

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

vols. 4 Jul./Set. 2023

AUTORES:

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho
Erika Nunes Dias
Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann
Lia Coelho de Albuquerque
Machidovel Trigueiro Filho
Roberta Araújo Formighieri

COORDENADORES:

Prof.º Valdeci Cunha
Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales
Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Machidovel Trigueiro Filho

IBSN: 978-85-7872-639-3

ISSN: 2965-2588

DOI: 0.56089/978-85-7872-639-3

Editora
DIN.CE

AUTORES:

Eduardo Lopes de Faria
Eduardo Moura Rocha e Silva
Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho
Geraldo Vendramini Furtado do Amaral
Machidovel Trigueiro Filho
Ruan Ferreira Matos
Vivian Buonalumi Tacito Yugar

COORDENADORES:

Prof.º Valdeci Cunha
Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales
Prof.^a Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Prof.º Machidovel Trigueiro Filho

RDCJ

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Vol. 4

Ano II. Nº 4. Jul. / Set. 2023



Fortaleza-CE

2023

Esta obra está licenciada com uma Licença
[Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. E Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Mestranda Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista Digital de Ciências Jurídicas. Vol. 4. Jul / Set. 2023. Trimestral
Fortaleza – Ceará. Editora DINCE, 2023 – 150p. Digital

DOI: [10.56089/978-85-7872-639-3](https://doi.org/10.56089/978-85-7872-639-3)
ISBN: [978-85-7872-639-3](https://www.cblservicos.org.br/isbn/pesquisa/978-85-7872-639-3)
ISSN: [2965-2588](https://portal.issn.org/)

Consulta ISSN: <https://portal.issn.org/>

Consulta DOI: <https://dx.doi.org/>

Consulta ISBN: <https://www.cblservicos.org.br/isbn/pesquisa/>

1. Direito – Periódico. 2. Artigos jurídicos. I. Temas diversos

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DOS AUTORES** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

COORDENADORES

Roberta Araújo de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2006). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Teresina - FACET (2021). Mestre em Direito Constitucional com ênfase em Direito Público pela Universidade de Fortaleza - PPGD UNIFOR (2022). Promotora de Justiça Substituta do Estado do Amapá (2022). Exerceu os cargos de Procuradora-Geral do Município de Bela Cruz/CE (2009-2010), Subprocuradora do Município de Acaraú/CE (2015), Procuradora-Geral do Município de Tamboril/CE (2010- 2015), Coordenadora Jurídica da Secretaria de Esportes do Estado do Ceará (2015-2017), Assessora Jurídica Parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2017-2022). Integrou, como sócia-administradora, o Escritório Freitas e Araújo Advocacia e Consultoria Municipal, onde atuou como advogada especialista em Direito Público por 16 anos (2006-2022), prestando assessoria a Prefeituras Municipais, Câmaras Legislativas e outros órgãos públicos no Estado do Ceará. Foi Tesoureira da Comissão de Estudos Municipais da OAB/CE (2007-2008), Conselheira Estadual da OAB/CE (2019-2022) e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/CE (2019-2022). É membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais - GEPDC/PPGD/UNIFOR. Membro do corpo editorial da Editora DINCE. Autora de livros na área do Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Administração Pública, e atuação nos temas que lhes são correlatos, principalmente, no Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Processo Coletivo e Direito Eleitoral.

Machidovel Trigueiro Filho

Atualmente é pesquisador na área de Direito Econômico com ênfase em Agências Reguladoras, CADE, Direito Regulatório e Direito Digital. Pós Doutor na área de Direito Econômico Regulatório pela USP-São Paulo, com trabalho final premiado. Professor Associado 3 da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Chefe do Departamento de Direito Público na Faculdade de Direito-FADIR durante os últimos 4 anos, havendo encerrado

