÓDIA

Para se iniciar a ação penal, é necessário que o Inquérito Policial (IP) esteja revestido de provas documentais necessárias à sua propositura. Recebido o inquérito policial pela Central de Inquéritos do Ministério Público, cabe ao membro: Requisitar novas diligências, Oferecer Denúncia/Queixa Crime a depender do fato delituoso ou ainda requerer ao Juízo Competente o devido arquivamento. Durante a fase inquisitiva, a autoridade policial realiza diligência com o objetivo de coletar elementos de prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, uma vez que são as provas constantes no IP que vão embasar a formação da *opinio delicti* do acusador. Assim, leciona Gustavo Badaró (2014, p. 265), a "atividade probatória significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos".

Iniciada a fase processual, os vestígios colecionados no IP começam a ser apreciados com maior atenção, colocando-os à prova.

Ou seja, a persecução penal tem como um dos objetivos garantir que todas as evidências apontadas pelo delegado de polícia sejam amplamente discutidas, planificando, assim, os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Como na fase administrativa, as evidências/vestígios não são contraditas pelo indiciado, já que não têm caráter acusador; apenas inquisitiva, na fase processual o réu terá o direito de rebatê-las por defesa técnica. No entanto, é relevante lembrar que a súmula vinculante n.º 14 do Supremo Tribunal Federal (STF) já garante ao defensor o direito de amplo acesso às provas documentadas no IP. Vejamos: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa." Não se busca nesta parte discutir sobre os elementos e resultados de prova, nem sobre a fonte, meio e investigação de prova, mas, apenas os efeitos da cadeia de custódia nas provas irrepetíveis.

A prova irrepetível está entre as três espécies de provas que podem ser produzidas ainda durante a fase do IP, são elas: prova irrepetível, prova antecipada e prova cautelar. Provas irrepetíveis, nas palavras de Aury Lopes (2016, p. 79), "são aquelas que, por sua própria natureza, têm que ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise"

Verifica-se o quanto é relevante a cadeia de custódia das provas irrepetíveis já que, como não há contraditório, deve o Estado garantir a autenticidade da prova, atribuindo-a o devido valor por parte do Estado juiz. A prova irrepetível não éposta ao contraditório, uma vez que são produzidas ainda na fase administrativa e perecerão com o transcorrer do tempo, como por exemplo: Vestígio em local de crime, exame cadiávérico, exame de corpo de delito etc. Devem se revestir de uma certeza ainda maior, mas é sabido que o magistrado não pode fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos, conforme art. 155, do CPP: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

No entanto, o próprio ordenamento jurídico enumera as exceções, e dentre elas, a prova irrepetível; tema do artigo. Como afirmado, o processo criminal inicia-se através do que foi informado no IP, ou seja, ancorado nas provas presentes na peça informativa. Como esse tipo de prova é irrepetível, é inevitável, portanto, que o Estado juiz, em sua decisão, utilize-se delas, mas não com exclusividade.

Sabendo disso, o Estado deve garantir que as provas irrepetíveis estejam guardadas sob o manto da inviolabilidade, ou seja, todas as características do material periciado devem permanecer intactas. Fatores ambientais, modo de armazenamento e temperatura, por exemplo, devem ser levados em consideração no momento da confecção de um laudo pericial. Todo o percurso do manuseio dessa prova singular precisa estar catalogado, já que não haverá oportunidade de repetir o procedimento pericial.

Sabe-se que, ao se estudar as provas, não se pode falar em hierarquias entre elas, seja a prova pericial, documental ou testemunhal. Todas elas têm seu devido valor probante dentro do processo. Vigora no Brasil o princípio do livre convencimento motivado. Nas palavras de Oliveira (2003, p. 314):

A seu turno, a hierarquia não existe mesmo. Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, a priori, a supremacia de uma prova em relação a outra, sob o fundamento de uma ser superior a outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não se há de supor que a prova documental seja superior à prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem.

Nas palavras de Albuquerque (2018, documento eletrônico) citando Wambier (2016, documento eletrônico), "todos os tipos, a documental, a testemunhal e a pericial, poderão ter influência sobre a formação da convicção do juiz, não havendo entre elas, alguma que tenha prioridade sobre outra, no que se refere à capacidade de convencer". No entanto, provas debatidas e discutidas entre as partes - *parquet* e magistrado - se revestem de um valor probante maior que as provas cautelares, ainda que se tenha o contraditório deferido. Por

isso, o juiz não pode fundamentar decisão exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial.

É notória a necessidade de o Estado possuir uma central de custódia (art. 158-C da lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019), que garanta a real análise das provas e mantenha sob sua tutela os respectivos resultados invioláveis, sobretudo quanto às provas irrepe- tíveis diante da importância para o processo, conforme apresentado.

6 CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Diante da relevância do tema para o processo penal brasileiro, faz-se necessária uma análise sobre os efeitos causados no processo de casos da inobservância de alguma das etapas da cadeia de custódia.

6.1 Análise da prova sob o ponto de vista da anulabilidade

Como já analisado neste estudo, uma futura condenação pen- al precisa estar calcada em elementos probantes suficientemente ca- pazes de permitir que o juízo competente elabore sua sentença penal condenatória fundamentando-a como determina o art. 93, IX da CF/88. Para isso, o magistrado precisa observar alguns princípios que regem o sistema penal, como por exemplo a ampla defesa e o contraditório.

O que se espera depois de concluídas as investigações é que a persecução penal também obedeça aos ditames legais. Ocorre que, nem sempre, isso acontece. Sendo assim, o réu que se sente preju- dicado pode buscar guarida no princípio do duplo grau de jurisdição e interpor recurso buscando a sua tutela jurisdicional.

Com o advento da lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como "pacote anticrime", foi inaugurado o capítulo II, tra- zendo rigoroso tratamento aos procedimentos necessários da cadeia de custódia dos vestígios. A referida lei trouxe um aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal. O aperfeiçoamento trazido é po- sitivo ao sistema penal brasileiro. A inovação é tida como garantidora, uma vez que busca documentar a história cronológica do vestígio co- letado em locais ou em vítimas de crimes para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte (art. 158-A).

Analizando detalhadamente o dispositivo legal percebe-se que o legislador buscou padronizar toda a história do vestígio; a fim de que as perícias realizadas estivessem dentro do que a própria lei estabelece. Os laudos elaborados pelos peritos não podem estar dissociados de sua origem ou elementar do tipo. Não se pode alterar o teor de álcool no sangue de um investigado para indiciá-lo ou não o indicar pelo crime praticado, como embriaguez ao dirigir.

O "pacote anticrime" trouxe três grandes mudanças: Juiz das Garantias (art. 3º-A); necessária revisão ministerial para fins de homologação dos inquéritos arquivados (art. 28 e art. 28-A) e a cadeia de custódia (art. 158-A e seguintes). O objeto desse artigo é o terceiro grupo, ou seja, a cadeia de custódia. As mudanças trazidas estão sob uma *vacatio legis* de 30 (trinta) dias (art. 20). Diante dessas mudanças, o sistema penal brasileiro, necessariamente, precisa adaptar suas rotinas de trabalho, além de construir centrais de custódia que recepcionem os vestígios a serem custodiados.

Diante de uma *vacatio legis* de apenas 30 (trinta) para se fazer tamanha modificações no sistema, a Associação dos Magistrados Brasileiros ingressou com a ADI 6298 e o STF suspendeu a aplicabilidade do juiz das garantias. Por sua vez, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ingressou com a ADI 6305, de igual maneira obtendo efeito suspensivo do art. 28. No entanto, os artigos relacionados à cadeia de custódia não foram objeto de suspensão e estão em plena aplicabilidade.

Diante do desafio de atender às inúmeras inovações quanto ao manuseio dos vestígios (art. 158-A a art. 158-F), em adaptar todo o arcabouço administrativo dos Institutos de Criminalística numa *vacatio legis* de 30 (trinta) dias, faz-se a pergunta: Como concretizar tal garantia sem implicar em nulidade e fomento à criminalidade?

Nesse diapasão, é importante cautela sobre o tema, para não incorrer no erro de enveredar pelo caminho da nulidade absoluta. Nem percorrer nos trilhos da impunidade, fomentando a prática de infrações penais. Havendo dúvidas da autenticidade de um determinado documento probatório pode a parte prejudicada resolver a lide com o incidente de falsidade documental (art. 145 e seguintes, CPP).

À luz do art. 158-A e seguintes da lei n.º 13.964, questiona-se: E se não tiver o registro de todos os agentes que manusearam o vestígio? E se um dos lacres não foi armazenado dentro do mesmo envelope, quando da abertura pelo perito? E se o Estado for ineficiente em alguma etapa da cadeia de custódia? Quais consequências trazidas para o processo?

A problemática propõe duas vertentes. A primeira defende que a inobservância de qualquer fase da cadeia de custódia produz prova ilegítima, não restando alternativas senão o desentranhamento do processo, bem como todas as provas dela derivadas, *fruits of the poisonous tree* (Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada). A segunda corrente será objeto do tópico seguinte.

Pelos ensinamentos de Espíndula (2009, p. 165):

Muitas situações já são conhecidas sobre fatos dessa natureza, nas quais é levantada a suspeição sobre as condições de determinado objeto ou sobre a própria certeza de ser aquele o material que de fato foi apreendido ou periciado. Assim, o valor probatório de uma evidência ou documento será válido se não tiver sua origem e tramitação questionada. Qualquer questionamento acarretará prejuízo para processo como um todo.

A falha na continuidade da cadeia de custódia pode enfraquecer a confiabilidade e valor probante, sendo, portanto, inadmissível. Não se deve permitir, absolutamente, a ilicitude dentro do processo, logo, toda e qualquer prova contaminada deve ser fulminada e desentranhada do processo. Uma prova produzida com autorização judicial, nos casos de interceptação telefônica, não pode sofrer interferências quaisquer em seu conteúdo.

Aury Lopes Jr. (2017, p. 414) aponta sobre as consequências da quebra da cadeia de custódia no processo que "sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada." No mesmo caminho, Geraldo Prado (2014, p. 57), citado por Menezes; Borri; Soares (2018, p. 293) considera que "uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização". Ainda no mesmo pensamento, Badaró (2016, p. 408) considera que "do ponto de vista material que poderá ser valorado para a formação do convencimento ju-

dicial, não terá maiores reflexos a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, na medida em que, tanto a prova obtida ilicitamente quanto a prova produzida ilegitimamente não poderá ser valorada pelo juiz." Portanto, nessa linha de estudo, não há outra alternativa senão tornar a prova imprestável.

Portanto, para essa corrente, fundamentando estudos na CF/88, em seu art. 5º, LVI e no art. 157, do CPP, deve-se agir com a imediata exclusão física da prova contaminada e de todas as que dela derivaram.

6.2 Aspectos relacionados à valoração da prova

Partindo da premissa de que é dever do Estado garantir a integridade e inviolabilidade das provas, encorpando todo arcabouço probante de confiabilidade, não se pode deixar de analisar a possibilidade de falha nesse ínterim, ou seja, as consequências da inobservância da lei 13.964/19, quanto à cadeia de custódia. É preciso destacar que a lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, é recente, e que o entendimento jurisprudencial anterior à lei é no sentido de tornar a prova ilegítima.

Contrário ao entendimento dos doutrinadores do tópico anterior, Badaró (2018, p. 535) escreve que: "a quebra da cadeia de custódia não deságua em prova ilícita ou ilegítima trazendo que o problema deve ser solucionado no momento da valoração da prova pelo magistrado". O artigo alia-se ao autor pelo fato que, se considerarmos nula a prova que esteja em desconformidade com qualquer etapa da cadeia de custódia, sem observar o quanto essa prova foi prejudicada, estariamos diante de uma situação que favoreceria a prática criminosa.

Se considerarmos ainda, as limitações existentes no sistema criminal brasileiro, o que torna praticamente impossível o Estado brasileiro atender, em sua plenitude, o que se estabelece no art. 158-A e seguintes; mais uma vez a impunidade seria estabelecida.

Considerando que a inobservância da cadeia de custódia gera prova ilegal ou ilegítima, dificilmente se chegaria à condenação de um réu culpado. Ou seja, como os estados ainda estão em proces-

so de adaptação para fazer cumprir a lei, promovendo a capacitação dos seus agentes, adquirindo material de laboratório, construindo instalações físicas, bem como gerenciando sistemas informatizados de custódia de documentos entre outras obrigações, não se pode permitir que, enquanto não se concretiza as adaptações necessárias, impele a impunidade.

Nesse entendimento, o professor Rogério Sanches Cunha (2020, documento eletrônico) afirma que a cadeia de custódia está alicerçada em um tripé, qual seja: existência da prova, legalidade da prova e autenticidade da prova. Em sua análise, um vestígio coletado que não tem registrada a identificação de todos que com ele tiveram contato, o local do crime que foi periciado após a chegada de curiosos e a desconexão no uso de lacres não afetam a existência nem a legalidade da prova. Interfere na autenticidade dela. Cabe ao magistrado, no caso concreto, avaliar o quanto essa prova foi violada ou o quanto ela é mais ou menos autêntica, considerando todo arcabouço probatório. Sob jurisprudência do STF:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Emerson Aparecido Medina Duarte, contra acórdão do Superior Tribunal Militar, que rejeitou os embargos infringentes na Apelação 39-74.2013.7.09.0009/MS. O paciente, ex-soldado do Exército Brasileiro, foi denunciado pela suposta prática do crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente, tipificado no art. 290 do Código Penal Militar. O Juízo da 1^a Auditoria Militar da 9^a CJM de Campo Grande/MS condenou o paciente à pena de 01 (um) ano de reclusão, convertida em prisão (art. 59 do CPM), com o direito de apelar em liberdade e a concessão do benefício da suspensão condicional da pena pelo período de 02 (dois) anos. O Superior Tribunal Militar deu provimento parcial ao apelo defensivo, para manter a condenação imposta ao paciente, e retirar uma das condições da suspensão condicional da pena (alínea a do art. 626 do Código de Processo Penal Militar). Opostos embargos infringentes, foram rejeitados. No presente writ, alega a Impetrante falta de prova da materialidade delitiva ante a ausência do Termo de Apreensão da substância entorpecente. Requer, em medida liminar, a suspensão da Ação Penal 39- 74.2013.7.09.0009/DF, e, no mérito, a absolvição do paciente. [...] Assim, tornou-se insustentável a tese defensiva de que a ausência do

Termo de Apreensão e a desconexão de lacres implicaram na quebra da idoneidade da cadeia de custódia do vestígio apreendido. [...]. (HC 119.646/DF, Relator para o Acórdão Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe de 25.02.2014). Nessa linha, cito ainda: HC 122.417/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 01.7.2014). Ante o exposto, nego seguimento ao presente writ (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 09 de dezembro de 2014. Ministra Rosa Weber Relatora. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Sanches (2020, documento eletrônico) considera que a valoração de prova pelo magistrado já é uma realidade nos casos de oitiva de testemunhas. Cabe ao magistrado valorar a autenticidade do testemunho. Como exemplo, cita que uma testemunha embriagada, um adolescente ou uma criança não são testemunhas imprestáveis. No entanto, compete ao juiz a valoração do testemunho. Conclui afirmando que o entendimento da jurisprudência anterior à lei 13.964/19 é de que a inobservância da cadeia de custódia configura prova ilícita. No entanto, no atual momento, o autor defende que a “violação” de qualquer etapa da cadeia não pode rotular a prova como ilegal. No seu posicionamento, a prova permanece legal e lícita, podendo ser questionada sob o ponto de vista da autenticidade e cabendo ao juiz decidir o quanto ela foi afetada e se achar que compromete a sua legalidade, fazer o devido descarte.

Importante ressaltar que o ônus é de quem alega, logo, é necessário buscar os elementos comprobatórios de seu pedido, e ainda, é preciso demonstrar o prejuízo sofrido (art. 563, CPP) - Princípio *pas de nullité sans grief* - Princípio do Prejuízo, ou seja, a parte que alegar que o ato processual é ilegal precisa demonstrar efetivamente o prejuízo advindo desse ato. Assim, é a jurisprudência do STJ:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 50.625 - RS (2014/0200715-8) RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA RECORRENTE: JOÃO BAPTISTA URRUTIA JUNG ADVOGADOS: DANILo KNIJ-NIK - RS034445 LEONARDO VESOLOSKI - RS058285 RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CLANDESTINA E EVASÃO DE DIVISAS. OPERAÇÃO OURO VER-

DE. PROVA. DISCO RÍGIDO. QUESTÃO DECIDIDA NO HC nº 213.448/RS. ACESSO DIRETO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SUPERVENIENTE CONDENAÇÃO EM-BASADA EM FARO CONJUNTO PROBATÓRIO. RE-CURSO NÃO CONHECIDO. DECISÃO Trata-se de re-curso ordinário interposto por João Batista Urrutia Jung contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Re-gião que denegou a ordem no habeas corpus impetrado pelo recorrente, assim ementado: DIREITO PROCES-SUAL. PENAL. OPERAÇÃO OURO VERDE. ACESSO A ARQUIVOS. DESENTRANHAMENTO DE PROVA. DES-CABIMENTO. 1 Arquivos de planilhas apontados como fi-dedignos pelos próprios elaboradores e operadores das planilhas. 2. Elemento probatório que, ademais, sempre é combinado com outros para a formação de juízo con-denatório, tais como escutas telefônicas, reconhecimen-to pessoal e/ou extratos bancários. 3. Denegada a ordem de habeas corpus. [...] **Toda nulidade exige um prejuízo.** Há casos em que o prejuízo é evidente. No entan-to, isso não se confunde com a não ocorrência, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, **se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido.**" (Processo penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 577-578). Diante do exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, a, do Regimento Inter-no do Superior Tribunal de Justiça, não conheço do pre-sente recurso ordinário em habeas corpus. Cientifique-se o Ministério Público Federal. Publique-se. Sem recurso, à origem. Brasília, 06 de março de 2018. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA Relatora (SUPERIOR TRI-BUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

No mesmo sentido, o julgado do TJ-RS:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔ-NIO. EXTORSÃO. PRELIMINARES DE NULIDADE RE-JEITADAS. ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. Insurge-se a defesa considerando a mí-dia acostado aos autos e na qual registrados, pela autori-dade policial e seus agentes, áudios extraídos de aplicati-vo de mensagens (WhatsApp). **Atividade policial que se pautou em prévia autorização judicial, não se ve-rificando qualquer falta de zelo no manejo da prova a gerar a afirmada quebra da cadeia de custódia.** Não bastasse isso, a prova questionada pela defesa se-quer se refere a elementos relevantes à elucidação do fato aqui apurado, **inexistindo prejuízo.** Preliminar

rejeitada [...]. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA -RS, 2019).

Verifica-se que não é simplesmente levantar a bandeira da ilicitude da prova a fim de obter a declaração e consequentemente o desentranhamento. A demonstração do prejuízo é *conditio sine qua non* para o reconhecimento da ilicitude da prova. Portanto, a fim de promover a efetiva concretização de política criminal, deve o Estado aprimorar sua estrutura para evitar quebra na cadeia de custódia e, se ainda assim houver alguma infringência, que o magistrado proceda com a devida valoração.

7 INTEGRAÇÃO DOS SISTEMAS DE INFORMAÇÃO E SEGURANÇA DOS DADOS

Ao se falar em cadeia de custódia da prova, deve haver a preocupação com o aparato estatal necessário para se manterem intacdos todos os vestígios coletados no local do crime. Para garantir a correta custódia dos objetos apreendidos, o art. 158-C §1º da nova lei determina que os estados devem organizar as centrais de custódia, entidade vinculada ao órgão oficial de natureza criminal, que receberá todos os objetos de prova e obedecerá a todo protocolo determinado pela legislação.

7.1 A necessária integração dos sistemas de informação

Diante da obrigação imposta pela lei, faz-se necessário a implementação de sistemas informatizados que garantam o real cumprimento dos ditames legais com a devida segurança de dados pertinente ao caso. Sobretudo com o desafio imposto pelas organizações criminosas que têm utilizado sistemas informatizados para prática de delitos.

As provas constantes nas investigações dos crimes realizados pela internet, *cybercrime*, também precisam ser custodiados com a garantia de que as ferramentas utilizadas são confiáveis e fidedignas. Como os crimes cibernéticos podem transcender os limites territoriais dos estados, as polícias criminais precisam atentar para as ferramen-

tas de segurança e proteção de dados, quer seja software ou hardware, de maneira integrada, buscando soluções corporativas contra ataques de hackers que ponham a custódia de prova em xeque.

Assim escreve Santos e Flores (2018, p. 36): "tanto os sistemas de gestão, quanto os de preservação devem possuir mecanismos que garantam a integridade e a autenticidade dos documentos armazenados. Além disso, ressalta-se a necessidade de se manter uma cadeia de custódia ininterrupta, a qual agregará maior confiabilidade à documentação custodiada". Em 2012, a Secretaria Nacional de Segurança Pública, à época, vinculada ao Ministério da Justiça, procedeu uma pesquisa que extraiu a real situação das polícias criminais no Brasil e diagnosticou as necessidades existentes quanto à gestão dos vestígios, bem como os sistemas informatizados que protegessem os vestígios periciados. A pesquisa foi divulgada e documentada como sendo *Diagnóstico da perícia criminal no Brasil*.

Naquele ano, a pesquisa concluiu que a maioria das Unidades de Criminalística e de Medicina Legal pesquisadas não possuía um sistema de monitoração da custódia dos vestígios (BRASIL, 2013, p.36). Nesse sentido, Bernacchi e Rodrigues (2018, documento eletrônico):

Diante disso, constata-se de modo irreversível a importância da preservação dos elementos de provas no processo criminal. A cadeia de custódia, portanto, atende ao clamor da sociedade na exigência de ações integradas dos órgãos de segurança, traduzindo uma eficiência do Estado na prestação do serviço de segurança pública, tendo como necessidade imediata investimento tecnológico com o fim de buscar efetivamente a implantação da cadeia de custódia nos elementos colhidos na fase de investigação, sendo, inclusive, franqueado à defesa seu acompanhamento para evitar nulidades processuais. (Te-gucigalpa-San Pedro Sula de 5 a 16 de maio de 2008. versão Digital. p. 128).

A criação de um sistema de gestão integrado faz-se necessária, uma vez que soluções inovadoras, que obedeçam aos critérios técnicos e legais estabelecidos, é uma realidade nacional. Enquanto não se tinha uma legislação que padronizasse os procedimentos da cadeia de custódia, cada estado elaborava seu próprio protocolo a fim de atender às necessidades locais. Com as mudanças trazidas pela

lei, os índices de resolução dos casos de perícia devem estar vinculados a processos padronizados e integrados entre as instituições. Isso só é possível com gestão integração e sistêmica.

7.2 Mecanismos de segurança dos dados: garantia efetiva da preservação da cadeia de custódia

A matéria cadeia de custódia, como amplamente discutido, tem um importante papel para política de justiça criminal. Todos as provas produzidas, sobretudo no âmbito do processo criminal, precisam ser fielmente armazenadas, sejam objetos localizados, seja material orgânico ou digital. É preciso garantir que os dados armazenados nos sistemas de gestão não serão alvos de ataques de hacker, a fim de manipular, alterar ou apagar informações primordiais de determinado processo, como por exemplo, o *log* de ataques a um *site* ou sistema.

No último dia 03 de novembro de 2020, o site do STJ foi alvo de ataques de *hacker*, que criptografou informações dos seus bancos de dados (UOL, 2020). No último dia 15 de novembro foi a vez do site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ser alvo de invasores, o que trouxe atraso na apuração do resultado das eleições 2020 (FOCUS, 2020).

Dante dos iminentes ataques que os sites podem sofrer, afetando bancos de dados de armazenamento das provas, o Estado necessita estabelecer políticas de proteção de dados a longo prazo. Desse modo, alcançará todas as etapas da cadeia de custódia do ponto de vista da preservação e autenticidade das provas. Investimento financeiro, seja em *software* ou *hardware*, e capacitação profissional são mecanismos necessários para preservação digital e garantia da custódia. Assim, os estudos de Ferreira (2006, p. 20) consideraram que:

a preservação digital consiste na capacidade de garantir que a informação digital permanece acessível e com qualidades de autenticidade suficientes para que possa ser interpretada no futuro recorrendo a uma plataforma tecnológica diferente da utilizada no momento da sua criação.

No mesmo caminho, Boeres e Cunha (2012, p. 109):

[...] trabalhar com preservação digital pressupõe alguém responsável pelo projeto, o gestor, o responsável por se-

lecionar o pessoal para a tarefa, aquele que vai determinar o que vai ser feito, decidir o método de trabalho a ser realizado, gerir a relação entre as pessoas que trabalham e os outros elementos da instituição, como flexibilidade, objetividade, confiança na equipe com a qual trabalha e a divisão de tarefas.

A preservação digital dos elementos de prova está revestida de uma complexidade tal que, muitas vezes, os estados não estão dispostos a desprender recursos para manutenção dos sistemas de gestão. Na área da Ciência da Informação, existem inúmeros mecanismos de preservação e proteção dos dados digitais, utilizados de acordo com a necessidade de cada objeto custodiado. Não é oportunio aqui desenvolvê-los, uma vez que foge do estudo, mas, Ferreira (2006, p. 31), citando Thibodeau (2002), escreve que a prova digital pode ser proposta num mapa bidimensional posicionando no seu extremo esquerdo as estratégias centradas na preservação do objecto físico/lógico e no extremo oposto as centradas na preservação do objecto conceptual.

O autor coloca à disposição inúmeros mecanismos que podem ser utilizados para proteção de dados. Num tipo de plano cartesiano, Thibodeau citado por Ferreira (2006, p. 31), diz que no eixo vertical as diversas estratégias são dispostas mediante o seu grau de especificidade se são estratégias apenas aplicáveis a uma dada classe de objectos digitais ou se se trata de estratégias genéricas, passíveis de ser administradas a qualquer classe de objectos digitais.

Portanto, a implantação de sistemas de gestão; combinada com uma efetiva proteção de dados digitais, trará segurança aos processos, que não serão alvos de suspeição quanto à confiabilidade e autenticidade das provas documentadas.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise detalhada do tema, considerando a sua importância para a concretização da justiça criminal. Verificou-se que a cadeia de custódia se inicia a partir do momento em que o Estado está presente na cena do crime, tornando-se responsável por salvaguardar toda dinâmica presen-

te. Além disso, verificou-se que a lei 13.964/2019 inspirou-se no CPP e na portaria n.º 82/SENASA, que já trazem, de maneira geral, orientações sobre a cadeia de custódia.

Nesse balizamento, analisamos o caso O.J SIMPSON, que se tornou emblemático por ter sido praticado por uma figura pública e pelo fato de ter sido absolvido no júri popular, que durou 372 dias. A defesa do ex-jogador provou que o perito coletou vestígio na cena do crime sem atentar para os protocolos da cadeia de custódia, colocando dúvida na existência, confiabilidade e autenticidade.

Buscou-se analisar os efeitos trazidos ao processo nos casos de comprovada quebra da cadeia de custódia. Constatou-se que existem duas correntes, uma que defende que a quebra produz prova ilegítima e, portanto, devendo ser desentranhada dos autos. A segunda corrente sustenta o argumento de que nos casos de quebra de alguma etapa da cadeia de custódia, cabe ao juiz analisar, no caso concreto, o grau de inobservância, atribuindo maior ou menor valor à referida prova, provando sempre o prejuízo do réu.

Verificou-se que é preciso a implementação de sistemas integrados de gestão, associados a mecanismos de proteção de dados, a fim de que as provas digitais, laudos e ou relatórios, mantidos em banco de dados, permaneçam autênticos durante todo o tempo que o caso requeira. Em suma, verificou-se que a inclusão dos art. 158-A a art. 158-F no CPP, trazidos pela lei 13.964/2019, foi necessária e relevante à concretização da justiça criminal. Sobretudo pela garantia do estado democrático de direito, ou seja, o processo está livre de qualquer vício sabendo o réu que está sendo processado com base em provas livres de questionamentos.

Por fim, o Estado não pode deixar que as garantias trazidas fiquem apenas na letra fria da lei, devem os poderes criar mecanismos que verdadeiramente produza um arcabouço probante robusto o suficiente, que possa absolver ou condenar, fundamentado na infalível prova dos autos. Assim, haverá a concretização de uma política criminal efetiva sem a sensação de impunidade, nem fomento da criminalidade.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Daniel. Existe hierarquia entre os meios de prova? **Jusbrasil**. [2018]. Disponível em: <<https://danalbuquerq.jusbrasil.com.br/artigos/614193457/existe-hierarquia-entre-os-meios-de-prova>> Acesso em: 04 nov. 2020.
- BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: **SIDI**, Ricardo; LOPES, Anderson B. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- BADARÓ, G. H. R. I. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.
- BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha. As garantias constitucionais e a cadeia de custódia nas provas no processo penal. In: **Revista do Curso de Direito da UNIABEU**, v. 10, n. 1, janeiro/julho 2018. Disponível em: <<https://revista.uniabeu.edu.br/index.php/rcd/article/view/3264/2216>> Acesso em: 14 nov. 2020.
- BOERES, Sonia Araújo de Assis; CUNHA, Murilo Bastos da. Competências básicas para os gestores de preservação digital. In: **Ciência da Informação**. Brasília, v. 41 n. 1, p. 103-113, jan./abr., 2012. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1356/1535>>. Acesso em 16 nov. 2020.
- BRASIL. **Diagnóstico da perícia criminal no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
- BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Portaria n.º 82, de 16 de julho de 2014**. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 18 jul. 2014.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. Lei nº 3.589, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2. Turma). **HC 119.646/DF**. Relator: Min. Teori Zavascki, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20141211_244.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (6. Turma). **HC: 160.662 - RJ (2010/0015360-8)**. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 17 de março de 2014. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/445293765/STJ-HC-160662-NEGOCIO-DA-CHINA>. Acesso em: 25 nov. 2020.

CABRAL, Thiago. **O princípio do duplo grau de jurisdição**. [2019]. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-princípio-do-duplo-grau-de-jurisdicão/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

CABRAL, Thiago. **Cadeia de custódia de prova no processo penal**. [2019]. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cadeia-de-custodia-de-prova/>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CANAL ciências criminais. O princípio do duplo grau de jurisdição. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/715328190/o-princípio-do-duplo-grau-de-jurisdicão#:~:text-Trata%2Dse%20de%20garantia%20individual,de%20reavalia%C3%A7%C3%A3o%20por%20inst%C3%A2ncia%20superior>>. Acesso em: 20 out. 2020.

CASO OJ Simpson. **Revista O Globo**. [2013]. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/caso-oj-simpson-julgamento-do-seculo-eletriza-estados-unidos-nos-anos-90-10229001>. Acesso em: 05 nov. 2020.

COELHO, Daniela. Como alegar falsidade de documento no Processo penal. **Jusbrasil.** Disponível em: <<https://danicoelho1987.jusbrasil.com.br/artigos/639028900/como-alegar-falsidade-de-documento-no-processo-penal>>. Acesso em: 20 out. 2020.

EBERHARDT, Marcos. O STJ e a preservação da cadeia de custódia da prova. 2015. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/198219283/o-stj-e-a-preservacao-da-cadeia-de-custodia-da-prova>> Acesso em: 13 nov. 2020.

EDINGER, CARLOS. Cadeia de Custódia, Rastreabilidade Probatória. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRIM**, v. 120. maio/jun. 2016).

ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia Criminal e Civil:** uma visão completa para peritos, advogados, promotores de justiça, delegados de polícia, defensores públicos e magistrados. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2002.

ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia Criminal e Cível:** uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3 ed. Campinas: Millenium, 2009.

FERREIRA, Miguel. **Introdução à preservação digital:** conceitos, estratégias e actuais consensos. Orientador: Ana Alice Baptista. 2006. Tese (Doutorado em Preservação Digital) – Universidade do Minho, Guimarães, Portugal, 2006.

FREITAS, Luís Carlos Lameira de. Dos Indícios e dos Vestígios no âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia. Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Lisboa. 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. e AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A cadeia de custódia da prova pericial na lei n.º 13.964/2019, **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 12, nº 27, mai./ago. 2020.

JUIZ aceita provas de agressões de O.J. Simpson contra ex-mulher. **Folha UOL.** [1995]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/1/19/mundo/23.html>. Acesso em: 05 nov. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. Direito **Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

LOPES JUNIOR, Aury. e ROSA, Alexandre Moraes da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>> Acesso em: 12 out. 2020.

LUCIANO, Geraldo Donizete; FILHO, Leandro de Deus. **A importância da cadeia de custódia da prova**: uma análise do caso O.J. Simpson à luz dos art. 158-a a 158-f do Código de Processo Penal Brasileiro. Minas Gerais: Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaí, FACTU, 2020.

MENEZES, Isabela Aparecida de.; BORRI, Luiz Antonio. e SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.

MACHADO, Margarida Helena Serejo. **A regulamentação da Cadeia de Custódia na Ação Penal: uma necessidade premente**. Brasília: Corpo de Delito, n.1, p. 18-23, 2009.

MALLMITH, Décio de Moura. **Local de Crime**. Porto Alegre/RS: Instituto Geral de Perícias, Departamento de Criminalística, 2007.

MEROTTI, Fátima Marrach. **Avaliação do conhecimento dos policiais militares recém-formados em relação à preservação do local de crime**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Piracicaba, SP: [s.n.], 2004.

NOBRE, Emilia Cavalcante. **A Constituição de 1988 e o princípio do duplo grau de jurisdição**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10924/a-constituicao-de-1988-e-o-princípio-do-duplo-grau-de-jurisdição>> Acesso em 10 nov. 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. Atlas, 2017.

PERSEGUIÇÃO a OJ Simpson nas ruas de Los Angeles completa 20 anos. **UOL**. [2014]. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2014/06/17/perseguicao-a-oj-simpson-nas-ruas-de-los-angeles-completa-20-anos.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocul- tos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANCHES, Rogério. **Cadeia de Custódia da Prova**. [2020]. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tGCTbltpZjI>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

SANTOS, Henrique Machado dos; FLORES, Daniel. Novos rumos da preservação digital: das estratégias aos sistemas informatizados. *In: Biblios* [2018]. Disponível em <<http://biblios.pitt.edu/ojs/index.php/biblios/article/view/326/326>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

SITE do STJ sai do ar após ataque hacker. **UOL**. [2020]. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/11/05/site-do-stj-sai-do-ar-apos-ataque-hacker-saude-tambem-investiga-invasao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2020.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC: 125.510**. Relatora: Min. Rosa Weber. [2014]. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25336599/habeas-corpus-hc-125510-ms-stf>. Acesso: 10 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6298**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6305**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6305.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

SÚMULA VINCULANTE 14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 12 de out. 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 539.

TJ-RS. APELAÇÃO: APR: 70082172339. Relatora: Isabel de Borba Lucas. **Jusbrasil**. [2019]. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/781479929/apelacao-criminal-apr-70082172339-rs>. Acesso em: 10 out. 2020.

TOOBIN, Jeffrey. **American crime story**: o povo contra O.J. Simpson. 1. ed. Rio de Janeiro: Darkside, 2016.

TSE é invadido por hackers; 28 bancos são acessados. **Focus**. [2020]. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/tse-e-invadido-por-hackers-28-bancos-de-dados-sao-acessados/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

VESTÍGIO. In: **Dicionário Michaelis**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/vest%C3%ADgio/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. v. 2. 16. ed. Recife: Revista dos Tribunais, 2016.

CAPÍTULO 9

IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS (IGF): UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS PROJETOS DE LEI COMPLEMENTAR Nº 193/2020 E Nº 50/2020 COMO FORMA DE ARRECADAR RECURSOS PARA PROMOÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE RENDA E DA PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL

*Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Andréa Kaline Arcoverde de Moura
Eriberto Cordeiro Amaral
João Claudio Carneiro de Carvalho*

1. INTRODUÇÃO

O Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), previsto no art. 153, inciso VII da Constituição Federal de 1988, foi criado como forma de taxar a grandes fortunas e promover a distribuição de riquezas, contribuindo para a promoção da igualdade social. Este imposto tem uma função social, além da função arrecadatória. Entretanto, ele ainda não foi instituído. O tema do presente trabalho é Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF): uma análise comparativa entre os projetos de lei complementar nº 193/2020 e nº 50/2020 como forma de arrecadar recursos para promoção da distribuição de renda e da proteção social no Brasil.

No ano de 2020, o Brasil vive um cenário de pandemia por conta do coronavírus (COVID-19). Boa parte dos setores da economia foram paralisados de forma repentina, devido as medidas que foram implantadas para conter o vírus, como: isolamento social, distanciamento, *lockdowns* (confinamento), entre outros. Este cenário caótico trouxe consigo o aumento do desemprego e a necessidade do Estado prover o mínimo necessário para a população. Além dos gastos públicos com saúde para o enfrentamento da COVID-19. Destarte, a ideia de instituir o IGF voltou a tomar fôlego durante a pandemia do coronavírus como uma alternativa de custeio das despesas extraordinárias face à crise socioeconômica e sanitária. Além de minimizar suas con-

sequências. Desta forma, o tema deste trabalho abrangerá especificamente análise de dois projetos de lei complementar, apresentados em 2020, que visam instituir o IGF como forma de proporcionar a proteção social e financiar os gastos públicos.

Com o reconhecimento de calamidade pública, em nível federal, quais argumentos e propostas apresentados nos projetos de lei complementar e sua viabilidade jurídica que visam instituir o IGF como forma de arrecadar recursos e reduzir a desigualdade da distribuição de renda no Brasil? Para responder, o trabalho se debruçará sobre a análise comparativa dos projetos de lei complementar nº 193/2020 e nº 50/2020 para taxar o IGF.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, pois reúne dados para a construção da investigação e estruturação das informações proposto pelo tema do trabalho. Além da pesquisa teórica que visa reconstruir teorias, conceitos, ideias, entre outros. A abordagem será qualitativa, devido ao caráter exploratório. E por fim, a aplicação do método dedutivo, fazendo uma análise das informações, de forma racional, para chegar a uma conclusão.

No primeiro capítulo será feita uma contextualização do Imposto sobre Grandes Fortunas em relação ao próprio sistema tributário nacional onde será analisado os elementos constitucionais que são característicos deste imposto.

No segundo capítulo será feito um estudo sobre o Imposto sobre Grandes Fortunas como instrumento de redução da desigualdade social e melhoria da distribuição de renda no Brasil.

No terceiro capítulo será analisado o PLP nº 193/2020, apresentado pela deputada federal Fernanda Melchionna (PSOL-RS), que tramita na Câmara dos Deputados, este PLP é relevante para análise por propor que tal imposto seja uma das fontes para custear o Programa de Renda Mínima Permanente, projeto que visa atender cidadãos que vivem com renda média mensal de até meio salário mínimo, amplificando a rede de proteção social.

No quarto capítulo será analisado o PLP nº 50/2020, apresentado pela senadora Eliziane Pereira Gama Melo (CIDADANIA-MA), que tramita no Senado Federal. O projeto sugere a instituição do Empréstimo Compulsório sobre grandes fortunas seguido do IGF como

medida para gerar efeitos imediatos com o objetivo de enfrentar a crise socioeconômica e sanitária, mas sendo de forma temporária.

Nas considerações finais, irá ser feito os apontamentos comparativos entre os dois projetos de lei complementar para contribuir com o debate no meio jurídico sobre alternativas para financiar as despesas do Estado e melhorar a situação da distribuição de renda no Brasil.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS EM RELAÇÃO AO PRÓPRIO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Prática antiga no mundo, a tributação esteve presente em civilizações como a romana, a grega e a egípcia. Desde os períodos mais remotos, com a criação das primeiras sociedades, a população realizava contribuições compulsórias a seus líderes. Escravos, camponeses, servos, cidadãos. Todos contribuíram para custear construções de impérios e exércitos como também a realização de missões religiosas.

No Brasil, a tributação esteve presente desde o momento da descoberta do Brasil e da realização das primeiras expedições, onde a Coroa Portuguesa cobrava o quinto do pau-brasil (quinta parte do produto da venda da madeira) na atividade extrativa e tal arrecadação, ao longo do tempo, foi destinada a diversas finalidades, como por exemplo a custear as despesas da permanência da Coroa Portuguesa no Brasil. Várias foram as formas de tributação adotadas desde o momento do descobrimento do Brasil, que se modificaram conforme as mudanças nas relações sociais e, consequentemente, a evolução das cartas constitucionais. Tal evolução aproximou a tributação do propósito da promoção do bem-estar social (COELHO, 2003, p. 26-43).