seu mandato em 2023, quando foi eleito pelos seus pares VICE-DIRETOR da Faculdade de Direito da UFC, cargo que exerce atualmente. Atua profissionalmente nas seguintes áreas: Direito da Econômico e de Regulação, Direito Digital (IA), Direito do Petróleo e Direito Empresarial. Professor da UFC há 26 anos, hoje titular da disciplina das Direito Econômico, Direito do Petróleo e Direito Digital. Ingressou na vida profissional aos 15 anos, como menor aprendiz (estagiário) no Banco do Brasil. Graduiu-se em Direito em 1999 pela Universidade Federal do Ceará (UFC) com a distinção acadêmica "Magna Cum Laude". Possui Mestrado e Doutorado em Direito no exterior. Sua Tese foi premiada e obteve nota máxima, sendo ainda agraciada com a honraria "Sobresaliente Cum Laude", por unanimidade da banca avaliadora, no ano de 2010, na área de Direito Regulatório. Antes desse Mestrado e Doutorado em Direito realizados no exterior, concluiu na UFC (CAEN), o Mestrado em Economia e na UECE (CESA), o Mestrado em Administração de Empresas, cursos que também possui graduação. Em seu período no exterior, foi bolsista e pesquisador do CNPQ. Foi aprovado em diversos concursos públicos no Brasil. Também é Procurador do Município de Aquiraz licenciado. Tem também especialização em Finanças Internacionais pelo IBMEC - Rio de Janeiro. Já ensinou nos Programas de Pós-Graduações da UECE, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Universidade do Distrito Federal-Brasília (AEUDF), Escola Superior da Magistratura (ESMEC) e Escola Superior do Ministério Público (EMP), entre outras, além de ter ministrado palestras em diversos órgãos públicos e inúmeras instituições de ensino pelo Brasil, com participação ainda em diversos simpósios e seminários pelo Brasil e exterior em temas relacionados ao Direito Econômico, Economia da Regulação, Agências Reguladoras, Direito do Petróleo e Direito Digital. Participa como membro vários institutos ligados a Regulação Econômica e ao Direito Digital. Integra também a Comissão Especial de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito da OAB de São Paulo e o Conselho Editorial de diversas Revistas acadêmicas, como membro efetivo. É consultor externo da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação (CDTI) da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil. Com vasta produção intelectual e acadêmica, escreveu inúmeros artigos científicos e 11 (onze) livros, sendo os quatro últimos sobre Direito Econômico, Agências Reguladoras, Direito das Startups e Direito Digital, área que dedicou suas pesquisas nos últimos anos nos Estados Unidos, como Pós Doutor, nas Universidades da Florida (FIU) e em Stanford (Califórnia). Possui marcas e patentes registradas no Brasil, no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI havendo sido (maio/2020) registrado um invento (aplicativo/programa APP) vinculado a Startup MEMEMORIA (mememoria.com). Pelo invento, foi agraciado no Brasil com o Prêmio Empreendedor Digital do ano de 2020, pela Associação Nacional das Startups - ANS e pela STARTUP BRASIL, na categoria INOVAÇÃO, numa

área inédita que está aliada ao conjunto de tecnologias de memórias aplicado na Startup. É apreciador das plantas e dos animais e encontra-se envolvido em atividades de filantropia, na manutenção de um orfanato de crianças e ajuda aos asilos de idosos em seu Estado (Ceará-Brasil).

Brenda Albuquerque de Souza

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Delegada de Polícia Civil do Estado de Sergipe

Jacqueson Ferreira Alves dos Santos

Graduado em direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Processo Penal pelo instituto DAMÁSIO/SP. Delegado de Polícia Civil do Estado do MA. aprovado em concurso público para o cargo de Promotor de Justiça do Ministério público do estado do Ceará.

Karine Moreira Gomes Sales

Professora efetiva da Rede Estadual de Ensino (SEDUC-CE). Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (UECE). Mestra em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE); especialista em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Universidade Cândido Mendes (UCAM); Pós-graduanda em Intervenção ABA para autismo e deficiência intelectual pelo CBI of MIAMI-Estados Unidos; Bacharel e Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Tem experiência na área de Políticas Públicas em Educação, com ênfase em Avaliação Educacional, atuando principalmente nos seguintes temas: Avaliação Institucional, Avaliação Ensino-aprendizagem, Sociologia, Antropologia, Gestão Escolar e Análise do Comportamento Aplicado (ABA) para autismo e deficiência intelectual. Membro do corpo editorial das editoras Atena, DINCE e InVivo. Autora de livros na área de Ciências Sociais, Políticas Públicas e Educação. (Texto informado pelo autor).

APRESENTAÇÃO

A REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – RDCJ

– nasceu objetivamente com uma proposta radical: apresentar assuntos demasiadamente significativos para o mundo jurídico, para os operadores do Direito e para todas as correntes que se ocupam das ciências jurídicas e sociais, cuja comunicação se expresse em uma linguagem do dia a dia, sejam através de artigos, entrevistas, leis e jurisprudências comentadas; sejam por meio de opiniões, enfoques ou mesmo de diversas outras publicações nessa área reservada sobretudo, aos que estudam, pesquisam e debatem as informações do Direito e da Justiça, sob o ponto de vista legal, legítimo e lícito que preconizam o ordenamento jurídico da vida em sociedade.

Portanto, tudo isto é motivo de imensa satisfação, podermos apresentar a todos os leitores, escritores e ao público em geral mais uma edição desta oportuna e enriquecedora *REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS* que, para além das abordagens variadas, pluralistas e ecléticas no campo digital da filosofia, das ciências jurídicas e do exercício prático do Direito, promovem reflexões significativas aos que enxergam, vivem e sonham com uma sociedade constitucionalmente desenvolvida, livre, sem preconceitos e sem discriminações.

Trata-se de uma REVISTA no formato digital, publicada trimestralmente, cuja publicação será disponibilizada ao público interessado por meio das plataformas <https://dince2editora.com/revistas/> e <http://www.revistadigitaldeciencias.com.br/> cujo conteúdo aborda assuntos técnicos e científicos, dos mais variados tópicos, relacionados com a narrativa e com o debate nacional e internacional sobre os modernos paradigmas que orientam os princípios normativos das ciências jurídicas e sociais, bem como de sua filosofia aplicada especialmente ao direito brasileiro.

Sob a coordenação dos profissionais do Direito e da Educação, **Prof.º Valdeci Cunha, Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales, Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales e Ma. Roberta Araújo Formighieri**, entre outros renomados autores, a REVISTA busca suprir uma lacuna existente atualmente no mercado editorial do estado do Ceará e do Brasil no sentido de atender às necessidades de alunos, professores, escritórios jurídicos, candidatos que se preparam para concursos públicos os quais exijam apresentação de trabalhos jurídicos de provas e títulos; magistrados, membros do Ministério Público e demais profissionais do Direito, diante do qual nas atuais circunstâncias, não dispõem de uma publicação periódica que viabilize disponibilizar seus trabalhos em forma de artigos, teses, monografias e demais estudos relacionados com a proposta vocacional da já mencionada RDCJ -*REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS*.

SUMÁRIO

Ruan Ferreira Matos

CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO E OS LIMITES DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL 15

Geraldo Vendramini Furtado do Amaral

A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS ENTRE PARENTES
COLATERAIS E POR AFINIDADE 33

Vivian Buonalumi Tacito Yugar

A OBSERVÂNCIA DAS DECISÕES EMANADAS PELO TRIBUNAL
DE CONTAS DA UNIÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 71, II
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL..... 55

Machidovel Trigueiro Filho

O DIREITO APLICADO AO EMPREENDEDORISMO DIGITAL NO
BRASIL: A RECENTE LEGISLAÇÃO DAS STARTUPS E AS
ALTERNATIVAS DE REGULAÇÃO COM BASE NO MODELO
AMERICANO..... 75

Machidovel Trigueiro Filho

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO DIGITAL: OTIMIZAÇÕES
EM PROCESSOS DE GESTÃO PÚBLICA UNIVERSITÁRIA 97

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

A GARANTIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO..... 106

Eduardo Moura Rocha e Silva

A RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO NO PROCEDIMENTO DA
LEI Nº 11.340/2006 119

Eduardo Lopes de Faria

O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO 137

CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

*CRIMINALIZATION OF HATE SPEECH AND THE LIMITS ON
FREEDOM OF SPEECH IN BRAZIL*

Ruan Ferreira Matos¹

RESUMO

O presente artigo busca investigar se o ordenamento jurídico brasileiro permite restrições à liberdade de expressão para combater discursos de ódio (“*hate speech*”) por meio da repressão penal. O estudo percorre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Constituição Federal do Brasil e os precedentes do Supremo Tribunal Federal, a fim de compreender as balizas legais, constitucionais e principiológicas e as possíveis restrições que podem ser aplicadas para a garantia de um equilíbrio entre a liberdade de expressão e a proteção contra discursos de ódio. Para tanto, utilizou-se o método hipotético dedutivo e análise bibliográfica, explorando-se a possibilidade de que, em um sistema democrático e respeitando os Direitos Humanos, o ordenamento jurídico-penal possa, legitimamente, restringir e coibir discursos que incitem à violência, discriminação ou intolerância, a partir de detida análise da doutrina pertinente, tratados internacionais e acórdãos da Suprema Corte, considerando a jurisprudência estabelecida em casos anteriores que trataram dessa questão.