O Sistema Tributário Nacional foi desenhado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, nos seus artigos 145 a 162, onde foram estabelecidos o conjunto de normas, princípios e regras que regulam a tributação no país, como: os princípios gerais da tributação nacional, as limitações do poder de tributar, as competências tributárias dos entes federativos (a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios) e a repartição das receitas tributárias arrecadadas (BRASIL, 1988).

As espécies tributárias estão expressas no artigo 145 da Constituição Federal, em consonância com o artigo 5º do Código Tributário Nacional de 1966, sendo estes: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, existem cinco espécies tributárias, à luz da teoria pentapartida, incluindo o empréstimo compulsório e as contribuições (SABBAG, 2019, p. 467-472).

Todos os tributos se submetem a normas gerais comuns, como também a normas específicas. Desta forma, é necessário analisar as características de cada um deles. Sobre os impostos, eles têm como fato gerador uma situação relativa ao contribuinte, alheio a qualquer atuação específica do poder público (art. 16 do CTN). Já as taxas estão vinculadas ao serviço público, no qual o Estado precisa prestar uma atividade específica ao contribuinte que pode consistir no exercício regular do poder de polícia ou oferecer um serviço público específico e divisível (art. 77 do CTN). No que tange a contribuição de melhoria, essa também está vinculada a uma ação do Estado, sendo exigido aos proprietários que tiveram seus bens imóveis valorizados devido a uma obra pública (art. 81 do CTN). Em se tratando de atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou a sua iminência, o Estado pode instituir o empréstimo compulsório (art. 15 da CTN). E por fim, as contribuições, sua arrecadação beneficia certos grupos, são divididas em: contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições das categorias profissionais ou econômicas (art. 149 da CF) (BRASIL, 1966).

Discorre o artigo 3º do Código Tributário Nacional, que o tributo é uma obrigação do cidadão de prestar dinheiro ao Estado, mas que não seja através de multa. Além de ser exigido por pessoa de direito público interno, de maneira vinculada, sem concessão de qualquer margem de discricionariedade. Em outras palavras, seus atos devem estar vinculados à lei, não existindo qualquer subjetivismo ou decisão discricionária. Assim, o tributo é um dos meios que o Estado dispõe para arrecadar recursos financeiros para o custeio das suas atividades e garantir a satisfação do coletivo (SABBAG, 2019, p. 436).

Neste sentido, faz-se ressaltar a posição de Sabbag (2019, p. 37) *apud* Melo (2008, p. 10):

A cobrança de tributos se mostra como a principal fonte das receitas públicas, voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais insertos no art. 3º da Constituição Federal, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar da coletividade.

De acordo com Mamede (2018, p. 436-441) *apud* Greco (2005, p. 176), “a tributação não pode ser vista apenas como técnica arrecadatória ou de proteção ao patrimônio”. É necessário “vê-la na perspectiva da viabilização da dimensão social do ser humano”. Assim, o tributo pode ser visto como importante e salutar instrumento de justiça distributiva e inclusiva.

Ainda sobre o tema, o professor Leandro Paulsen (2020, p. 245) fala que o tributo tem três funções: fiscal, parafiscal e extrafiscal. A fiscal, tem por objetivo arrecadar recursos para o custeio das atividades do Estado; a parafiscal, visa recolher recursos para financiar atividades de entidades específicas, que não são atividades exercidas diretamente pelo próprio Estado; a extrafiscal, tem a finalidade estimular ou desestimular certas ações dos contribuintes e de intervir sobre o contexto econômico, político e social. Completa Mamede (2018, p. 347) *apud* Gouvêa (2006, p. 43), “a extrafiscalidade do tributo é princípio decorrente da supremacia do interesse público, que fundamenta, juridicamente, a tributação com fins diversos do puramente arrecadatório”. Sendo assim, o tributo exerce sua função social quando o Estado estabelece políticas públicas voltadas para o atingimento dos objetivos fundamentais, previstos no art. 3º da Constituição Federal.

Na busca da justiça tributária, visando arrecadar recursos e a promoção da distribuição de renda e proteção social no Brasil, o assunto de tributar as grandes fortunas se fez presente no Congresso Nacional.

A origem e idealização do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), foi na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, que após longos debates foi incluído na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 153, inciso VII, cabendo a União o poder de tributá-lo, *in verbis*:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
I - importação de produtos estrangeiros;

- II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
- III - renda e proventos de qualquer natureza;
- IV - produtos industrializados;
- V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
- VI - propriedade territorial rural;
- VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.**

Devido à natureza especialíssima desse tributo, a Constituição exige que seja “nos termos de lei complementar”. Dispõe o artigo 69 da Constituição que “as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta”, ou seja, o projeto de lei complementar que visa implementar o IGF precisa ser aprovado por maioria absoluta dos parlamentares, nas duas casas. A exemplo, o Senado Federal é composto de 81 integrantes, a maioria absoluta seria a aprovação de 41 senadores (SABBAG, 2019, p. 61-62).

Em se tratando do IGF, o seu fato gerador não depende da atividade pública relativa ao contribuinte e sua hipótese de incidência é grandes fortunas, cujo o valor dos bens e direitos que constituem a fortuna deverão ser determinados em lei complementar.

É necessário analisar alguns princípios que concretizam e lastreiam as limitações ao poder de tributar com relação ao Imposto sobre Grandes Fortunas. O primeiro princípio a ser analisado é o da legalidade tributária que veda expressamente os entes federativos exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça (art. 150, inciso I, da CF). Assim, o tributo precisa de lei para ser instituído (SABBAG, 2019, p. 60).

Sobre a temporalidade, é preciso respeitar o princípio da anterioridade tributária, pois este veda a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos no início da vigência da lei que o instituiu ou aumentou, com o objetivo de prevenir o contribuinte contra as cobranças surpresas (art. 150, inciso III, alínea “b”, da CF). Desta forma, o IGF só pode ser cobrado no próximo exercício financeiro (SABBAG, 2019, p. 104). Além de respeitar a antecedência mínima de noventa dias entre a data de publicação da lei que o instituiu e a data em que passa a aplicá-lo, obedecendo o princípio da anterioridade nonagesimal (art. 150, inciso III, alínea “c” da CF) (SABBAG, 2019, p. 106).

Sendo mais um dos postulados limitadores da tributação, o princípio da irretroatividade tributária (art. 150, inciso III, alínea “a”, da CF) que proíbe a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que o instituiu ou aumentou (SABBAG, 2019, p. 203).

Outro princípio importante é o da isonomia tributária que dispõe do respeito a capacidade contributiva do contribuinte (art. 150, inciso II da CF) (SABBAG, 2019, p. 203). Como pontua Nery Junior (1999, p. 42), “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. O descumprimento deste princípio poderá caracterizar a instituição de impostos de caráter confiscatório. No que se refere ao princípio da vedação ao confisco, é necessário observar a capacidade econômico-contributiva do contribuinte de suportar a carga tributária, sem que haja uma tributação predatória ao seu patrimônio (art. 150, inciso IV da CF) (SABBAG, 2019, p. 248).

Sobre a competência tributária, prevista nos arts. 153 a 156, atributo conferido pela Constituição à União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios para instituir e disciplinar os tributos, por meio de seu Poder Legislativo, é necessário respeitar as limitações das competências que lhe foram atribuídos, sendo estas indelegáveis. No teor do caput do art. 7º do CTN, “a competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos (...).” Desta forma, a Constituição Federal, prevê, de modo taxativo, os impostos federais (arts. 153 e 154 da CF), estaduais (art. 155 da CF) e municipais (art. 156 da CF).

Então, em se tratando de propriedade cabe a União a competência do Imposto Predial e Territorial Urbana (IPTU) e o Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR); aos Estados e o Distrito Federal o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). Já os principais tributos para aferir a capacidade do contribuinte cabe a União o Imposto de Renda sobre a Pessoa Física (IRPF), Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) (SABBAG, 2019, p. 454-455).

Na eventual cobrança do IGF, é necessário também observar se há a ocorrência da bitributação, fato esse que ocorre quando há

dupla tributação da mesma pessoa ou da mesma coisa, realizada por diferentes entes federativos. Além da ocorrência do “*bis in idem*” (repetição sobre o mesmo fato), quando o mesmo ente federativo cobra o contribuinte sobre o mesmo fato gerador duas vezes. Pela competência tributária, ambos são vedados, mas são permitidos no sistema constitucional desde que expressamente autorizados. (QUEIROZ, 2012, p. 16).

Para instituir o imposto em estudo, conforme lei complementar, será necessário um estudo prévio e detalhista que evidenciam as vantagens de implantá-lo, bem como as desvantagens de sua implementação.

Ao incidir sobre o patrimônio do contribuinte, é importante verificar que o Imposto sobre Grandes Fortunas, “não poderá recair sobre os documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural”, pois têm proteção constitucional (art. 23, inciso III da CF) para “impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural” (art. 23, inciso IV da CF). Completa Marcelo Queiroz (2012, p.17), que “a isenção do Imposto de Grandes Fortunas sobre às obras de arte é mais do que justificável”, mas caso haja isenção, “pode induzir os detentores das grandes fortunas a transferir seus investimentos, inclusive os produtivos, para obras de arte de grande valor”.

Contudo, na perspectiva econômica, Marcelo Queiroz (2012, p. 30-31), argumenta que esse imposto tem um defeito que é estimular a evasão de capitais. As pessoas mais ricas iriam transferir seus bens para o exterior, “reduzindo os capitais financiadores dos investimentos que são indispensáveis em países em desenvolvimento como o Brasil”. Neste mesmo caminho, Olavo Nery Corsatto (2000, p. 97), pontua as reflexões do professor Henry Tilbery ao alertar o perigo da evasão fiscal sobre a tributação do patrimônio no Brasil.

O conceito de Imposto sobre Grandes Fortunas foi importado de outros países. Alguns ainda o adotam como França, Espanha e Argentina. Já outros como Alemanha, Itália e Dinamarca, o aboliram por razões diversas. Na França, o denominado “*Impôt sur les Grandes Fortunes*” (Imposto de Grandes Fortunas), semelhante ao IGF brasileiro, foi intitulado de imposto “*Hobin Hood*”, aquele que tributa os mais ricos em favor dos mais pobres. O montante arrecadado por ele des-

tina-se, especificamente, para abastecer fundos que tinha como objetivo garantir uma renda mínima a população. Por questões políticas e técnicas, tal imposto já foi revogado, passou por alguns ajustes e voltou para o ordenamento francês, hoje é chama de ISF - Imposto de Solidariedade sobre a Fortuna (BBC BRASIL, 2017).

No Brasil, a Constituição Federal é bem clara quando proíbe a vinculação do imposto a determinadas despesas, como dispõe o artigo 167, inciso IV. Comenta, Marcelo Queiroz (2012, p. 34), “mesmo que não houvesse essa proibição, a vinculação do produto do referido imposto a finalidades sociais revela-se desnecessária no Brasil”. A Constituição designa em percentuais a vinculação de recursos tributários voltados para os serviços públicos de saúde e educação, nos termos da lei complementar. Além de criar algumas contribuições para oferecer certos serviços:

- a) para financiar a seguridade social (previdência social, assistência social e saúde), a Constituição criou a contribuição previdenciária do empregador sobre a folha de salários (20%), e as contribuições das empresas e entidades equiparadas incidentes sobre a receita ou o faturamento (COFINS) ou sobre o lucro (CSLL);
- b) para garantir o tempo de serviço dos trabalhadores, foi criada a contribuição ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), correspondente a 8% do valor do salário de cada empregado (Lei n.º 8.036, de 11/05/1990);
- c) para financiar o seguro-desemprego e um abono especial, a Constituição destinou o produto das contribuições ao PIS/PASEP (art. 239). (QUEIROZ, 2012, p. 35).

Do ponto de vista técnico, observa-se a necessidade de que vem a ser grande fortuna. A Constituição Federal é omissa quanto a sua definição e dimensão do patrimônio do contribuinte, por isso precisaria de lei para estabelecer o parâmetro de grande fortuna. Como também, precisaria avaliar o valor dos bens e direitos, sendo pelo valor de mercado, pelo valor histórico, pela data da aquisição ou pelo valor constante da declaração anual de rendimentos (QUEIROZ, 2012, p. 37).

Outro ponto é a incidência do imposto no patrimônio de pessoas físicas ou no patrimônio de pessoas jurídicas. Como meio de fuga, Marcelo Queiroz (2012, p. 37-38), alerta que a incidência do “imposto de pessoas físicas induzirá a transferência de bens para as pessoas

jurídicas ou a criação destas com patrimônio familiar” e ainda comenta que se incidir sobre “o patrimônio (ativo) da pessoas da jurídica, o que importaria na implosão do sistema produtivo empresarial”. Questiona também a incidência sobre o patrimônio bruto (corresponde a soma entre bens e direito), ou sobre o patrimônio líquido (total de ativos menos as dívidas do contribuinte).

Mais uma questão, é a aplicação da alíquota em proposicional ou progressiva apresentados nos projetos de lei complementar, para instituir o imposto em estudo, na relação de patrimônio versus alíquota. Considerada mais justa, a alíquota progressiva por enquadrar faixas de patrimônio em diferentes alíquotas (QUEIROZ, 2012, p. 38).

3. O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO FORMA DE ARRECADAR RECURSOS PARA DISTRIBUIÇÃO DE RENDA E PROMOÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL

O reflexo da desigualdade social no Brasil, é fruto de um longo período colonial sustentado pela escravidão, diminuindo sua capacidade redistributiva e criando desigualdades. Segundo Carlos Alberto Bittar Filho (2000, p. 178), as engrenagens fundamentais do sistema latifundiário nos primórdios da colonização no Brasil eram a sesmaria (lote de terras distribuído a um beneficiário, em nome do rei de Portugal), a monocultura, a escravidão e os senhores de engenho, sendo estes chamados de nobreza da terra, os quais concentrava grandes riquezas.

O relatório da ONG Oxfam Brasil, informa que essa bagagem histórica provocou “profundas clivagens entre regiões, pobres e ricos, negros e brancos, mulheres e homens”, ou seja, este distanciamento marcou a forma como se organizou a sociedade brasileira, sua economia e a relação entre o Estado e a sociedade (OXFAM BRASIL, 2017, p. 43).

Relata Katia Maia (OXFAM BRASIL, 2015), diretora executiva da Oxfam Brasil, que “essas desigualdades também prejudicam o crescimento econômico, gerando uma “captura” da riqueza produzida e impedindo a construção de uma sociedade mais justa baseada no bem-estar social”.

O Brasil ainda encontra-se em uma posição extremamente desfavorável comparado a alguns países no mundo com relação à políticas públicas de inclusão social. Ainda no relatório da Oxfam Brasil, mostra a situação gravíssima do Brasil com relação ao índice de desigualdade social e concentração de renda do mundo:

(...) seis pessoas possuem riqueza equivalente ao patrimônio dos 100 milhões de brasileiros mais pobres (...) em relação à renda, o 1% mais rico da população recebe, em média, mais de 25% de toda a renda nacional (...) os 5% mais ricos detêm a mesma fatia de renda que os demais 95% (...) mais de 16 milhões de pessoas no Brasil vivem abaixo da linha da pobreza (...) o Brasil é o que mais concentra renda no 1% mais rico, sustentando o 3º pior índice de Gini na América Latina e Caribe (atrás somente da Colômbia e de Honduras). Segundo o último Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) o Brasil é o 10º país mais desigual do mundo, num ranking de mais de 140 países (...) uma trabalhadora que ganha um salário mínimo por mês levará 19 anos para receber o equivalente aos rendimentos de um super-rico em um único mês (...). (OXFAM BRASIL, 2017, p. 06.)

A desigualdade de riqueza é ainda maior comparada com a desigualdade de renda no Brasil, como mostra o citado relatório:

01% mais rico concentra 48% de toda a riqueza nacional e os 10% mais ricos ficam com 74%. Por outro lado, 50% da população brasileira possui cerca de 3% da riqueza total do País. Hoje, seis brasileiros possuem a mesma riqueza que a soma do que possui a metade mais pobre da população, mais de 100 milhões de pessoas. Gasto R\$ 1 milhão por dia, estes seis bilionários, juntos, levariam em média 36 anos para esgotar o equivalente ao seu patrimônio. Entre 2000 e 2016, o número de bilionários brasileiros aumentou de aproximadamente 10 para 31. Em conjunto, eles possuem um patrimônio de mais de US\$ 135 bilhões (R\$ 424,5 bilhões). Nem toda essa fortuna é fruto somente do trabalho próprio: do total dos bilionários brasileiros, metade herdou patrimônio da família – 16 (52% do total). (OXFAM BRASIL, 2017, p. 30)

Neste cenário de desigualdades surge a questão social que se expressa através de acentuadas disparidades econômicas e condi-

ções precárias da população, bem como através do agravamento da pobreza em paralelo ao aumento da concentração de renda e, consequentemente, o surgimento da condição de vulnerabilidade social. Podemos compreender a situação de vulnerabilidade social como:

Famílias e indivíduos com perda ou fragilidade de vínculos de afetividade, pertencimento e sociabilidade; ciclos de vida; identidades estigmatizadas em termos étnico, cultural e sexual; desvantagem pessoal resultante de deficiências; exclusão pela pobreza e, ou, no acesso às demais políticas públicas; uso de substâncias psicoativas; diferentes formas de violência advinda do núcleo familiar, grupos e indivíduos; inserção precária ou não inserção no mercado de trabalho formal e informal; estratégias e alternativas diferenciadas de sobrevivência que podem representar risco pessoal e social. (PNAS, 2004, p. 18-19).

Através do debate da questão social no processo constituinte brasileiro foi que houve a afirmação mais ampla de direitos sociais, como “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, previsto no art. 6º da Constituição Federal. Dessa forma, visando à promoção da proteção social que pode ser compreendida como os mínimos sociais de sobrevivência e inclusão, capazes de assegurar a população a superação da vulnerabilidade.

Thomas Piketty (2015, p. 85), em sua obra “A Economia da Igualdade”, fala sobre a importância da tributação como forma de proporcionar a redistribuição das riquezas e corrigir as desigualdades sociais.

Na busca para diminuir a concentração de riqueza e a desigualdade social no Brasil, o Imposto sobre Grandes Fortunas mostra ser uma alternativa de instrumento de política fiscal e social, defende Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2012, p. 355):

(...) repete-se a defesa no sentido de que o Imposto sobre Grandes Fortunas pode vir a constituir instrumento de alcance da justiça tributária no Brasil, uma vez que permitiria, em tese, não só uma justa distribuição da carga tributária entre os contribuintes, mas também, maior distribuição de renda e riqueza nacionais, o que permitiria, também, em tese, a redução das enormes desigualdades

sociais verificadas no país e, por consequência, a pobreza de grande parte da população.

Neste mesmo pensamento, Olavo Nery Corsatto (2020, p. 93-108):

A redistribuição da riqueza seria outro efeito benéfico do IGF, que funcionaria também como instrumento de controle da administração tributária, mediante o cruzamento de dados com base nas declarações da renda auferida, dos bens para o IR ou o IGF e das parcelas do patrimônio consideradas para tributações específicas. Haveria, assim, menor possibilidade de evasão de diversos tributos.

Em meio à crise provocada pelo coronavírus, a pauta de instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas volta a tomar fôlego no Congresso Nacional como forma de arrecadar recursos para atender as despesas extraordinárias decorrentes da pandemia. Foram despesas na área de saúde para socorrer os doentes decorrentes da COVID-19 e na área social para oferecer assistência aos desempregados. Para combater o avanço do vírus, o Estado exigiu o isolamento social, a quarentena e o bloqueio de rodovias. Essas alternativas provocaram o fechamento do comércio e das atividades não essenciais, gerando muitos desempregos e a diminuição da atividade econômica no país, bem como a diminuição da arrecadação do Estado. Segundo a análise feita pela consultoria de orçamento da câmara dos deputados, o governo federal gastou, até o dia 20 de outubro de 2020, o valor de R\$ 38,2 bilhões em ações voltadas pra área de saúde relacionadas ao enfrentamento emergencial causada pela pandemia da COVID-19 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

Neste mesmo contexto, as principais conclusões da OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde) e a CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe) sobre as consequências da COVID-19, são particularmente preocupantes:

“A pandemia levou à recessão mais acentuada da história da América Latina e do Caribe, que, segundo projeções da CEPAL, trará uma queda regional no crescimento de -9,1% em 2020; o “desemprego aumentará de 8,1% em 2019 para 13,5% em 2020 (44 milhões de desempregados, 18 milhões a mais que em 2019)”; (...) a desigualdade social terá um aumento médio no índice de Gini de

4,9 pontos percentuais de 2019 a 2020". (OPAS CEPAL, 2002, p. 02).

Diante deste cenário pandêmico e dos problemas que assolam grande parte da população brasileira, tais como o aumento do desemprego, a desigualdade de oportunidades, a estagnação econômica, entre outros. Além do quadro de déficit de arrecadação do Estado, faz-se necessário a busca de alternativas para arrecadar recursos e promover a distribuição de renda e a proteção social no Brasil.

Sobre o assunto, Katia Maia (OXFAM BRASIL, 2015) destaca que existem algumas alternativas para mudar esse quadro:

A implementação de uma política fiscal progressiva sobre a riqueza e a renda; o estabelecimento de alternativas aos modelos de concentração de riqueza, renda e terras, oferecendo dados e medindo a desigualdade nas avaliações de impacto das políticas públicas; o fim à captura política e o estabelecimento da priorização dos interesses da maioria sobre os privilégios de poucos; e a garantia da igualdade de direitos e poder entre homens e mulheres, brancos e negros.

A busca da justiça social também seria um sistema tributário mais equânime que apresente maior tributação sobre a renda do que sobre o consumo, respeitando os princípios da capacidade contributiva e aplicando a progressividade dos impostos. O Estado deve evitar sistemas fiscais regressivos, pois este sistema "encarece os bens e serviços, comprimindo a demanda, com consequências negativas sobre a produção, a oferta de empregos e o crescimento econômico do país". (TOLENTINO FILHO, 2011, p.16).

Nestes temos comenta, Leandro Paulsen (2020, p. 99):

Decorre desse princípio, basicamente, que o Estado deve exigir das pessoas que contribuam para as despesas públicas na medida da sua capacidade econômica, de modo que os mais ricos contribuam progressivamente mais em comparação aos menos providos de riqueza.

Em se tratando do sistema tributário brasileiro, "mais da metade da arrecadação tributária no Brasil provém de impostos indiretos e são pagos por toda a população". Dessa forma, prejudicando os contribuintes de menor poder aquisitivo. (TOLENTINO FILHO, 2011).

Entende, Hugo de Brito Machado (2001, p. 32):

É importante, porém, que a carga tributária não se torne pesada ao ponto de desestimular a iniciativa privada. No Brasil, infelizmente, isto vem acontecendo. Nossos tributos, além de serem muitos, são calculados mediante alíquotas elevadas.

Em outras palavras, Pedro Delarue Tolentino Filho (2011, p. 10) defende que “o sistema tributário pode e deve ser utilizado como instrumento de distribuição de renda e de redução da pobreza”, promovendo a justiça tributária. Dessa forma, “propõe algumas mudanças na legislação que podem contribuir para um sistema tributário mais justo”.

Entre alternativas que se discutem a tributação e a justiça distributiva, há vários projetos que tramitam no Congresso Nacional, os quais definem ou desenham as características do Imposto sobre Grandes Fortunas e o apresentam como sendo uma alternativa para arrecadar recursos e promover o bem-estar comum, a igualdade e a justiça social. Nesta perspectiva, nos próximos capítulos, será feito uma análise entre dois projetos de lei complementar. O primeiro analisado será o PLP nº 193/2020 que visa com a arrecadação do imposto custear o Programa de Renda Mínima Permanente. Já o segundo será o PLP nº 50/2020 que sugere a instituição do Empréstimo Compulsório de grandes fortunas e o Imposto sobre Grandes Fortunas para gerar efeitos imediatos com o intuito de custear despesas urgentes decorrente da pandemia do coronavírus.

4. ANÁLISE DO PLP Nº 193/2020 DA DEPUTADA FEDERAL FERNANDA MELCHIONNA (PSOL-RS)

Merece destaque o PLP nº 193/2020, apresentado pela deputada federal Fernanda Melchionna (PSOL-RS), em 24/07/2020, que visa a instituição do “Imposto sobre Grandes Fortunas, nos termos do art. 153, inciso VII, da Constituição Federal, que será destinado ao Programa de Renda Mínima Permanente”.

O art. 1º informa que o IGF será “como fonte de recursos para a renda mínima”, prevista pela Lei nº 10.835 de 08/01/2004. O fato gerador desse projeto consiste em especificar o indivíduo que possuir, no

“1º dia do ano de 2020, a fortuna no valor superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), expressos em moeda de poder aquisitivo de 1º de janeiro de 2020”.

O art. 2º é responsável por determinar os contribuintes, e assim o faz ao especificar que são todas “as pessoas físicas domiciliadas no país, e a pessoa física ou jurídica domiciliada no exterior em relação ao patrimônio que tenha no país”. O imposto sobre o patrimônio também atinge o “espólio”. Explica Marcelo Queiroz (2012, p. 50), que a incidência sobre a pessoa jurídica domiciliada no exterior, “importará, certamente, não só na cessação de novos investimentos estrangeiros no Brasil, como, também, na fuga de capitais atualmente já investidos, com graves prejuízos para o desenvolvimento socioeconômico do país”.

O art. 3º trata o que seria fortuna, como sendo “o conjunto de todos os bens e direitos, situados no país ou no exterior, que integrem o patrimônio do contribuinte”. No que tange o IGF, a instituição do imposto é sobre as “grandes fortunas” e no referido o artigo só menciona a palavra fortuna. Pode ser só um mero arbítrio de redação, mas ocorre que há dificuldades na definição que caracteriza a palavra fortuna, levando a subjetividade e na possível inconstitucionalidade do artigo. Observa Queiroz (2012, p. 30) *apud* Martins (2007, p. 408), “o tributo apenas permitirá a incidência sobre ‘grandes fortunas’, nem mesmo podendo incidir sobre ‘fortunas’ que não sejam grandes”.

Na constância da sociedade conjugal, “cada cônjuge será tributado pela titularidade do patrimônio individual”, mas se houver patrimônio comum será tributado metade do valor (art. 3º, § 1º).

Ademais, ainda neste PLP, o que podemos observar é a confirmação do “*bis in idem*”, no seu art. 3º, § 3º, inciso I, vejamos:

§ 3º No tocante aos bens mencionados no parágrafo anterior, serão avaliados:

I - os imóveis, pela base de cálculo sendo do imposto territorial ou predial, rural ou urbano, ou se situado no exterior, pelo custo de aquisição;

II - os créditos pecuniários sujeitos à correção monetária ou cambial, pelo valor atualizado, excluído o valor dos considerados, nos termos da lei, de realização improvável;

III - os demais bens, pelo custo de sua aquisição pelo contribuinte.

No inciso I do referido artigo, a caracterização do valor do bem estará disposto pela base de cálculo utilizada em outro tributo, IPTU ou ITR. Desta forma, é suficiente constatar a presença do “*bis in idem*”, ou seja, o imposto irá recarregar sobre um objeto já anteriormente tributado por outro imposto, não sendo aceito no Direito Tributário. Dessa forma, cabendo o contribuinte recorrer via ações judiciais típicas do Processo Tributário (SABBAG, 2019, p.465).

São excluídos do patrimônio (art. 3º, § 2º, incisos de I a III):

- I – os instrumentos utilizados pelo contribuinte em atividades de que decorram rendimentos do trabalho assalariado ou autônomo, até o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais);
- II- outros bens cuja posse ou utilização seja considerada de alta relevância social, econômica ou ecológica, até o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), conforme critérios a serem definidos em regulamento.

São considerados o custo de aquisição dos bens (art. 3º, § 4º):

- I – dos bens adquiridos por doação, o valor do declarado pelo doador ou, na falta de declaração, o valor de mercado na data da aquisição;
- II – dos bens havidos por herança ou legal, o valor que tiver servido de base para a partilha;
- III – dos bens adquiridos em liquidação de pessoa jurídica ou de valor mobiliário, o custo de aquisição das participações ou valores liquidados, atualizado monetariamente.

A expressão monetária será atualizada na data da ocorrência do fato gerador (art. 3º, § 5º), com base em índice que mostre a variação do poder aquisitivo da moeda nacional:

- I – a partir de 1º de maio de 2020, os valores constantes dos incisos I e II do § 2º deste artigo;
- II – a partir da data da aquisição, ou, se pago a prazo, do pagamento do preço da aquisição, o valor dos bens de que tratam os §§ 3º e 4º deste artigo.

O artigo 4º aborda sobre a alíquota do imposto que será aplicada de forma progressiva sobre a base de cálculo do contribuinte, segundo a classe de valor de patrimônio, nos seguintes termos:

Tabela 01: Relação de patrimônio x alíquotas com base na PLP nº 193/2020

CLASSE DE VALOR DO PATRIMÔNIO	ALÍQUOTA
Até R\$ 5.000.000,00.	Isento
De R\$ 5.000.000,01 a R\$ 10.000.000,00.	1,0%
De R\$ 10.000.000,01 a R\$ 20.000.000,00.	1,5%
De R\$ 20.000.000,01 a R\$ 30.000.000,00.	2,0%
De R\$ 30.000.000,01 a R\$ 40.000.000,00.	3,0%
De R\$ 40.000.000,01 a R\$ 50.000.000,00.	4,0%
Acima de R\$ 50.000.000,01.	5,0%

Fonte: Dados da pesquisa.

A progressividade do imposto faz uma relação de patrimônio versus alíquotas, estabelecendo valores distintos que possam sofrer tributações com alíquotas diferentes, fazendo menção ao princípio da isonomia e da capacidade contributiva.

O artigo 5º faz menção ao lançamento do imposto, sendo através da declaração do contribuinte, onde deverá constar “todos os bens do seu patrimônio” e seu “respectivo valor”. E ressalva o artigo, caso o bem não seja declarado, tem a presunção de ter sido “adquirido com rendimentos sonegados ao imposto de renda, até que apresente prova em contrário”, bem como, “os impostos devidos serão lançados no exercício em que for apurado a omissão”.

Completa, o art. 6º, que haverá responsabilidade solidária se “houver indícios de dissimulação do verdadeiro proprietário dos bens ou direitos” pelo pagamento do IGF.

O art. 7º demonstra como será a destinação dos recursos pela cobrança do Imposto sobre Grandes Fortunas, a qual será para o custeio do Programa Renda Mínima, garantindo um “benefício entre R\$ 600 e R\$ 1200,00 por família, ainda podendo ser cumulado com outros programas sociais, exemplo do benefício do Programa Bolsa Família”. Ocorre que a Constituição Federal, no seu artigo 167, inciso IV, faz ressalvas a destinação dos recursos arrecadados pelo imposto. Com também, expressa percentuais para algumas atividades públicas.

Neste sentido, explica Leandro Paulsen (2009, p. 70):

De outro lado, os impostos são tributos cujo produto não pode ser previamente afetado a determinado órgão, fun-

do ou despesa, nos termos do art. 167, IV, da CF, salvo as exceções expressas na própria Constituição, como a necessária aplicação de percentuais em atividades voltadas aos serviços de saúde e à educação e a possibilidade de afetação à administração tributária. (...) A destinação dos impostos será feita não por critérios estabelecidos pela lei instituidora do tributo, mas conforme determinar a lei orçamentária anual.

O art. 8º, dispõe que esta lei complementar entra em vigor em 1º de janeiro do ano seguinte ao de sua publicação, respeitando o princípio da anterioridade (art. 150, inciso III, alínea b da CF).

5. ANÁLISE DO PLP Nº 50/2020 DA SENADORA ELIZIANE PEREIRA GAMA MELO (CIDADANIA/MA)

Outro projeto de lei que merece ser analisado é o PLP nº 50/2020, apresentado pela senadora Eliziane Pereira Gama Melo (CIDADANIA/MA), em 26/03/2020, que sugere a instituição do “Imposto Sobre Grandes Fortunas e do Empréstimo Compulsório para financiar necessidades de proteção social decorrentes da Covid-19”.

O art.1º institui o Imposto Sobre Grandes Fortunas e no seu parágrafo único justifica que seja forma temporária para evitar o risco de elisão e evasão fiscal, tendo “a mesma duração do teto de gastos de que se trata o art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitorias, instituído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016”.

O art. 2º institui o Empréstimo Compulsório, previsto no art. 148 da CF, sendo sua base de cálculo a mesma do IGF, as grandes fortunas. Devido a declaração da calamidade pública, em nível federal, para atender as despesas extraordinárias decorrente da pandemia do coronavírus.

O art. 2º, parágrafo único, dispõe que ao cobrar o Empréstimo Compulsório, não precisa atender o critério da anterioridade anual (art. 150, inciso III, alínea “b” e § 1º da CF), podendo ser “cobrado no exercício de 2020 e somente neste exercício”.

O art. 3º descreve o Empréstimo Compulsório como tributo restituível, cabendo sua “devolução a partir do exercício de 2021, na forma de abatimentos” do Imposto sobre Grandes Fortunas.

No que tange o Empréstimo Compulsório, explica Aline Ribeiro Mamede (2018, p. 303):

No que tange aos empréstimos compulsórios, várias são as divergências doutrinárias a respeito da natureza jurídica. No entanto, para a doutrina e jurisprudência majoritárias, o empréstimo compulsório é uma espécie de tributo. A sua própria autonomia deriva de lei, uma vez que é reconhecido pela Constituição em seu art. 148, no qual a União, exclusivamente, fica autorizada a instituí-lo mediante lei complementar evidenciando as circunstâncias ou causas legitimadoras para a instituição dos referidos empréstimos. Ademais, cumpre salientar a sua característica de restituibilidade, posto que seja um empréstimo, assumindo o o contribuinte o papel de credor.

O art. 3º, parágrafo único, faz referência a atualização dos juros do Empréstimo Compulsório, será a mesma da “Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991”. O projeto defende esse parâmetro por ser uma “taxa já baliza a remuneração do FGTS, da poupança e dos créditos trabalhistas decididos pela Justiça do Trabalho”, por isso não haveria controvérsias para tê-la como referência.

O art. 4º, descreve que os dois tributos terão a finalidade de custear, “preferencialmente, ações na área de saúde, da assistência social e da previdência social que sofreram impactos sanitários e econômicos decorrentes da pandemia de covid-19”. Este artigo cabe uma ressalva, pois conforme o art. 167, inciso IV, da CF, a receita do imposto não pode ser vinculada a determinadas despesas, mesmo que tenha uma alcance social enorme, porque tal vinculação é expressamente proibida (QUEIROZ, 2012, p. 34).

Ainda sobre o tema, destaca Marcelo Cid Heráclito Queiroz (2012, p.35):

Para financiar a seguridade social (previdência social, assistência social e saúde), a Constituição criou a contribuição previdenciária do empregador sobre a folha de salários (20%), e as contribuições das empresas e entidades equiparadas incidentes sobre a receita ou o faturamento (COFINS) ou sobre o lucro (CSLL).

O art. 5º define as grandes fortunas como “o patrimônio líquido que excede o valor de 12.000 (doze mil) vezes o limite mensal de isenção para pessoa física”, sendo “apurado anualmente, no dia 31 de dezembro do ano-base de sua incidência”.

O artigo 5º, § 1º e incisos I a III, descreve o percentual da alíquota do Imposto sobre Grandes Fortunas, a qual será aplicada de forma progressiva, como:

Tabela 02: Tabela 01: Relação de patrimônio x alíquotas com base na PLP nº 50/2020.

CLASSE DE VALOR DO PATRIMÔNIO	ALÍQUOTA
Entre 12 mil vezes e 20 mil vezes o limite da isenção para pessoa física.	0,5%;
Entre 20 mil vezes e 79 mil vezes o limite da isenção para pessoa física.	0,75%;
Acima de 70 mil vezes o limite da isenção para pessoa física.	1%

Fonte: Dados da pesquisa.

Ao IGF, o montante devido pelo contribuinte, se aplica “a soma das parcelas determinadas mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o valor compreendido em cada uma das três faixas descritas” (art. 5º, § 2º).

Do empréstimo compulsório, define-se o patrimônio líquido, sendo o valor superior a 12.000 (doze mil) vezes o limite mensal, incidindo a alíquota equivalente a R\$ 0,04 (quatro centavos) para cada real excedente (art. 5º, § 3º).

O art. 6º determina “os contribuintes pessoas físicas domiciliadas no País; pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, em relação ao patrimônio que detenham no País; e o espólio das pessoas a que se refere este artigo”.

Nas palavras de Marcelo Queiroz (2012, p.37), “a limitação ao patrimônio das pessoas físicas induzirá a transferência de bens para as pessoas jurídicas ou a criação destas com patrimônio familiar”. Gerando assim, uma meio de fuga à incidência do imposto de renda das pessoas físicas.

O art. 7º especifica o fato gerador dos tributos como sendo a titularidade de grande fortuna, “definido como patrimônio líquido que excede o valor de 12.000 (doze mil) vezes o limite de isenção para pessoa física”. Com apuração anual, ao IGF, “no dia 31 de dezembro

do ano-base de sua incidência, abrangendo domínio útil, posse e propriedade". Já do Empréstimo Compulsório, o ano-base "é o ano de 2019" (art. 7º, § 1º).

O art. 7º, § 2º define o patrimônio líquido como sendo "a diferença entre os bens e direitos de qualquer natureza, localização e emprego, e as obrigações do contribuinte". Neste parágrafo, o parâmetro usado para avaliação dos "bens e direitos de qualquer natureza" que forma as grandes fortunas não são muito claros, podendo sofrer problemas de interpretação e subjetividade.

Em se tratando de sociedade conjugal, "será tributado pela titularidade do patrimônio individual" ou "pela metade do patrimônio comum" (art. 7º, § 3º). Já o patrimônio dos filhos menores de idade "será tributado em conjunto com o dos pais" (art. 7º, § 4º). Caso conste "evidência de transferência de patrimônio de pessoa física para pessoa jurídica", para evitar a evasão fiscal, "a pessoa jurídica responderá solidariamente pelo pagamento dos tributos" (art. 7º, § 5º).

O art. 8º informa que a Receita Federal tem um prazo máximo de 20 (vinte) dias para aplicar a cobrança dos tributos, podendo dispor sobre:

- I - apuração do patrimônio líquido;
- II - exclusão de instrumentos de trabalho usados pelo contribuinte, dos direitos de propriedade intelectual ou industrial e bens de pequeno valor;
- III - abatimento de outros impostos incidentes diretamente sobre o patrimônio.

O art. 9º afirma que "poderão se compensar reciprocamente o orçamento Fiscal e orçamento da Seguridade Social". E define que "o Poder Executivo poderá instituir fundo privado e extra orçamentário para administrar a cobrança de que trata esta Lei" (art. 9º, parágrafo único).

A instituição de fundos na Constituição Federal ao Poder Executivo (art. 165, § 9º, II), "cabe à lei complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos" (DIAS, 2019, p. 3).

O art. 10º declara que "esta Lei entra em vigor na data de sua publicação". De forma emergencial, este projeto se estrutura na ne-

cessidade de promover a proteção social, diante da pandemia de coronavírus. Conforme o art. 15 do CTN, poderá haver a cobrança do Empréstimo Compulsório em circunstâncias emergenciais como a declaração da calamidade pública, podendo assim ser cobrado a partir do exercício de 2020.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 incluiu no seu diploma o Imposto sobre Grandes Fortunas, no art. 153, inciso VII, sendo um tributo de competência exclusiva da União. Ocorre que, já se passaram três décadas, e até o momento este imposto não foi regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro, levantando questionamentos e curiosidades. Na busca de promover o bem-estar social e a promoção da distribuição de renda e da justiça social, diversos projetos de Lei Complementar já foram apresentados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal para instituí-lo. Entretanto, são levantados argumentos favoráveis e controversos sobre este imposto, desde a sua criação.

Neste contexto, foram analisados dois projetos de Lei Complementar, nº 193/2020 e o nº 50/2020. Foram apresentadas algumas irregularidades constitucionais nos dois projetos. O PLP nº 193/2020 da deputada federal Fernanda Melchionna (PSOL-RS), apresentou uma inconsistência no art. 1º, ele menciona como fato gerador do tributo a fortuna. Ocorre que o IGF prevê a instituição das grandes fortunas. No seu art. 3º, § 3º, apresentou a confirmação do “*bis in idem*” tributário pela própria base de cálculo utilizada em outro tributo como o IPTU ou ITR. E por fim, apresentou inconstitucionalidade no art. 7º, pois vincula a destinação dos recursos pela cobrança do IGF ao custeio do Programa Renda Mínima. A Constituição Federal, no artigo 167, inciso IV, faz ressalvas e restrições com relação a destinação dos recursos arrecadados pelo imposto, aplicando percentuais em atividades voltadas com gastos em saúde e educação, atividades da administração tributária, entre outros.

Outro projeto analisado foi o PLP nº 50/2020 da senadora Eliane Pereira Gama Melo (CIDADANIA/MA) que além de instituir o IGF, também prevê a instituição do Empréstimo Compulsório sobre

grandes fortunas como medida para gerar efeitos imediatos, devido à crise provocada pela pandemia do coronavírus. Este projeto também apresentou inconstitucionalidade ao artigo 167, inciso IV, da CF, pois seu art. 4º, vincula a receita dos impostos, preferencialmente, a determinadas despesas na área de saúde, da assistência social e da previdência social.

Considerando as receitas dos tributos já existentes e as vinculações de recursos tributários em percentuais, estabelecidos em lei complementar, para o financiamento de serviços públicos, ações sociais e entre outros, a Constituição Federal já estabelece uma estrutura financeira adequada para arrecadar recursos e promover a promoção da redução das desigualdades sociais no Brasil. Falta talvez a otimização no uso dos recursos públicos, cabendo uma ação governamental mais eficiência e transparente, não havendo o desvio desses recursos. Além da promoção a erradicação da corrupção no país.

O Imposto sobre Grandes Fortunas se mostra um imposto muito complexo, cheio de questionamentos, especulações e interpretações. Não se sabe o quanto ele pode arrecadar de recursos aos cofres públicos como também, o quanto pode se gastar para fiscalizá-lo. Além do risco sob pena de provocar a sonegação fiscal ou a evasão de capitais, devendo ser ainda muito debatido no Congresso Nacional até sua implementação.

A análise dos dois projetos de lei complementar demonstrou questionamentos e impasses de instituir o IGF, contribuindo para levantar possíveis questões a serem abordadas sobre o sistema tributário brasileiro em trabalhos posteriores, incentivando o estudo e a pesquisa sobre o tema, bem como, a necessidade de observar que o país carece de uma reforma tributária para só então, promover o ajuste econômico necessário e a justiça fiscal e social.

REFERÊNCIAS

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. A apropriação do solo no Brasil colonial e monárquico: uma perspectiva histórico jurídica. Revista de informação legislativa, v. 37, n. 148, p. 177-181, out./dez. 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/637>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social/PNAS. Resolução CNAS nº 145, de 15 de outubro de 2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei Complementar n. 193/2020, 24 de julho de 2020. Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, nos termos do art. 153, inciso VII, da Constituição Federal que será destinado ao Programa de Renda Mínima Permanente. Disponível: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2258612>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária. São Paulo: Dialética, 2003.

CORSATTO, Olavo Nery. Imposto sobre grandes fortunas. Revista de informação legislativa, v. 37, n. 146, p. 93-108, abr./jun. 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/581>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

DIAS, Fernando Álvares Correia. Instituição de fundos por iniciativa parlamentar: considerações acerca do debate no Senado Federal. Boletim nº 81: Instituição de Fundos por Iniciativa Parlamentar: considerações acerca do debate no Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol81/view>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

FERNANDES, Daniela. Reforma do imposto sobre fortuna na França reacende debate sobre taxação dos mais ricos. BBC Brasil, 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41617305>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MAMEDE, Aline Ribeiro. A função social do imposto sobre grandes fortunas. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018.

MUGNATTO, Sílvia. Gastos do governo com pandemia chegam a R\$ 38,2 bi na Saúde e R\$ 2,7 bi na Cultura. Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/701831-gastos-do-governo-com-pandemia-chegam-a-r-382-bi-na-saude-e-r-27-bi-na-cultura/>> Acesso: 17 nov. 2020.

NERY JÚNIOR, Nélson. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OPAS CEPAL. Folha informativa: Uma convergência necessária para enfrentar a COVID-19 e voltar ao caminho do desenvolvimento sustentável na América Latina e no Caribe. 30 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/documentos/hoja-informacion-salud-economia-convergencia-necesaria-para-enfrentar-covid-19-retomar>> Acesso: 17 nov. 2020.

OXFAM BRASIL. A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

OXFAMBRASIL. Um mundo tão desigual é viável? In. Revista Ser Médico Edição 73. São Paulo, 2 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/um--mundo-tao-desigual-e-viavel/?gclid=Cj0KCQiAwf39BRCCARIsALXWETwRs98Fg7EZWWEl2zeZA-PammuwY30abL4SoD-UBXFL5wrae1GdfjQaAjlyEALw_wcB>. Acesso em: 17 de nov. de 2020.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PIKETTY, Thomas. A Economia da Desigualdade. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

QUEIROZ, Marcelo Cid Heráclito. O Imposto sobre “Grandes” Fortunas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lacre, 2012.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei Complementar n. 50/2020, 26 de março da Fiscal: algumas propostas para reduzir as inequidades do sistema tributário brasileiro. In: RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI JUNIOR, Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo Arbulo. (org.). Progressividade da tributação e folha de pagamento: elementos para reflexão. Brasília: Ipea; Sindifisco Nacional, Dieese, 2011. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_progressividade_tributacao.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

e 2020. Institui imposto sobre grandes fortunas e empréstimo compulsório, que financiará necessidades de proteção social decorrentes da covid-19. Disponível: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141223>>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

TOLENTINO FILHO, Pedro Delarue. Progressividade da Tributação e Justiça

CAPÍTULO 10

O CONSENTIMENTO ESPECÍFICO DA LGPD APLICÁVEL À POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP: UMA ANÁLISE SOBRE A RATIFICAÇÃO E A PRESUNÇÃO DO CONSENTIMENTO NA ATUALIZAÇÃO CONTRATUAL

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber

Eriberto Cordeiro Amaral

Pedro Ferreira do Monte

1 INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas vêm proporcionando experiências inéditas à sociedade em proporções globais, quebrando paradigmas nas mais diversas esferas sociais. O nível de interação entre as pessoas no ambiente virtual tem ocasionado um aumento exponencial do fluxo de dados, que, uma vez interpretados, poderiam funcionar como uma nova fonte de informação, a qual atribui-se valor de mercado.

Encarados como “moeda de troca”, os dados pessoais passaram a ser utilizados pelos controladores que adotaram métodos de interpretação comportamental objetivando maior eficiência na aplicação de recursos em facilitadores tecnológicos e publicidade direcionada a partir de uma visão preditiva. Tal prática desencadeou um efeito colateral no comportamento dos indivíduos, passando-se a se questionar se a interferência tecnológica na tomada de decisão do usuário-alvo alvo estava afetando o livre desenvolvimento da sua personalidade.

As principais democracias do mundo tinham então o desafio de conter o crescimento desordenado do fluxo de dados, a fim de assegurar o direito fundamental do cidadão de desenvolver livremente sua personalidade. Para tanto, como fruto de amplos debates relativos ao tema, criaram-se regulamentos gerais, tratados internacionais e legislações internas funcionais para a consecução de tal fim.

Acompanhando esse movimento regulatório, o Brasil introduziu ao ordenamento jurídico a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), concebendo novos princípios, diretrizes e institutos normativos para

nortear as possíveis problemáticas advindas dessas novas relações contratuais. Dentre os institutos de proteção estampados na LGPD, está o consentimento do titular dos dados, mecanismo de especial relevância, mas que em virtude das suas condicionantes e adjetivações, tem suscitado discussões acerca de quando e como deve ser pronunciado.

Nesse rol, encontram-se as políticas de privacidade e os termos de uso do aplicativo *Whatsapp*, que estão em constante atualização, modificando finalidades contratuais, sem oferecer, no entanto, a possibilidade do usuário contrapor-se às novas cláusulas.

À vista disso, questiona-se: o consentimento específico, quando da atualização das políticas de privacidade, deve ser inequivocamente ratificado pelo usuário ou seria admissível a sua presunção?

Estabelece-se como objetivo geral deste artigo analisar, sob os aspectos doutrinário e jurisprudencial, se o instituto do consentimento específico, previsto na LGPD, ante a atualização contratual deve ser renovado pelo titular dos dados ou seria admissível a sua presunção.

Igualmente foram definidos como objetivos específicos: contextualizar a sociedade da informação e as normas de proteção de dados; apontar a proteção de dados como novo direito da personalidade; identificar a previsão normativa sobre o instituto do consentimento específico na LGPD e suas controvérsias; apresentar o consentimento específico de acordo com a nova política de privacidade do *Whatsapp*, fazendo-se o levantamento de corrente doutrinária e/ou jurisprudência favorável à ratificação do consentimento específico e corrente doutrinária e/ou jurisprudência favorável à presunção do referido instituto.

Parte-se da premissa de que a atualização do contrato virtual que contenha modificações nas finalidades do tratamento dos dados reclama a possibilidade de revisão da manifestação do consentimento específico do titular dos dados.

Assim sendo, a presente pesquisa bibliográfica é do tipo exploratório descritiva, adotando-se para tanto o método indutivo, a abordagem é qualitativa, tendo como escopo entendimentos doutrinários, artigos científicos, legislação e jurisprudência concernentes ao problema de pesquisa.

Este artigo organiza-se em 6 (seis) seções. A primeira delas apresenta a hipótese, o problema de pesquisa, os objetivos gerais e

específicos, bem como qual o método adotado. A segunda seção dispõe como se deu a evolução da “sociedade pré-informacional” em “sociedade da informação” e como o Direito acompanhou este processo evolutivo.

Em seguida, contextualiza-se o quanto pertinente é assegurar o direito à proteção dos dados, em virtude de ser, no Brasil, concebido como iminente direito da personalidade. Ato contínuo, apresenta-se na quarta seção como era o cenário antes da LGPD, o valor normativo nela contido, e as peculiaridades que puseram entraves na aplicabilidade da norma.

Seguidamente, a quinta seção revela a discussão em torno do consentimento sob a ótica da política de privacidade e termos de uso do *Whatsapp*, explanando características e aplicabilidade do instituto, tanto no caso em apreço, como em situações correlatas. Por último, a sexta seção reúne as considerações finais da pesquisa, contemplando os objetivos atendidos e a resposta à pergunta de pesquisa.

2 CONCEPÇÃO DE SOCIEDADE INFORMACIONAL E A ADEQUAÇÃO DO DIREITO

O Direito, como objeto da ciência jurídica, tal como categoricamente define Diniz (2009, p. 02), é compreendido como um fato social, haja vista que o aperfeiçoamento dessa ciência tem como espinha dorsal a sociedade, e, portanto, toda sua evolução. Assim, ratifica Barreto Junior (2007, p. 59, apud, SOUZA; BARRETO, 2018, p 989):

O Direito é fato social. Tomando-se como pressuposto o clássico conceito formulado por Émile Durkheim, o fenômeno jurídico é resultado da realidade social, emanando desta por meio dos instrumentos e instituições destinados a formular o Direito e que refletem a realidade social, sua conformação e os processos de interação e inter-relacionamentos sociais. (BARRETO JÚNIOR, 2007, p. 59, apud, SOUZA; BARRETO, 2018, p 989).

Partindo dessa premissa e considerando o *status quo* da sociedade atual, que cada vez mais se constrói com menos gestos, sendo certo que a Tecnologia da Informação e toda sua geração de valor é o ativo econômico no mundo moderno (BIONI, 2021, p. 42); nota-se

imediatamente o surgimento de uma nova vertente do Direito, o que pode-se chamar de “Direito Digital” (PINHEIRO, 2016, p. 57).

Discutir o fenômeno da virtualização do direito exige, *a priori*, sapiência sobre como se deu o desdobramento da Tecnologia da Informação e de que maneira as organizações souberam aliá-la às suas estratégias. Cumpre esclarecer ainda a concepção acerca do processamento de informações, fator substancial que promoveu a transformação da sociedade pré-informacional em sociedade da informação (BONI, 2021, p. 05).

Gouveia (2004), por sua vez, traz uma definição para sociedade da informação sintetizada e ao mesmo tempo assertiva, senão vejamos:

A Sociedade da informação está baseada nas tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios electrónicos, como a rádio, a televisão, telefone e computadores, entre outros. Estas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, económicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação. (GOVEIA, 2004, p. 01).

Com base no referido autor, os aspectos adiante abordados partem da premissa de que toda essa cadeia de coleta e tráfego de informações é o que cinge o que se chama de processamento de dados, que, por seu turno, constituiu a Sociedade da Informação.

Assim, igualmente tem caminhado o direito internacional – mais precisamente o direito europeu – cujas nações têm debatido e construído conjuntamente o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation - GDPR*) que trouxe institutos como a pseudoanonimização para equilibrar a relação entre usuário e controlador dos dados. (MALDOFF, 2016, não paginado).

Esclareça-se, por oportuno, que a pseudoanonimização é basicamente uma técnica de proteção de dados pessoais que substitui dados identificadores por um código chave único (ALMEIDA, 2020, p. 2489).

Não poderia ser diferente, uma vez que são pilares da ciência jurídica o dinamismo e a sua atualização para precisamente aten-

der as predileções da sociedade. Nesse sentido posiciona-se Pinheiro (2016), ao traçar um paralelo entre globalização e a evolução do direito:

A globalização da economia e da sociedade exige a globalização do pensamento jurídico, de modo a encontrar mecanismos de aplicação de normas que possam extrapolar os princípios da territorialidade, principalmente no tocante ao Direito Penal e ao Direito Comercial. Essa tendência de globalização do próprio Direito não é nova. O Direito Internacional Privado de algum modo já vem, por meio de Convenções e Tratados Internacionais, tentando estabelecer critérios mais uniformes de análise jurídica entre os vários Estados nacionais. (PINHEIRO, 2016, p. 69).

Com efeito, o direito digital é característico por ser transfronteiriço e invoca uniformidade nos ordenamentos jurídicos internacionais, tal como sugere Pinheiro (2016):

Para o Direito Digital, porém, a questão vai além: devem ser criados novos princípios de relacionamento, ou seja, diretrizes gerais sobre alguns requisitos básicos que deveriam ser atendidos por todos os usuários da rede. A resolução dessas questões já possibilitaria segurança maior nas relações virtuais. O que é diferente de se criarem normas específicas cuja aplicação e eficácia ficariam muito limitadas no tempo e no espaço. (PINHEIRO, 2016, p. 69).

No Brasil, com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), percebeu-se que tal regramento inspirou-se nas disposições presentes no direito europeu, e nesse sentido, pode-se considerar que a ideia de uniformização do direito digital é uma premissa já considerada. Evidentemente que a LGPD também tratou de unificar conteúdos dispersos nas leis setoriais já existentes, a saber: Código de Defesa do Consumidor (CDC), Marco Civil da Internet e Lei do Cadastro Positivo (BONI, 2021, p. 103).

Além da legislação supramencionada, não se pode deixar de considerar a influência do Código Civil Brasileiro (CCB) na redação da LGPD, sobretudo no que concerne às questões envolvendo principalmente o princípio da boa-fé e os direitos da personalidade, cujas pro-

blemáticas serão os objetos nos quais os próximos tópicos irão se debruçar (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, não paginado).

3 A PROTEÇÃO DE DADOS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE HUMANA

3.1 Proteção de dados pessoais como novo direito da personalidade: características e natureza jurídica

O debate concernente aos mecanismos para perfazer a proteção de dados pessoais tem propiciado discussões e concepções acerca da sua caracterização como uma nova espécie, um novo direito da personalidade. Ao ponderar sobre a possibilidade de revogação do consentimento, Mendes (2014) assim se posiciona:

A possibilidade de revogação do consentimento sem justificativa parece mais adequada dogmaticamente, tendo em vista **a natureza da proteção de dados como uma espécie dos direitos da personalidade**. [...] Dada a natureza de direito à personalidade, em que o exercício do direito à proteção de dados se realiza pelo consentimento, a possibilidade de revogação é inerente ao próprio direito (MENDES, 2014, p. 64) (Grifo nosso).

Com efeito, a alocação da proteção de dados como um novo direito da personalidade tem como escopo a decisão do Tribunal Constitucional Alemão referente ao julgamento da constitucionalidade da Lei do Censo alemã (*Volkszählungsgesetz*) de 1983, que desde então tem se preocupado em prever possíveis violações ao direito da personalidade quando do processamento dos dados pessoais. (MARTINS, 2005, apud BONI, 2021).

Demonstra-se, com efeito, a pertinência do aludido julgado, haja vista que este proclama a proteção de dados como novo direito da personalidade e não como uma mera evolução do direito da privacidade, conforme ratifica Bioni (2021):

Por isso, a fundamentação construída pelo julgado sob análise – Lei do Recenseamento de 1983 – é paradigmática ao não tomar a proteção dos dados pessoais como uma evolução do direito à privacidade. Pelo contrário, tratá-lo como um direito de personalidade autônomo que re-

clama uma técnica de proteção desconectada da dicotomia entre público e privado (BONI, 2021, p. 100).

Percebe-se, outrossim, que o interesse em atribuir ao direito de proteção de dados essa natureza justifica-se pela própria intelecto dos direitos da personalidade, na medida em que cuidam do jeito de ser e das características pessoais e únicas do indivíduo, sendo a personalidade, portanto, o elemento central a ser protegido (TARTUCE, 2020, p. 162).

Em que pese a ausência de uma definição inequívoca do que sejam os direitos da personalidade, o CCB traz um rol de proteções abrangidas entre os artigos 11 a 21, o que em um primeiro momento poderia limitar a discussão da inclusão da proteção de dados naquela categoria. Contudo, ainda assim é uma ideia que se mostra factível, porquanto tais direitos não se esgotam no Capítulo II do CCB, pelo contrário, eles estão dispostos por todo ordenamento jurídico, conforme assevera Reale (2006):

Nada mais acrescenta o Código, nem poderia enumerar os direitos da personalidade, que se espalham por todo o ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal que, logo no art. 1º, declara serem fundamentos do Estado Democrático do Direito a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre-iniciativa (REALE, 2006, p. 90) (Grifo nosso).

Percebe-se que até mesmo os direitos fundamentais elencados na Carta Política de 1988 estão arranjados num rol *numerus apertus*, porque outros direitos que favorecem o ser humano – não expressos na Constituição Federal – também são considerados, direitos fundamentais esses que estão para a Constituição Federal assim como os direitos da personalidade estão para o Código Civil (TARTUCE, 2020, p. 164).

Ademais, atribuindo-se à proteção de dados a qualidade de direito da personalidade, incorporar-se-ão também as características próprias desses direitos. Acerca da classificação dos direitos da personalidade leciona Tartuce (2020):

Os direitos da personalidade são, em suma, aquelas qualidades que se agregam ao homem, sendo intransmis-

síveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica permite sua defesa contra qualquer ameaça (TARTUCE, 2020, p. 174).

Assim sendo, entende-se que tal como são os direitos da personalidade inerentes ao homem, são os dados pessoais, haja vista que além de estes se caracterizarem uma extensão do indivíduo (subjetividade), também influenciam a perspectiva relacional do ser humano (intersubjetividade) (BIONI, 2021, p. 83).

Por essa razão, segundo os pré-falados autores, resta evidenciada e plausível a concepção pela qual a proteção de dados deve ser reconhecida como direito da personalidade. Contudo, igualmente se faz necessário esclarecer o porquê da discussão sobre o futuro do direito à proteção de dados ter se direcionado para essa linha dogmática que não considera a proteção de dados como apenas uma evolução do direito à privacidade, sendo esse o objeto da abordagem tratada na seção a seguir.

3.2 Problemáticas da proteção de dados enquanto direitos da personalidade

É no *caput* do artigo 1º da LGPD onde verifica-se a expressão “livre desenvolvimento da personalidade”, que, indubitavelmente, é o ponto central cingido por esse debate. A propósito, tudo o que envolve dados e informações comercializáveis das pessoas naturais, tem sido tratado pela LGPD, sendo tal perspectiva abordada por Tartuce (2020):

Em termos gerais, existe uma ampla preocupação com os dados e informações comercializáveis das pessoas naturais, inclusive nos meios digitais, e objetiva-se proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade (art. 1.º) (TARTUCE, 2020, p. 229).

Necessária se apresenta tal discussão, sobretudo na Era da Informação, onde os indivíduos estão literalmente alienando seus dados pessoais, oportunizando àqueles que os manipulam o poder de conhecê-los mais do que seus próprios titulares e, à luz da interpreta-

ção desses dados, ter, por exemplo, uma precisa e preditiva abordagem publicitária (BONI, 2021, p. 38).

Quando então essa prática se solidifica, em dado momento, certas oportunidades sociais passam a sofrer interferências por conta da dinâmica da economia movida por dados, prejudicando o usuário (BONI, 2021, p. 87). A título de exemplo tem-se a troca de dados de passageiros de viagens aéreas entre União Europeia e Estados Unidos, que, dentre outros dados, estão os históricos de refeições, saúde, opiniões políticas, sob o fundamento de prevenção de ataques terroristas (MIGALHAS, 2012, não paginado).

Outro exemplo ilustra o quão categórica pode ser a interpretação dos dados pessoais. Trata-se de um estudo da Universidade de Cambridge que concluiu ser possível descobrir diversas características pessoais de um usuário do *Facebook*¹ a partir das suas curtidas, tais como seu intelecto e sua orientação sexual, conforme esclarece Kosinski et.al. (2013):

We show that a wide variety of people's personal attributes, ranging from sexual orientation to intelligence, can be automatically and accurately inferred using their Facebook Likes. Similarity between Facebook Likes and other widespread kinds of digital records, such as browsing histories, search queries, or purchase histories suggests that the potential to reveal users' attributes is unlikely to be limited to Likes. Moreover, the wide variety of attributes predicted in this study indicates that, given appropriate training data, it may be possible to reveal other attributes as well.² (KOSINSKI et.al., 2013, p. 04).

Os pré-falados autores concluíram ainda que não necessariamente tais informações podem proporcionar melhores experiências aos usuários, pois esse tipo de análise preditiva pode trazer visões

1 *Facebook* é uma organização do ramo tecnológico fundada em 2004 por Mark Zuckerberg com sede na cidade de Menlo Park, Califórnia, e que é proprietária das redes sociais *Instagram* e *WhatsApp*, e de companhias do ramo tecnológico e financeiro como *Oculus* e *Novi*. (FACEBOOK, 2021, não paginado).

2 Tradução livre: Mostramos que uma grande variedade de atributos pessoais das pessoas, que vão da orientação sexual à inteligência, pode ser automática e precisamente inferida usando os likes delas no facebook. A semelhança entre curtidas no Facebook e outros tipos generalizados de registros digitais, como históricos de navegação, consultas de pesquisa ou históricos de compra, sugere que o potencial de revelar atributos dos usuários é improvável de se limitar a curtidas. Ademais, a grande variedade de atributos previstos neste estudo indica que, dados de treinamento adequados, pode ser possível revelar outros atributos também.

equivocadas das pessoas ou mesmo dar uma informação não autorizada pelo usuário, como por exemplo uma visão política, representando uma ameaça à sua privacidade.

Todas essas informações resultam da interação frenética dos usuários, visto que uma vez engajados nas trocas de ideias, nas suas manifestações pessoais e públicas, acabam por experimentar também uma exposição em demasia, dando azo às formas de controle social e seus desencadeamentos, sendo a restrição da liberdade individual, um deles (MENDES, 2014, p. 20).

São essas práticas cada vez mais habituais na economia de dados que ocasionam um tratamento padronizado das pessoas, inserindo-lhes em determinados grupos, automatizando o processo de tomada de decisão e afetando o livre desenvolvimento da personalidade (BIONI, 2021, p. 96).

Necessário se faz, portanto, o debate referente à elevação da proteção de dados pessoais à categoria de direito da personalidade, já que perpassa por essa categoria o tratamento individual do ser humano, garantindo-se-lhe a liberdade para desenvolver um senso crítico, tal como assevera Rizzato (2015):

O ponto de realce, aqui, restringe-se à identidade como direito da personalidade, para que tenham as pessoas uma presença na sociedade e perante o Estado, e para que não se considerem simples quantidades ou números na ordem do gênero humano. Por isso, **decorre do direito da personalidade o tratamento como uma individualidade, dentro de uma performance própria – ou um ser que se destaca, merecedor de respeito e titular de uma posição única** (RIZZARDO, 2015, p. 225) (Grifo nosso).

Por conseguinte, considerando a proteção de dados como essencial para o livre desenvolvimento da personalidade, Bioni (2021, p. 83) corrobora que “a proteção de dados pessoais se situa entre os direitos da personalidade, pois, também, interfere na dimensão relacional e social do ser humano”.

Em que pesem as considerações supramencionadas, o crescimento exponencial do fluxo de dados põe em questionamento o fato de elevar a proteção aos dados à tal categoria, tal como defende Bioni (2021):

[...] O ser humano terá um prolongamento e projeção completa no ambiente digital, sendo todas as suas individualidades datificadas. Problematiza-se, mais ainda, o desafio da tutela dos dados pessoais como um novo direito da personalidade, já que muitos aspectos da vida de uma pessoa poderão ser decididos a partir dessa sua extensão eletrônica (BONI, 2021, p. 87).

Na realidade, essa é uma problemática com mais interrogações do que respostas, indaga-se, por exemplo: Qual o preço de abrir mão dessa troca de dados? Questões nesse sentido foram feitas por Mayer-Schoneberger (1997 apud BONI, 2021):

But what price does one have to pay for that? Is it acceptable that such data-protection liberties can be exercised only by hermits? Have we reached an optimum of data protection if we guarantee privacy rights that, when exercised, will essentially expel the individual citizen from society?³ (MAYER-SCHONEBERGER, 1997, p. 229, apud BONI, 2021, p. 116).

Ao que parece, não se têm respostas para tais questionamentos, contudo, o caminho dos direitos da personalidade mostra-se o mais prudente para a tutela aos dados pessoais, sendo tal percurso, inclusive, recomendado por Reale (2006):

O que podemos esperar, sob a perspectiva histórico-cultural aqui exposta, é que, no futuro, novas aquisições aconteçam, transformando em direitos da personalidade as que ainda constituem possibilidade de ser e de agir para o maior número de seres humanos (REALE, 2006, p. 91).

Portanto, considerando a evolução da sociedade, a organização da economia de dados nunca antes vista, os novos desafios dos direitos da personalidade e todas as inovações jurídicas reclamadas nesse sentido, não restam dúvidas que o futuro a que Reale (2006) se referiu em sua obra, trata-se do momento atual.

³ Tradução livre: Mas qual o preço que se deve pagar por isso? É aceitável que tais liberdades de proteção de dados possam ser exercidas apenas por eremitas? Teremos alcançado um nível ótimo de proteção de dados se garantirmos direitos de privacidade que, quando exercidos, irão essencialmente expulsar o cidadão individual da sociedade?

4 O ADVENTO DA LGPD E SUA IMPORTÂNCIA PARA O CONTEXTO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DE USUÁRIOS NA INTERNET

4.1 O contexto jurídico de surgimento da LGPD no Brasil: o clamor social

Conforme fora explanado na primeira seção, por meio das considerações de Diniz (2009) e Barreto Junior (2007), o direito como fato social tem a característica de se adaptar às mais variadas inovações globais, quaisquer que sejam as esferas. No âmbito da proteção de dados pessoais – que constituem objeto deste trabalho – cumpre esclarecer brevemente como deu-se o processo evolutivo dos regulamentos de proteção de dados.

Historicamente, entende-se que a problemática da proteção de dados proveio das atividades estatais e empresariais de gerenciamento de informações dos cidadãos – tal como fora exemplificado com a Lei do Censo Alemã – reclamando a redação de leis, decisões judiciais, acordos internacionais, etc.; ou seja, diferentes instrumentos capazes de viabilizar tutela jurídica dos dados pessoais, visto que constituem projeção da personalidade do indivíduo (MENDES, 2014, p. 29).

Então, partindo dessa premissa, surgiram na década de 70 as primeiras legislações europeias especializadas na tutela dos dados pessoais, compondo as normas da primeira geração: Leis do Estado alemão de Hesse (1970), Lei de Dados da Suécia (1973), Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de *Rheinland-Pfalz* (1974) e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977) (MENDES, 2014, p. 30).

Em contrapartida, no Brasil, no período anterior à LGPD, era tímida a preocupação legislativa com o assunto, cujo ordenamento contemplava tão somente leis setoriais de proteção de dados, tais como a Lei do *Habeas Data*, a Lei do Cadastro Positivo e a Lei de Acesso à Informação Pública (DONEDA, 2006, *apud* ROMAN, 2020, p. 42).

A carência de uniformidade legislativa, com efeito, ensejou a disseminação da insegurança jurídica, porquanto o regramento normativo brasileiro, ao se omitir, concedia liberdade para as organizações comercializarem, entre si, trocas de dados dos consumidores vi-

sando novos modelos de negócios, dentre outras estratégias (BONI, 2021, p. 108).

Isso significa que o cenário era, de um lado, o legislativo, em um primeiro momento abstendo-se de regulamentar o processamento de dados, e, do outro, o corpo social, experimentando o que Bioni (2021, p. 139) denomina de estreitamento dos mundos off-line e on-line, submetendo-se imediatamente a uma arquitetura de vigilância que monitora cada indivíduo.

Consequentemente, vem a compreensão inédita dos dados pessoais como matéria-prima para processamento e obtenção de informações, determinando novas condições para vida em sociedade, pois, conforme Bioni (2021):

As diversas oportunidades na sociedade atual estão condicionadas ao fornecimento dos dados pessoais. [...] Na verdade, a lógica do mercado e da sociedade da informação arquitetam essa (falsa) escolha, já que, para fazer parte do jogo, deve-se aceitar o convite mediante o “concordo” em compartilhar os “meus” dados pessoais [...]. (BONI, 2021, p. 160).

Diante das ponderações dos autores supracitados, pode-se afirmar que o usuário está submetido a um estado de vulnerabilidade, sendo o titular dos dados encarado como a própria “matéria-prima” do negócio. Citando em caso análogo, Matiuzzo (2014), ao analisar declarações proferidas pelo Conselheiro Fernando Furlan - do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - referentes à atuação conjunta entre “Oi” e “Telefônica” no mercado de propaganda *online*, aduz o seguinte:

[...] Ao apresentar sua divergência, ele retomou pontos já ressaltados no caso Phorm anterior, para então voltar-se à atuação conjunta de Oi e Telefônica no mercado de propaganda online. Dessa forma, concluiu que a transação efetivamente fundiria as operações de ambas as empresas, ao colocar a Phorm como intermediária entre as provedoras de banda larga. **A Phorm, por sua vez, ganharia em troca a matéria-prima necessária ao seu negócio: clientes a serem monitorados.** (MATIUZZO, 2014, p. 65) (Grifo nosso).

Considerando, pois, o fluxo de informações absolutamente volátil, resultado do ávido interesse dos inúmeros agentes econômicos por essa “matéria-prima” (BIONI, 2021, p. 139), verifica-se o quão emergente se mostrava uma regulamentação desse mercado, tendo em vista a evidente incapacidade do titular dos dados em controlá-los.

Destaque-se, por oportuno, o que McDonald e Cranor (2010) concluíram em pesquisa empírica acerca da aptidão do usuário para tomada de decisões concernentes ao controle de seus dados pessoais:

[...] *First and foremost, consumers cannot protect themselves from risks they do not understand. We find a gap between the knowledge users currently have and the knowledge they would need to possess in order to make effective decisions about their online privacy. This has implications for public policy, commerce, and technologists. [...] Ideally, users could choose for themselves but at present they lack the knowledge to be able to make informed decisions.*⁴ (MCDONALD; CRANOR, 2010, p. 27).

Foi em meio a essas circunstâncias que nasceu a LGPD, norma que cuida especificamente da proteção dos dados pessoais, atentando-se à vulnerabilidade do usuário e tendo forte influência dos princípios e dispositivos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - GDPR (*General Data Protection Regulation*) (TARTUCE, 2020, p. 229).

Sendo a LGPD atualmente um dos principais regramentos centrados na proteção de dados pessoais no Brasil, analisar-se-á a seguir os pontos positivos presentes no texto legal.

4.2 Benefícios trazidos pela LGPD

Após amplos debates públicos e consultas à sociedade brasileira – os quais contribuíram para o amadurecimento de um texto normativo – sucedeu-se a promulgação da aludida lei que posiciona o Brasil no grupo dos 100 (cem) países aptos a promover a tutela da privacidade e uso de dados (MONTEIRO, 2018, p. 03).

4 Tradução livre: [...] Em primeiro lugar, os consumidores não podem se proteger de riscos que eles não entendem. Nós encontramos uma lacuna entre o conhecimento que os usuários têm atualmente e o conhecimento que eles precisariam possuir para tomar decisões eficazes sobre a privacidade online deles. Isso tem implicações para políticas públicas, comércio e tecnólogos. [...] O ideal era que os usuários pudessem escolher por si próprios, mas no momento eles carecem de conhecimento para estarem habilitados a tomar decisões informadas.

Com a missão de regulamentar o tratamento de dados pessoais num cenário de imprevisibilidade, a Lei nº 13.709/2018 (LGPD), imediatamente no artigo 1º incumbe-se de tutelar os direitos fundamentais, o livre desenvolvimento da personalidade, além de promover o avanço econômico-tecnológico e da inovação.

Se, por um lado, a referida lei propõe inovações, por outro, ela se propõe a unificar regras; flexibilizar o tratamento dos dados conforme cada situação (com o instituto do legítimo interesse); suscitar um fluxo de dados com mais qualidade; facilitar o acerto de normas de proteção de dados entre o direito internacional público e privado; além de empoderar o titular a transferir seus dados para outro serviço mais vantajoso (MONTEIRO, 2018, p. 03).

Do mesmo modo, a mera existência da LGPD viabiliza a promoção do desenvolvimento econômico-tecnológico, tal como consagra o *caput* do artigo 1º, segundo Monteiro (2018):

No último dia 25 de maio, entrou em vigor a nova regulamentação europeia de proteção de dados, conhecida como GDPR. Apesar de ser uma lei da União Europeia, por diversos atores, ela tem eficácia e aplicação extraterritorial, além dos limites geográficos do velho continente. Isso inclui o Brasil. Diversas empresas nacionais que têm filiais em algum dos 28 países da UE, ou que oferecem serviços a pessoas localizadas neles, tiveram que se adaptar, sob pena de sofrerem multas milionárias ou perderem contratos com empresas que diretamente devem estar em conformidade com a nova regulamentação. Ainda, a GDPR cria obstáculos para a transferência internacional de dados pessoais para países que não possuem um nível adequado de proteção de acordo com a análise da União Europeia. **O Brasil, agora com a LGPD, pode, em breve, passar a compor o rol de países para os quais tais dados podem ser transferidos, o que terá fortes impactos econômicos e comerciais.** (MONTEIRO, 2018, p. 04) (Grifo nosso).

Outra vantagem significativa que veio a ser proporcionada foi a amplitude de alcance da norma aos mais variados modelos de tratamento de dados pessoais. Em outras palavras, essa ideia aplica-se a qualquer operação de tratamento, sendo irrelevante o meio, a pessoa que manipula e/ou localiza os dados (TARTUCE, 2020, p. 229); des-

de que a operação de tratamento ou os dados estejam no Brasil e vise a oferta/prestação de bens/serviços às pessoas no território nacional conforme o art. 3º, Lei nº 13.709/2018.

Essa característica de abrangência torna-se viável pelo fato de ser exatamente uma legislação de caráter geral, que dialoga com leis esparsas e propõe a unificação das regras de proteção de dados, graças às diretrizes hermenêuticas nela contidas (BIONI, 2021, p. 270).

É um diploma normativo que tem a versatilidade de aplicar-se “à matéria de proteção de dados pessoais, não excluindo a aplicação das demais leis de forma complementar ou subsidiária, sejam nacionais ou tratados internacionais [...]” (PINHEIRO, 2021, p. 51).

Em outras palavras, significa que a LGPD deve estar em consonância por exemplo, com o CDC, com a Lei do Cadastro Positivo, com o Marco Civil da Internet, com o escopo de fazer valer os novos parâmetros de governança para manipulação de dados pessoais (BIONI, 2021, 271).

Além do caráter de complementaridade/subsidiariedade contido na LGPD, Bioni (2021) sublinha outra vertente da teoria do diálogo das fontes aplicável a ela aplicável:

Coordenação-adaptação sistêmica: a LGPD define conceitos e princípios que, quando aplicados a outras leis, redefinem o escopo de aplicação e os parâmetros delas – e vice-versa. Trata-se da influência do sistema especial no geral e do geral no especial. (BIONI, 2021, p. 271).

Como exemplificação da influência do sistema geral no especial, cite-se, a dialética entre o art. 6º, inciso IX, LGPD, que trouxe o princípio da não discriminação, isto é, a vedação do uso dos dados coletados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e o princípio da isonomia, ora consagrado no art. 5º, *caput*, CF/88 (TARTUCE, 2020, p. 231).

Já a adaptação sistêmica geral à especial pode-se ilustrar com a figura do consentimento, que é tratado no Marco Civil da Internet, na Lei do Cadastro Positivo, e depois na LGPD, tendo exigências peculiares à cada regramento (em razão das variações do tipo de dado e do regime jurídico pré-definidos em cada lei), mas que, no processo de combinação das normas concebe a aplicabilidade de um consentimento mais robusto (BIONI, 2021, p. 273).

Portanto, de acordo com o que fora explanado, observa-se que a LGPD é dotada de numerosos aspectos positivos, pois é uma fonte normativa materialmente geral (BONI, 2021, p. 270) que angariou importantes inovações normativas.

Todavia, é forçoso reconhecer a existência de óbices no texto legal, controvérsias que têm sido objeto de discussão e ainda não vislumbram resoluções concretas, como, por exemplo, o próprio instituto do consentimento e suas variações (consentimento expresso, informado e etc.) razão pela qual merece uma abordagem especial conforme se segue.

4.3 Entraves da aplicabilidade da LGPD

A despeito de existir uma gama de contribuições trazidas pela LGPD, também se observam entraves em sua aplicabilidade. A propósito, a causa de muitos dos empecilhos guarda relação com o avanço frenético das tecnologias digitais e – principalmente – de dados, incumbindo à administração pública o *múnus* de como, quando, por que e onde regulamentar tais inovações (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 127).

Os famigerados termos de uso e políticas de privacidade, por exemplo, já estão consolidados como instrumentos de anuênciam dos usuários e são amplamente utilizados pelas principais multinacionais e conglomerados tecnológicos. No entanto, são incompatíveis com o consentimento informado, livre e esclarecido preconizado pela LGPD (KHOURI, 2021, não paginado).

Esses mecanismos são deveras importantes já que representam uma forma de autorregulação tecnológica, uma verdadeira *relação de equivalência* entre Estado e Tecnologia (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 132). Entretanto, são ferramentas que não se mostraram eficientes para consubstanciar a autorização (expressa) do usuário, tampouco para capacitá-lo a controlar seus dados (BONI, 2021, p. 274).

Saliente-se que existe o interesse convergente entre Estado e as empresas envolvidas na manipulação dos dados dos usuários. Nesse sentido, percebem-se plataformas digitais de economia colaborativa cujos diretores já têm se manifestado publicamente favoráveis à regulação estatal (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 158).

Então, já que há um esforço mútuo para regular o fluxo informacional, questiona-se o porquê de se verificarem problemas de compatibilidade, como no caso do consentimento informado. Tratando especificamente das políticas de privacidade e termos de uso, nota-se que o usuário não goza de outras opções além do “li e concordo”, nem goza de carga participativa no fluxo informacional, contrariando a ideia central do ato de consentir expressamente (BONI, 2021, p. 119).

Além dessa omissão de orientação para com os agentes de tratamento de dados, outra regra contida na LGPD que também apresenta falhas sistemáticas é a figura da “pseudoanonimização”, consoante Bioni (2021):

Diferentemente da GDPR, a legislação de proteção de dados pessoais brasileira não sistematizou adequadamente a figura da pseudoanonimização, muito menos desenhou normativamente incentivos expressos para a sua adoção por parte dos agentes de tratamento de dados. (BONI, 2021, p. 69).

Nota-se, por fim, que a LGPD não conseguiu pormenorizar os pontos explanados acima, nem poderia, levando-se em conta que legislar normas contemporâneas às inovações tecnológicas é desafiar-se à carência de elementos como experimentos sociais e lides, tendo que recorrer na maioria das vezes a uma sistemática principiológica (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 155).