Palavras-Chave: Liberdade de Expressão. Discurso de Ódio. Direitos Fundamentais. Criminalização. Supremo Tribunal Federal.

¹ Bacharel em Direito pela UNISULMA – Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão.

ABSTRACT

This article seeks to investigate whether the Brazilian legal system allows restrictions on freedom of expression to combat hate speech through criminal repression. The study covers International Human Rights Law, the Federal Constitution of Brazil and the precedents of the Supreme Federal Court, in order to understand the legal, constitutional and principled guidelines and the possible restrictions that can be applied to guarantee a balance between the freedom of expression and protection against hate speech. For this purpose, the hypothetical deductive method and bibliographical analysis were used, exploring the possibility that, in a democratic system and respecting human rights, the legal-penal system can legitimately restrict and curb discourses that incite violence, or intolerance, based on a careful analysis of the pertinent doctrine, treated internationally and judgments of the Supreme Court, considering the jurisprudence established in previous cases that dealt with this issue.

Keywords: Freedom of Speech. Hate Speech. Fundamental Rights. Criminalization. Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

O postulado da liberdade de expressão possui extrema relevância para o desenvolvimento das sociedades democráticas, enquanto direito de externar ideias e opiniões, disseminar informações, tecer críticas e exercer atividades de cunho intelectual sem interferência de outros indivíduos ou, sobretudo, do próprio Estado, o que resulta em um misto de comunidades e valores plurais, livres de censura.

Em contrapartida, indaga-se se a liberdade de expressão possui limites, e quais seriam esses limites, questionamentos surgidos após a proliferação de discursos considerados ofensivos e inaceitáveis por diversos estratos sociais. Tais manifestações, consideradas como “*hate speech*”, ou discurso de ódio, geram discussões sobre a necessidade de impor barreiras à expressão de certos discursos, que, tidos como violadores de outros direitos, não estariam acobertados pela liberdade de expressão.

Ressalte-se que tais indagações se tornaram ainda mais relevantes a partir da eclosão dos meios de comunicação e consequente popularização das redes sociais, vistas por muitos como isentas de limites e do alcance jurídico, regulador ou punitivo, tornando-se ambientes insalubres em razão do discurso de ódio.

Nesse ínterim, além das discussões acadêmicas e doutrinárias, os tribunais pátrios, especialmente o Supremo Tribunal Federal, passaram a se debruçar sobre a existência ou não de balizas à liberdade de expressão, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988, sendo intensos os debates do Poder Judiciário sobre o tema nas últimas três décadas, abarcando de forma ampla as liberdades de imprensa, de cátedra, de expressão religiosa, de opinião política, entre outros.

Desse modo, o presente trabalho busca, a partir do método hipotético dedutivo e pesquisa bibliográfica, averiguar se o ordenamento jurídico brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988, dos Direitos Humanos, dos princípios do direito e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, comporta limitações ao direito fundamental de liberdade de expressão para coibir a prática de discursos de ódio. Para tanto, os capítulos que seguem possuem análise da doutrina pertinente, tratados internacionais e decisões da Suprema Corte brasileira em casos paradigmáticos.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garantidora de inúmeros direitos, motivo pelo qual é conhecida como Constituição Cidadã, consagra a liberdade de expressão como direito fundamental em seu art. 5º, inciso IV, prelecionando que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, reforçando em seu art. 220 que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição” (Brasil, 1988), observadas as ressalvas previstas na própria Constituição.

Nesse sentido, asseveram Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2020) que o inciso IV, do art. 5º, da Carta Magna pode ser considerado como “uma espécie de cláusula geral” que “guarda relação direta com uma série de outros dispositivos da Constituição, os quais, no seu conjunto, formam o arcabouço jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações”, dentre os quais estão inseridos o direito de resposta (inciso V), a liberdade de consciência e de crença (inciso VI) e as liberdades de manifestação intelectual, artística e de imprensa (IX), tendo em vista que a Constituição de 1988 “não adotou o termo liberdade de expressão como o gênero que abarca as diversas manifestações específicas” citadas, mencionando cada uma delas como distintas e detentoras de especial proteção.