5 POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP: MANIFESTAÇÃO DO “CONSENTIMENTO” PROPOSTA NESSA REDE SOCIAL X REPERCUSSÃO SOCIAL

5.1 Previsão no texto de lei sobre o consentimento e o surgimento das controvérsias

Os termos de uso e a política de privacidade de uma das principais redes sociais do mundo vêm sendo objeto de discussão na seara da proteção de dados pessoais. Trata-se do *Whatsapp*, aplicativo (*app*) de mensagens instantâneas que se popularizou ao se apresentar como uma ferramenta voltada para troca de mensagens, sendo

avesso a qualquer tipo de uso de dados para publicidade direcionada (BONI, 2021, p. 29).

A proposta inicial dos idealizadores era a de que os usuários patrocinassem o *app* mediante o pagamento de anuidade no valor equivalente a U\$ 1,00 (um dólar), hoje correspondente a aproximadamente R\$ 5,35 (cinco reais e trinta e cinco centavos), indo de encontro aos modelos de negócio cuja coleta de dados é a própria moeda de troca (BONI, 2018, não paginado).

Ocorre que, em 2014, o *app* mensageiro foi comprado pelo *Facebook* e desde então suas políticas de privacidade e termos de uso têm sofrido modificações significativas fugindo do seu propósito inaugural (G1, 2014, não paginado).

Até que em meados de janeiro de 2021, o *Whatsapp* iniciou mais um processo de atualização do seu contrato virtual, cuja novidade veio a ser a troca de dados dos titulares entre as empresas do grupo *Facebook*, sendo que para o usuário que pretende continuar utilizando o *app* não há alternativa senão aceitá-la (SOPRANA, 2021, não paginado).

Tamanha foi a repercussão do assunto que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e o Ministério da Justiça (MJ) foram notificados pelo Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) para suspender a política de renovação contratual, dada a polêmica que se formou (SOPRANA, 2021, não paginado).

Nesse ínterim, colocou-se em debate se o mero aceite das condições impostas pelo *app* configuram ou não a anuência expressa e refletida do usuário ao compartilhamento dos seus dados entre as empresas do *Facebook*. Inicialmente, portanto, convém salientar a definição do “consentimento” segundo o art. 5º da LGPD, a saber:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; (BRASIL, 2018, não paginado).

Ressalte-se que a adjetivação presente no conceito legal deste instituto, como “livre”, “informado” e “inequívoco” é mais um traço de influência do GDPR, já que o consentimento é assim definido no regulamento europeu (TEFFÉ; TEPEDINO, 2020, p. 115).

À vista disso entendeu-se que, para o consentimento vir a ser manifestado inequivocamente, é imprescindível que o titular dos dados indique sua concordância, seja por meio das configurações do serviço, seja pela seleção de demais opções oferecidas (BONI, 2021, p. 191). Assim, consoante Teffé e Tepedino (2020, p. 97), “termos de uso e políticas de privacidade pré-aceitas, ou seja, já marcadas, não serão consideradas adequadas perante a LGPD, tendo em vista a inação do titular».

Logo, baseando-se nas observações preditas e com fulcro na Consideranda nº 32 da GDPR (PARLAMENTO EUROPEU, 2016, não paginado) comprehende-se que a inéria do usuário ante caixas pré-marcadas não constitui sua aceitação expressa. Todavia, não é o que se observa na política de privacidade do *Whatsapp*, de acordo com o controlador responsável pelo tratamento dos dados dos usuários do *app*, o *Whatsapp LLC* (2020):

Atualizações em nossa política: Podemos alterar ou atualizar nossa Política de Privacidade. Notificaremos sobre alterações feitas nesta Política de Privacidade, conforme a necessidade, e atualizaremos a data de última modificação na parte inferior desta Política de Privacidade. **A continuação do uso de nossos Serviços ratifica sua aceitação de nossa Política de Privacidade e alterações posteriores.** Caso você não concorde com a Política de Privacidade revisada, pare de utilizar os Serviços. Consulte nossa Política de Privacidade periodicamente (WHATSAPP LLC, 2020, não paginado) (Grifo nosso).

Em outras palavras, de acordo com a regra supramencionada, a mera continuação do uso importa em assentimento com o compartilhamento dos dados pessoais entre as empresas pertencentes ao conglomerado tecnológico aludido. No entanto, para o modelo de tratamento de dados adotado pelo *Whatsapp*, a LGPD determina que se configure uma outra espécie de consentimento, a saber:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; [...]

§ 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular

para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei. (BRASIL, 2018, não paginado).

Ou seja, para legitimar o compartilhamento dos dados colhidos no *app* não basta um “simples aceite”, mas sim uma manifestação consciente e com mais ênfase a respeito das finalidades indicadas previamente pelo controlador, que é a intelecção própria do consentimento específico (TEFFÉ; VIOLA, 2020, p. 34).

Nessa toada, esclarece Roman (2020):

Caberá ao controlador ou operador informar a forma, duração e finalidade do tratamento dos dados, as suas responsabilidades, os riscos e a possibilidade de retirar autorizações anteriormente concedidas de forma transparente. Dessa forma, o titular dos dados obterá condições de optar, ou não, por determinado produto ou serviço que colete seus dados e também poderá manifestar consentimento específico para determinado tipo de tratamento, assim como revogar tal consentimento a qualquer momento (ROMAN, 2020, p. 61-62).

Portanto, o consentimento específico é uma ferramenta que singulariza o ato da coleta da anuênciia do titular a um determinado tratamento de dados, não podendo o controlador se aproveitar desse aceite para aplicá-lo em outras finalidades de uso dos dados (BUCHAIN, 2021, p. 18).

Tal posicionamento é igualmente compartilhado por Bioni (2021):

[...] O fiel dessa balança é a obtenção de um consentimento especial por parte do cidadão em que ele assente deliberadamente com tais riscos elevados. [...] O vetor principal é assegurar que esse processo de deliberação seja gritante (não apenas inequívoco) (BIONI, 2021, p. 193).

Face o exposto percebe-se que as regras do *app* têm fugido sobremaneira do direcionamento recomendado pela LGPD, porquanto o usuário - ao contrário de concordar expressamente com os termos de uso e política de privacidade - está simplesmente obedecendo às condições estabelecidas no contrato de renovação (PEÑA; VARGON, 2019, não paginado).

Em contrapartida, o *Whatsapp* sustenta que não está ampliando a capacidade de compartilhamento dos dados com o *Facebook*, já que é uma disposição contratual existente desde 2016 (SOPRANA, 2021, não paginado).

Tal controvérsia, portanto, permite formular a seguinte questão de pesquisa: o consentimento específico, quando da atualização das políticas de privacidade, deve ser inequivocamente ratificado pelo usuário ou admite-se a sua presunção? Considerar ambos os posicionamentos na doutrina e jurisprudência se mostra imprescindível, conforme será exposto na seção a seguir.

5.2 Ratificação x presunção do consentimento específico nas atualizações das políticas de privacidade: a experiência internacional e o cabimento de sua aplicação no *Whatsapp*

Os diferentes argumentos até então expostos permitem asseverar que o instituto do consentimento é um importante mecanismo para se configurar a legalidade no tratamento dos dados. Nesse sentido posiciona-se Niger (2006, apud LIMA, 2021):

De fato, o consentimento do titular de dados deve ser analisado com atenção, pois é uma das bases para o tratamento de dados elencadas no art. 7º da LGPD. A auto-determinação informacional é exercida por meio do consentimento do titular dos dados pessoais. (NIGER, 2006, p. 127 e 153 apud, LIMA, 2021, não paginado).

Esclareça-se, no entanto, que não se trata de único meio pelo qual tal legalidade pode ser vislumbrada, pois, conforme Bioni (2021), “o cidadão também exerce domínio sobre seus dados, se estes forem tratados de acordo com as suas legítimas expectativas” (BIONI, 2021, p. 234).

Com efeito, cumpre ilustrar as perspectivas concernentes tanto à confirmação como à presunção do consentimento específico na renovação contratual, ou seja, na hipótese em que o usuário já tenha expressamente pronunciado sua concordância e se encontra na situação de atualização das políticas de privacidade.

Como primeiro exemplo, cite-se o Tribunal de Justiça da União Europeia (*Court of Justice of the European Union - CVRIA*) (2011) que assim decidiu sobre a matéria:

O artigo 12.º da Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional que obriga uma empresa que publica listas públicas a transmitir os dados de carácter pessoal que detém relativamente a assinantes de outros prestadores de serviços telefónicos a uma empresa terceira cuja actividade consiste em publicar uma lista pública impressa ou electrónica ou em facultar a consulta de tais listas através de serviços de informações, sem que tal transmissão esteja subordinada a novo consentimento dos assinantes, desde que, por um lado, estes últimos tenham sido informados, antes da primeira inclusão dos seus dados na lista pública, da finalidade desta e do facto de que esses dados poderiam ser comunicados a outro fornecedor de serviços telefónicos e que, por outro, se garanta que os referidos dados não serão, após a respectiva transmissão, utilizados para fins diferentes daqueles para os quais foram recolhidos com vista à sua primeira publicação (CVRIA, 2011, não paginado).

Depreende-se do fragmento do julgado supracitado a possibilidade de presunção do consentimento outrora pronunciado pelo titular dos dados. A corte europeia considerou, pois, escusável a renovação do consentimento específico por parte do usuário na hipótese em que há mudança no controlador dos dados, permanecendo este com a mesma finalidade do primeiro que fez a coleta e alienou-os.

Não obstante a relevância da decisão do tribunal europeu, a doutrina tem aderido ao entendimento de renovação do consentimento como forma de atualização do interesse do titular. Destarte, considerando posicionamentos inclinados a uma ratificação do consentimento, observe-se o que propõe Custers (2016):

Finally, consent is usually asked for when registering, but rarely is consent renewed. As a result, consenting once often implies consent forever. At the same time, given the rapid changes in Big Data and data analysis, consent may easily get outdated (when earlier consent no longer reflects a user's preferences). This paper suggests expiry dates for consent, not to settle questions, but to put them on the table as a start for further discussion on this topic. Although such expiry dates may not solve all the is-

*sues of informed consent, they may be a useful tool in some situations.*⁵ (CUSTERS, 2016, p. 01) (Grifo nosso).

O pré-falado autor não só tece críticas à maneira como a concordância é pronunciada pelo usuário, visto que raramente é renovada, como também sugere datas de validade para o consentimento, mostrando-se adepto à ideia de ratificação de tal anuênciia. Custers (2016) acrescenta ainda que o ato de ratificar aumenta a probabilidade da atualização do consentimento, bem como atenua a chance de ser aproveitado para finalidades alheias à vontade do usuário.

A possibilidade de renovação do consentimento também é defendida por Barreto Junior et al. (2020):

[...] Não será mais admissível juridicamente que o consentimento dos titulares de dados seja chancelado através de opacos termos de uso e que essa autorização deverá ser manifestada de forma expressa, inequívoca, com possibilidade de ratificação e com conhecimento da sua finalidade e duração temporal (BARRETO JUNIOR et al., 2020, p. 01).

Percebe-se, assim, que a renovação do consentimento também é medida que se impõe no caso do *Whatsapp*. Para Sabino (2021, apud RODAS, 2021, não paginado), o compartilhamento dos dados com o *Facebook* vai ser legal somente se o consentimento específico do usuário estiver destacado nos novos termos de uso, facultando-se-lhe a migração para outras plataformas como alternativa à não concordância.

Segundo os autores favoráveis à ratificação, em havendo alterações de finalidades, o usuário deverá ser notificado a declarar seu interesse novamente, ratificando o consentimento; do contrário, inexistindo alterações, entende a corte europeia ser dispensável tal renovação.

5 Tradução livre: Finalmente, o consentimento é geralmente solicitado durante o registro, mas raramente o consentimento é renovado. Como resultado, consentir uma vez, muitas vezes implica consentir para sempre. Ao mesmo tempo, dadas as rápidas mudanças no Big Data e na análise de dados, o consentimento pode facilmente ficar desatualizado (quando o consentimento anterior não reflete mais as preferências do usuário). **Este artigo sugere datas de expiração para consentimento**, não para resolver questões, mas para colocá-las na mesa como um ponto de partida para uma discussão mais aprofundada sobre este tópico. Embora tais datas de expiração possam não resolver todas as questões do consentimento informado, elas podem ser uma ferramenta útil em algumas situações.

Portanto, à luz dos pontos de vista em apreço, verifica-se que tanto a presunção, quanto à ratificação do instituto do consentimento, quando da atualização contratual, são viáveis, sendo certo que o que irá determinar se o aceite será atualizado ou não é justamente a existência ou não de modificação na finalidade do controlador dos dados.

CONCLUSÃO

O crescimento desordenado do fluxo de dados pessoais, a carga massiva de publicidade direcionada, assim como as facilidades tecnológicas aliadas às análises preditivas de comportamento de mercado, desencadearam uma postura cada vez mais passiva do ser humano no processo de tomada de decisão, que passou a fazer escorhadas mais automatizadas comprometendo sua participação social.

Por tal razão, os principais países do mundo mostraram-se dispostos a regulamentar o mercado informacional (e assim o fizeram), em virtude de estar em jogo a garantia do direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade. O Brasil, seguindo os mesmos passos vanguardistas, trouxe a LGPD como regramento para tal matéria, estampando já em seu artigo 1º o compromisso de garantir o livre desenvolvimento da personalidade, fazendo-se uso de importantes institutos, dentre os quais destaca-se o consentimento.

Contemporaneamente à publicação da LGPD, surgiu a polêmica atualização da política de privacidade e termos de serviço do aplicativo *Whatsapp*. A repercussão do instrumento de renovação contratual deu-se em virtude da possibilidade de compartilhamento dos dados dos usuários do pré-falado *app* com o *Facebook*, por se tratarem de empresas pertencentes ao mesmo conglomerado, despertando o debate a respeito da possibilidade de revisar e ratificar a manifestação do consentimento específico pelo titular.

Nessa toada, o presente artigo visou, para fins de atendimento do objetivo geral, analisar, sob os aspectos doutrinário e jurisprudencial, se o instituto do consentimento específico, previsto na LGPD, ante a atualização contratual deve ser renovado pelo titular dos dados ou se seria admissível a sua presunção.

Em primeiro lugar foi contextualizado como ocorreu o processo de evolução da sociedade para se chegar ao *status quo*, observan-

do-se que os Estados – destacando-se os europeus – desenvolveram em conjunto a GDPR para uniformizar a regulamentação da proteção de dados pessoais.

Seguidamente, apontou-se a proteção de dados como futuro direito da personalidade, destacando-se posicionamentos atemporais da doutrina pátria, bem como conclusões de pesquisas contemporâneas à LGPD. E acerca dessa nova lei geral brasileira, a pesquisa debruçou-se nos aspectos positivos e em alguns entraves nela presentes.

Ato contínuo, apresentou-se a problemática envolvendo as novas políticas de privacidade e termos de uso do *Whatsapp*, destacando-se como o instituto do consentimento deve ser manifestado para fazer valer a proteção dos dados do usuário.

Prontamente, foi possível concluir que a Corte de Justiça da União Europeia, respaldada no artigo 12º da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, entende que é possível a presunção do consentimento na situação em apreço.

O supracitado Tribunal, fundamentando-se no regramento voltado ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas, estabelece que a renovação da manifestação do consentimento específico na atualização contratual é dispensável, desde que não haja modificação na finalidade primeira de tratamento dos dados do usuário, ainda que passe a ser realizado por uma terceira empresa.

Em seguida, colacionou-se a referida decisão com o entendimento recente da doutrina especializada, analisando-se considerações de trabalhos nacionais e internacionais pertinentes ao tema e pontos de vista embasados na LGPD.

Após a exposição de tais posicionamentos, concluiu-se finalmente que assim como a presunção do instituto do consentimento quando da atualização contratual, a sua ratificação é possível, a depender das situações em que ocorra eventual mudança de finalidade do controlador dos dados. Na primeira situação, quando há alteração finalística, deve existir a ratificação, e no segundo contexto, mantendo-se os fins pretendidos para os dados pessoais, a presunção do consentimento é admissível.

Este trabalho partiu da premissa de que a atualização do contrato virtual que contivesse modificações nas finalidades do tratamen-

to dos dados reclamaria a possibilidade de revisão da manifestação do consentimento específico do titular dos dados. Assim sendo, aquela restou evidenciada na quinta seção, quando foram colacionados fundamentos jurisprudencial e doutrinário.

A pesquisa bibliográfica do tipo exploratório descritiva, utilizou-se do método indutivo, com a abordagem qualitativa, observando-se entendimentos doutrinários, artigos científicos, legislação e jurisprudência concernentes ao problema de pesquisa. Considerando-se hodierna a discussão acerca dos contratos virtuais de modo geral e da LGPD, bem como reconhecendo-se que a questão de pesquisa possibilita o raciocínio de adição, comprehende-se, então, que a metodologia adotada mostrou-se adequada e recomendável.

Diante disso, em resposta ao problema de pesquisa traçado, constatou-se que ambas as possibilidades de coleta do consentimento específico são plausíveis, tal como fora explanado, não sendo necessariamente uma questão de exclusão de alternativas.

REFERÊNCIAS

AIR passenger data: MEPs back deal to give air passenger data to US. **Migalhas International.** [S.I.], 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com/TopStories/64.MI154037.41046-MEPs+back+deal+to+give+air+passenger+data+to+US>>. Acesso em 11 abr. 2021.

ALMEIDA, Bethania de A. et al. **Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19:** dados pessoais e a pandemia global. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 25, supl. 1, p. 2487-2492, June, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020006702487&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 mai. 2021.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara I. **Por que, quando e como regular as novas tecnologias?** Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Revista de Direito Administrativo, v. 273, p. 123-163, set. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>>. Acesso em 14 mai. 2021.

BARRETO JUNIOR, Irineu F.; NASCIMENTO, Ariane A. C. do; FULLER, Greice P. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: Efetividade Jurídica do Consentimento do Titular para Tratamento dos Registros. Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro – RECONTO, [S.I], v. 3, n. 2, Jul./Dez. 2020. e-ISSN 2595-9840. Disponível em: <<https://doi.org/10.33636/reconto.v3n2.e037>>. Acesso em 15 mai. 2021.

BONI, Bruno R. **Proteção de Dados Pessoais**: A função e os limites do consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 4 mai. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 5 mai. de 2021.

BRUNO Bioni: Whatsapp e a chance para uma nova discussão? **Tele síntese**. [S.I], 2016. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/nova-politica-de-privacidade-do-whatsapp-chance-de-se-discutir-modelos-de-negocios-e-praticas-de-tratamento-de-dados-menos-invisivos-privacidade/>>. Acesso em 14 mai. 2021.

BUCHAIN, Luiz C. **Legítimo interesse, consentimento e a proteção de dados**. Revista da Faculdade de Direito, Porto Alegre, n. 45, p. 103-127, abr. 2021. ISSN 2595-6884. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/107259>>. Acesso em 15 mai. 2021.

CUSTERS, Bart. **Click Here to Consent Forever: Expiry Dates for Informed Consent** (January 10, 2016). Big Data & Society, Volume 3, Issue 1, pp 1-6, January-June 2016, Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3047128>>. Acesso em 14 mai. 2021.

CVRIA, Tribunal de Justiça da União Europeia. 5 mai. 2011, aff. **C-543/09**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf>>. Acesso em 14 mai. 2021.

DINIZ, Maria H. **A ciência jurídica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARLAMENTO EUROPEU. **General Data Protection Regulation EU, Art. 7: Conditions for consent.** 2016. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/art-7-gdpr/>>. Acesso em 5 mai. 2021.

FACEBOOK compra o aplicativo WhatsApp por US\$ 16 bilhões. **G1.** São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/02/facebook-compra-o-aplicativo-whatsapp-por-us-16-bilhoes.html>>. Acesso em 5 mai. 2021.

FACEBOOK. **Informações sobre a empresa.** 2021. Disponível em: <<https://about.fb.com.br/company-info/>>. Acesso em 23 mai. 2021.

GOUVEIA, Luis M. B. **Sociedade da Informação:** Notas de contribuição para uma definição operacional. Universidade Fernando Pessoa. Porto, 2004. Disponível em: <http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf>. Acesso em 28 mar. 2021.

KHOURI, Paulo R. R. A. **O problema do consentimento informado na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** Revista Consultor Jurídico. [S.I], 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/garantias-consumo-problema-consentimento-informado-lgpd>>. Acesso em 06 mai. 2021.

KOSINSKI, Michal; STILLWELL, David; GRAEPEL, Thore. **Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior.** PNAS April 9, 2013, 110 (15) 5802-5805. Disponível em: <<https://doi.org/10.1073/pnas.1218772110>>. Acesso em 11 de abr. 2021.

LIMA, Cintia R. P. de. **Políticas de proteção de dados e privacidade e o mito do consentimento.** Migalhas. [S.I], 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/338947/politicas-de-protecao-de-dados-e-privacidade-e-o-mito-do-consentimento>>. Acesso em 14 mai. 2021.

MALDOFF, Gabe. **Top 10 operational impacts of the GDPR: Part 8 – Pseudonymization.** 2016. IAPP. [S.I], 2016. Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/top-10-operational-impacts-of-the-gdpr-part-8-pseudonymization/>>. Acesso em 29 mar. 2021.

MATIUZZO, Marcela. **Propaganda Online e privacidade:** o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste. In: IX PRÊMIO SEAE – 2014, p. 76, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5449>>. Acesso em 04 mai. 2021.

MCDONALD, Alecia; CRANOR, Lorrie F. **Beliefs and Behaviors: Internet Users' Understanding of Behavioral Advertising** (August 16, 2010). TPRC 2010, Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1989092>>. Acesso em 04 mai. 2021.

MENDES, Laura S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série IDP: linha pesquisa acadêmica).

MONTEIRO, Renato L. **Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: Análise**. Baptista Luz Advogados. São Paulo. 2018. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2018/10/artigo-baptista-luz-pt-lei-geral-de-Protec%CC%A7a%CC%83o-de-dados-do-Brasil.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

PEÑA, Paz; VARON, Joana. **O poder de dizer NÃO na Internet**. Coding Rights. [S.I], 2019. Disponível em: <<https://medium.com/codingrights/o-poder-de-dizer-nao-na-internet-17d6e9889d4a>>. Acesso em 13 de mai. 2021.

PINHEIRO, Patrícia P. **Direito Digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patrícia P. **Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

REALE, Miguel. **Política e direito**: Ensaios. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODAS, Sérgio (Org.). **Nova regra do WhatsApp sobre dados pessoais contraria LGPD, dizem advogados**. Revista Consultor Jurídico. [Rio de Janeiro], 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-11/regra-whatsapp-compartilhamento-dados-desrespeita-lgpd>>. Acesso em 14. Mai.

ROMAN, Juliana. **A proteção de dados pessoais na lei nº 13.709/2018**: Uma análise sobre consentimento e direito à autodeterminação informativa na lei geral de proteção de dados. In: ANAIS DOS CONGRESSOS ESTADUAIS DE MAGISTRADOS, Porto Alegre, v.1, n.1. p.37-66. Jan. 2020. Disponível em: <<http://ajuris.inghost.net/OJS2/index.php/Anais-dos-Congressos/article/view/1090>>. Acesso em 05 mai. 2021.

SOPRANA, Paula. **Política de privacidade do WhatsApp é questionada no Ministério da Justiça e na ANPD.** Folha de S. Paulo. São Paulo. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/04/privacidade-do-whatsapp-e-questionada-no-ministerio-da-justica-e-na-anpd.shtml>>. Acesso em 13 mai. 2021.

SOUZA, Magali R.; BARRETO, Osmar F. **Mudança cultural do consumo na sociedade da informação:** Reflexos no direito do consumidor. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, [Ribeirão Preto, SP], n. 5, 17 jan. 2018. p. 986-998. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/1003>>. Acesso em 29 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** Lei de introdução e parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEFFÉ, Chiara A. S. de; TEPEDINO, Gustavo. **O consentimento na circulação de dados pessoais.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020. Disponível em: <<https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/521>>. Acesso em 13 mai. 2021.

TEFFÉ, Chiara S. de; VIOLA, Mario. **Tratamento de dados pessoais na LGPD:** Estudo sobre as bases legais. Civilistica.com. [S.I.], v. 9, n. 1, p. 1-38, 9 maio 2020. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510/384>>. Acesso em 14 mai. 2021.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé na Lei Geral de Proteção de Dados.** Revista Consultor Jurídico. [S.I.], 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/direito-civil-atual-princípio-boa-fe-lgpd>>. Acesso em 29 mar. 2021.

WHATSAPP LLC. **Política de Privacidade do WhatsApp.** Menlo Park. 2020. Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy>>. Acesso em 14 mai. 2021.

CAPÍTULO 11

A UNICIDADE SINDICAL BRASILEIRA E SUA DISSONÂNCIA COM OS PRECEITOS DOS DIREITOS HUMANOS: CONTEXTO HISTÓRICO E JURÍDICO

*Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Eriberto Cordeiro Amaral
Maria Carmen Araújo de Castro Chaves
Wagner de Lima Cordeiro*

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil ratificou vários tratados internacionais que preveem a liberdade sindical, entre eles o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). A despeito disso, algumas características da organização sindical brasileira, que perduram desde a era Vargas, deixam margem para o debate acerca de sua efetividade à luz dos Direitos Humanos, como por exemplo a permanência da unicidade sindical no ordenamento jurídico nacional. Mesmo tendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 elevado o direito à liberdade sindical ao nível de direitos fundamentais do homem.

Além de alterar substancialmente elementos essenciais da estrutura sindical brasileira, inclusive como o fim da contribuição sindical obrigatória e da não obrigatoriedade da presença do sindicato em alguns tipos de negociações. A reforma trabalhista instituída pela lei 13.467 de 2017 e alguns julgados recentes dos tribunais superiores colocaram ainda mais dúvidas sobre os impactos e reflexos do atual modelo de regulamentação das atividades dos sindicatos no Brasil.

O presente artigo tem como objetivo geral compreender o contexto histórico e jurídico para a manutenção da unicidade sindical no Brasil após a Constituição Federal de 1988. Como objetivos específicos examinar a unicidade sindical prevista na Constituição Federal à luz dos direitos humanos, identificar as iniciativas de mudanças no modelo de organi-

zação sindical brasileira após a Constituição Federal de 1988 e descrever os interesses que levaram à manutenção da unicidade sindical no Brasil.

Diante das alterações e manutenções de características do modelo de sindicalismo brasileiro surge a pergunta: Qual o contexto histórico e jurídico que propiciou a manutenção da unicidade sindical no Brasil após a Constituição Federal de 1988?

Diversos estudos abordaram sob as mais diferentes óticas e métodos a análise de direitos individuais (remuneração, jornada de trabalho...) e coletivos (greve, negociação coletiva...) à luz dos direitos humanos. Porém, raros tiveram como temática a estrutura e organização sindical, especialmente no que tange à unicidade sindical. O que é de causar estranheza, já que os sindicatos são os responsáveis por negociar tais direitos e a organizar coletivamente os trabalhadores. Sendo assim, uma afronta aos direitos humanos que atinja a própria organização sindical, inevitavelmente contaminará as suas motivações e negociações e, consequentemente, os resultados destas.

Diante do contexto histórico e do atual cenário trabalhista e sindical brasileiro, se faz necessário de maneira urgente o aprofundamento de pesquisas para que se tenha embasamento teórico para sua análise e propositura de alternativas adequadas e eficientes.

Por não se preocupar com a análise numérica, mas sim com o aprofundamento do entendimento acerca do tema abordado, o presente estudo se classifica como qualitativo quanto a sua abordagem. O que se justifica, tendo em vista que as ciências sociais se preocupam com um nível de verdade que não pode ser quantificado numericamente.

Quanto aos seus objetivos, enquadra-se como descritivo já que buscará examinar à luz dos direitos humanos a unicidade sindical brasileira, mas também analisará historicamente sua evolução, se debruçando sobre o contexto, motivos e interesses que levaram à manutenção dessa unicidade.

Quanto aos procedimentos técnicos o presente estudo se classifica como bibliográfica, pois se fundamentará em publicações científicas, doutrina, documentos históricos, legislação pátria e internacional.

Para a análise dos dados será utilizado o método hermenêutico-dialético, onde a fala dos atores sociais é situada em seu contexto para melhor ser compreendida.

Inicialmente será feito um breve resgate histórico do movimento sindical e de suas características básicas. Posteriormente se analisará a liberdade sindical previstas nos diversos tratados internacionais e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, para em seguida analisar histórica e juridicamente a unicidade sindical Brasileira desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a reforma trabalhista de 2017 quando foi sancionada a lei 13.467, também conhecida como lei da reforma trabalhista, que será o marco histórico terminal do presente trabalho científico, e assim chegar às respostas para as questões suscitadas.

2. O SINDICALISMO MODERNO E SUAS ORIGENS

As associações profissionais são tão antigas quanto a humanidade. Na antiguidade, as Sreni na Índia, as associações de profissionais na China e no Egito antigo, na antiguidade clássica as hetérias na Grécia e os colégios em Roma, na idade média as guildas e corporações de ofício são exemplos dessas formas que os trabalhadores encontraram para se organizar (SANTOS, 2013).

Após a superação do modelo comum da sociedade primitiva, começa a surgir a estratificação social em classes e a luta entre aqueles que exploravam e os que forneciam sua força de trabalho. A partir do nascimento do capitalismo e da divisão da sociedade entre burguesia e proletariado, começaram a surgir organizações que tinham como objetivo reduzir ou impedir a exploração do trabalhador como precedente dos sindicatos modernos (RODRIGUES, 2009).

A revolução industrial e suas consequências sociais, econômicas e políticas, é considerada como marco inicial para o sindicalismo moderno. Atravessando diversas fases, indo da proibição da atividade sindical, da sua posterior aceitação e descriminalização, do reconhecimento do direito de coalizão e da liberdade de organização sindical, culminando com o fenômeno da constitucionalização do direito do trabalho e à posterior consolidação do reconhecimento da liberdade e autonomia da atividade sindical (DELGADO, 2017).

Para suprir a necessidade produtiva capitalista, o modelo de produção implanta uma crescente especificidade da atuação do trabalhador

produtor, que cada vez mais realiza uma parte cada vez menor do sistema produtivo, ficando cada vez mais distante do produto de seu trabalho. Porém a industrialização e a crescente concentração de trabalhadores no mesmo espaço fabril, devolve a esses homens a possibilidade de se unirem física e psicologicamente gerando uma grande contradição nesse sistema, pois ao mesmo tempo que os separa em suas atividades específicas, estimula a solidariedade coletiva desses trabalhadores.

Delgado (2017, p. 1512) ainda define sindicato como sendo:

entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida.

Analizando o sindicalismo obreiro ocidental, pode-se encontrar alguns padrões de organização, ou “sistemas sindicais” como alguns autores preferem denominar. Esses padrões podem ser estudados analisando duas características principais. A primeira destas características se refere aos critérios para agrupamento dos trabalhadores e a segunda ao sistema de regulação legal para unitarismo ou pluralismo sindical.

Quanto aos critérios de agrupamento dos trabalhadores em seus respectivos sindicatos, existem os que identificam os que agregam por ofício ou profissão, os que os organizam por categoria profissional, por empresa ou por segmento de atividade empresarial.

Em relação ao sistema de regulação sindical quanto a sua liberdade de criação (ou ausência dela), tem-se a possibilidade de se estabelecer a unicidade sindical ou a sua pluralidade.

O sistema da unicidade sindical advém da exigência legal da existência de apenas um sindicato que represente determinado segmento, independente de se utilizar como critério o agrupamento por profissão, por categoria profissional, empresa ou segmento de atividade. Trata-se de um verdadeiro monopólio da representação sindical legalmente instituído (NASCIMENTO, 2015)

Acrescenta o autor que o sistema da liberdade sindical, preza pelo pluralismo e na verdadeira autonomia de organização e adminis-

tração das entidades sindicais. Esse é o sistema que predomina na maioria dos países desenvolvidos como França, Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos da América.

Entretanto não se pode confundir unicidade com unidade sindical. Na Alemanha por exemplo, embora a lei dê liberdade para a pluralidade sindical, a evolução histórica de seu sindicalismo levou a uma atuação unitária dos sindicatos como fruto de sua maturidade, mas não de uma imposição legal.

3. A LIBERDADE SINDICAL E OS DIREITOS HUMANOS

Após as duas grandes guerras mundiais, a humanidade ansiaava por uma paz longa e duradoura, mas para que isso fosse possível seria necessário um esforço coletivo de colaboração entre os países. Com o fim da segunda guerra mundial, se fez necessário encontrar uma forma de fomentar essa cooperação. Assim, em 1945, foi elaborada por representantes de cinquenta países a Carta das Nações Unidas que já em seu artigo 1º coloca a liberdade como elemento fundamental para a dignidade humana (VAZ & GODOI, 2019).

Em dezembro de 1948, através da resolução 217-A da assembleia geral das nações unidas, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), e o Brasil como signatário da carta da ONU deve seguir as suas determinações.

Prezando sempre pela liberdade como eixo fundamental, a DUDH traz em seus artigos III e XX o direito à liberdade e à livre associação e, especificamente, em seu artigo XXIII consagra a liberdade de organizar sindicatos como direito fundamental do homem.

Desde a sua publicação, a DUDH vem sendo a base para a construção de uma sociedade centrada na valorização e busca da dignidade humana. Ela levou a elaboração de diversos documentos e pactos. Entre eles o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) que em seus textos previam a liberdade sindical como forma de concretizar a disposições da DUDH.

Em 1992, o então presidente Fernando Collor ratificou através do decreto 591, a adesão do Brasil ao PIDESC que em seu artigo

8º consagra a liberdade como eixo norteador da organização sindical (BRASIL, 1992).

Ainda em 1992 o Brasil internalizou em seu ordenamento jurídico o PIDCP através do Decreto 592. Este, em seu artigo 22 prevê também a liberdade sindical deixando claro que os limites dessa liberdade só podem existir para salvaguardar interesses nacionais ou os direitos e liberdade das demais pessoas, ressalvando ainda que os estados não se utilizem desse argumento para restringir o direito à liberdade sindical previsto (BRASIL, 1992).

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), que também foi ratificada pelo Brasil através do decreto 678 de 1992, prevê em seu artigo 16 que “toda pessoa tem o direito de associar-se livremente”, inclusive com fins trabalhistas.

Mesmo não tendo sido ratificada pelo Brasil, a convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) eleva o direito à liberdade sindical ao nível de direitos fundamentais do homem, nos mesmos moldes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Denominada como “convenção sobre a liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização” ela prevê em seu artigo 2º o direito de construir organizações de sua escolha e sem necessidade de prévia autorização.

Assim, como signatário da DUDH e tendo internalizado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Brasil definitivamente coloca, ao menos juridicamente, a liberdade como pilar base da sua organização sindical, mesmo sem ter ratificado a Convenção 87 da OIT.

Ao se analisar o direito de organizar sindicatos e neles ingressar, não se pode focar apenas no aspecto da Unicidade sindical. Se faz necessário compreender que essa liberdade vai além, devendo ser igualmente buscadas a liberdade de organização, de administração e de exercício das funções sindicais. Para Leite (2017), ela deve ser observada sob três aspectos fundamentais que são o da liberdade sindical coletiva para constituir sindicatos de sua escolha, da liberdade sindical individual para filiação e desfiliação do sindicato de sua preferência e da autonomia sindical para a liberdade de funcionamento e de sua organização.

No Brasil, até os anos 1930 os trabalhadores pouco se organizaram, já que não existiam regras ou instituições que fomentassem sua organização após a abolição da escravidão. Quando ocorreu a disseminação da doutrina do anarcossindicalismo¹ trazida pelos imigrantes italianos, que deu força para o movimento sindical brasileiro. O modelo de organização sindical brasileira atual, começou a ser moldado política e juridicamente entre as décadas de 1930 e 1940, durante o governo de Getúlio Vargas, conforme analisa Nascimento (2015) em seu compêndio de direito sindical.

Após um conturbado momento no Brasil e das Constituições de 1934 e 1937, em 1943 é criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) por Getúlio Vargas. Que nasce com fortes marcas do seu período de gênesis impondo forte interferência estatal sob os sindicatos, sendo claramente inspirada no sindicalismo italiano. Essas características podem ser observadas nas bases da organização sindical brasileira como por exemplo na necessidade de reconhecimento estatal para a regularização dos sindicatos, na vedação da existência de mais de um sindicato na mesma base territorial e na instituição do imposto sindical (SANTOS, 2013).

Cinco anos depois, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção 87 que embora seja considerada como o primeiro tratado a consagrar formalmente uma das liberdades fundamentais do homem nunca foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) já lançam dúvidas acerca do modelo de organização sindical implementado no Brasil na CLT, quando elencam a liberdade de organização e associação sindical como direito fundamental do homem (ALMEIDA, 2015).

Na década de 1960 houve uma tentativa de modificar o modelo sindical instituído por Getúlio Vargas. Porém o projeto não avançou, quando em 1964 veio o golpe que instituiu a ditadura militar no Brasil, que limitou drasticamente a atuação dos sindicatos.

Após o golpe militar de 1964, o movimento sindical brasileiro se viu asfixiado, restando apenas o silencioso trabalho no interior das fábricas ou na tentativa de resistência contra o governo militar. Porém esse momento foi útil para moldar o sindicalismo combativo e autêntico que estaria por vir nos anos seguintes.

1 É usado para definir o período do movimento sindical em que havia uma forte aversão ao poder público, e se propunha uma ruptura dos limites impostos pelo Estado.

No final dos anos 1970 e durante os anos de 1980, um novo sindicalismo aflora buscando a ampliação dos espaços para representação dos interesses dos trabalhadores, lutando pela liberdade e autonomia dos sindicatos em relação ao estado de acordo com a convenção 87 da OIT, o pleno direito de greve e pelo fim do imposto sindical (ANTUNES e SILVA, 2015).

O sistema de unicidade sindical adotado pelo Brasil, inicialmente implantado nos anos de 1930 e que se manteve durante as décadas seguintes, apresenta algumas características centrais que revela a sua essência antidemocrática. A unicidade sindical, o agrupamento por profissão ou por categoria profissional diferenciada, a territorialidade, a sua vinculação ao estado, o financiamento sindical compulsório mediante a instituição da contribuição sindical obrigatória e o amplo poder da justiça trabalhista, demonstram a intenção de atuação pouco propositiva dos sindicatos em detrimento da judicialização e da intervenção estatal.

O início dos anos 1980 foi influenciado pelas diversas greves do final dos anos 1970 que levaram a uma articulação sindical ainda não experimentada e que culminaram com a criação do Partido dos Trabalhadores (PT) em 1980, Da Central Única dos Trabalhadores (CUT) em 1983, do Movimento dos Sem Terra (MST) em 1984 que culminaram com a deflagração de pelo menos quatro greves gerais e na luta por realização de eleições diretas.

Ao longo da década de 1980 o Brasil passou por uma imensa ebullição social e sindical mesmo quando comparado a países com uma maior vivência sindical. Esse período foi essencial para a evolução do movimento sindical brasileiro pois moldou as características do que muitos autores chamam de “novo sindicalismo”.

Mesmo antes da criação da CUT, a Associação Nacional dos Movimentos Populares e Sindicais (ANAMPOS) realizou no início dos anos 1980 alguns congressos nacionais que culminaram com a aprovação do documento de Montevale que elencava as principais bandeiras de luta para a democratização da estrutura sindical brasileira. Entre elas o direito ao pleno direito de greve, a implantação da negociação direta entre trabalhadores e empregadores e a liberdade sindical em consonância com a convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (ANTUNES e SILVA, 2015).

A Constituição cidadã de 1988 chega na tentativa de romper com o modelo sindical vigente, na tentativa de democratização e modernização da atuação sindical. Porém o que se viu foi um híbrido que para muitos seria uma fase de transição já que muitos interesses se colocavam antagônicos a uma ruptura drástica e sua possível desestruturação das lideranças sindicais da época.

No caminho da democratização da organização sindical, a Constituição de 1988 afastou a possibilidade de intervenção estatal nos sindicatos através do Ministério do Trabalho. Também fortaleceu a atuação dos sindicatos na defesa dos interesses coletivos ou individuais inclusive nas esferas judiciais e administrativas. Ainda assegurou o direito de greve e valorizou a atuação negocial coletiva dos sindicatos.

Mas para acomodar os diversos interesses da época, a Constituição de 1988 manteve traços do modelo sindical instituídos anteriormente. Manteve a unicidade sindical, o financiamento compulsório, a concorrência do poder negocial dos sindicatos com a ampla atuação judicial, a necessidade de reconhecimento da entidade sindical através do seu registro no Ministério do Trabalho e a representação do juiz classista que posteriormente fora afastada do ordenamento jurídico pátrio através da Emenda Constitucional número 24 de 1999 (NORONHA, 1998).

4. A UNICIDADE SINDICAL NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No final da década de 1980 houve a promulgação da constituição de 1988 e, finalmente, a realização de eleições diretas em 1989 que vieram para coroar a força das lutas vivenciadas naquela época, que tiveram no movimento sindical grande aliado.

Nesse período houve forte avanço na luta pela autonomia e liberdade sindical em relação ao estado controlador com o combate ao imposto sindical, à estrutura federativa hierarquizada dos sindicatos e à unicidade sindical. Pois, na época, já havia a compreensão que estes eram instrumentos utilizados para controlar os sindicatos.

Como resultado de todas essas pressões internas e externas, o novo sindicalismo surge com a missão de se opor fortemente ao

cupulismo² e à utilização dos sindicatos pelo Estado, como forma de experimentar a liberdade e a autonomia sindical e sua independência frente ao Estado e ao patronato.

Com a chegada dos anos 1990, as políticas neoliberais implantadas pelos governos de Fernando Collor e, posteriormente, de Fernando Henrique Cardoso, as privatizações das empresas estatais e o aumento da informalidade, da flexibilização das relações trabalhistas, do subemprego, do desemprego e da terceirização, causaram fortes alterações no sindicalismo brasileiro.

Em 1992, o então presidente Fernando Collor promulga o Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que incorporaram a liberdade sindical ao ordenamento jurídico brasileiro.

O movimento sindical encabeçado pela CUT, antes combativo e revolucionário, passa a defender uma postura sindical pragmática e negocial, como se pode ver demonstrada na greve nacional dos petroleiros de 1995, onde a CUT não apoiava integralmente a postura mais agressiva dos petroleiros e sem o devido apoio de sua central, eles enfrentaram dificuldades na manutenção do movimento grevista.

Já não se via a luta pela liberdade e autonomia sindical que foram eixos centrais de luta nas décadas anteriores, mas sim uma busca por um sindicalismo verticalizado, hierarquizado e com uma postura mais conciliadora e negocial. O que visivelmente foi influenciado pela tentativa de eleger um presidente oriundo do Partido dos Trabalhadores (PT), com o intuito de afastar-se de uma imagem de aversão à negociação e à moderação.

Com a vitória de Lula nas eleições presidenciais de 2002, ficou ainda mais visível a influência do PT, e agora governo, sobre diversos movimentos sociais com o abrandamento dos confrontos desses movimentos (incluindo os sindicatos) com o intuito de não desgastar a imagem do governo que essas mesmas instituições se moldaram para eleger (CIOFFI, 2008).

Foi nesse contexto que diversos líderes de movimentos sindicais e sociais passaram a ocupar importantes cargos no novo governo, mas sem deixar de exercer influência nos seus redutos de origem.

2 Prática ou tendência que estabelece a cúpula como principal ponto de tomada de decisões.

Assim as centrais sindicais mais ligadas ao governo iniciaram uma mudança em seu discurso de luta de classes para um foco que se tentava se mostrar como de defesa da cidadania. Em vez da defesa dos interesses dos trabalhadores enquanto classe, passaram a combater dificuldades no exercício da cidadania enfrentadas pelos trabalhadores, tais como a discriminação racial, de gênero, a necessidade pela melhor qualificação profissional e o combate à terceirização (ANTUNES e SILVA, 2015).

Não se pode negar a importância da luta pelos avanços sociais e da cidadania nesse importante momento pós redemocratização. Mas o que se viu foi a tão almejada autonomia sindical em relação ao estado, ser relegada a segundo plano em nome da possível defesa de interesses coletivos. Mas que ao nosso ver, deveriam ser encabeçados por outras instituições, enquanto os sindicatos não deveriam se afastar de sua função principal na defesa dos direitos dos seus trabalhadores em sintonia com o novo momento político nacional, mas não em detrimento de suas funções precípuas.

O afastamento da sua original postura combativa, revolucionária e de classe, em direção de uma condição de endeusamento da negociação, da governabilidade e das bandeiras ditas cidadãs, abriram espaço para que as centrais sindicais, através dos seus líderes, passassem a atuar praticamente em uma simbiose entre governo, partido (PT) e movimento sindical. Dessa forma, após anos de luta por independência e autonomia em relação ao estado, rapidamente as duas principais correntes do sindicalismo (uma que defendia a independência sindical em relação ao estado, e uma que defendia o antiestatismo) se acomodaram ao aparelhamento estatal promovido (CIOFFI, 2008).

Mesmo que de modo diferente do realizado por Getúlio Vargas, o estado continuava mantendo seu controle sobre os sindicatos. Agora sob a bandeira da negociação e da proposição cidadã. Os então líderes do “novo sindicalismo³” e agora dependentes política, financeira e ideologicamente do governo, passaram a, de uma forma ou de outra, ressuscitar a velha prática peleguista acalmando os ânimos dos trabalhadores e arrefecendo sua sede de avanços (SANTOS, 2008).

³ como se convencionou chamar o movimento sindical nascido com as greves de 1978 no ABC paulista

Em 2005 muitos autores, a exemplo de Pochman (2005), já invocavam por uma mudança no modelo de regulação do mercado de trabalho, com uma reforma sindical e trabalhista visando o fortalecimento das entidades sindicais que seria a oportunidade de superar a já perceptível acomodação no meio sindical.

Entretanto, para Dias e Krein (2017), o que se verificou nos anos seguintes foi a fragmentação das entidades sindicais nos mais diversos graus. Pois a despeito de uma unicidade sindical legal, o número de sindicatos, federações, confederações e centrais sindicais cresceu exponencialmente, enquanto a sua representatividade e poder combativo se reduziam vertiginosamente.

Em 2003 foi criado o Fórum Nacional do Trabalho (FNT) através do decreto 4.796, com estrutura tripartite e com a intenção de ordenar as negociações entre governo, representantes de trabalhadores e empregadores para iniciar uma reforma trabalhista e sindical no Brasil (CIOFFI, 2008).

Um dos objetivos do FNT era promover a democratização das relações de trabalho e formatar um modelo de organização sindical baseado na liberdade e na autonomia sindical. Fomentando o diálogo, a modernização das estruturas de regulação do trabalho com justiça social e o estímulo à autocomposição na solução dos conflitos trabalhistas.

Porém, mantendo a tradição de aparelhamento do estado, a maioria dos representantes do governo no FNT era composta por ex sindicalistas ligados à CUT. O que gerou certo desconforto entre os próprios representantes dos trabalhadores, especialmente os ligados às outras centrais sindicais. Além disso, todos os integrantes da bancada dos trabalhadores eram dirigentes sindicais, demonstrando o forte comprometimento com a cúpula das entidades sindicais e pouca cipilaridade em suas bases de representação (CIOFFI, 2008).

Em relação à representação dos empregadores, a atuação das instituições financeiras merece destaque, pois embora o segmento dos empregadores não atuasse de forma organizada, a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN) atuou como articulador político do empresariado Brasileiro. A FEBRABAN em diversos momentos sinalizou com a possibilidade do engavetamento da reforma sindical e tra-

balhista, caso não houvesse avanço na flexibilização das relações trabalhistas e ampla revogação de direitos previstos na CLT.

Em 04 de março de 2005, foi apresentada pelo poder Executivo a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 309/2005 que sintetizava o relatório final fruto do trabalho do FNT, que foi posteriormente apensada à PEC 314/2004. Para Bargas e Oliveira (2005) essa reforma seria não apenas uma mera modificação legislativa, mas sim a implantação de um novo modelo jurídico e institucional.

Segundo a referida PEC, seriam pilares da nova forma de organização sindical: o fortalecimento das entidades sindicais; a possibilidade de existência de entidades sindicais independentes em qualquer nível de representação; o agrupamento de trabalhadores e de empregadores por setor econômico e ramo de atividade econômica; o uso de critérios objetivos para o reconhecimento de representatividade das entidades sindicais; a instituição da liberdade sindical; a extinção gradativa da contribuição sindical obrigatória; o fim das contribuições confederativas e assistenciais; a criação da contribuição de negociação coletiva, vinculada à efetiva participação da entidade na negociação coletiva e devida a todos aqueles abrangidos pela respectiva norma coletiva e a regulamentação da negociação coletiva em todos os níveis (inclusive de servidores públicos).

O desejo do governo da época era de ver aprovada a referida PEC ainda no ano de 2005. Porém até o momento da elaboração do presente artigo, a mesma sequer havia sido apreciada pelo plenário da câmara, tendo sua última movimentação efetiva em 26 de outubro de 2011 quando foi devolvida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) para reexame do relator.

No mesmo ano de sua proposição, a PEC 369/2005 já começou a enfrentar oposição por parte do empresariado que defendiam a tramitação concomitante da reforma sindical e trabalhista. Por sua vez, os sindicatos e as centrais sindicais menores alegavam que o fim da unicidade sindical colocaria em risco a sobrevivência destes, e por isso também se opunham à sua tramitação.

Para Santos (2008) nesse período foi possível verificar três correntes que se posicionavam em relação à PEC 369/2005. A primeira corrente que apoiava a tramitação da mesma, composta por mem-

etros do PT e das centrais sindicais ligadas a ele. A segunda corrente era formada pela “oposição dos trabalhadores” e era composta pela Ala mais à esquerda da CUT, Partidos de esquerda como o PSTU, PSOL e PCdoB, além de diretores sindicais insatisfeitos com os termos da proposta (em especial o fim na unicidade da contribuição sindical obrigatória). A terceira corrente chamada de “oposição dos empregadores” era formada por todas as entidades sindicais de representação de empregadores, que era encabeçada pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP).

Almeida (2013) acredita que não havia vontade política para se apressar a tramitação da PEC 369, talvez por ser um tema polêmico e que possivelmente desagradaria importantes segmentos da base de sustentação do governo no congresso nacional. Acrescenta que na época, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) era comandado pelo PDT que por sua vez era ligado à Força sindical que tradicionalmente se colocava contrária a Ratificação da convenção da OIT e à liberdade sindical.

Com o fracasso em aprovar a PEC 369/2005, diversas iniciativas surgiram no intuito de apresentar alternativas para a reforma sindical, mesmo que por partes. Inicialmente, o então Deputado Federal Tarcísio Zimmermann (PT-RS) apresenta projeto substitutivo ao PL 1528/1989 na intenção de regulamentar a organização sindical e alterar a CLT em aspectos relacionados à negociação coletiva.

Em maio de 2006, o presidente Lula editava as medidas provisórias 293 e 294. As MPs eram fortemente influenciadas pelo texto da PEC 369 e em linhas gerais, reconheciam as centrais sindicais e cria-va o Conselho Nacional de Relações do Trabalho (CNRT), porém as MPs não foram votadas e perderam a sua eficácia.

Já em setembro de 2007, foi através do PL 1990/2007 que buscou a regulamentação das centrais sindicais. As emendas Nº 05, 06, 22 e 23 buscavam alterar a forma de financiamento do sistema confederativo, propondo o fim da contribuição sindical. Porém o lobby das centrais sindicais funcionou, e o projeto de lei foi aprovado em 2008 com a manutenção da contribuição sindical obrigatória.

Com o seu reconhecimento legal, as centrais sindicais passaram a poder receber verbas estatais advindas do Fundo de Amparo ao

Trabalhador (FAT) e da contribuição sindical, que até então, fora duramente criticada pelas centrais sindicais. Demonstrando que as prioridades do movimento sindical haviam se modificado drasticamente, relegando o debate acerca da reforma sindical a segundo plano.

Durante o fim do segundo mandato do presidente Lula, a sua capacidade de articulação e a larga utilização do poder econômico do governo, foram decisivos para manter sob controle os interesses políticos (do governo), econômicos (do empresariado) e dos movimentos sindicais e populares (PINTO, 2015).

Porém para a presidente Dilma, faltava essa habilidade política, e o cenário econômico já não era tão fértil. Durante o seu primeiro mandato a presidente viu as condições políticas que mantiveram a coalizão no governo anterior, se desfazerem. A falta de habilidade política da presidente e sua incapacidade de dialogar até com aliados, foi crucial para que o governo começasse a ser derrotado em votações importantes na câmara e no senado nacional (KREIN e DIAS, 2017).

Nesse cenário, qualquer tentativa de reforma sindical ou trabalhista se mostrava inviável, especialmente com a necessidade de acomodar interesses das entidades sindicais que não entravam em consenso a respeito de temas primordiais como o fim da unicidade sindical e da contribuição sindical obrigatória.

Com a reeleição da presidente Dilma e a crescente ampliação da operação lava jato, o cenário que antes era infértil para a realização das reformas trabalhistas e sindicais, se torna inviável. Sendo assim, desde o seu primeiro mandato até o *impeachment*, essas reformas sequer conseguiram ser debatidas (KREIN, 2018).

Com a efetivação do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff em dezembro de 2015, o seu vice assume o poder e modifica radicalmente a forma de diálogo com o movimento sindical. Mesmo sem a participação das entidades ligadas ao sindicalismo, Michel Temer consegue aprovar em novembro de 2017 a lei 13.467, conhecida como “reforma trabalhista”.

Além de trazer alterações em diversos ramos da vida laboral, a reforma trabalhista alterou substancialmente o modelo de organização sindical brasileira atingindo diretamente as suas características essenciais. Modificou sua forma de financiamento ao retirar a sua sus-

tentação financeira através da contribuição sindical. Alterou a representatividade do sindicato nos locais de trabalho ao permitir a criação de uma representação de empregados nas empresas sem a presença dos sindicatos. Também modificou o sistema de negociações coletivas ao prever a prevalência do negociado sobre o legislado, ao vedar a ultratividade da norma coletiva e ao prever a prevalência do Acordo Coletivo de Trabalho sobre a Convenção Coletiva de Trabalho (Castro, 2017).

Para Castro (2017), as alterações trazidas pela reforma trabalhista apenas reforçam as contradições já existentes no modelo sindical brasileiro, além de prever um enfraquecimento geral dos sindicatos e do sistema confederativo como um todo. Pois aboliu a principal forma de financiamento dos sindicatos sem trazer uma nova alternativa ou regra para transição, enfraqueceu a sua representatividade junto aos trabalhadores e mitigou as garantias das negociações coletivas mesmo mantendo a unicidade sindical.

CONCLUSÃO

Como se pode verificar após a análise da legislação e da doutrina abordada, a manutenção da unicidade sindical como característica da organização sindical brasileira vai de encontro aos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e da convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho.

Na elaboração da Constituição Federal de 1988 já se pôde vislumbrar iniciativas para adequação do modelo sindical brasileiro às prerrogativas estabelecidas mundialmente. Mas o que se verifica, é que a retirada da unicidade sindical foi postergada por não encontrar ambiente favorável diante das já grandes mudanças trazidas pela constituição cidadã.

Durante os primeiros governos no período da redemocratização após a ditadura militar, verificou-se que em um momento inicial o movimento sindical brasileiro ergueu a bandeira da democratização também de suas próprias características, defendendo inclusive o fim

da unicidade sindical. Mas com a politização do próprio movimento, e com o fortalecimento da candidatura de Lula à presidência da república, tal defesa foi relegada à segundo plano.

Com a chegada de Lula à Presidência da República, o assunto retornou ao primeiro plano do debate acerca da organização sindical. Com a criação do Fórum Nacional do Trabalho em 2003, esse debate foi travado entre representantes do governo, dos sindicatos e dos empresários, culminando com a propositura da Proposta de Emenda à Constituição 309/2005 que dentre várias alterações, trazia a previsão do fim da unicidade sindical. Porém não havia consenso acerca do tema entre os próprios representantes dos sindicatos, que passaram a preocuparem-se mais com a possível ameaça às lideranças sindicais consolidadas do que com a democratização do movimento.

Somado ao fato de que os representantes dos empresários colocaram como condição para apoio na aprovação da reforma sindical proposta pela PEC 309, a construção e aprovação conjunta de uma reforma trabalhista, a referida PEC nunca avançou em sua tramitação, ficando estagnada, refletindo negativamente sobre as posteriores iniciativas de por fim à unicidade sindical durante os dois governos do Presidente Lula.

Durante os mandatos da Presidente Dilma, a crescente participação de ex dirigentes sindicais em seu governo e as frequentes instabilidades que culminaram com seu *impeachment* não forneceram um ambiente favorável ao debate acerca da unicidade sindical ou da PEC da reforma sindical estagnada no congresso.

Após a queda da Presidente Dilma e a chegada de Michel Temer à Presidência da República, o mesmo colocou como prioridade a aprovação da reforma trabalhista, mesmo sem um debate ampliado com os atores envolvidos. Culminando com a aprovação da lei 13.467/2007 que além de alterações nas relações de trabalho, trouxe de carona a modificação de características importantíssimas da organização sindical brasileira, mas sem trazer à tona a liberdade sindical.

No último dia 19 de outubro de 2019 foi protocolada a Proposta de Emenda à Constituição número 161 que pretende promover a liberdade sindical após um período de transição que depende principalmente da representatividade das entidades sindicais, que será analisada tendo como ponto principal o percentual de sindicalizados.

Resta claro que a promoção da liberdade sindical adequará o modelo de organização sindical brasileiro aos ditames da DUDH e demais legislações internacionais. Mas não se pode colocar essa alteração como única necessária, pois muitas outras características do nosso modelo sindical precisam ser debatidas e alteradas. Pois como um sistema, a alteração de apenas uma de suas bases, poderá trazer desequilíbrio nas demais áreas, prejudicando principalmente os trabalhadores com um possível enfraquecimento das entidades sindicais de representação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gelson R. de. **O governo Lula, o Fórum Nacional do Trabalho e a reforma sindical**. Revista Katálysis, v. 10, n. 1. Florianópolis, Jun. 2007

ALMEIDA, Renato Rua de. **A liberdade sindical como direito humano pela Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU e direito fundamental pela OIT a partir da visão de Jacques Maritain em suas obras “Os direitos do homem e a lei natural” de 1942 e o “O homem e o Estado” de 1948, e de sua intervenção pessoal junto à UNESCO/ONU em 1947**. Revista Legislação do Trabalho, v. 79, n. 12, p. 1447-1449. São Paulo: LTR dez 2015.

ALMEIDA, Renato Rua de. **O modelo sindical brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semicorporativista?** Revista LTr, São Paulo, v. 77, n. 1, jan. 2013

ANTUNES, Ricardo; SILVA, Jair B. **Para onde foram os sindicatos? Do sindicalismo de confronto ao sindicalismo negocial**. Cad. CRH. Salvador: v. 28, n. 75, p. 511-527, Dec. 2015. Disponível em <<https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/issue/view/1322>> acesso em 10/08/2019.

BARGAS, O. M.; OLIVEIRA, M. A. Portal da fundação Perseu Abramos. **É hora da reforma sindical**. Revista Teoria & Debate, edição 61, São Paulo, 30 mar. 2005. Disponível em <www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=3229>. Acesso em: 18 de out. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5794**. Brasília, DF, 29 de julho de 2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>> acesso em 10/08/2019.

- _____. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 1992.
- _____. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 1992.
- CIOFFI, Leandro. **Sindicalismo brasileiro: história, ideologias, legitimidade e direito**. Revista LTR. São Paulo, n. 9, p. 1127-113, set. 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** / Mauricio Godinho Delgado. 16. ed. revista. e ampliada. São Paulo: LTR, 2017.
- GERHARDT, Tatiana E.; SILVEIRA, Denise T. (Org). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- KREIN, J. D.; DIAS, H. **Os caminhos do sindicalismo nos anos 2000**. Revista Ciências do Trabalho, São Paulo, n. 8, p. 1-17, 2017
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra **Curso de direito do trabalho**/ Carlos Henrique Bezerra Leite. 8a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical** .8 ed. São Paulo: LTR, 2015.
- NORONHA, E. **O modelo legislado de relações de trabalho e seus espaços normativos**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas - Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.
- ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>> . Acesso em 20/8/2019.
- PINTO, E. C. **Dilma: de “coração valente” a presidente acuada**. Texto para Discussão n.15. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, set. 2015
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos. Ano 1. Número 1. 2004. p. 22

POCHMANN, Marcio. Desafios atuais do sindicalismo brasileiro. In ENRIQUE de la Garza Toledo (Comp.). **Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina**. Buenos Aires, Arg: CLACSO, 2005.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RODRIGUES, LM. **Trabalhadores, sindicatos e industrialização**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

SANTOS, Frank Ferreira dos. **Reforma sindical no governo Lula: restou algo do consenso? Em Tese**, Florianópolis, v. 5, n. 1, p. 98-122, ago. 2008. ISSN 1806-5023. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/13447>>. Acesso em: 28 out. 2019.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicalismo no Brasil: do corporativismo ao neocorporativismo** - a questão das centrais sindicais. Revista Legislação do Trabalho, v. no 2013, n. 11, p. 1336-1347. São Paulo: LTR, 2013

_____. **Sindicatos e ações coletivas**: Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2003.

VAZ, Andréa Arruda; GODOI, Maritsa Evelyn. **O direito humano e fundamental à liberdade sindical no Brasil e a violação reiterada aos tratados de direitos humanos pelo Brasil**. Revista de direito do trabalho, São Paulo, SP, v. 45, n. 201, p. 203-217, maio 2019.

CAPÍTULO 12

AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PELA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UM ESTUDO DE CASO DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO NO MUNICÍPIO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES-PE

*Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber
Eriberto Cordeiro Amaral
Pedro Henrique de Oliveira Ferreira*

1 INTRODUÇÃO

Há demasiado tempo o Poder Judiciário brasileiro passa por um agigantamento de demandas oriundas dos mais variados temas e ramos, que acabam por acarretar um óbice contra a hábil prestação da justiça. Frente a isso, tem-se buscado cada vez mais alternativas que venham a desafogar o ordenamento jurídico, por meios de mecanismos que se proponham a pacificar os conflitos sem a necessidade de submissão direta ao judiciário.

Destarte, em mais uma tentativa de desjudicialização, o art. 1.071 do Código de Processo Civil (CPC), de 2015, ao dispor que a Lei n.º 6.015/1973 - Lei dos Registro Públicos (LRP) passaria a vigorar acrescida do art. 261-A, estabeleceu a possibilidade de aquisição da propriedade imobiliária por vias extrajudiciais, por meio da Usucapião Extrajudicial.

Entretanto, com o decurso do tempo de vigência da supracitada lei, surgiram questionamentos se o resultado pretendido - o desafogamento do judiciário - teria sido ou não atingido. Dentre os aspectos que influenciaram nessas indagações está o fato dos diversos requisitos estabelecidos pelo diploma legal deveriam ser cumpridos, e, na prática, passou-se a se discutir que, em diversas situações, os pressupostos constituíam entraves à obtenção da propriedade imobiliária pela via originária da usucapião.

Frente aos fatos elucidados, o presente artigo possui o seguinte problema: de que forma que os oficiais registradores dos cartórios

de registro de imóveis da circunscrição de Jaboatão dos Guararapes têm decidido os pedidos extrajudiciais de usucapião imobiliária?

Assim, torna-se relevante tal pesquisa, uma vez que o instituto da usucapião extrajudicial, que nasceu como uma possível solução para o caos no judiciário causado por um grande número de processos judiciais, ainda é recente no direito brasileiro, e, por isso é necessário analisar sua eficácia no que tange ao seu processo de palpabilidade e efetividade.

Desta forma, esta pesquisa tem como objetivo central levantar e analisar se as decisões proferidas pelos oficiais registradores dos cartórios de registro de imóveis da circunscrição de Jaboatão dos Guararapes em processos extrajudiciais de usucapião imobiliária, nos anos de 2016 a 2020, foram julgadas favoráveis ou contrárias ao reconhecimento da aquisição da propriedade imobiliária.

Desenvolvido como uma pesquisa teórica com análise de dados documentais e bibliográficos, este artigo possui como método técnico o processo observacional qualitativo.

Nesse sentido, o presente artigo científico se propôs a discorrer sobre a problemática da usucapião extrajudicial e suas generalidades conceituais. Além expor noções preliminares sobre os conceitos de posse e propriedade, essenciais para melhor entendimento do instituto, bem como características e espécies de referida ação, que tem por base a discussão da posse prolongada no tempo.

Ademais, houve a preocupação de trazer à baila uma exposição do procedimento processual adotado na esfera extrajudicial, bem como, alguns aspectos da discussão sob a luz da Lei n.º 13.465/2017 e do Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Outrossim, será estudada a forma de surgimento da usucapião extrajudicial, sua previsão legal frente ao CPC e as alterações tangentes ao tema implementadas na LRP.

Por fim, serão expostos alguns pontos, dados e argumentos referentes à aplicabilidade das decisões no que concernem à aquisição da propriedade imobiliária pela via extrajudicial no município de Jaboatão dos Guararapes – PE no período de 2016 a 2020, sendo tais resultados de uma pesquisa de campo realizada nos dois cartórios de registros de imóveis da pré-falada cidade, entre os dias 05 e 06 de no-

vembro de 2020, a fim de responder o problema de pesquisa outrora formulado.

2 DA USUCAPIÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS

Preliminarmente, neste primeiro tópico, objetivou-se tratar sobre questões teóricas que contribuirão para o aprofundamento das discussões e a posterior compreensão quanto aos resultados obtidos a partir da pesquisa de campo executada.

Não se pretende aqui esgotar toda a discussão conceitual sobre a matéria, mas sim explanar a distinção entre posse e propriedade, bem como sobre as diferentes modalidades de usucapião e sua natureza jurídica.

2.1 Da posse

O estudo da posse encontra-se entre os pontos de maior relevância quando o assunto é a usucapião. Com efeito, trata-se de conceito complexo, em razão dos diversos significados que pode assumir.

A primeira dúvida que pode vir a surgir quando do estudo do instituto refere-se ao seguinte questionamento: a posse é um fato ou um direito?

Para Tartuce (2020, p. 32), existem duas grandes ideologias, a que afirma se tratar de um mero *fato* e outra pela qual a posse, realmente, constitui um *direito*. A segunda corrente, que prega o entendimento de que a posse é um direito é a que acaba prevalecendo na doutrina. Isso porque a posse pode ser conceituada como sendo o domínio fático que a pessoa exerce sobre a coisa.

A partir dessa ideia, levando-se em conta a teoria tridimensional de Miguel Reale, ainda seguindo com o entendimento de Tartuce (2020, p.33), pode-se afirmar que *a posse constitui um direito, com natureza jurídica especial*. Destarte subentende-se que a posse é um conceito intermediário, entre os direitos pessoais e os direitos reais. Mas esse caráter híbrido não tem o condão de gerar a conclusão de que não constitui um direito propriamente dito.

Todavia, é de suma importância lembrar que a posse é um instituto presente em diversas vertentes do Direito, isso porque é mencio-

nada em outras matérias da supracitada ciência, com significados divergentes. No direito de família, existe a posse de estado de filiação, presente no CCB no art. 1.605, vide:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. (BRASIL, 2002)

Outrossim, existe a posse do estado de casados prevista no CCB no art. 1.545, conforme se observa:

Art. 1.545. O casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado. (BRASIL, 2002)

Já no direito das sucessões, alude-se à posse da herança no art. 1.791 do CCB:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio. (BRASIL, 2002)

Por fim, no direito administrativo existe a posse de cargo ou função pública. Contudo, é no direito das coisas que a posse assume maior realce e afirma-se em individualidade, tendo em vista sua larga dissipação na sociedade, inclusive quando em tensão com a propriedade.

Apesar das diversas argumentações a respeito de sua conceituação, é fato de que a posse é uma prerrogativa que exercemos cotidianamente. Seja na compra de um novo imóvel, ou até mesmo em uma compra e venda ou aluguel, a todo tempo o supracitado instituto é praticado, transpassado e contraído.

Em conformidade, Lôbo (2019, p. 50) conceitua que a orientação majoritária no Brasil da posse como poder de fato que o direito re-

conhece ao titular da posse, é influenciada pela opção secular do projeto do Código Beviláqua, enunciado no art. 485 do CC/1916 e mantido, quase inteiramente, no dispositivo legal 1.196 do CC/2002, de seguinte teor: “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

Partindo desse pressuposto, Gonçalves (2015, p. 19) esclarece que “se alguém se instala em um imóvel e nele se mantém, mansa e pacificamente, por mais de um ano e dia, cria uma situação possessória, que lhe proporciona direito a proteção”. O referido direito à proteção, segundo o supracitado autor, é denominado de *jus possessionis*, sendo proveniente de uma posse autônoma, insubmisso a qualquer título.

Com efeito, prossegue Gonçalves (2015, p. 19), ao dispor que “o direito a posse conferido ao portador de título devidamente transscrito, bem como ao titular de outros direitos reais, é denominado de *jus possidendi* ou posse causal”.

À vista disso, advoga o Código Civil Brasileiro (CCB), em seu artigo 1.196: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

Não obstante, ainda que exista um conceito norteador que unifique a concepção primordial de posse, existem teorias que se contrapõem entre si no que tange à designação dos elementos objetivo e subjetivo da posse. Nessa perspectiva, existem duas principais correntes idealizadoras que possuem forte reverberação perante a legislação: a teoria subjetivista, elaborada por Savigny, e a objetivista, elaborada por Rudolf von Ihering (Gonçalves, 2015).

Antes de esclarecer a distinção conceitual entre as duas teorias, é fundamental salientar dois elementos componentes da posse, quais sejam, o *corpus* e o *animus*.

Conforme conceitua Venosa (2013, p. 39), o *corpus* é a “relação material do homem com a coisa, ou, a exterioridade da propriedade”. Já o *animus* é o “elemento subjetivo, a intenção de proceder com a coisa como faz normalmente o proprietário”; enquanto o *corpus* se define como a retenção do objeto, o *animus* nada mais é, do que a intenção de o ter para si.

Contudo, tanto uma teoria quanto a outra têm possuem o instituto da propriedade como paradigma, o que ameniza a função da posse e sua autonomia. Por conseguinte, Lôbo (2019, p. 52) argumenta que “A posse seria a imagem e a semelhança, no campo fático, da propriedade.” De modo que, Savigny e Ihering não se esquivaram das eventualidades de seu tempo, no que tange a predominância da função individual da propriedade, tida como direito subjetivo por sublimidade. Para Savigny a posse, de acordo com a propriedade, era a manifestação da faculdade e da liberdade individual. Para Ihering, era a expressão do direito de propriedade (Couto, 2020).

Igualmente, em consoante com Apelação Cível julgada pela 2^a Turma do Tribunal Regional da 4^a Região (TRF-4), interpreta-se que o Ordenamento Jurídico Brasileiro enxerga a posse como um fato, e não como direito propriamente dito, vide:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. BEM IMÓVEL. ARREMATAÇÃO. POSSE MANSA E PACÍFICA. ANIMUS DOMINI. PROVA TESTEMUNHAL. POSSE É FATO. COMPROVAÇÃO. 1. Os embargos de terceiro destinam-se, também, à defesa da posse. Posse é fato e, portanto, pode ser comprovada por todos os meios de prova em direito admitido, inclusive a testemunhal. 2. Para a teoria objetivista, a posse constitui situação fática na qual o sujeito se apresenta para as demais pessoas como possuidor, independentemente do título de propriedade. Essa aparência do domínio é o que torna a posse visível para terceiros que desconhecem se o sujeito que possui a coisa é, efetivamente, ou não, o seu proprietário. A visibilidade do domínio é o que representa a posse. 3. Pela prova testemunhal uníssona que o embargante tem a posse do imóvel objeto de constrição, com *animus domini*, de forma ininterrupta há mais de 50 anos, ou seja, desde data anterior ao ajuizamento da execução fiscal, nele residindo com sua família e desempenhando atividade econômica da qual tira seu sustento, sendo reconhecido por terceiros como proprietário da área e não como mero detentor ou empregado dos proprietários do imóvel, não havendo, ademais, notícia de que tenha sofrido qualquer oposição desde o início da posse, não havendo nos autos um mínimo indício de eventual má-fé. 4. Sentença reformada, para reconhecer a posse da terceira embargante sobre o imóvel objeto de arrematação, liberando o bem constrito (TRF-4, 2^a Turma, AC: 50522049820164049999

5052204-98.2016.404.9999, Relator: Andrei Pitten Velloso, Data de Julgamento: 28/03/2017).

Sem embargo, é de grande valia e importância ressaltar que existem situações em que o indivíduo não é considerado como possuidor, mesmo praticando poderes de fato sobre uma coisa. Isso ocorre quando a lei desqualifica a relação entre pessoa e coisa para mera detenção, como aduz o art. 1.198 CCB, *in litteris*:

Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário. (BRASIL, 2002).

Na opinião de Farias e Rosenvald (2006, p. 67) a detenção “é uma posse degradada, juridicamente desqualificada pelo ordenamento vigente”. Portanto, uma vez que não lhe é reconhecida a posse, o detentor não pode constituir uso das ações possessórias para defender posse alheia, contudo, lhe é facultado a autotutela. O exemplo mais corriqueiro daquele que realiza a detenção, é o caseiro, uma vez que, o mesmo situa-se em uma situação de posse de um bem, em nome de terceiro, caracterizando assim um vínculo de subordinação.

Os servidores ou fâmulos da posse, como o caseiro, estão diretamente ligados ao possuidor numa condição de subordinação social, onde os fâmulos ou servidores da posse “exercitam atos de posse em nome alheio como mero instrumento da vontade de outrem” como advogam Farias e Rosenvald (2006, p. 67), acarretando, assim, uma prevaricação da condição possessória.

Similarmente, conforme julgado da 3^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. ATOS DE MERA TOLERÂNCIA E PERMISSÃO NÃO RESULTAM EM POSSE. 1. O exercício possessório manifestado pelo autor/apelante, capaz de ensejar o reconhecimento da usucapião não se comprovou, sendo certo que atos de mera tolerância ou permissão não resultam em posse,

conforme exigido pelo artigo 1.208 do Código Civil. 2. À míngua de provas que comprovem que os bens constantes da declaração de imposto de renda do recorrente lhe gerem renda maior do que a declarada nos autos, e considerando que houve redução no seu rendimento, há que ser reformada a decisão da instância singela, para manter a assistência judiciária inicialmente deferida. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA) (TJ-GO – APL: 01010495720158090091, Relator: NEY TELES DE PAULA, Data de Julgamento: 11/09/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 11/09/2019).

Isso posto, evidencia-se a magnitude jurisdicional que possui o art. 1.208 do CCB. Resumidamente, o dispositivo legal expressa que os atos de mera permissão ou tolerância não constituem posse por serem originários de uma autorização expressa ou de um consentimento do dono, podendo ser abolido pelo sujeito outorgante. De modo que, frente a degradação da concessão não há o que se falar em posse.

Assim sendo, utilizando como parâmetro o teor dos dispositivos presentes no CCB, bem como o entendimento doutrinário, entende-se que nem todo estado de fato, no tocante ao tema, é juridicamente posse. Às vezes não passa de mera detenção, que diverge da posse pelo principal fato de não gerar efeitos jurídicos.

Por conseguinte, posteriormente a efêmera explanação sobre a concepção de posse e suas características, passa-se ao estudo do instituto da propriedade.

2.2 Da propriedade

Em harmonia com o art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a propriedade é estudada e assegurada como um direito fundamental para a sociedade. Em continuidade, o inciso XXIII do supracitado diploma legal dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Neste sentido, é oportuno reconhecer que o conceito desta importantíssima ação real na coisa própria, deverá, indubitavelmente, levar em consideração o seu aspecto funcional.

Pelas razões expostas, o CCB/02, ao estudar sobre a propriedade, manteve uma harmonia com a Lei Fundamental, conforme pode-se compreender:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1.o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Diniz (2007), por outro lado, assim conceitua a propriedade, como sendo “o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha” (DINIZ, 2007, p. 114).

Fluza (2014), por sua vez, conceitua propriedade como:

“a situação jurídica consistente em uma relação dinâmica e complexa entre uma pessoa, o dono, e a coletividade, em virtude da qual são assegurados àquele os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados os direitos da coletividade” (FLUZA, 2014, p. 936).

De modo panorâmico, entende-se, que o conceito de propriedade passou a ser considerado, como um requisito necessário para existência e resguardo, ao atendimento ao interesse social e às necessidades econômicas. Por conseguinte, é crucial que a propriedade cumpra sua função social como princípio norteador da ordem econômica, ainda que de forma individualizada, utilizando-se socialmente e atendendo as condições necessárias para sua devida utilização, ou seja, que a utilização da propriedade seja feita em prol do avanço da coletividade. Já para Tartuce (2020):

“a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional.” (TARTUCE, 2020, p.31)

Em termos conceituais, portanto, de acordo com Gonçalves (2015) o direito de propriedade é constituído de quatro elementos. O primeiro consiste na faculdade de o dono servir-se da coisa e de utilizá-la da maneira que entender mais conveniente (*jus utendi*), o segundo que seria considerado como o direito de gozar ou usufruir da coisa (*jus fruendi*), o terceiro equivalente ao direito de dispor da coisa, transferi-la, ou aliená-la a outrem (*jus abutendi*), e o quarto e último o direito de reivindicar a coisa (*rei vidicatio*). Necessário observar, que os elementos mencionados são oponíveis *erga omnes*, ou seja, terá efeito vinculante, possuindo eficácia para todos.

Contudo, nosso ordenamento jurídico ainda não possui uma definição concreta no que concerne ao direito de propriedade, isso porque o CCB, ao referir-se ao pré-falado direito real, apenas o caracterizou por meio dos poderes inerentes à pessoa do proprietário, acima explanados.

Todavia, se faz imprescindível realizar um discernimento entre os conceitos de “propriedade” e “domínio”. Para Stolze e Pamplona Filho (2019) a primeira é compreendida como um direito mais amplo, abrangente de bens materiais e imateriais, que legitima a titularidade do sujeito, ao passo que a segunda, restrita a bens corpóreos, traduz uma perspectiva material de poder, de submissão da coisa.

E, na dimensão em que o domínio é assimilado no óptica da própria matéria do direito de propriedade, não pode ser confundido com a mera situação fática da posse, em que não se pleiteia domínio ou sequer propriedade.

Face ao exposto, convém ressaltar a lição de Rosenvald (2004, p. 16), ao manifestar que “o direito de propriedade é o mais sólido e amplo de todos os direitos subjetivos patrimoniais. É o direito real por excelência, em torno do qual gravita o direito das coisas”.

Esclarecidos esses aspectos, serão elucidados, no próximo tópico, para efeito didático, as generalidades conceituais e elementos constitutivos da ação de usucapião.

2.3 Da usucapião enquanto forma de aquisição de propriedade

A palavra usucapião, também denominada de prescrição aquisitiva, é derivada do latim *usucapio*, que é traduzido como “tomar ou

adquirir pelo uso". Nesse sentido, convém ressaltar os ensinamentos de Wald (2009):

a usucapião surgiu no direito romano a fim de proteger a posse do adquirente imperfeito, que recebera a coisa sem as solenidades necessárias, de acordo com a legislação então vigente [...]

Trata-se, na realidade, de uma derrogação à perpetuidade do domínio, em virtude da qual o possuidor, decorrido certo prazo, torna-se proprietário. (WALD, 2009, p. 192).

Segundo Couto (2016, p. 77), o supradito instituto nasceu da necessidade de sanar vícios referentes ao título aquisitivo, seja de forma, seja de legitimidade, para em uma segunda oportunidade passar a atribuir a propriedade a quem, sem embargo da existência de título, gozasse como se dono fosse, por um decurso longo de tempo. Hoje, engloba as mais diversas situações, algumas com prazos copiosamente reduzidos, com fito da concretização de valores relevantes para a sociedade.

Dantas (1979, p. 29), por outro lado, de maneira clara e sintética, declara que:

“o tempo transforma em domínio a posse, consolidando o direito daquele que possui, por exercer uma simples senhoria material. Essa transformação da posse em domínio, pelo simples fluxo do tempo, constitui o que se chama usucapião” (DANTAS, 1979, p. 29).

Assim, constata-se que, simplificadamente, a usucapião nada mais do que o modo de aquisição pela posse estendida, após lapso e requisitos atendidos que se encontram especificados em lei vigente.

No ordenamento jurídico brasileiro a usucapião é fundamentada, especialmente, no art. 5º, XIII, CF/88, que assevera que a propriedade atenderá a sua função social.

O aludido dispositivo argumenta que nenhuma propriedade privada deve ficar abandonada de modo a não possuir destino adequado, que dê a aquela propriedade alguma função útil a alguém ou a coletividade.

A usucapião também possui previsão legal no CCB/02, mais precisamente em seu artigo 1.228, § 1º, que aduz explicita que o direi-

to de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais.

Isso implica o fato de que, por exemplo, terrenos baldios, moradias inocupadas, latifúndios largados apenas para especulação imobiliária são alguns exemplos de bens imóveis que não estão cumprindo com o seu devido dever constitucional de possuir uma função social e que, por esse motivo, podem ser adquiridos por terceiros por usucapião.

De toda maneira, para que alguém venha a solicitar usucapião, é imprescindível que o indivíduo esteja no bem que presente usucapir ou o utilize constantemente, que o ocupe de forma ininterrupta e que não o obtenha de forma violenta ou clandestina. O que importa é que o indivíduo precisa estar com o bem com real intenção de posse, que não esteja com o bem subordinado a outrem – o que implica o fâmulo da posse - e que ninguém solicite de volta, o que caso venha a acontecer, tipifica a denominada posse precária, que se dá pelo abuso de confiança, daquele que detém bem alheio com a obrigação de devolvê-lo, se recusa a fazê-lo.

Assim sendo, entende-se que o presente instituto não pode ser manejado em situações onde o indivíduo que ocupa o bem possui conhecimento de que não é o proprietário ou trabalha para o mesmo (como caseiros e locadores, por exemplo), já que o mesmo possui a posse por intermédio de mera permissão e tolerância dos proprietários.

Abaixo transcrita, é possível visualizar julgado da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), no que toca a supra referida temática:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REIVINDICATÓRIA - USUCAPIÃO EM DEFESA - AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI - REQUISITO ESSENCIAL PARA A CONFIGURAÇÃO DA USUCAPIÃO - MERA DETENÇÃO DO IMÓVEL, POR PERMISSÃO E TOLERÂNCIA DOS PROPRIETÁRIOS - INDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO DO IMÓVEL - CABIMENTO - FIXAÇÃO - VALOR MÉDIO DE ALUGUEL. - A ação reivindicatória é típica do proprietário sem a posse contra o possuidor desprovido de domínio - A posse que conduz à usucapião deve ser exercida com "animus domini", mansa e pacificamente, contínua e publicamente, pelo prazo determinado na lei para a aquisição da propriedade - Demonstrada a condição de mero

detentor, a título de permissão, afastado o “*animus dominii*”, não há como se deferir o pleito usucapiendo - Reconhecido o caráter injusto da posse exercida sobre o imóvel, cabível a condenação ao pagamento de indenização pela fruição do imóvel - A indenização deve ser fixada de acordo com o valor médio de aluguel na região, sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes (TJMG - AC: 10713130081522001 MG, Relator: Marco Aurelio Ferenzini, Data de Julgamento: 14/07/2016, Data de Publicação: 22/07/2016).

Outrossim, a usucapião também não poderá ser utilizada para adquirir a propriedade de imóveis públicos, conforme dispõe o art. 102 do CCB¹. Para melhor entendimento, considera-se como bem público, o previsto no art. 98 do CCB “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem (BRASIL, 2002).

Igualmente, determina Mello (2009, p. 150), ao detalhar que bens públicos, “são todos os que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, bem como os que, embora pertencentes a essas pessoas, estejam afetados (destinados especificamente) à prestação de um serviço público”.

A título exemplificativo, estão previstos no CCB, em seu art. 99, como bens públicos:

Art. 99. *Omissis*

- I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
- II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
- III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, a despeito da espécie pretendida, os bens públicos não poderão ser passíveis de ação de usucapião. Por conse-

¹ Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião ficando esse direito reservado apenas a bens privados que estejam abandonados, irregulares ou não-registrados corretamente” (BRASIL, 2002).

quinte, em consonância com o diploma legal supramencionado, a 2^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), em recente julgamento de apelação cível, considerou que:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRA-ORDINÁRIO – BEM PÚBLICO – RECURSO DESPROVIDO. Nos termos do Enunciado 340, da Súmula do STF, os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião, pois estão protegidos pelas regras dos art. 183, § 3º, e 191 parágrafo único, da Constituição Federal (TJ-MS - AC: 08157861920158120001 MS 0815786-19.2015.8.12.0001, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 17/08/2020, 2^a Câmara Cível, Data de Publicação: 21/08/2020).

Equitativamente, quando o ordenamento jurídico estabelece que a propriedade é adquirida quando do preenchimento dos requisitos da usucapião, está se relacionando à propriedade informal, também denominada de domínio - conceito este já mencionado no tópico anterior -. A titularidade formal da propriedade só será obtida pelo usucapiente com o registro do título no competente registro imobiliário. Consequentemente, por se tratar de um instituto complexo a usucapião possui diversas modalidades previstas em lei. Segundo El Debs (2016, p. 1.147) [...] “o instituto da usucapião [...] é aplicável à concessão das várias espécies de usucapião de direito material previstas na legislação brasileira”.

Assim, de acordo com Couto (2020) vejamos algumas das modalidades da ação possessória previstas, bem como suas previsões legais:

- a) ordinário (art. 1.242 do CCB);
- b) ordinário com prazo reduzido (§ único do art. 1.242 do CCB);
- c) extraordinário (art. 1.238 do CCB);
- d) extraordinário com prazo reduzido (§ único do art. 1.238 do CCB);
- e) familiar (art. 1.240-A do CCB);
- f) constitucional urbano (art. 183 da CF, reproduzido no art. 1.240 do CCB, e art. 9º da Lei 10.257/2001);
- g) constitucional rural (art. 191 da CF, reproduzido no art. 1239 do CCB);
- h) urbano coletivo (art. 10º da Lei 10.257/2001);
- i) indígena (art. 33 da Lei 6.001/73);

- j) ordinário de servidão (art. 1.379 do CCB);
- k) extraordinário de servidão (§ único do art. 1.379 do CCB). (COUTO, 2020, p. 156).

Dessa forma, mediante entendimento extraído do CCB, as espécies de usucapião supramencionadas são meios concessórios da aquisição da propriedade imóvel em razão do exercício da posse, elemento fundamental para caracterização da prescrição aquisitiva, desde que seja a posse *ad usucaptionem*, e que possua os requisitos essenciais para caracterização de tal, tais como o *animus domini*, que a posse seja mansa e pacífica, contínua, que exista um lapso temporal, e que possua justo título e boa-fé, a depender da espécie de usucapião proposta. Assim sendo, posteriormente efêmera exposição referente a Usucapião e os institutos que são necessários para seu entendimento, passa-se, no seguinte tópico, ao estudo da Usucapião Administrativa à luz do CPC e da LRP.

3 O SURGIMENTO DA USUCAPIÃO EXRAJUDICIAL: PREVISÃO DO CPC E AS ALTERAÇÕES IMPLEMENTADAS NA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

Percebe-se que o aumento da judicialização das relações privadas em geral foi responsável por inspirar o legislador a criar mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos, em uma tentativa de desafogar o Poder Judiciário e promover maior celeridade na apreciação das demandas apresentadas.

A título exemplificativo observa-se a busca dos interessados pelos pedidos de abertura de inventário, assim como de separação e divórcio consensuais, o que se tornou possível no Brasil a partir do advento da Lei Federal nº 11.441/2007, que alterou o CPC de 1973 para permitir que tais pleitos fossem promovidos pela via extrajudicial, em Cartório de Notas, sempre que não houvesse litígio ou algum interessado incapaz. O CPC de 2015 repetiu a previsão em seu art. 733, acrescentando a possibilidade de dissolução consensual da união estável e que, em nenhuma das hipóteses poderia haver nascituro ou filhos incapazes. Quanto ao inventário extrajudicial, a ideia igualmente foi repetida, desde que não haja testamento ou herdeiros incapazes, consoante previsão do art. 610, §§ 1º e 2º.

Durante o prazo de vigor do CPC de 1973, a aquisição da propriedade por meio da usucapião poderia ser realizada em regra por meio da ação judicial prevista nos arts. 941 a 945 do referido diploma. Todavia, com o advento do novo CPC, instituído pela Lei nº 13.105/2015, passou a existir a possibilidade de a usucapião a ser admitida extrajudicialmente, o que de representou um avanço na busca pela desjudicialização.

Assim, o CPC ora vigente estipula em seu art. 1.071 um novo dispositivo extrajudicial para a aquisição da propriedade de bens através da usucapião. O diploma legal não funda a usucapião administrativa, uma vez que, referida temática já possuía previsão legal no art. 60 da Lei Federal nº 11.977/2009, revogado pela Lei nº 13.465, de 2017 — que dispôs sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (MCMV) — que já previa uma matéria similar para titulares de legitimação de posse. O que existe de novo, contudo, é a generalização do mecanismo a qualquer suporte fático de usucapião em que exista o consenso, dilatando assim, a esfera de aplicabilidade do instituto.

Nesse contexto, o CPC introduziu o artigo 216-A na LRP, instituindo assim o procedimento extrajudicial de usucapião, que poderá ser utilizado, por faculdade da parte interessada, sempre nas hipóteses em que não exista litígio, para a aquisição, por usucapião, de qualquer direito real imobiliário que seja de exercício continuado.

Referido dispositivo preceitua em seu *caput*:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: [...] (BRASIL, 2015)

Similarmente, em seus incisos e parágrafos seguintes, o referido diploma doutrinou a documentação necessária para propositura e as hipóteses de cabimento. Com isso, estabelece-se a via extrajudicial como uma alternativa ao usucapiente, que, pode optar entre o procedimento jurisdicional ou o administrativo, o que lhe for trazer mais benefícios, sem prejuízo de ambos.

Dessa maneira, inexistindo lide, ou seja, quando todas as partes potencialmente envolvidas na ação estiverem um consenso, a alternativa extrajudicial - também denominada de administrativa - será uma opção para o reconhecimento de seu direito, de forma que a via judicial permanecerá aberta como possibilidade.

Essa constatação para muitos pode parecer óbvia, uma vez que entendimento oposto lesionaria o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário previsto no artigo 5º, XXXV da CF/88, todavia, várias discussões tangentes ao tema ainda se fazem presentes no âmbito notarial e registral.

De tal modo, conforme entendimento do 2º Registro de Imóveis do Recife, entende-se como a usucapião administrativa:

O processo de usucapião extrajudicial nada mais é do que um procedimento administrativo, conduzido pelo Oficial Registrador, voltado para a análise de um conjunto probatório, com o fim de verificar se foram atendidos os requisitos legais necessários para a aquisição originária do direito real de propriedade imobiliária. Ao final, o Oficial Registrador irá deferir ou denegar o pedido de reconhecimento de usucapião. Ao final, o Oficial Registrador irá deferir ou negar o realizado pela pessoa do usucapiente. USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL, 2º RI RECIFE, Recife, 27 de nov. de 2018. Disponível em: www.2rirecife.com.br/noticiadetalhe.php?vHash=6f-4922f45568161a8cdf4ad2299f6d23. Acesso em: 01 out. 2020.

Nessa perspectiva, a legislação aplicável ao tema não exige pronunciamento judicial ou do Ministério Público, muito menos homologação judicial de seu resultado. Isso se dá pelo motivo da inexistência de lide e a matéria versa sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Importante ressaltar o fato de que o CPC, ao dar ao requerente uma segunda opção para alcançar seu propósito que é revestido de formalidades no que concerne à aquisição da propriedade imóvel por meio da usucapião, não abandonou o direito do usucapiente em se utilizar do Poder Judiciário caso seja substancial, mesmo que a solicitação inicial da usucapião tenha sido realizada pelas vias administrativas.

Isso porque os parágrafos 9º e X do art. 1.071 do CPC, concedem à parte interessada buscar o Poder Judiciário caso o pleito de

usucapião seja indeferido pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis e/ou ainda, caso ocorra impugnação por algum dos interessados notificados, permitindo assim a remessa do processo a uma vara cível, a fim de que ocorra a modificação do procedimento administrativo em judicial.

Entretanto, após mais um ano de vigência do referido diploma, o efeito pleiteado pelos legisladores ainda se encontra longe de ser atingido, em virtude da existência de exigência legal de que seria necessária a concordância do titular registral para que o protocolo tivesse êxito, vide abaixo:

DÚVIDA. REGISTRO IMOBILIÁRIO. USUCAPIÃO EX-TRAJUDICIAL. EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 216-A, § 2º, LRP C.C. ART. 10, PROVIMENTO nº 65/2017 do CNJ e ITEM 418, do CAPÍTULO XX DAS NSCGJ. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO TITULAR DE DOMÍNIO OU APRESENTAÇÃO DE TÍTULO QUE DEMONSTRE A DOAÇÃO DO IMÓVEL. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO DE NOTIFICAÇÃO DO PROMITENTE VENDEDOR. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DO DISTRIBUIDOR EM NOME DO PROPRIETÁRIO TABULAR E SUA CÔNJUGE. RECURSO NÃO PROVIDO (TJ-SP - AC: 10742882920198260100 SP 1074288-29.2019.8.26.0100, Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral), Data de Julgamento: 01/09/2020, Conselho Superior de Magistratura, Data de Publicação: 08/09/2020).

Diante desse quadro, foi introduzido no projeto de conversão da Medida Provisória nº 759/2016 a modificação da redação do art. 216-A da LRP, que teve por propósito desprender e viabilizar o procedimento registral.

O parecer da Comissão Mista manifestou como justificativa para a alteração legislativa, o fato de que no instante em que passou a se considerar a negativa do titular da propriedade a partir do seu silêncio, o regulamento impôs um óbice burocrático que frustrou significativamente a eficácia da norma. Ponderou, ainda, que a imposição de tal anuênciam veio a gerar abusos, sendo mister a conversão para “afastar as famosas condutas ardilosas de proprietários tabulares que, mesmo já sabendo da caracterização da usucapião, cobram um ‘vin-tém’ para expressarem a sua concordância expressa”. (BRASIL, Câ-

mara dos Deputados. Relatório da Comissão Mista da Medida Provisória nº 759 de 2016, p.158).

Assim, em 11 de julho de 2017, foi promulgada a Lei nº 13.465 (BRASIL, 2017), que dispôs sobre os institutos de regularização fundiária rural e urbana vigentes, e trouxe em seu bojo modificações específicas na redação do art. 216-A da LRP, determinando o fato de que o silêncio do titular registral acarreta em anuênciam - e não mais discordância - com relação ao pedido administrativo da usucapião, ao permitir que sua notificação seja feita por edital, nos casos em que ele - o proprietário registral - não for localizado, ou se encontrar em local incerto e não sabido.

Destaca-se, ainda, que segundo entendimento do 2º Registro Geral de Imóveis (2018), o fato de que a decisão que reconhece a usucapião extrajudicialmente é meramente declaratória, a exemplo da natureza jurídica da sentença judicial que julga a usucapião (vide arts. 1.238 e 1.241 do CCB). Destarte, o devido registro da decisão extrajudicial que julga a usucapião, no Registro de Imóveis, gera a publicidade do ato em caráter *erga omnes*, possuindo o efeito de tornar o direito real adquirido.

Frente aos fatos discorridos, e após breve estudo sobre o instituto da usucapião administrativa e suas temáticas norteadoras, passa-se à última seção, que se dedicou a analisar as decisões proferidas nos autos das ações de usucapião extrajudicial protocoladas perante as serventias do município de Jaboatão dos Guararapes/PE, desde 2016, ano que passou a ter eficácia o CPC de 2015, até o ano de 2020, utilizando para tanto, a análise dos dados colhidos após visita *in loco* realizada naquelas unidades cartorárias registrais, nos dias 05 e 06 de novembro de 2020.

4 ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELAS SERVENTIAS REGISTRAIS DO MUNICÍPIO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES/PE

Esta seção destinou-se a exteriorizar os fundamentos que possibilitaram identificar quais espécies de usucapião constituíram objeto dos processos extrajudiciais, bem como, realizar a análise das decisões proferidas pelos oficiais registradores dos cartórios de registro

de imóveis da Comarca de Jaboatão dos Guararapes/PE foram favoráveis e contrárias ao reconhecimento da ação de usucapião administrativa, no período de 2016 a 2020.

Na incumbência de realizar um estudo da eficácia da usucapião administrativa, por meio das decisões proferidas pelas Serventias Notariais e Registros do município de Jaboatão dos Guararapes, decidiu-se por levar em consideração as ações protocoladas perante os Cartórios de Registro de Imóveis, tenham sido elas ao final do procedimento deferidos ou indeferidos.

Para tanto, foram realizadas visitas *in loco* no Cartório de 1º Ofício Eduardo Malta – 1º Registro Geral de Imóveis de Jaboatão dos Guararapes, e na 2ª Serventia Registral De Jaboatão Dos Guararapes/PE – 2º Registro Geral de Imóveis de Jaboatão dos Guararapes/PE, nos dias 05 e 06 de novembro de 2020.

Com efeito, a análise dos dados obtidos foi efetuada à luz do atual CPC e da LRP, diplomas basilares para julgamento do pedido extrajudicial de usucapião e que consiste no objeto de estudo deste artigo científico.

4.1 Das decisões proferidas no 1º registro geral de imóveis de Jaboatão dos Guararapes

Consoante levantamento de dados realizado na serventia supracitada, ficou constatado o fato de que foram propostas 12 (doze) pedidos de usucapião administrativa perante este Registro Geral de Imóveis, com a confecção propriamente dita da Ata Notarial, vejamos:

- **Dos pedidos administrativos de usucapião julgados procedentes:** Das 12 ações pré-mencionadas, apenas quatro foram julgadas procedentes, sendo certo que em um já ocorreu o registro que viabilizou a mudança na titularidade da propriedade, enquanto que os outros três se encontram na iminência da realização desse ato.
- **Dos pedidos administrativos de usucapião que ainda estão em trâmite:** As oito ações restantes, ainda se encontram em tramitação, pelos fatos e motivos a seguir expostos.

a) Processo nº 0000173927: tal pedido, protocolado no início do ano de 2019, se encontra em andamento, mais precisamente no estágio de buscas nos registros de imóveis, que é uma fase interna realizada pelo Registrador de Imóveis, que possui como fim averiguar o requerimento inicial formulado e toda a documentação que o instrui, assim como para checar os dados obtidos com as informações existentes no arquivo da serventia.

b) Processo nº 0000203175: o referido processo se encontra com nota de exigência emitida referente à espécie de usucapião protocolada. O interessado, ao provocar a serventia competente, requereu reconhecimento da usucapião extraordinária, contudo, ao analisar o teor da petição inicial, o Registrador entendeu que o direito deveria ser requerido pela via da usucapião ordinária. Contudo, conforme advoga Couto (2020) não compete ao serviço notarial realizar essa adequação dos fatos aos direitos, devendo o usucapiente, no andamento do processo, solicitar a alteração da modalidade anteriormente ensejada, o que acarreta em toda uma nova análise, fazendo com que o direito leve mais tempo para ser reconhecido.

Assim, deduz-se que grande parte do lapso temporal que o procedimento pode vir a percorrer, que em regra deveria durar de 90 a 120 dias em conformidade com o declarado pelo Tabelião Oficial do 1º RGI de Jaboatão dos Guararapes Valdomiro Marques, se dá pela razão de que em diversas oportunidades a espécie de usucapião pleiteada é diferente da qual o interessado possui respaldo legal.

c) Processos nºs 0000249788, 0000440619 e 0000373196: Os processos possuem nota devolutiva formulada no que concerne aos documentos necessários para registro. Tais notas são argumentadas e fundamentadas no art. 216-A da LRP, que estipula um rol taxativo dos documentos essenciais à propositura do pedido a ser apresentado pelo interessado, senão vejamos:

- I – ata notarial lavrada pelo tabelião**, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;
- II – planta e memorial descritivo assinado** por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de

responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. (BRASIL, 2015).

d) Processos nº 0000276216 e 0000302093: encontram-se em fase de análise formal dos documentos, oportunidade em que é checado se o requerimento inicial foi apresentado conjuntamente aos documentos exigidos pelo art. 216-A da LRP.

e) Processo nº 0000482082: encontra-se em fase de análise de admissibilidade do pedido, onde o oficial registrador realizará um exame dos aspectos processuais, de modo a checar se atende aos requisitos legais, de modo a viabilizar o seu prosseguimento, dando continuidade à marcha processual. Nesse sentido, Brandelli (2016) advoga que tal análise pode resultar em rejeição do pedido:

Protocolado o pedido e autuado, deverá o Oficial de Registro proceder à sua primeira análise jurídica. [...] A qualificação registral é o momento em que o Registrador analisa a conformidade do título com o ordenamento jurídico, a viabilidade jurídica do pedido. [...] Assim, ao qualificar nesse primeiro momento o processo de usucapião extrajudicial, deverá o Registrador verificar, em primeiro lugar, se estão presentes os requisitos formais para o pedido de usucapião. [...] Em segundo lugar, analisará o Registrador se estão presentes os requisitos autorizadores da aquisição do direito real que se pretende adquirir pela espécie de usucapião invocada. [...] Entendendo o Registrador não estar em ordem formalmente o pedido, ou tendo formado convicção de que não houve aquisição pela usucapião, qualificará negativamente, negando o pedido e exarando nota devolutiva, contra a qual caberá suscitação de dúvida para o Juízo competente (BRANDELLI, 2016, p. 89-91).

No mesmo sentido, dispõe Mello (2018), para quem:

[...] Não cumpridas as exigências, deve ser indeferida a inicial. Da decisão cabe recurso de dúvida, com efeito suspensivo para o juiz corregedor permanente, na forma do art. 216-A, parágrafo 7º, da Lei nº 6.015/73, afastando a impetração do mandado de segurança (MELLO, 2018, p. 331).

Por outro lado, uma vez superada essa etapa, o Oficial deverá solicitar ou realizar diligências para confirmação dos fatos, de modo a sanar eventuais dúvidas e incertezas, conforme aduz o Provimento nº 65/2017 do CNJ, que, em seu art. 17, dispõe: “para a elucidação de quaisquer dúvidas, imprecisões ou incertezas, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis ou por escrevente habilitado” (BRASIL, 2017).

Todavia vale ressaltar, conforme advoga Couto (2020, p. 126), que o procedimento não poderá ficar tramitando *ad eternum*, ou seja, infinitamente, de maneira que sua paralisação injustificada por prazo superior a 30 (trinta) dias, poderá ensejar a rejeição do pedido por inércia do interessado, sem análise do mérito do pedido.

Nesse sentido, consoante disposto no art. 9º, § 2º do Provimento nº 65/2017 do CNJ: “A desídia do requerente poderá acarretar o arquivamento do pedido com base no art. 205 da LRP, bem como o cancelamento da prenotação” (BRASIL, 2017).

Desse modo, verifica-se que deve o requerente ser informado, por escrito, sobre a razão da descontinuidade do procedimento, anexando-se os documentos que corroborem a constatação, haja vista que, a realização de um novo pedido será matéria de autuação e prenotação distintos, resultando em outra cobrança de emolumentos.

Assim, entende-se que pode não ser exequível a reabertura de procedimento, quando este fora extinto em razão do indeferimento do pedido, haja vista o seu exaurimento, ainda que o arquivamento tenha se dado por desídia ou insuficiência de documentos. Tal constatação encontra respaldo, inclusive, na jurisprudência, senão vejamos:

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – REABERTURA – EXAURIMENTO... [...] Trata-se de pedido de providências formulado por [...], pretendendo a reabertura do procedimento administrativo de usucapião extrajudicial, para que pos-

... sam complementar seu pedido e juntar os documentos faltantes, além de verem reapreciadas as custas cobradas. Relatam as interessadas que ingressaram com pedido de usucapião administrativa perante ao 8º RI, pleiteando o usufruto em favor da primeira e a nua propriedade a favor da segunda, todavia, em razão da opinião desfavorável do registrador quanto a possibilidade do reconhecimento da usucapião na forma pretendida, optaram as requerentes pela suscitação de dúvida. [...] Neste contexto, tramitou perante este Juízo o procedimento nº 1036238-31.2019.8.26.0100, o qual foi julgado procedente, mantendo-se consequentemente o óbice ao reconhecimento simultâneo da usucapião e nua propriedade e do usufruto, possibilitando as requerentes retificarem o pedido, de modo a observar a legalidade e a situação fática constantes dos demais documentos, razão pela qual os documentos foram entregues e cobrado o valor de R\$ 1.027,83, referentes aos emolumentos. [...] O feito que originou a presente dúvida (1036238-31.2019.8.26.0100) foi julgado procedente, **mantendo-se os óbices impostos pelo Registrador**. A faculdade das requerentes em retificarem o pedido, constante do dispositivo da sentença expedida no mencionado processo, significa a proposta de novo procedimento de usucapião administrativa. [...] No caso de impugnação infundada, o Oficial deve prosseguir o procedimento extrajudicial. Quando fundamentada a impugnação, o Oficial extinguirá o procedimento, cancelando a prenotação. **Logo, incabível a determinação para a reabertura do procedimento administrativo de usucapião, já que exaurido o procedimento**. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Pedido de Providências 1063962-10.2019.8.26.0100. 1ª Vara de Registros Públicos. Juíza Tânia Mara Ahualli. Diário de Justiça Eletrônico, São Paulo, 15 jul. 2019. (grifo nosso).

Com efeito, concluído o levantamento e consequente análise de dados do 1º Registro Geral de Imóveis de Jaboatão dos Guararapes, dedica-se a subseção seguinte à análise efetuada no 2º Registro Geral de Imóveis do mesmo município.

4.2 Das decisões proferidas na 2ª serventia registral de Jaboatão dos Guararapes/PE

Já perante o 2º Registro Geral de Imóveis, apenas 3 (três) processos (0000569832, 0000624993, 0000722720) foram protocolados

no período de vigência do instituto, todas elas possuindo exigências referentes ao título, mais especificamente no que tange aos documentos necessários, bem como, à elaboração da ata notarial para invocação da usucapião na esfera extrajudicial.

Do mesmo, toma-se conhecimento que uma das notas devolutivas elencadas aos processos, mais precisamente referente ao procedimento de nº 0000722720, está diretamente ligada ao inciso I do art. 216-A da LRP. Ao enumerar como documento necessário a ata notarial lavradas por tabelião, em diversas oportunidades, profissionais acabam por confundir tal documento com a escritura pública, pela razão principal de que a usucapião extrajudicial ainda é um procedimento administrativo recente e com pouca demanda no âmbito jurídico, fazendo com que ainda exista pouca diligência por qualificação pertinente alusiva a temática.

A diferença entre as duas temáticas concerne a sua produção de efeitos jurídicos. Nesse sentido entende-se que para ser instrumento de Ata Notarial, não poderá a mesma temática ser objeto de escritura pública. A distinção básica entre ambas é a existência, ou não, de alegação de vontade, que se faz clara e perceptível na escritura, e faltante na ata. A carência de exteriorização de vontade, é precisamente o que qualifica o fato jurídico, que é o propósito da ata notarial (Brandelli, 2016).

Outrossim, convém ressaltar o disposto por Nobre (2018), que, ao tratar do aspecto ora em apreço, explica o caráter *sui generis* da ata de usucapião:

[...] a ata notarial de usucapião é *sui generis*. Ela envolve, conforme o caso, o exame de documentos, a coleta de declarações do requerente e de terceiros. A diligência ao local, e sublinhe-se, a pré-qualificação do futuro pedido a ser feito ao registrador. Se fosse apenas para analisar o material fático, o próprio registrador poderia fazê-lo, e nem a lei determinaria ao notário atestar o tempo de posse. A participação do tabelião é essencial, eis que sem a ata não será possível ingressar com o pedido de usucapião extrajudicial. O legislador, por meio da obrigatoriedade da ata notarial de usucapião, quis adotar o procedimento de um mecanismo de dupla segurança: só é possível a usucapião extrajudicial se dois delegatários, o tabelião e o registrador, a considerarem admissível. Se

o tabelião de notas não lavrar a ata, o requerente jamais poderá formular o pedido de usucapião ao registrador de imóveis. (NOBRE, 2018, p. 66).

Por fim, o inciso IV do art. 216-A da LRP exige que o requerimento inicial seja instruído com “**justo título ou quaisquer outros documentos** que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel” (BRASIL, 2015).

A apresentação incompleta dos documentos ensejará a intimação do advogado do usucapiente para suprir a lacuna, no prazo de 15 dias, aplicando-se por analogia, nos termos do art. 15 combinado com o art. 320, ambos do CPC.

Apesar disso, é habitual realizar-se uma rápida apreciação do diploma e compreender que o dispositivo trata apenas sobre o justo título, devendo assim ser retratado apenas nos casos de ter sido pretendido o reconhecimento da usucapião ordinária. Contudo, tal interpretação é desacertada, uma vez que, o legislador também está exigindo no dispositivo que seja assegurado, por meio de documentos a origem, a continuidade, a natureza, e o tempo da posse, o que se estende as outras modalidades de usucapião.

Assim sendo concluídas as análises realizadas nas decisões extrajudiciais proferidas pelos Oficiais Registradores de Imóveis do Município de Jaboatão dos Guararapes, passa-se às considerações finais.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível asseverar que a usucapião como modo originário de aquisição da propriedade trata-se de um instrumento jurídico voltado à concretização da função social da posse e da propriedade. Da mesma forma, a desjudicialização dos conflitos por meio da apreciação extrajudicial do pedido de reconhecimento de direitos reais é uma tendência que pode ser explicada pelo princípio do acesso à justiça.

Apesar de ser uma iniciativa inovadora, questiona-se a eficiência do instituto da forma como foi concebido e se encontra atualmen-

te posto, uma vez que a usucapião administrativa ainda é revestida de lacunas e incertezas de sua eficácia prática, o que talvez explique sua baixa aplicabilidade dentro das serventias registrais de Jaboatão dos Guararapes/ PE, sobretudo se levado em consideração se tratar de município que possui 31 bairros, distritos e localidades distribuídas em seu território, conforme informações fornecidas pelos oficiais registradores de ambas as serventias registrais do município.

Não obstante, para que se torne um mecanismo palpável para o reconhecimento da propriedade, se faz necessário o perfeito entendimento jurídico sobre a matéria por parte de todos os envolvidos – principalmente advogados, notários e registradores –, os quais precisarão compreender e aplicar as disposições presentes na lei, voltadas a tornar o processo mais célere, eficiente e seguro.

Destarte, em resposta à pergunta de pesquisa outrora formulada, chega-se ao desenlace que os procedimentos administrativos protocolados nas serventias registrais da circunscrição de Jaboatão dos Guararapes, em suma maioria, estão sendo indeferidos, uma vez que, levando em consideração os dados obtidos em ambos os cartórios de imóveis, constatou-se que apenas 04 (quatro) processos foram deferidos, tendo possuído todo o restante notas devolutivas a serem superadas para o desentralve da ação.

Conclui-se, portanto, que a efetividade da usucapião por meio do procedimento extrajudicial no município de Jaboatão dos Guararapes está significativamente enfraquecida, levando em consideração a baixa demanda, o que se percebeu pelo pequeno número de proposturas firmadas nos cartórios de imóveis da região, bem como, o teor jurídico das decisões proferidas pelos registradores, que acabam por acarretar mesmo que de forma não intencional, a busca ao Judiciário pelas partes interessadas, não se cumprindo, assim, o objetivo originário da lei, que foi o de proporcionar celeridade e acesso facilitado para o reconhecimento da usucapião.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. **O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil.** [S. I.], 18 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>. Acesso em: 22 out. 2020.

1^a VRP|SP. Dúvida – Registro de Imóveis – Usucapião Extrajudicial – Pagamento de 50% pelo processamento – Pedido de novo processamento – Novo pagamento de emolumentos – Pedido de Providências improcedente. [S. I.], 16 ago. 2019. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=14976https://www.cnbsp.org.br/Rcto.aspx?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTgzODg=&filtro=1>. Acesso em: 9 nov. 2020.

1^a VRP|SP. Dúvida – Registro de Imóveis – Usucapião Extrajudicial – Pagamento de 50% pelo processamento – Pedido de novo processamento – Novo pagamento de emolumentos – Pedido de Providências improcedente. [S. I.], 16 ago. 2019. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=14976https://www.cnbsp.org.br/Rcto.aspx?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTgzODg=&filtro=1>. Acesso em: 9 nov. 2020.

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Detenção e sua Conversão em Posse.** [S. I.], 25 jan. 2016. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/detencao-e-sua-conversao-em-posse/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRANDÃO, Marcelo da Silva Borges. **Da usucapião extrajudicial.** [S. I.], 30 set. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrals/334041/da-usucapiao-extrajudicial>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRANDELLI, Leonardo. Usucapião administrativa: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89-91.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em 30 de out. de 2020.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Brasília, 31 dez. 1973, retificado em 30 out. 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em 30 de out. de 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Edição e Publicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 30 de out. de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da Comissão Mista da Medida Provisória nº 759 de 2016.** Rel. Senador Romero Jucá. Brasília, 03 maio 2017, p. 158.

COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Usucapião como forma derivada da aquisição da propriedade imobiliária. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 77.

COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Usucapião extrajudicial doutrina, jurisprudência. 3 ed. Belo Horizonte: Editora JusPODI-VM, 2020, p. 29 – 118.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Programa de direito civil III: direito das coisas.** Rio de Janeiro: Biblioteca Central das Faculdades Integradas Estácio de Sá, 1979.

FACHINI, Tiago. **Posse no Código Civil: teorias e seu conteúdo: Usucapião: como funciona, tipos, como fazer e exemplos.** PROJURIS, 4 ago. 2018. Disponível em: https://www.projuris.com.br/usucapiao#o_que_e_usucapiao_conceito_e_significado. Acesso em: 1 nov. 2020.

FERNANDES, Wander. **Usucapião - Quadro esquemático, Cartilhas e Jurisprudência:** Espécies, prazos, requisitos, fundamentação legal, cartilhas (usucapião extra e judicial) e Jurisprudência. [S. l.], 28 out. 2017. Disponível em: <https://advogado1965.jusbrasil.com.br/artigos/559537420/usucapiao-quadro-esquematico-cartilhas-e-jurisprudencia>. Acesso em: 17 nov. 2020.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. São Paulo: RT, 2014, p. 936.

GARCIA, Eurimar Nogueira. **O processo da usucapião extrajudicial: legislação, natureza jurídica e procedimentos.** [S. I.], 1 jul. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-processo-da-usucapiao-extrajudicial-legislacao-natureza-juridica-e-procedimentos/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: direito das coisas.** 22. ed. rev. e atual de acordo com a nova Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

DIREITO das Coisas: Sinopse Jurídica. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Coisas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617197/cfi/3!4/2@100:0.00>. Acesso em: 17 nov. 2020.

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. Usucapião Extrajudicial. 2.ed. São Paulo: YK Editora, 2018. p.331.

MILAGRES, Allan; CÉSAR, Gustavo Sousa. **Aspectos críticos e práticos da usucapião extrajudicial.** [S. I.], 6 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-06/opiniao-aspectos-criticos-praticos-usucapiao-extrajudicial>. Acesso em: 28 out. 2020.

NOBRE, Francisco José Barbosa. **Manual da usucapião extrajudicial.** Led. Ananindeua: Itacaiúnas, 2018, p.66.

PEREIRA, Felipe Pires. **A interpretação do silêncio na usucapião extrajudicial do novo CPC.** [S. I.], 9 jan. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-09/interpretacao-silencio-usucapiao-extrajudicial-cpc>. Acesso em: 1 nov. 2020.

POSSE no Código Civil: teorias e seu conteúdo. Jus.com.br, 2 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72332/posse-no-codigo-civil-teorias-e-seu-conteudo>. Acesso em: 19 nov. 2020.

QUEIROZ, Leandro. **Usucapião extrajudicial.** [S. I.], 30 set. 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/311984/usucapiao-extrajudicial>. Acesso em: 13 out. 2020.

RECIFE, 2 Registro de Imóveis. Usucapião Extrajudicial. *In: Usucapião Extrajudicial*. [S. I.], 13 abr. 2017. Disponível em: <http://www.2ri-recife.com.br/noticia-detalhe.php?vHash=6f4922f45568161a8cdf4ad-2299f6d23>. Acesso em: 9 nov. 2020.

RIBEIRO, Bruno Gonçalves Souza *et al.* **A efetividade da usucapião extrajudicial diante a análise da lei Nº 13.465/2017.** [S. I.], 26 jun. 2019. Disponível em: <https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/artigo-a-efetividade-da-usucapiao-extrajudicial-diante-a-analise-da-lei-no-13-465-2017-undefined-por-bruno-goncalves-souza-ribeiro-joana-teodoro-de-sousa-rodrigo-dantas-dias-sergio-victor-costa-dias>. Acesso em: 8 nov. 2020.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 16.

SÁ, Priscila Zeni de. **A (in)viabilidade da usucapião extrajudicial.** [S. I.], 3 abr. 2016. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27698722_A_IN_VIABILIDADE_DA_USUCAPIAO_EXTRAJUDICIAL.aspx. Acesso em: 28 out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Pedido de Providências 1063962-10.2019.8.26.0100. 1ª Vara de Registros Públicos. Juíza Tânia Mara Ahualli. Diário de Justiça Eletrônico, São Paulo, 15 jul. 2019.

STOLZE, PABLO; PAMPLONA, RODOLFO. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL: DIREITOS REAIS.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617722/cfi/5!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 23 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Coisas - Vol. 4.** 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989361>. Acesso em: 19 nov. 2020.

TJ-GO – APL: 01010495720158090091, Relator: NEY TELES DE PAULA, Data de Julgamento: 11/09/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 11/09/2019).

TJMG - AC: 10713130081522001 MG, Relator: Marco Aurelio Ferenzini, Data de Julgamento: 14/07/2016, Data de Publicação: 22/07/2016

TJ-MS-AC:08157861920158120001 MS 0815786-19.2015.8.12.0001, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 17/08/2020, 2^a Câmara Cível, Data de Publicação: 21/08/2020

TJ-SP-AC: 10742882920198260100 SP 1074288-29.2019.8.26.0100, Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral), Data de Julgamento: 01/09/2020, Conselho Superior de Magistratura, Data de Publicação: 08/09/2020

TRF-4, 2^a Turma, AC: 50522049820164049999 5052204-98.2016.404.9999, Relator: Andrei Pitten Velloso, Data de Julgamento: 28/03/2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 5. (Coleção direito civil). p. 46-47.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das coisas, vol. 4. 12 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

APÊNDICE A – Quadro resumo dos procedimentos de usucapião administrativa pesquisados

Nº Processo	UF	Registro Geral de Imóveis Competente	Município	Espécie de Usucapião	Status	Observações
0000010274	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Ordinária	Deferido	Registrado
0000108775	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Ordinária	Deferido	Fase de registro
0000143656	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Especial Rural	Deferido	Fase de registro
0000151199	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Ordinária	Deferido	Fase de registro
0000173927	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Ordinária	Em análise	Em fase de buscas nos registros de imóveis.

0000203175	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Ordinária	Nota de exi- gência emitida	Espécie de usuca- pião requerida é di- vergente da qual a interessada possui direito. De modo que, foi formulada nota devolutiva a fim de que o advogado da parte venha a alterar a modalidade visan- do sanar o vício e dar continuidade ao procedimento.
0000249788	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Extraordi- nária	Nota de exi- gência emitida	Falta de documen- tação necessária para registro.
0000276216	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Extraordi- nária	Em análise	Fase de análise formal dos docu- mentos
0000302093	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Especial Urbana	Em análise	Fase de análise formal dos docu- mentos
0000373196	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Ordinária	Nota de exi- gência emitida	Falta de documen- tação necessária para registro.
0000440619	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Ordinária	Nota de exi- gência emitida	Falta de documen- tação necessária para registro.
0000482082	PE	1º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Ordinária	Em análise	Fase de análise de admissibilidade do pedido.
0000569832	PE	2º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Especial Rural	Nota de exi- gência emitida	Falta de documen- tação necessária para registro.
0000624993	PE	2º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Ordinária	Nota de exi- gência emitida	Falta de documen- tação necessária para registro.
0000722720	PE	2º Serventia Registral	Jaboatão dos Guararapes	Especial Rural	Nota de exi- gência emitida	Escritura pública protocolada ao in- vés da Ata Notarial.

CAPÍTULO 13

NUANCES DA LEI 13.964/19 QUE INTRODUZIU O JUIZ(O) DAS GARANTIAS: UMA ANÁLISE DO SEU IMPACTO NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Andréa Cristina Borba da Silveira Sulzbach Rauber

Eriberto Cordeiro Amaral

Éverton Gleisson Albuquerque da Silva

Paula Rocha Wanderley

1 INTRODUÇÃO

É cediço que ao longo da história o sistema processual penal do Brasil sempre se aproximou do modelo inquisitivo. Entretanto, ao passar dos séculos, observando-se acontecimentos históricos, bem como o direito alienígena, foi-se paulatinamente galgando para o modelo acusatório, com toda sua consequente mudança que, hoje, reverbera-se, dentre outras, no juiz das garantias.

Com previsão legal constante no art. 3º e seguintes da nova lei 13.964/19, o juiz das garantias é inserido na sistemática processual penal brasileira. Tal instituto veio com a finalidade de concretizar os postulados constitucionais e tornar evidente que é o modelo acusatório (e não inquisitivo) que deve imperar no processo penal.

De acordo com a nova lei, em suma e via de regra, iniciada qualquer investigação de caráter criminal contra alguém, tal investigação deverá ser vinculada a um juiz (das garantias ou da investigação), que tomará as providências e medidas de caráter judicial, quando necessárias, encerrando sua função no ato de apreciação da peça acusatória ofertada pelo acusador.

Após a fase investigatória, com o recebimento da peça acusatória por parte do juiz da investigação (garantia), é que entra em cena o juiz da instrução, que prosseguirá com o processo, instruindo-o, não se maculando com as medidas produzidas em fase de investigação (que, inclusive, geralmente, não constarão no processo, salvo algumas exceções).

A comunidade jurídica interna diverge bastante sobre o tema. Uns aduzem, dentre outros argumentos, ser uma grande e histórica vitória para que se possa afastar de vez do sistema inquisitório que ainda se faz presente no processo penal brasileiro, bem como vem para efetivar princípios, tais como o princípio da necessidade (da instauração do processo penal para a aplicação da pena), o princípio da imparcialidade (do julgador) e, precípuamente, o princípio acusatório. Ou seja, houve uma grande evolução no sistema processual penal constitucional.

Já outra parte aduz, sem desconsiderar outros argumentos pertinentes, que, além de ser desnecessária a imposição de tal figura judicial num processo penal, tendo em vista que para atuar em qualquer processo judicial o juiz é obrigado a ser imparcial, o Brasil, nas condições em que se encontra, não tem estrutura para a implementação do instituto, sem que comprometa a lei orçamentária de cada ente federativo. Indo mais a fundo, tal previsão do juiz das garantias deveria ter sua iniciativa de lei reservada ao Poder Judiciário.

Instaurada a aporia, surge o questionamento: o implemento do juiz das garantias no processo penal efetivamente vem a ser (para todos os atores processuais) salutar ou nocivo? Existe alguma inconstitucionalidade na sua criação e execução? Tal instituto efetivamente vem amparar o sistema acusatório posto pela Constituição Federal?

Tais questionamentos, que vem sendo feitos por todos aqueles apaixonado pelas ciências penais, retratam uma pequena parte de toda polêmica e discussão que surgiu após o advento da Lei 13.964/19, pois são raros os pontos nesta que passaram ilesos a críticas (tanto jurídicas quanto morais).

É de se notar, por fim, que esta discussão transcende o campo acadêmico, haja vista que tramita no Supremo Tribunal Federal várias ADI(s) com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade dos artigos no CPP, que preveem a figura do juiz(o) das garantias, além de tantos outros institutos.

Inclusive, o próprio STF, na relatoria do Ministro Luiz Fux, acatou pedido liminar que, dentre outras, suspendeu a eficácia do instituto do juiz das garantias. Vale mencionar que o julgamento das ADI(s) está em iminência, tendo em vista que, até o presente momento, já fo-

ram realizadas várias audiências públicas, com diversos agentes da comunidade jurídica, com um caloroso debate sobre a constitucionalidade (ou não) do mencionado instituto.

2. O DIREITO PROCESSUAL PENAL COMO RAMO DO DIREITO PÚBLICO: CONCEITO, FINALIDADE, CARACTERÍSTICAS, SISTEMA ACUSATÓRIO E PRINCÍPIOS REGENTES ACERCA DO TEMA

2.1 Conceituação do direito penal e do direito processual penal

Diferentemente do Direito Processual Penal, o Direito Penal tem como uma de suas finalidades proteger os bens jurídicos mais importantes e sensíveis para a sociedade. Ou seja, onde nenhum outro ramo do direito puder proteger de forma eficiente tal bem jurídico, é de responsabilidade do direito penal fazê-lo, sob pena de proteção deficiente.

Deste modo, o princípio da intervenção mínima (um dos princípios relacionados com a missão fundamental do direito penal) se mostra de suma importância neste ramo, pois só aqueles bens jurídicos que reclamam proteção penal devem ser protegidos (sob pena de proteção deficiente e anarquismo com a seara penal). Trata-se de um dos ramos mais importantes do Direito Público, pois dialoga com bens jurídicos valiosos dos cidadãos e do Estado, dentre outros.

O caráter subsidiário do princípio da intervenção mínima diz respeito a aplicação do Direito Penal nas hipóteses de fracasso dos demais ramos do ordenamento jurídico, ou seja, dos demais setores de controle. Assim, só deve ser penalmente tutelado quando estritamente necessário.

Já o caráter fragmentário do princípio da intervenção mínima salienta que somente merece proteção penal os casos de relevante lesão (ou perigo de lesão) ao bem jurídico. Deste modo, lesões e ameaças irrelevantes a bens jurídicos estão fora da seara protecional do direito penal.

Nesta toada, aduz Cunha (2016, p. 32), com magistral peculiaridade, que

Nesta tarefa (controle social) atuam vários ramos do direito, cada qual com sua medida sancionadora capazes

de inibir novos atos contrários à ordem social. Todavia, temos condutas que, por atentarem (de forma relevante e intolerável) contra bens jurídicos especialmente tutelados, determinam reação mais severa por parte do Estado, que passa a cominar sanções de caráter penal, regradas pelo Direito Penal.

Em paralelo, concernente a conceituação do Direito Processual Penal, segundo Marques (2003, p. 16) diz respeito ao

Conjunto de princípio e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estrutura dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares.

Assim, pode-se dizer que o Direito Processual Penal é tido como um instrumento para aplicação do Direito Penal. É que não se pode existir uma pena sem o prévio e exauriente processo penal, ou seja, para que uma pessoa possa ser punida criminalmente, mister se faz um anterior processo (ressalvado os casos da justiça negociada, no âmbito criminal, que vem se alastrando no direito processual penal brasileiro com o passar dos tempos).

Nesta toada, uma pena/condenação não é (a única) consequência da prática de um crime, ou seja, praticado algum delito, nasce para o titular o direito de proceder contra aquele agente delituoso, para que se possavê-lo processado. Ao final deste processo é que se pode, cumprida todas as formalidades inerentes de sua natureza, imputar uma pena alguém.

É o que obtempera Orbaneja (1951 p. 27), explicando que o efeito jurídico do crime não é a pena, mas que a pena seria o efeito do processo, a qual este não seria efeito da prática delituosa, mas sim a necessidade de imposição da penalidade por meio de um devido processo (Princípio da necessidade).

Para que o processo tramite de forma regular, o juiz deve sempre estar em observância e atento a todas as garantias que logra o cidadão processado, haja vista que estar na condição de réu num processo penal já lhe traz uma pena (social e moral) que perdurará, inclusive, não rara as vezes, até o fim de sua vida. Por isso é função essencial do juiz zelar para que todos os direitos processuais constantes na

Constituição sejam respeitados e que o réu não sofra processualmente mais do que de praxe já sofre.

Dentro deste espírito, Lopes Jr. (2005, p. 10) salienta

[...] a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação de caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à penam, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos instrumentalidade garantista.

2.2 Finalidade do direito processual penal

Sendo ramo autônomo do direito público, haja vista ser analisado e estudado em separado (porém harmonicamente e entrelaçado) ao direito penal, o direito processual penal, Segundo Távora (2017, p.46), no que tange à sua finalidade, pode ser dividida em: (i) mediata, (ii) imediata.

A finalidade mediata diz respeito à pacificação social obtida e alcançada com a solução conflituosa exposta; já a finalidade imediata concerne ao fato de que o direito processual penal instrumentaliza/viabiliza a aplicação do direito penal, o concretizando ao caso em questão.

Assim, vê-se que, apesar de serem estudados autonomamente, o direito penal e o direito processual penal se completam, sendo um indissociável do outro, ambos se casando perfeitamente para suas respectivas aplicabilidades prática.

2.3 Características do direito processual penal

Ainda segundo Távora (2017, p.46-47), em sede de direito processual penal, a doutrina discorre acerca de três características básicas: (i) autonomia; (ii) instrumentalidade; (iii) normatividade.

Conforme a autonomia, o direito processual penal não é submisso ao direito material regente, haja vista ter princípios, regras e fi-

nalidades próprias e específicas; já a instrumentalidade, diz respeito a possibilidade da concretização do direito material, tornando-se possível o provimento jurisdicional. Por fim, no que concerne à normatividade, o direito processual penal seria disciplina normativa, dotada de codificação específica, com dogmática própria.

Vê-se, portanto, a importância do direito processual penal para que o direito penal possa funcionar bem, respeitados todos os postulados constitucionais, num Estado Democrático de Direito.

É que, sem a autonomia, instrumentalidade e normatividade inerentes ao direito processual penal, o direito penal restaria ineficaz, pois, mesmo que fosse fabuloso em seu conteúdo, careceria de aplicabilidade.

2.4 Sistema acusatório

A Constituição Federal fixou bem os órgãos de atuação no processo penal. Para o ato de acusar, tal incumbência foi dirigida ao Ministério Público, nos crimes de ação penal de iniciativa pública (incondicionada ou condicionada a representação); ou então a própria vítima do intento delitivo, nos crimes de ação penal de iniciativa privada. Já para o ato de julgar (proferir decisões), geralmente e de forma típica, tal ônus ficou com o Poder Judiciário (na figura do juiz).

De acordo com o sistema acusatório, na fase processual, o juiz deve manter-se equidistante tanto da acusação quanto da defesa, ou seja, estes dois produzirão as provas que deduzirem pertinentes e, ao final, o juiz prolatará sua sentença com base nas provas produzidas. É defeso ao juiz agir de ofício, quer na produção probatória, que na aplicação de medidas cautelares.

Entretanto, o atual CPP traz algumas exceções a este sistema acusatório, como por exemplo, permite que o juiz pratique atos de ofício na produção de prova (art. 156 CPP). Já quanto a decretação de prisões, antes da reforma do *pacote anticrime*, o juiz poderia decretar prisão preventiva de ofício no curso da ação penal, aproximando-se, neste aspecto, ao sistema inquisitório.

Entretanto, a lei 13.964/19 mudou a redação do art. 311 do CPP, retirando a possibilidade de decretação de prisão de ofício pelo

magistrado, o que já é um avanço ao desvincilhamento a aspectos inquisitório do processo penal que respaldam até hoje, em algumas partes, o nosso sistema processual penal.

Inclusive, autores como Lopes Jr. (2019, p. 193) salientavam que o atual modelo do CPP é o (neo)inquisitório, em contraponto ao chamado “sistema acusatório temperado/mitigado” quase unânime na doutrina brasileira, para tentar explicar e fundamentar a previsão legal de práticas que se aproximam de um sistema inquisitivo (provas e prisões de ofício), num sistema que tenta ser acusatório (como é o caso do processo pena brasileiro).

Vê-se, portanto, que o pacote anticrime visou aproximar mais o sistema processual penal do ordenamento jurídico brasileiro a modalidade acusatória, sepultando o famigerado sistema inquisitorial vigente ao longo de muitos anos na história recente da maioria dos países

2.5 Princípios constitucionais e processuais penais incidentes sobre a temática

Os princípios constitucionais são fontes cruciais para a resolução de conflitos sociais perante o aparelho jurisdicional estatal. A força dos princípios é tamanha que pode até mesmo se sobrepor a normas positivadas, bem como supri-las na sua falta. Ávila (2012, p.85), tratando sobre o assunto, expõe que:

As regras são normas imediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade de que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Já os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

De acordo com Schmitt (1982, p.45-47) existe uma diferença entre constituição e leis constitucionais. A primeira refere-se a uma de-

cisão política do povo (titular do poder constituinte originário) que se manifesta através do agente revolucionário; já a segunda seria o texto concreto/escrito na Constituição. Assim, a unidade política do Estado nasce antes mesmo da Constituição escrita, e não o contrário.

Deste modo, pode-se dizer que as leis constitucionais têm como alicerce sua respectiva constituição, ou seja, sua eficácia é justificada pela ideologia da unidade política anterior que lhe fez surgir. Assim, o âmago da constituição está presente na decisão política do Povo, e não nas leis ou disposições de forma isolada.

Neste sentido, norma e texto normativo não se confundem. A norma é a interpretação e o sentido dado ao texto normativo em um caso concreto, a luz da Constituição (vontade política pré-existente do povo). Não se tem norma sem antes atingir o sentido do texto normativo.

Já com relação aos princípios, Canotilho (1991, p. 1165-1167), os classifica da seguinte forma:

I) Princípios jurídicos constitucionais: são aqueles princípios que foram objetivados historicamente, sendo progressivamente incluídos no pensamento jurídico, onde consta expressa ou implicitamente no texto constitucional.

II) Princípios políticos constitucionalmente conformador: estes exteriorizam a axiologia política fundamental do poder constituinte. Aqui se tem a essência das opções política, bem como a ideologia que faz surgir à constituição.

III) Princípios constitucionais impositivos: Aqui constam os princípios que vinculam o Estado à realização de uma finalidade, bem como a execução de tarefas que lhe são impostas.

Desta forma, encaixando tal pensamento na problemática em questão, o princípio processual penal da imparcialidade, dentre outro, serve como diretriz para a aplicação da figura do juiz das garantias, haja vista que tal instituto vem para efetivar integralmente uma decisão justa e correta em cada caso concreto, sem vícios e maculadas de ordem objetiva e subjetiva, respeitando, assim, a imparcialidade do julgador.

IV) Princípios garantia: tem por finalidade estabelecer desde já garantias aos cidadãos. Aqui, conforme o princípio anterior, também

serve como fundamento para a incidência da aplicação do juiz das garantias no sistema processual penal, haja vista que as garantias processuais constantes na constituição e próprio código de processo penal, visam proteger o réu dos potenciais danos que podem ser provocados pelo Estado no caminhar de uma persecução penal.

De acordo com mencionado autor, o grau de abstração dos princípios é mais elevado do que o grau de abstração das regras. Os princípios, por serem mais abertos, precisam de regulação do operador do direito na sua aplicação; enquanto a regra pode ser aplicada diretamente.

Como bem leciona Grau (2007, p.167), os princípios servem como fundamentos e vetores para a unificação do direito, no intuito de que se possa ter coerência da aplicação das leis aos casos concretos.

Ou seja, não pode determinada lei ser aplicada sem a perspectiva dos valores principiológicos imbuídos na Constituição da República, haja vista que esta serve como fundamento para toda aplicabilidade jurídica decorrente.

Não é outra a lição de Carvalho (2003, p.178) que tratando sobre a matéria aduz que “princípios são normas jurídicas portadoras de intensa carga axiológica de tal forma que a compreensão de outras unidades do sistema fica na dependência da boa aplicação daqueles vetores”.

Deste modo, para fundamentar ainda mais a aplicação do instituto do juiz das garantias, previsto na lei 13.964/2019, faz-se necessário analisar minuciosamente os princípios constitucionais e processual penais aplicáveis a temática, no sentido de se demonstrar a viabilidade, constitucionalidade e imprescindibilidade (ou não) de tal instituto.

2.5.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do Devido Processo Legal, um dos mais importantes para os trâmites processuais num Estado de Direito, elencado no Art. 5º, LV da CF/88 (Brasil, 1988), no qual estatui que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Este princípio foi vislumbrado pela primeira vez na *Magna Charta* do rei João Sem Terra, datada de 1215, sem ter colocado ex-

pressamente o nome de devido processo legal. Apesar de tal princípio ter sido criado como instrumento para defesa dos nobres contra a corte inglesa, considera-se tal princípio como grande evolução do direito na história.

Tal dispositivo revela a grande garantia que as partes possuem de lograrem, ao final de um processo, uma decisão justa. Mendes, ao citar Beulke (Beulke, 2005, p.6 apud Mendes, 2014, p.397), aduz que “o direito ao devido processo legal contemplado no art. 6, I, da Convenção configura direito de caráter geral abrangente dos direitos especiais que dele derivam”.

Também tratando sobre a temática, Lima (2013, p.67) salienta que o princípio do devido processo legal tem no seu âmago todos os princípios processuais correntes, mas não se deixa limitar ao mero resultado equacional destes. Ou seja, um princípio dos princípios, fonte das fontes.

Ou seja, bastaria apenas a CF/88 prevê expressamente o princípio do devido processo legal para que automaticamente já decorressem todos os resultados processuais que assegurassem as partes um processo legal e uma sentença justa. Assim, pode-se considerar o princípio do *due process of law*, como um – meta princípio.

O princípio do devido processo legal funciona, metaforicamente, como a cabeceira de um rio, no qual decorrem vários outros rios e afluentes. Através do desdobramento do princípio do devido processo legal surge o princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio da igualdade entre as partes, princípio da imparcialidade (importantíssimo ao debate em questão), princípio a um juiz natural etc.

Mediante esse argumento, pode-se dizer, portanto que o princípio do devido processo legal é considerado um – meta princípio –, no qual dele decorre grandes consequências processuais.

Dentro deste contexto, continua a discorrer Mendes (2014, p.399):

Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo. Os direitos fundamentais relacionados à atuação processual e procedural fundamentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, e

a compreensão do processo como um fim em si mesmo e o homem como objeto desta finalidade agride a um só tempo direitos fundamentais relacionados à existência do processo, e também a dignidade humana.

Desse modo, a não observância do devido processo legal nos trâmites judiciários e administrativos atinge, também, a dignidade da pessoa humana, pois o direito processual está inteiramente vinculado aos princípios constitucionais, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é mais que o princípio: é uma norma fundamental do Estado. Isto implica dizer em qualquer âmbito jurídico, sempre deve observar a dignidade da pessoa humana, no intuito de proteger qualquer relação. Não é à toa que a Constituição Federal lhe considera como um fundamento da República, em seu art. 1º, inciso III.

Como bem leciona Nery Junior (2017, p. 109):

Respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*) constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui a *norma fundamental do Estado*, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional. De qualquer sorte, a dignidade humana, como tal, é resistente à ponderação.

Ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana imbui-se a todos as relações dentro de um Estado. Tal princípio tem valor fundamental em qualquer ato que se realize no ordenamento jurídico brasileiro, transcendendo e justificando todos os princípios, leis e demais normas existentes e vindouras.

Ratificando tal pensamento, dispõe o doutrinador Sarlet (2015, p.96):

[...] Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com seu texto – pode ser considerada como sendo uma Constituição da pessoa

humana, por excelência, ainda que não raras vezes este dado venha a ser virtualmente desconsiderado.

Por ser uma Constituição da Pessoa Humana, todas as realizações jurídicas posteriores (ou, até mesmo, as anteriores) devem ter como ótica o princípio da dignidade humana; apesar de muitas vezes, na prática, isto não se evidenciar. Como por exemplo, a discordância com a aplicação do juízo das garantias no processo penal faz com que possa existir decisões proferidas por magistrados parciais.

Esta não admissão, além violar vários princípios constitucionais aludidos na área processual, também infringe o princípio fundamental da Constituição da República: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nery Junior (2017, p.112-123), ainda tratando sobre o tema, classifica o princípio do devido processo legal em três aspectos: em sentido genérico; em sentido material; e em sentido processual.

O devido processo legal em sentido genérico diz respeito à trindade vida-liberdade-propriedade, ou seja, tal princípio visa tutelar estes três bens jurídicos de maneira mais genérica. Ou seja, no que incidir a vida, a liberdade e a propriedade estarão amparadas pelo princípio do devido processo legal.

É por isso que para se tirar a liberdade ou bens de uma pessoa, deve observar-se primeiramente o devido processo legal para, ao final, poder ter uma decisão justa acerca do caso concreto. É de se notar que a liberdade é um dos bens juridicamente mais valiosos da sociedade, não podendo ser tolhido sem que seja respeitado todo o viés normativo e principiológico.

Com isso, a inserção do juízo das garantias o processo penal, ao cindir o magistrado que atuará nas investigações do magistrado que atuará processualmente, visa-se garantir o trâmite processual e uma decisão mais justiça e imparcial, haja vista estar em jogo um dos bens jurídicos mais valiosos para o direito penal e para a sociedade: a liberdade.

O devido processo legal em sentido material diz respeito a tutela dos direitos materiais mediante o processo judicial ou administrativo. Tal sentido está disseminado em todos os ramos do direito, de sorte que, na seara processual penal, tem-se como exemplo o princípio

da legalidade, do contraditório e ampla defesa, da imparcialidade etc., haja vista que é a liberdade do réu/acusado que está em jogo.

Deste modo, se tentando frear os abusos cometidos pela Estado contra os acusados, surgiu, dentro do princípio do devido processo legal, o princípio da imparcialidade, a qual o julgador, para presidir um processo de maneira correta e proferir uma decisão justa, deve estar equidistante das partes, sem maculas objetivas ou subjetivas.

Este fato denuncia a incidência do devido processo legal em seu aspecto material no qual o Estado só poderá agir nos limites da lei, sistematizando e cumprindo os postulados constitucionais à baila da República, o que trará garantia de proteção aos cidadãos.

Assim, caso o magistrado conduza um processo ou profira decisão estando maculado com o ocorrido em sede investigativa, isto implicaria violação a diversos princípios processuais penais, tais como, o princípio da imparcialidade, princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio da igualdade entre as partes etc., podendo incidir violações nefastas a liberdade do acusado, que, pela CF/88, possui uma gama de direitos processuais e materiais respeitáveis por todos. Eis mais um fundamento para a constitucionalidade e convencionalidade do juízo das garantias na persecução penal.

Em se tratando do princípio do devido processo legal em sentido processual, sua incidência é mais restrita e precisa, portanto, ser chamada apenas de *devido processo*. Ou seja, todos as garantias essencialmente processuais que logram os litigantes nos processos (administrativos ou judiciais), diz respeito ao sentido processual do devido processo legal.

O devido processo legal implica dizer processo justo para ter-se, portanto, após a realização de uma série de atos processuais, uma sentença justa. Caso isto ocorra, fortalecerá também a ideia do princípio da segurança jurídica, pois o réu/acusado terá um prognostico de como o Estado lhe analisa e como decidirá.

Sabendo que foi atribuído ao Estado o poder jurisdicional no qual se deva fornecer uma decisão justa que proporcione o sentimento de justiça tanto das partes quanto da sociedade em geral, não pode ninguém ser privado de seus bens sem a observância do princípio mencionado.

Segundo o Jusfilósofo Ihering (2009, p. 36), ao falar de justiça e de que as partes possam lograr o sentimento de justiça, aduz:

Diz-lhe uma voz interior que não deve recuar, que se trata para ele, não de qualquer ninharia sem valor, mas de sua personalidade, de sua honra, de seu sentimento do direito, do respeito a si próprio; em resumo, o processo deixa de ser para ele uma simples questão de *interesse*, para se transformar numa questão de *dignidade* e de *caráter*: a afirmação ou o abandono de sua personalidade.

A persecução penal deve imbuir-se das garantias processuais prevista tanto na Constituição Federal quanto na legislação ordinárias, aplicando-se os princípios explícitos nas regras e implícitos, pois a sua não aplicabilidade resultaria um trâmite processual não devidamente legal, podendo ocasionando a perda da liberdade da pessoa lesada, caso não lhe seja dada a razão, diante de um trâmite que sofreu inclinações que parcialidade do julgador.

É que, uma vez dada ao Estado à incumbência de solucionar os litígios da sociedade, o Poder Público deve cumprir esta finalidade. Ora, se o é dada ao Estado a atribuição da persecução penal e o *jus puniendi* em face ao acusado/reu, deve o mesmo ser beneficiado com uma resposta justa, imparcial, que atente ao devido processo legal.

Deste modo, a aplicação do juízo das garantias no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente dentro do direito processual penal, visa fortalecer ainda mais o princípio do devido processo legal, haja vista que, ao mesmo tempo, fortalece o princípio da imparcialidade, princípio da igualdade entre as partes e, principalmente, o princípio da justiça.

Não se pode deixar nas mãos de um magistrado maculado cognitivamente com fatos e provas produzidos em sede investigatória sem ter dada a oportunidade ao acusado contraditá-las. Deve-se, portanto, para se ter um processo penal justo, que o magistrado possua uma cognição originária, acompanhando com as partes a produção das provas no correr processual.

2.5.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Apesar de suas semelhanças e sempre andarem juntos, o princípio do contraditório diferencia-se do princípio da ampla defesa, porém

ambos estão conectados, não podendo-se mencionar um afastando-se do outro. São princípios coirmãos de alta importância no processo penal.

O princípio do contraditório diz respeito a possibilidade de contraditar argumento e provas da parte contrária, sendo o direito de ser informado seu pressuposto lógico. É inerente a acusação e a defesa, haja vista que toda prova há uma contraprova.

Com previsão consagrada no art. 5º, inciso LV, da CF/88, bem como no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção americana sobre direitos Humanos), promulgado pelo Decreto nº 678/92 (Brasil, 1992), o princípio do contraditório representa a dialeticidade hegeliana, sendo obrigatoria a bilateralidade e igualdade formal e material entre as partes. Vejamos:

(...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. (...)

Nesta toada, existem duas espécies de contraditório, quais sejam, (a) o contraditório direto/imediato, aquele à qual é praticado no ato, e (b) o contraditório mediato/diferido/postergado, sendo aquele realizado *a posteriori*, ou seja, depois de praticado o ato.

O contraditório torna efetiva a defesa, fundamentando-a, tornando-a possível e efetiva. Não obstante os princípios do contraditório e da ampla defesa serem harmônicos, se complementarem e andarem juntos, há uma diferenciação pontual entre ambos.

Em razão do Inquérito Policial (ou investigações preliminares) ser procedimento investigativo, não gerando, em teses, cerceamento de direitos do investigado, é pacífico o entendimento de não haver contraditório nesta fase. Entretanto, de uns anos para cá, cresce a atuação e presença do acusado e seu defensor nesta área. Conforme o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 7º, incisos XIII e XIV, (Brasil, 1994) tem-se que

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos; (Redação dada pela Lei nº 13.793, de 2019);

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (...)

O código de Processo Penal, aumentando o leque de atuação do investigado e de seu defensor na fase investigativa, assim prevê, em seu art. 14 (Brasil, 1941), que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

Além do mais, a Lei 13.964/2019, alterando o CPP, de forma inovadora, trouxe a seguinte redação

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

O procedimento investigativo serve precipuamente para formar a *opino delict* do *Parquet* (ou querelante) para que possa ou não oferecer peça acusatória cabível no intuito de ser deflagrada ação penal. Ou seja, serve para evidenciar se há justa causa para início de uma persecução penal.

Deste modo, apesar de não haver um contraditório pleno em fases investigativas, é totalmente viável o acusado e seu defensor participarem ativamente desta fase, tendo em vista que, não obstante ser procedimento investigatório, mesmo assim poderá gerar algumas consequências para o investigado.

Da mesma forma, a figura do juiz das garantias mostra-se imprescindível nesta fase, pois, como visto, o produzido na fase investigativa serve para formar o convencimento da parte acusadora se há ou não justa causa para deflagração penal. Ou seja, não se comprova culpa ou inocência de alguém (fato este que deve ser realizado em sede instrutória), mas sim os requisitos mínimos para que se possa iniciar a persecução penal.

O juiz que tenha atuado nesta fase investigativa, tendo acesso a provas ou fazendo ingerências, caso também atue na fase processual, irá, mesmo que inconscientemente, macular-se com o produzido numa fase que só atua no sentido de obter os requisitos mínimos para o processamento penal do cidadão. Assim, mesmo que no processo se tenha o contraditório formal, não servirá de nada.

Desta forma, a criação do juiz das garantias pela lei 13.964/19 foi de grande valia, tendo em vista que, mesmo não sendo realizado o contraditório pleno na fase inquisitiva, o acusado e seu defensor possui o direito de participar neste momento, podendo-se produzir alguns elementos probatórios (sem o contraditório efetivo) pelo juiz das garantias, que venham macular o juiz da instrução.

Assim, cingir o juiz que atua na investigação para aquele que atuará na persecução penal é uma evolução processual penal de grande escala, haja vista que este atuará em cognição original, estan-

do a par do que fora produzido em sede investigativa. O contraditório pleno, realizado em sede instrutória, será real e praticamente realizado na sua plenitude.

Já o princípio da ampla defesa, também consagrado no art. 5º, inciso LV, da CF/88, bem como no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção americana sobre direitos Humanos), promulgado pelo Decreto nº 678/92 (Brasil, 1992), pode se manifestar em duas vertentes: a) defesa técnica; b) autodefesa.

Com relação a vertente da defesa técnica, diz respeito aquela defesa realizada por defensor constituído para tal. Já no que diz respeito a autodefesa, esta é exercida pelo próprio acusado, apresentando-se em três contextos: a) direito de interrogatório; b) direito à presença nos atos processuais; c) direito às vias recursais.

O até então ministro do STF, Celso de Mello, no julgamento do HC 98.676/PA, acerca da autodefesa, esclareceu que

(...) O acusado tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder ao custeio de deslocamento do réu, no interesse da Justiça, para fora da sede de sua Organização Militar, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm - nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e de respeito ao que determina a Constituição. (...) A possibilidade de que o próprio acusado intervenha, direta e pessoalmente, na realização dos atos processuais, constitui, assim, a autodefesa. (...) Na verdade, desdobra-se a autodefesa em 'direito de audiência' e em 'direito de presença', é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais (...), bem assim o direito de assistir à realização dos atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado se encontre preso, impossibilitado de livremente deslocar-se o fórum." (STF - HC: 98676 PA, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 07/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 07-08-2012 PUBLIC 08-08-2012).

Outro aspecto do direito de defesa diz respeito ao direito de não se autoincriminar, desdobrando-se em alguns aspectos: a) direito de ficar calado; b) direito de não se declarar contra si mesmo; c) direito de não confessar; d) direito de não praticar nenhum comportamento ativo incriminatório.

Importante frisar que a defesa deve ser efetiva, nos moldes do art. 261 do CPP, pois, se o réu, mesmo representado por advogado, estiver indefeso o juiz anulará todo o processo e nomeará defensor público ou dativo para que possa praticar os atos de defesa no interesse do acusado.

2.5.3 Princípio da necessidade

Para ser aplicada uma pena a qualquer pessoa acusada criminalmente de algum fato delitivo, necessariamente deve-se ter um processo penal anterior, garantido todos os direitos e garantias fundamentais processuais inerentes a ele. É aí que entra em cena o princípio da necessidade.

O pressuposto para aplicação de uma pena não é um crime, mas sim o processo/persecução penal. É só a partir de um processo penal que se pode efetivar a aplicação de uma pena, ou seja serve como condição de eficácia para a imposição da penalidade.

O que difere de outras áreas processuais do sistema jurídico brasileiro, como por exemplo, o direito processual civil, cujo direitos, que são disponíveis, geralmente, podem ser negociados a acordados. Na sistemática processual, tendo em vista sempre está presente o interesse de agir, o processo é condição indispensável aplicação do resultado que vier dele.

Apesar de atualmente, tendo em vista a 2^a velocidade do direito penal, estarem sendo introduzidas medidas despenalizadoras que se aproximam de uma “justiça mais negociada”, no direito e processo penal, como por exemplo, a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal, tais institutos não tem o condão de desconfigurar o princípio da necessidade (podem, no máximo, mitigá-lo um pouco em certas ocasiões).

É que existem situações a qual o crime abstratamente praticado é de tão baixa gravidade que nem o Estado e nem o suposto autor

do fato tem interesse em ver deflagrada uma persecução penal, haja vista todo tempo, desgaste e dispêndio econômico para ambos.

Nestes casos, faz mais sentido conceber medidas despenalizadoras, sem intento de uma persecução penal, segundo o qual, uma vez cumpridas, extingue-se de plano a punibilidade do agente. Porém insta frisar que nestes casos o suposto autor do fato não é obrigado a aceitar tais “benesses”.

Assim, apesar de haver um caminho para medidas despenalizadoras no direito penal e processual penal brasileiro, isto não vulnerabiliza o princípio da necessidade, tendo em vista que aquelas atinges uma parcela pequena dos crimes tipificados na sistemática penal, sendo eles de menor gravidade. A maioria dos delitos, inclusive os mais graves, continua a necessitar de uma persecução penal para aplicação da pena, incidindo integralmente o princípio da necessidade.

Conforme Lopes Jr. (2020, p. 57-60), acerca do princípio da necessidade, dispõe

(...) O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena. Não há uma atividade propriamente substitutiva, pois a pena pública nunca pertenceu aos particulares para que houvesse a “substituição” Por isso, é uma avocação para o Estado do poder de punir, afastando as formas de vingança privada.

(...) ainda que os tipos penais tenham uma função de prevenção geral e também de proteção (não só de bens jurídicos, mas também do particular em relação aos atos abusivos do Estado), sua verdadeira essência está na pena e essa não pode prescindir do processo penal. (...) Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto culpável, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é feito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.

A pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que, se o processo terminar antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena.

Pelo exposto, vê-se que além da necessidade de um processo penal prévio para se cogitar a aplicação de uma sanção penal, deve tal processo observar todos os direitos, garantias e postulados constitucionais e processuais inerente a pessoa sob persecução penal. Pois não adianta haver um prévio processo penal estritamente formal sem que sejam respeitados os direitos constantes no ordenamento jurídico.

A implementação do juízo das garantias visa trazer mais justiça ao processo, ao passo que separa o juiz que atuará na fase investigativa do juiz que atuará na fase de instrução, protegendo este de possíveis máculas produzidas naquela fase. Em linhas gerais, o juízo das garantias vem para efetivar ainda mais o princípio da necessidade, cujo prévio processo seguirá de forma justa, tendo como julgador uma figura imparcial.

2.5.4 Princípio da imparcialidade

A independência do juiz está correlacionada com sua imparcialidade. Ou seja, para que o magistrado exerça seu mister de forma imparcial, deve ter independência: Independência funcional (internamente, dentro do próprio quadro de magistrado) e independência política (Poder Judiciário independente frente aos demais poderes fáticos e jurídicos).

Fato é que sem imparcialidade não há jurisdição. Deste modo, pairando-se dúvidas acerca da parcialidade do julgador, pode, dentre outras, alegar a exceção de suspeição e impedimento, conforme os art. 252, 254 e 1112 do CPP. Nesta toada, o princípio da imparcialidade visa que o jurisdicionado tenha um julgamento justo, sem declínios subjetivos ou objetivos do julgador.

Tal princípio é corolário imediato da Constituição da República, tendo em vista que é garantia de qualquer cidadão ser processado e julgado por uma autoridade competente, conforme art. 5º, inciso LIII, da CF/88, bem como ser rigorosamente vedado o juízo ou tribunal de exceção. Nos moldes do também art. 5º, inciso XXXVII, da Carta Magna.

A Constituição Federal atribui ao magistrado garantias como, vitaliciedade, inamovibilidade e irreduzibilidade de subsídios para que possa atuar com isenção, sem maculas e equidistante das partes. In-

clusiva, vendo que não é imparcial, no caso concreto, pode (e deve) o juiz assim declarar-se *ex officio*.

Ou seja, como o Estado incumbe de chamar para si tanto a persecução penal quanto o *jus puniendi*, rechaçando, na maioria esmagadora das vezes, a vingança privada entre os conflitantes, deve realizar tal atividade jurisdicional de maneira imparcial, sem tomar partido prévio em favor ou desfavor de qualquer das partes envolvidas.

Entretanto, é de se notar que não se pode confundir juiz imparcial com juiz absolutamente neutro, conforme aduz Lima (2013, p. 97) ao expor que

Não se deve, entretanto, confundir juiz imparcial com juiz absolutamente neutro, que não existe e nem seria desejável, ainda que fosse possível. Neutralidade é palavra que pode sugerir uma situação de absoluta ausência de convicções, de estranhamento mesmo. O juiz, para ser completamente neutro, precisaria ser uma máquina.

Na interpretação que faz das normas jurídicas e dos fatos com que se depara, todo aplicador do Direito projeta suas próprias impressões pessoais, sua vivência, seus juízos e conceitos prévio, vale dizer, suas pré-compreensões.

O juízo das garantias vem para reforçar ainda mais o princípio da imparcialidade do julgador, ou seja, irá alavancar sua efetividade. Pode-se dizer que a previsão no ordenamento para implementação do juízo das garantias tem como fundamento principal tal princípio.

No momento em que o juiz atua na fase investigativa tendo acesso as provas (diga-se, não exercendo ativamente a produção das provas, mas autorizando sua produção quando dotadas de reserva de jurisdição, bem como analisando-as), não poderá tal magistrado conduzir o processo na fase instrutório, tendo em vista que se contaminou no que fora produzido na fase anterior.

Uma vez tendo acesso aos acontecimentos e ocorrências oriundas da fase investigativa, o juiz, mesmo que inconscientemente, estará contaminado para condução do processo penal, o que afrontará diretamente o princípio estudado em tela, vem como prejudicará drasticamente o réu que será julgado por este magistrado.

A previsão do juízo das garantias vem à tona justamente para evitar este incauto, ao separar o juízo que atuará na fase investigati-

va do juízo que atuará na instrução. Este não se contaminará com os elementos de prova produzidos na fase investigativa produzidas sem o crivo do contraditório e ampla defesa.

É, como visto, os elementos produzidos na fase investigativa serve tão somente para se analisar se há justa causa (ou não) no intuito de a parte acusadora possa exercer a persecução penal. Não há amplo contraditório nesta fase e nestes elementos. O juiz, uma vez tendo acesso a tais elementos, macula, mesmo que inconscientemente, o seu juízo sobre a causa penal, tornando-se parcial.

Com a aplicação do juízo das garantias isto tendo a acabar, haja vista que o juízo da instrução não terá acesso ao que fora produzido na fase investigativa, bem como todas as provas deverão ser produzidas na marcha processual sob o crivo do contraditório e ampla defesa. Ou seja, o juízo, nesta fase, terá sua cognição originária, livrando-se de maculas intelectivas que porventura puderem lhe afetar em razão das investigações.

2.5.5 Princípio da duração razoável do processo

O princípio do devido processo legal, por si só, prescinde da análise dos outros princípios processuais, pois estes se tornariam mera consequência daquele. Porém vale a pena tecer explicações sobre tais princípios, haja vista que nenhum direito no nosso ordenamento jurídico é absoluto, tendo, todos eles – até mesmo os princípios – seu grau de limitação.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), realizado em 1969, e incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678/92 (Brasil, 1992), assevera em seu art. 8º que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ratificando este postulado, a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da CF/88 (Brasil, 1988), salientando que “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tal postulado visou dar mais celeridade aos processos judiciais e administrativos, da mesma forma que teve como finalidade efetivar o direito de ação constitucionalmente garantido no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 (Brasil, 1988), no qual aduz que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Ou seja, em outras palavras, para garantir a tutela por alguma lesão ou ameaça a direito, deve-se ter um processo célere com uma razoável duração. Não se pode ter uma proteção jurisdicional a um direito, caso algum processo (judicial ou administrativo) se prolongue mais do que o necessário em sua resolução. Isto ocasionaria afronta ao direito de petição, como já visto.

De acordo com o constitucionalista Morais (2016, p.114):

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.

O princípio da duração razoável do processo pode ser analisado em duas facetas. De uma banda, levando-se em consideração a razoável duração do processo do seu início ao seu final (com o trânsito em julgado da decisão). De outro lado, levando em consideração a carga laborativa do poder judiciário, procurar outras formas de solução de conflito (por exemplo, a autocomposição dos conflitos), para, assim, haver uma redução considerável do tempo à resolução de um litígio.

A duração razoável do processo deve ser analisada caso a caso, pois seria leviandade estabelecer prazos iguais para todos os processos de maneira abstrata, em virtude de, no caso concreto, possuir o processo peculiaridades que justifiquem prolongamento temporal para a decisão. A complexibilidade das causas é uma justificativa plausível para a ampliação do tempo em resolver um litígio.

Porém não se justifica o prolongamento de um processo em virtude de problemas estruturais do poder judiciário ou da administração pública, em virtude de infringir diretamente o princípio ora em comento. Ou seja, problemas estruturais do Estado não podem pesar/prejudicar o réu/acusado.

De acordo com Barreto (1999, p.149), o número gigantesco de processos, a grande demanda de trabalho, acompanhado do reduzido quadro de julgadores e servidores públicos, pode justificar uma duração bem mais prolongada do processo, em tempo de – crise passageira. Porém, caso o problema esteja em uma crise estruturação do judiciário ou da administração, tal argumento não poderá prevalecer para justificar a dilatação exagerada do prazo para as resoluções processuais.

A administração pública, quando instaurado processos administrativos, tem por tarefa agir de ofício, o que vincula as partes em comportar-se para colaborar com a resolução do processo dentro de um prazo razoável, pois a administração está vinculada também ao princípio da eficiência, constante no art. 37 da CF/88.

Já em se tratando de processos judiciais, o CPC/15, de forma inovadora e evolutiva, trouxe em seu artigo 4º, (Brasil, 2015) que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. O art. 5º do mesmo diploma aduz que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

É de mencionar que os artigos do Código de Processo Civil podem ser aplicados ao Código de Processo Penal, conforme menciona o seu art. 3º (Brasil, 1941), a qual aduz “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

O professor Nery Júnior (2017, p.376), ao analisar o princípio da duração razoável do processo, assim fundamenta:

[...] É o poder público quem conduz o processo administrativo, instaurando-o, instituindo-o e julgando-o. Nada obstante existam os comandos constitucionais, e.g., da CF 5º e 37, o poder público não vem desempenhando a contento suas funções e amiúde deixa de respeitar e aplicar os princípios da legalidade, impessoalidade (im-

parcialidade), isonomia, devido processo legal substancial (administrativo), eficiência, dos quais são corolários a boa-fé objetiva, a proibição de *venire contra factum proprium* e a confiança que lhe impõe, por exemplo, o reconhecimento *ex officio* da prescrição que aproveita ao administrado, o reconhecimento de ofício de consequências que a lei estabelece para o mau funcionamento da máquina administrativa (...), o reconhecimento *ex officio* de direito incontestável do administrado ou de vantagens do servidor já pacificadas na jurisprudência dos tribunais superiores, às vezes até sumuladas, entre outros caos.

Neste diapasão, caso o juiz atue na fase investigativa e, na mesma pessoa, atua na fase instrutória, posteriormente alguma das partes comprove a mácula deste magistrado, o que se terá é a declaração de nulidade dos atos instrutórios e decisórios presentes aos autos, com a possível necessidade de praticá-los novamente, violando, assim, a duração razoável do processo.

Deste modo, a previsão da implementação do juízo das garantias visa obstar que nulidades sejam criadas ao longo da marcha processual, em virtude da parcialidade do julgador contaminado com o produzido em sede investigatória. Assim, como a nulidade não criada, não se precisará decretá-la por estes motivos, podendo-se efetivar a duração razoável do processo nesse viés.

É de se notar que não apenas a pena em si traz um prejuízo para o condenado, mas também o processo penal. É doloroso para qualquer pessoa ser deflagrado contra si uma persecução penal, haja vista algumas consequências jurídicas que podem advir, bem como o estigma social que inevitável e infelizmente se faz presente na vida dessas pessoas.

2.5.6 Princípio da igualdade entre as partes no processo

Todos aqueles que estão sob o manto jurídico-processual de um ordenamento Democrático de Direito devem ser tratados de forma isonômica, atribuindo-lhes (em gênero, número e grau) os mesmos instrumentos que podem ser usados diante do surgimento do conflito de interesses manifestado em juízo, decorrente no exposto no próprio art. 5º, *caput*, da CF/88.

A aplicação da igualdade formal no processo dentre aqueles que concorrem em igualdade de condições, deve ser inteiramente analisada para que não seja infringida a própria finalidade de uma decisão partida do Estado: trazer justiça para as partes conflitantes e demonstrar confiança diante da sociedade, bem como, além de se solucionar os conflitos de interesse, proporcionar a paz social.

Há de ser observada também a igualdade material quando demonstrada a concorrência desigual entre aqueles que figuram o polo ativo e passivo de uma relação processual. Ou seja, sempre que evidenciada a posição assaz inferior de uma das partes conflitantes perante a outra, deve-se atribuir meios para que essa desvantagem seja suprimida, aproximando-as isonomicamente para que possam pleitear de maneira justa os seus intentos. Em razão disso, tal princípio em estudo também é chamado de princípio da paridade de armas.

Deste modo, pode-se afirmar que igualdade não se traduz no tratamento indistinto de todos, em virtude de, em determinados casos, esta igualdade entre as pessoas não corresponda no plano fático; ter a igualdade como parâmetro de justiça seria, portanto, tratar diferencialmente aqueles que se mostram inferiormente desiguais, fornecendo-lhes recursos para colocá-los em uma posição horizontal.

Conforme retrata Lima (2013, p.85):

É possível encontrar no processo, com alguma frequência, situações que, à primeira vista, talvez pareçam conflitantes com a regra isonômica, mas que, ao revés, quando analisadas mais detidamente, revelam-se conformes a seu verdadeiro espírito: o tratamento igual dos iguais e desigual daqueles que são desiguais.

Apesar de a regra ser traçada pela isonomia processual entre as partes no processo penal, há situações em que deverá preponderar para o lado do acusado/réu, tendo em vista o princípio da presunção da inocência, bem como o princípio do *favor rei* que abarcam a sistemática do direito processual penal.

Na visão de Távora (2017, p.74-75):

O princípio da paridade de armas, malgrado seja tratado como sinônimo de igualdade ou isonomia no processo penal, tem conteúdo mais rico, indicando o direito da

defesa de desempenhar um papel proativo, mormente na produção de provas e no exercício de poderes que possibilitem a plena igualdade, tal como consta no art. 8º, do pacto de São José da Costa Rica.

Sob esse prisma, não basta a outorga de prazos iguais, de contraditório e de defesa ampla. A paridade de armas impõe um plus, consistente no poder do acusado atuar com os mesmos instrumentos garantidos à acusação, a exemplo de formulação de pedidos de interceptações telefônicas e de busca e apreensão, bem como da admissibilidade de assistente de defesa, possibilitando uma real igualdade.

Por sempre haver, na relação jurídica dentro de um processo penal, uma desigualdade extremamente visível entre acusação e acusado (aquele, representado pelo Estado, sempre se sobrepõe em diversas facetas com relação a aquele, hipossuficiente técnica, jurídica, estrutural e economicamente), o juízo das garantias vem no sentido de efetivar uma maior igualdade entre as partes na persecução penal.

É que se, na normalidade, já há uma desigualdade entre acusador e acusado, o que dirá caso o juiz, que julgará a causa penal, tenha atuado também na fase investigativa, concedendo a realização de provas e outras tantas atividades? Ao invés de o acusado ter contra si apenas as pretensões da acusação, terá que defender-se, neste caso, além das pretensões punitivas da acusação, do juiz que irá julgado, pois maculado com o produzido na fase investigativa.

Uma vez atuado na fase investigativa, o juiz, com sua cognição contaminada com o ocorrido naquela fase, conduzirá a persecução processual penal de forma a prejudicar o réu, tendo em vista que o processo só servirá para efetivar o que o magistrado, em seu inconsciente, já decidiu na fase investigativa, gerando graves danos ao acusado.

Assim, tem-se que o juízo das garantias vem para reforçar ainda mais o princípio em tela, haja vista que, não estando contaminado com as práticas jurisdicionais realizadas na fase investigativa, bem como estando com cognição originária, o acusado não terá outro “adversário” para além do órgão acusador.

3 A INCLUSÃO DO JUIZ(O) DAS GARANTIAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E SEUS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS.

Para Alonso (1997, p.127) o processo penal tem como fundamento o princípio da imparcialidade. É por meio do referido princípio, dentre outros fatores, que uma sentença criminal pode ser dita como justa ou não. Um juiz que carrega consigo qualquer mácula, não pode ter sua sentença considerada como justa haja vista a infecção simbólica constante na mesma, em virtude da contaminação do magistrado que lhe proferiu.

Ou seja, deve o julgador, de maneira imparcial, analisar tantos os elementos que corroborem a acusação, bem como os elementos que sirvam como alicerce para a defesa, para que se possa aflorar o mais próximo da verdade, sem interesse pessoal ou particular na causa, conforme aduz Manzini (1951, p.126).

São inúmeras as causas que têm o condão de macular juiz, tornando-o parcial na solução do caso penal, por exemplo, produção de provas de ofício, decretação de medidas cautelares de ofício etc., tais condutas podem mexer no psicológico do magistrado ao ponto de este fazer juízos de valores antes de proferir uma sentença e, portanto, não julgar a causa conforme as provas licitamente produzidas, mas sim de acordo com seu preconceito.

Também pode acontecer de o magistrado já ter realizado um juízo valorativo sobre a causa penal antes mesmo de produção de prova em contraditório e ampla defesa, a qual irá conduzir o processo de maneira abstratamente formal e legal, tão somente para sentenciar acerca de algo que já julgou muito antes. Ou seja, o processo servirá tão somente para confirmar aquilo que o juiz já decidiu.

Vale frisar que a figura do juiz instrutor (aquele que detém um amplo poder dentro do processo, como por exemplo, ter a iniciativa probatória, decretar de ofício medidas cautelares, reavaliar, inutilizar, a qual acusação e defesa não passam de meros coadjuvantes ao protagonismo do magistrado) é típico dos sistemas inquisitórios, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o juiz que atua na fase de investigação, tomando medidas judiciais típicas desta fase (proferindo decisões acerca de

prisões cautelares, medidas cautelares etc., inclusive quando requeridos pela acusação), não poderia atuar na fase instrutória processual, pois tal magistrado, por instinto, já formou algum juízo valorativo sobre o nível de culpabilidade do réu, o qual inviabiliza, dentre outras questões, uma defesa efetiva ao processado. É que os atos de investigação maculam a imparcialidade do juiz (que, queira ou não, inexoravelmente já terá um preconceito sobre o caso e o réu).

Provas produzidas na investigação, que deveriam ter a finalidade de demonstrar tão somente a *justa causa* para deflagração da ação penal, podem ser utilizadas pelo juiz da investigação (que agora, com a formação do processo, torna-se juiz da instrução) como um caminho para ser explorado a fim de fundamentar seu juízo já preconcebido.

Ou seja, o magistrado já se convenceu de qual posição tomar, em virtude de seu afogamento nos atos investigatórios, e usará o processo para achar o fundamento de sua convicção e assim profetir a sentença. Tal fato é perigosíssimo, haja vista afrontar diretamente sua imparcialidade. Assim, ao invés de se ter um juiz alheio as partes, se terá um julgador que já é simpático a um dos lados e usará o processo para fazer dessa simpatia uma certeza jurídica, refletindo-a na sentença.

Nesta toada, menciona Lopes Jr (2017, p.43), com enorme razão, que

a figura do juiz ‘apaixonado’ pelo resultado de seu labor investigativo e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.”

Ao apontarem sobre os riscos de “visão de túnel” a qual estará sujeito o juiz que estará imbuído de processar e sentenciar a ação penal, tendo participado da fase investigativa, Martins (2021) discorre que

Ou seja, o juiz das garantias deve ser entendido como uma regra procedural indispesável para combater os indesejáveis efeitos do *tunnel vision* no sistema criminal, sendo, em razão disso, urgente a revogação da liminar deferida na ADI 6.298/DF e a consequente implementação do instituto, tal como previsto na Lei nº 13.964/2019.

Há, no campo da psicologia, a teoria da dissonância cognitiva, que, dentre outras coisas, consegue explicar e fundamentar a inviabilidade do juiz figurar como instrutor do processo penal, tendo antes figurado como o juiz que atuou na fase do procedimento investigatório.

Em suma, a teoria chamada de dissonância cognitiva observa a reação do indivíduo quando se depara com duas ideias (crenças, opiniões ou conhecimento) que possuem posições desarmônicas, causando-lhe um desconforto. Assim, em virtude de estar diante de, pelo menos, dois elementos cognitivos dissonantes, o indivíduo passa por um conflito interno para poder tomar uma posição de caráter decisório. Deste modo, o indivíduo tentará introduzir elementos de convergências para tentar diminuir a incompatibilidade gerada e sentir-se mais confortável com a situação, eliminando (ou diminuindo) suas contradições cognitivas presentes.

Esta teoria se encaixa bem ao processo penal, pois de um lado se terá a tese da acusação, a tese da defesa, bem como a opinião particular do juiz no caso. Ou seja, o juiz terá de enfrentar duas teses que são antagônicas, conforme aduz Lopes Jr. (2019, p.103-107), ao estudar Bernd Schunemann. Continua a narrar o autor que, em um caso concreto, o juiz primeiro absolve informações da acusação, montando o cenário imaginativo do ocorrido, decidindo sobre questões de prisões e medidas cautelares, recebendo denúncia e depois é que passa a observar a tese defensiva (o que irá ocasionar a dissonância de sua cognição).

É aí onde se encontra o problema. O juiz, uma vez participado do procedimento investigatório, adotando medidas cautelares, decidindo sobre recebimento da denúncia etc., além de formar um cenário nos moldes da investigação, já tem um preconceito acerca da causa penal. Uma vez oferecida a tese defensiva, sofrerá a dissonância de sua cognição. A partir deste momento, o magistrado usará a instrução processual para confirmar sua posição anteriormente preconcebida, confortando a sua cognição (tornando-a consonante novamente, haja vista os elementos produzidos na fase instrutória declinados para fundamentar uma sentença desfavorável) e, ao final, tendo por consequência, a condenação do réu.

De acordo com Strätz (2021)

O instituto do juiz das garantias veio para mitigar os efeitos negativos da heurística da confirmação, um dos vie-

ses cognitivos mais importantes no comportamento de juízes. Ao tratar dos vieses cognitivos estudados pela neuropsicologia, Raymond S. Nickerson já apontava no final dos anos 90 que ao lado das heurísticas da disponibilidade e da representatividade, o viés de confirmação é aquele segundo o qual o processo intelectivo utilizado pela mente humana para interpretar informações tem uma tendência natural, conforme pesquisas empíricas de confirmar crenças e preferências prévias do intérprete sobre o tema objeto da interpretação.

Ou seja, o magistrado, neste caso, não será um mero julgador imparcial como a sistemática constitucional e o modelo acusatório exigem, mas sim funcionará como uma espécie de acusador indireto, a qual fará de tudo, no seio da instrução processual, para confirmar e fundamentar seu prejuízo mental sobre a causa penal (criado pela sua intervenção na fase investigatória até o recebimento da denúncia), afastando a dissonância gerada com as ideias da defesa, e refletindo tudo isto na sentença.

Este é o ensinamento de Lopes Jr. (2019, p. 107):

Enfim, o risco de prejuízo é real e tão expressivo que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final.

Portanto, é de se notar que afronta diretamente o sistema acusatório o juiz que atua na fase de investigação ser o mesmo que atue na instrução processual. Levando-se em conta a fragilidade de todo o espírito humano, não se teria outro resultado senão a contaminação deste magistrado a tudo que foi produzido em sede investigatória.

Neste diapasão, alude Streck (2021) que

Garantias (processuais(penais)-constitucionais são remédios contra os argumentos morais, políticos e até mesmo os econômicos. *Remédios contra a raiva*. Garantias são contramajoritarismos que acabam por proteger minorias e maiorias. São o filtro institucional sem o qual o Direito vira um instrumento nas mãos de quem tem poder. É o *autoritarismo* de Hobbes sem seu contesto e fora de seu tempo. É nisso que se enquadra o juiz das garantias. Ele mesmo é um remédio contra nossos desejos morais, contra o nosso senso comum, contra nossas idiossincrasias.

Um “juiz novo”, para instruir o processo, livre de maculas e contaminações, com cognição originária, é o que mais tem chance de, ao final, proferir uma decisão justa (no que diz respeito a imparcialidade), levando em consideração tudo que fora produzido dentro do próprio processo (a luz da igualdade entre as partes e do contraditório e ampla defesa), não corrompendo seu juízo de valor pela produção probatória anterior ao processo (que serviram simplesmente para fundamentar a justa causa para deflagração da ação penal).

Dentro deste espírito, a Lei 13.964/19 (Brasil, 2019) estabeleceu, no Código de Processo Penal (Brasil, 1941), em seu art. 3º e seguintes, o juiz das garantias, ou seja, aquele juiz que atuará na fase investigatória. É de clareza solar o postulado nos arts. 3º-A e 3º-B da referida lei no intuito de aproximar o sistema processual penal brasileiro ao máximo do ideal de modelo acusatório.

Nessa toada, percebe-se a intenção do legislador em separar de fato e de direito as funções de acusador e de julgador, não podendo ambas misturar-se, quer direta ou indiretamente. Vale dizer, a partir de agora, somente a acusação terá o ônus da produção de prova, não podendo o juiz imiscuir-se nesta função (o que, aparentemente, revoga tacitamente o inconstitucional art. 156 do CPP (Brasil, 141), pois produção de prova é ônus da acusação e defesa).

Além do mais, também caberá especialmente ao juiz das garantias a incumbência dos dispostos nos incisos do art. 3º-B, para que possa efetivamente ter o controle da legalidade do procedimento investigatório bem como salvaguardar os direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, corroborando ainda mais com o sistema acusatório ora implantado.

O art. 3º-C traz a competência material e temporal do juiz das garantias, ou seja, só as infrações de menor potencial ofensivo estarão excetuadas da figura do juiz das garantias, bem como, a competência deste irá até a decisão de recebimento ou não da peça acusatória, caso oferecida. Deste modo, ao se deparar com a denúncia ou queixa-crime, é o juiz das garantias quem irá decidir sobre o seu recebimento e, a partir daí, acaba-se sua competência funcional.

Importante questão mostra-se os expostos pelo §3º do referido artigo, a qual estabelece a criação de uma secretaria em que fica-

rão guardados tudo o que ocorreu na fase investigatória. Ou seja, uma vez recebida a peça acusatória, o processo iniciará com a acusação, não contendo mais as peças de investigação, por exemplo, o inquérito policial (que ficarão agora na secretaria vinculada ao juiz das garantias). A exceção se dará as provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que se encontrarão apensados em apartado aos autos.

Deste modo, tudo que fora produzido em fase investigatória, deverá ser repetido no caminhar processual, porém agora sob o crivo do contraditório e ampla defesa, em que o réu terá a oportunidade de efetivamente enfrentá-las. Tal disposição legal vem para não contaminar o magistrado com as informações e provas colhidas na investigação, tendo, portanto, uma cognição originária sobre a causa penal.

Outro dispositivo de elevada relevância diz respeito aos arts. 3º-D e 3º-E da lei *“pacote anticrime”*. De acordo com tal diploma, o juiz que praticou qualquer ato constante nos art. 4º e 5º do CPP, na fase investigatória, não poderá atuar na instrução processual. Além de prevê o sistema de rodízios dos magistrados criados pelos tribunais, nas comarcas conhecidas como “varas únicas”, em que funciona só um magistrado; bem como prevê que os juízes das garantias serão designados conforme as normas de organização judiciária do respectivo ente federativo responsável, mediante critérios objetivos.

Aqui vai nossa crítica ao postulado, pois o poder legislativo não deve romper a barreira de competência dos órgãos jurisdicionais. Vale dizer, cabe ao poder judiciário estabelecer qual o critério que será utilizado para aplicação do juiz das garantias nas comarcas que só tenham um magistrado em atuação. Assim como também é da alçada do poder jurisdicional o critério de designação para a inserção do magistrado ao cargo do juiz das garantias (desde que não fira os preceitos constitucionais).

Por fim, estes são os aspectos mais importantes constantes na lei que previu a implementação do juiz das garantias, vindo em boa hora para tornar o sistema processual penal mais próximo ao ideal do modelo acusatório, corroborando com o espírito e teleologia constitucional.

3.2 Críticas a figura do juiz(o) das garantias no direito processual penal brasileiro incluso com a lei 13.964/19 (pacote anticrime)

Apesar de todos os benefícios trazidos com a implementação do juiz das garantias, conforme visto nos capítulos anteriores, bem como a funesta consequência em não se ter a separação do juiz que atua na investigação do juiz que atua na instrução processual, parceria da comunidade jurídica vem criticando o instituto ora estudado.

Em primeiro lugar, a Constituição da República em nenhum setor previu como obrigatória a implementação da figura do juiz das garantias. Ou seja, tanto o juiz que atua na investigação, quanto o juiz que atua na instrução, devem ser revestidos com o princípio da imparcialidade (podendo o mesmo juiz atuar em ambas as fases, caso esteja apto para tal).

A sistemática processual penal já possui mecanismos para afastar eventual magistrado que venha a se identificar com a causa, prejudicando o justo julgamento do caso penal. Para isto, tem-se os institutos da suspeição e impedimento, a qual pode ser alegado por ambas as partes, bem como declarado de ofício pelo próprio magistrado.

É dizer, para a concretização da Constituição, não se precisa criar uma figura (a do juiz das garantias). Pensamento contrário se estaria evidenciando uma desconfiança por parte do Estado para com o juiz que o próprio Estado o promoveu como tal, mediante critérios legalmente estabelecidos (concurso público de provas e títulos, no caso dos juízes de primeiro grau).

O juiz, ao se investir no cargo, observada todas as condições anteriores para se ingressar em tal carreira, exerce uma função de bastante relevância e responsabilidade tanto para o Estado, quanto para o seio social. Deste modo, para que o juiz seja afastado do caso penal, há critérios estabelecidos no próprio CPP, qual seja, novamente, a suspeição e o impedimento, em que configuram causas que realmente prejudicam a avaliação jurisdicional na causa. Não se podendo, portanto, fixar objetivamente que um juiz, só porque atuou na fase investigatória, já não possa mais atuar na instrução por supostamente se encontrar maculado.

Até porque, terminologicamente falando, a expressão “juiz das garantias” soa com incomodo, haja vista que qual juiz, num Estado Democrático de Direito, não o seria? Ora, qualquer juiz, seja na fase investigatória, seja na fase da instrução, tem o dever de zelar os direitos e garantias fundamentais de qualquer pessoa.

O ideal, nesta nova sistemática do CPP seria que o magistrado que atuasse na investigação fosse intitulado como juiz da fase investigativa; já o magistrado que atue no processo, fosse intitulado como juiz da instrução penal.

Seguindo esta lógica do “juiz das garantias”, todas as fases, portanto, deveriam ser vinculadas a um juiz diferente: primeiro se terá o juiz responsável pela audiência de custódia; após se terá o juiz das garantias; após se terá o juiz da instrução; quiçá, ao final, engenho legislativo poderá prevê o “juiz da sentença penal”; afora outros juízes (desembargadores que atuarão na fase recursal). Neste prisma, não se terá lei orçamentária que aguentará tamanho inchaço pecuniário para implementação (o que será debatido abaixo).

Em segundo lugar, grande parte das comarcas do Brasil possuem tão somente um juiz em atuação, ou seja, são as conhecidas e chamada “varas únicas” onde um só magistrado cumula e aprecia todas as matérias que lhe são trazidas. Não há como implementar o juiz das garantias nestas localidades pela ausência de magistrados para tal fim.

Tal argumento, bastante convincente, faz surgir a indagação de como fazer com que estas comarcas em que atua apenas um único magistrado possa implementar o juiz das garantias? A norma, portanto, torna-se letra morta ao ser comparada com a realidade estrutural do poder judiciário.

Uma solução seria a abertura de novos concursos público para o ingresso de novos juízes e, assim, deslocando-os para estes setores que possuem um só magistrado, em que um deles funcionaria como juiz das garantias e o outro como juiz da instrução (poder-se-ia pensar também em um sistema de rodízio entre ambos, através da distribuição).

Entretanto, tal solução, simples na teoria, todavia inviável, hoje, na prática, barra com um impedimento implacável: o orçamento.

Tão somente fazer novos concursos públicos para provimento de novos juízes não é a solução. Com os novos juízes devem-se também gravitar novos funcionários públicos (para atuar com os magistrados, bem como nas secretarias), novos equipamentos, nova estrutura etc., o que oneraria drasticamente a lei orçamentaria de cada ente federativo (principalmente os estados-membros).

Deste modo, torna-se inviável a aplicabilidade do juiz das garantias, hoje, em quase todo o território nacional, sem que se comprometa a lei orçamentaria dos Estados, do Distrito Federal e da União. Sabe-se que o Brasil vive uma grande crise financeira, com dívida interna e externa abissal. Destarte, hoje, a comunidade jurídica alega que não há possibilidade para se aplicar o juiz das garantias de forma integral em todo território brasileiro, por esbarrar em problemas orçamentários e estruturais.

Todos estes argumentos ventilados acima, bem como tantos outros, foram expostos na audiência público que aconteceu no STF, no bojo das ADI(s) 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, por vários setores da comunidade jurídica brasileira, trazendo à tona as razões da implantação do juiz das garantias.

Realizando um apanhado sucinto acerca das razões contrárias ao Juiz(o) das Garantias, a ConJur (2021) relatou os argumentos trazidos por cada setor da comunidade jurídica desfavorável à sua aplicação debatidos na mencionada audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, o Conselho Nacional de Justiça, por meio de seu representante na retromencionada audiência pública, se posicionou entendendo que a criação do Juiz(o) das Garantias violaria a organização judiciária e a autonomia dos tribunais, haja vista que uma lei federal não pode decidir quais juízes vão julgar aquilo que é cabível.

Já o representante do TRF da 5^a Região mencionou que os magistrados estão apreensivos com a figura do Juiz(o) das Garantias, pois, para sua instalação e efetivação, virá custas com aumento de pessoal, instalações físicas, uso de tecnologia. Fragilizando, ainda, a repartição de funções entre a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário.

Representando o Fórum Nacional dos Juízes Criminais, a juíza Larissa Pinho salientou que o projeto de lei foi aprovado sem debate jurídico e social, resultando na criação de um instituto completamente as margens da realidade brasileira (tanto social, quanto jurídica), causando ainda problemas orçamentários.

A juíza Bárbara Livio, representando, na audiência pública, o Fórum Nacional de Juízas e Juízes de Violência Doméstica e Familiar informou que o Juiz(o) das Garantias é incompatível com os processos acerca de violência doméstica e familiar contra a mulher, haja vista serem ambos incompatíveis em sua dinâmica. Salientou que juízes violência doméstica contra a mulher deve estar perto da área que atuam, articulando a rede de enfrentamento à violência.

Felipe Esmanhoto, juiz em São Paulo, mencionou que tramitam 552 (quinhentos e cinquenta e dois) mil inquéritos no Tribunal de Justiça estadual, a qual 160 (cento e sessenta) mil ainda são físicos. Sugeriu que a implementação do Juiz(o) das Garantias seja feito em etapas, garantindo a criação de novas varas e contratação de mais juízes

Representando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o magistrado André Vorraber Costa sugeriu a criação de núcleos regionais das garantias para dar suporte ao magistrado local, tendo em vista a complexibilidade da implantação no interior dos estados-membros.

O Tribunal do Justiça da Bahia, tendo como representante o desembargador Júlio Cezar Lemos Travessa, asseverou que, mesmo sendo favorável a mudanças legislativas que aumentam garantias individuais, a implementação do Juiz(o) das Garantias a corte em que atua precisa de tempo e recursos para sua concretização.

Por fim, defendendo a inconstitucionalidade da implementação do Juiz(o) das Garantias, a Frente Parlamentar Mista Ética Contra a Corrupção, representada pelo senador Alessandro Vieira, alegou que tal instituto onera em demasia o Poder Judiciário, no que diz respeito ao ponto de vista forma, haveria vício de iniciativa, tendo em vista que tal mudança legislativa teria que surgir do próprio Judiciário.

3.3 Posição atual do supremo tribunal federal acerca o juiz(o) das garantias

Logo após a promulgação e entrada em vigor da Lei 13.964/19, inserindo a figura do Juiz(o) das Garantias no bojo do direito processual penal brasileiro, várias ADI(s) foram interpostas perante o Supremo Tribunal Federal a fim de contestar a constitucionalidade deste e de outros institutos criados.

Neste contexto, fora proposta a ADI 6.298 ajuizada pela Associação dos Magistrado Brasileiro (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE); a ADI 6299 ajuizada pelo partido político Podemos e Cidadania; a ADI 6.300 ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL); e a ADI 6.305 ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

Na data de 15 de janeiro de 2020, o Supremo Tribunal Federal, por meio do então presidente, Ministro Dias Toffoli, em plantão judicial, concedeu parcialmente as medidas cautelares das mencionadas ADI(s), expondo as seguintes conclusões em sua decisão monocrática

(...)

5) Conclusão

Pelo exposto, ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para: (i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;

(ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;

(iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações:

(a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990;

(b) processos de competência do Tribunal do Júri;

(c) casos de violência doméstica e familiar; e

(d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

(iv) fixarem-se as seguintes regras de transição:

- (a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento;
- (b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa. (STF - MC ADI: 6305 DF - DISTRITO FEDERAL 0085360-13.2020.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/01/2020, Data de Publicação: DJe-019 03/02/2020)

Após a referida decisão, em 22/11/2020 o ministro Luiz Fux, do STF, relator das mencionadas ações constitucionais, nos autos da ADI 6.298, revogou a decisão monocrática anterior de seu colega, Ministro Dias Toffoli. Além disso concedeu a medida cautelar requerida na ADI 6.305, suspendendo, sem fixar data para cessação, até o referendo do plenário da Corte, todos os dispositivos relacionados ao Juiz(o) das Garantias.

No bojo da referida decisão concedendo a medida cautelar, o Ministro Luiz Fux, do STF, de forma suscinta, salientou, em primeiro lugar, que as normas voltadas a este instituto (Juiz das Garantias), apesar de ser norma processual penal, tem sua natureza materialmente híbrida, alterando a divisão e organização dos serviços prestados pelo Poder Judiciário como um todo.

Deste modo, seria necessária uma ampla reorganização estrutural da justiça criminal em todo o cenário nacional. Além do mais, nestes moldes, tais dispositivos legais que tratam do Juiz(o) das Garantias, seriam, também, de organização judiciária, sendo a iniciativa legislativa reservada ao Poder Judiciário, gerando grande impacto financeiro a este.

Em segundo lugar, entendeu haver, *a priori*, violação ao disposto no art. 169 da CF/88 e art. 113 da ADCT, em razão da ausência

de dotação orçamentária e estimativa de impacto financeiro no que diz respeito a instituição dos gastos financeiros em razão da implementação do Juiz(o) das Garantias. Bem como em virtude do prejuízo financeiro à autonomia orçamentária do Poder Judiciário, conforme art. 99 da CF/88.

Em terceiro lugar, indicou estudos comportamentais afirmando que os seres humanos desenvolvem, sim, vieses em seus processos deliberativos, entretanto isso, *per si*, não presume genericamente que qualquer juiz criminal tenha inclinação favoráveis a acusação. Bem como não se permite concluir que a solução mais eficaz no intuito de minimizar tais vieses cognitivos seria a repartição de função entre juízo da investigação e juízo das instruções.

Neste prisma, no que tange ao “juiz das garantias”, o processo penal não será modificado, funcionando como era antes da lei “pacote anticrime”. Inclusive, caso venha-se a pensar que a sistemática processual penal vigente é de gritante injustiça (e justo mesmo seria com a aplicabilidade do juiz das garantias), todo processo penal instaurado no Brasil, desde o primeiro, estaria maculado/viciado, o que revela um anarquismo sistêmico histórico inconcebível.

Em quarto lugar, salientou que, em razão da compatibilidade da matéria, se exige a colação de maiores subsídios em que se possa concluir sobre qualquer dúvida razoável, o impacto que este instituto trará aos tutelados no ordenamento jurídico, tais como o devido processo legal, a eficiência da justiça criminal, a duração razoável do processo, dentre outros.

Em quinto e último lugar, obtemperou o ministro, mais especificamente com relação ao art. 157, §5º, do CPP, que estariam violados os princípios do juiz natural, da razoabilidade e da legalidade caso fosse proibido que o juiz que conheceu a prova declarada inadmissível profira sentença. Além do mais, afirmou que a ausência de elementos claro para selecionar o juiz sentenciante poderia ensejar casos de manipulação da escolha do órgão julgado, descambando à inconstitucionalidade da técnica optada pelo legislador.

Por tudo que fora exposto, por ser um tema recente e inédito no ordenamento jurídico brasileiro, é normal haver tanta divergência na comunidade jurídica. Entretanto, a criação de um instituto (juiz das

garantias), que veio com a finalidade de aproximar nosso sistema ao modelo acusatório, não pode ser obstado, quer por problemas financeiros e estruturais (pois aqui, o Estado não “gastará” mais, mas sim investirá em um processo penal mais justo para seus cidadãos), quer por incompatibilidade principiológica (por não haver; pelo contrário, o juiz das garantias vem para efetivar os postulados constitucionais).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, nota-se a grande importância da implementação do Juiz(o) das Garantias na sistemática processual penal brasileira. Inclusive tal instituto não é novidade na legislação estrangeira, a qual o Brasil está aderindo a tal novidade de maneira mais tardia, porém ainda com bastante pertinência, com a finalidade de evoluir o processo penal pátrio.

Nossa Constituição da República, ao dispor do modelo acusatório, tanto no plano teórico quanto no plano fático (haja vista a separação dos órgãos de acusação e julgamento) fazendo previsão de uma série princípios constitucionais aplicáveis aos atores processuais, bem como várias outras medidas, reclama o império do juiz das garantias.

O princípio da imparcialidade que, como dito anteriormente, funciona como princípio supremo do processo penal, sempre deve ser alargado e otimizado, ou seja, deve evoluir conforme se evolui o cenário jurídico. Deste modo, a imposição de um juiz que acompanhará a fase investigatória e um juiz diferente que realizará a instrução processual é plenamente salutar ao sistema, haja vista corroborar de maneira latente com a efetividade do referido princípio da imparcialidade.

Aos poucos nossa legislação processual penal vai perdendo seus últimos resquícios de caráter inquisitivo, impregnado em virtude de culturas histórias, e vai se dando margem para a implementação de um sistema que sempre deve-se aproximar cada vez mais ao modelo ideal do sistema acusatório.

Mesmo esbarrando numa série de problemas, quer de caráter financeiro, quer de caráter estrutural, tais alegações não tem o condão de obstar a implementação do juiz das garantias no seio do processo penal pátrio. Ora, deve o Estado a cada dia buscas soluções que eli-

minem tal problemática, pois trata-se de uma matéria de grande peso social, beneficiando todos os atores da persecução penal.

Conforme se denota da realidade social de hoje, o poder judiciário já deveria ter realizado concursos públicos para provimento ao cargo de juiz a serem destinados as comarcas que atuam um só magistrado, independentemente de implementação do juiz das garantias ou não, pois a demanda que o judiciário tem já é suficiente para fundamentar esta iniciativa, haja vista corroborar com o princípio da eficiência, estampado no art. 37 CF/88.

Neste cenário, atuando dois juízes numa mesma comarca, já se poderia implementar a figura do juiz das garantias, ficando um magistrado responsável pela fase investigatória e o outro magistrado responsável pela fase da instrução processual. Deste modo, ulterior sentença proferida, não estará imbuída de contaminações cognitivas

Levando-se em conta a realidade estrutural e orçamentária que vive o Estado atualmente, não será toda vez que o magistrado responsável pela fase investigatória ficará impedido de atuar na fase de instrução. Para que tal hipótese aconteça, deveria este juiz ter realizado algum ato de constrição, que lhe envolva mais na causa penal, ou seja, ter decretado alguma medida cautelar (interceptação telefônica, prisões cautelares, busca e apreensão etc.). Só em hipóteses desta natureza o juiz estaria impedido de atuar na instrução.

Entretanto, o juiz que pratica meros atos visando a regularidade da investigação, como por exemplo, a concessão ou não de prazo para prorrogação da investigação, devidamente fundamentado, não estaria impedido de atuar em eventual fase instrutória. Nesta hipótese, o juiz não se debruçou acerca de algum tema sensível dentro da sistemática penal que possa atingir sua imparcialidade, tornando-o de certa forma apto para poder instruir o feito.

Claro que esta sugestão não é a mais apropriada para um ordenamento jurídico que efetivamente quer implementar a sistemática acusatória plena, entretanto, conforme se encontra o processo penal nos moldes atuais, bem como o caótico setor financeiro e estrutural do Estado, tal sugestão mostra-se evolutiva no que diz respeito ao processo penal de hoje, funcionando como um modelo de transição para o conceito puro e ideal do juiz das garantias.

Uma coisa deve-se ter em mente: a figura do juiz das garantias, por si só, ao nosso sentir, não fere dispositivos constitucionais. O juiz das garantias visa gerar mais ampliação e dar mais efetividade aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, constantes na Constituição Federal (principalmente aqueles de caráter processual). Não se pode apontar inconstitucionalidade quando, realmente, a medida legislativa alarga a incidência dos direitos fundamentais.

Ora, pode-se até não gostar da figura do juiz das garantias, pode-se fazer inúmeras críticas a sua aplicabilidade prática; porém o que não pode ser insurgido é sua inconstitucionalidade, pois, o mau gosto de algum instituto jurídico não o torna, *per si*, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal**. 2^a ed. Madri: Edersa, 1997.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos direitos do Homem anotada**. 2^a. ed. Coimbra: Coimbra ED., 1999.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 29 de fevereiro de 2020.

_____. **DECRETO-LEI Nº 3.689**, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941: Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em: 29 de fevereiro de 2020.

_____. **DECRETO Nº 678**, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992: Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acessado em: 13 de dezembro de 2021.

_____. **LEI Nº 8.906**, DE 04 DE JULHO DE 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acessado em: 06 de janeiro de 2022.

_____. **LEI Nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 14 de dezembro de 2021.

_____. **LEI N° 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acessado em: 29 de fevereiro de 2020.

CANOTILHO; J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Paulo do Barros. **O princípio da segurança jurídica em matéria tributária.** Revista de Direito Tributário, São Paulo, n° 61. 2003. p.178.

CONJUR. “STF dá início à audiência pública sobre juiz das garantias”. Artigo publicado em 25/10/2021 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/stf-inicio-audiencia-publica-juiz-garantias>. Acessado em 06/01/2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120).** 4ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JUS-PODIVM, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 12ª ed. red. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A LUTA PELO DIREITO.** São Paulo: Martin Claret, 2009.

ORBANEJA, Emílio Gomes. **Comentarios a Ley de Enjuiciamiento Criminal.** 2 Tomos. Barcelona: Bosch, 1951.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial.** São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 3ª ed, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2005.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, Cristiano Zanin; AMBROSIO Graziella. “**O juiz das garantias e a *tunnel vision* — Parte 2**”. Artigo publicado em 20/09/2021 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-20/opiniao-juiz-garantias-tunnel-vision-part-2>. Acessado em 03/01/2022.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 2^a ed., v.1, Campinas: Mellennium, 2003.

MANZINI, Vicenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. 5 Tomo. Barcelona: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1951.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32^a. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **PRINCÍPIOS DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. 13^a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 10^a edição. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6.298**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acessado em 05 de janeiro de 2022.

. **ADI 6.299**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acessado em 05 de janeiro de 2022.

. **ADI 6.300**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>. Acessado em 05 de janeiro de 2022.

. **ADI 6.305**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acessado em 05 de janeiro de 2022

_____ . **HABEAS CORPUS 98.676/PA**, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 07/02/2012, T2 – SEGUNDA TURMA, Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085885/habeas-corpus-hc-98676-pa-stf/inteiro-teor-110525162>> Acessado em 14 de dezembro de 2020.

STRÄTZ, Murilo. **O juiz de garantias vai sobreviver ao próximo parto?**. Artigo publicado em 23/10/2021 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-23/murilo-stratz-juiz-garantias-sobrevivera-proximo-parto>. Acessado em 03/01/2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O juiz das garantias, o muro de contenção e as vacinas?**. Artigo publicado em 28/10/2021 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico – ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/senso-incomum-juiz-garantias-muro-contencao-vacinas>. Acessado em 03/01/2022

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 12^a ed., revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Acordo de Não Persecução Penal, 141
acusação, 141
ambiente virtual, 224

197

INDÉBITO, 57
inovações tecnológicas, 224
inquisitivo, 308
instituições bancárias, 57
investigado, 141

C

Código Civil Brasileiro, 80
CONSENTIMENTO ESPECÍFICO, 224
Constituição Federal de 1988, 255
contribuições, 112
custódia do vestígio, 163

J

juiz das garantias, 308
justiça criminal brasileira, 141

L

legislação penal, 163
Liberdade Econômica, 80
LIMITAÇÕES, 41

D

DEFESA DO TRABALHO, 16
desjudicialização, 275
dignidade da pessoa humana, 129
direitos individuais e sociais, 129
DIREITO TRIBUTÁRIO, 16
distribuição de riquezas, 197

M

“moeda de troca”, 224

O

ordenamento jurídico, 129, 275

P

“pacote anticrime”, 163
Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 255
pesquisa jurídica, 16
Poder Constituinte Originário., 41
Poder Judiciário, 275
prestação da justiça, 275
previsão legal, 308
princípios, 80

F

fraude, 57

I

ICMS, 112
igualdade, 129
imposto, 197
Imposto sobre Grandes Fortunas,

R

Receita Federal, 112
relações privadas, 80

S

sistema processual penal, 308
Supremo Tribunal Federal, 112

T

Teoria da Constituição, 41
tratados internacionais, 255

ISBN 978-65-5388-032-0



9 786553 880320 >