Ademais, a previsão constitucional se coaduna com princípios já consagrados em numerosos tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil e internalizado por meio do Decreto nº 592/1992, possuindo as seguintes previsões:

ARTIGO 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias (*sic*), de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente (*sic*), poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. (Brasil, 1992).

No mesmo sentido, em âmbito regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, também ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto nº 678/1992, consagra o direito à liberdade de expressão, nos seguintes termos:

ARTIGO 13

Liberdade de Pensamento e de Expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

[...]

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (Brasil, 1992).

Como se observa da leitura, tanto do texto constitucional quanto dos tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário, houve preocupação expressa em assegurar o direito à liberdade de pensamento, contudo, os próprios dispositivos impõem restrições ao seu exercício. A Carta Magna, desde logo, veda o anonimato (art. 5º, IX, parte final); já o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e Convenção Americana

sobre Direitos Humanos são categóricos ao reprimir o discurso de ódio, por motivos de pensamentos discriminatórios de várias espécies, como aqueles referentes à procedência nacional, religião, raça e os incitadores de crime e violência.

Apenas como reforço argumentativo, não se olvida que, de forma mais específica, a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto nº 65.810/1969, também restringe a liberdade de pensamento quanto esta atinge a dignidade de uma raça, impondo a condenação pelo Estados signatários de “qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial” (artigo IV), assegurando, em contrapartida, a igualdade de condições para o exercício dos direitos à liberdade de opinião e de expressão (artigo V, inciso viii).

Ressalte-se, ainda, as previsões constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada após o fim da Segunda Guerra Mundial pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro 1948, precursora da garantia de inúmeros direitos e liberdades, que, em seu artigo 19 prevê: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (Nações Unidas Brasil, 2020).

Desse modo, é clara a ampla proteção conferida à liberdade de expressão pelo ordenamento jurídico nacional e internacional, e a possibilidade conferida tanto em âmbito interno quanto externo de restrição a esse direito. Contudo, remanesce a indagação acerca de quais limites são efetivamente adotados para efetuar a distinção entre liberdade de pensamento e discurso de ódio, de forma a efetivar um equilíbrio entre o que pode ou não ser dito, e o que é considerado cerceamento de opiniões e ideias, além do alcance possível da tutela penal a tais violações.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Além do direito à liberdade de expressão e conexos, a Constituição Federal de 1988 consagra inúmeros outros direitos

fundamentais igualmente relevantes, dentre os quais se encontram os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, contidos no inciso X do art. 5º da Carta Magna, além da dignidade da pessoa humana, “supraprincípio” constitucional e fundamento da República, estampado no seu art. 1º. O próprio art. 5º, em seu § 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Brasil, 1988).

Assim, verifica-se de plano a possibilidade de que tais direitos, dada sua extensão, possam entrar em conflito, sendo necessários critérios para sua resolução, tendo em vista que não há direito fundamental tarifado, e todos possuem a mesma pertinência. Não obstante, sabe-se que a liberdade de expressão, por ser indispensável ao Estado Democrático de Direito e corolário das sociedades livres, merece especial atenção. Nesse sentido:

Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão – pelo menos de acordo com significativa doutrina – assume uma espécie de posição preferencial (preferred position), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais [...].

De qualquer modo, não se trata de atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais (Sarlet, et al., 2020).

Desse modo, qualquer tentativa de solução para tal antinomia deve se dar a partir da mesma fórmula utilizada na colisão de princípios, através do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, fundadas nas circunstâncias do caso concreto (Alexy, 2015, p. 96), tarefa atribuída precipuamente ao Poder Judiciário, a quem cabe a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direitos (art. 5º, XXXV, da CF/88):

Que também a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de informação e de imprensa (comunicação social), não é absoluta e encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens jurídico-constitucionais, praticamente não é contestada no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Contudo, a controvérsia a respeito de quais são tais limites e de como e em que medida se pode intervir na liberdade de expressão segue intensa e representa um dos maiores desafios, especialmente para o legislador, mas também para os órgãos do Poder Judiciário, a quem compete, no caso concreto e mesmo na esfera do controle abstrato de constitucionalidade e da legalidade, decidir a respeito.

Partindo de tais premissas, é possível identificar no ordenamento jurídico pátrio a existência de restrições legais à liberdade de expressão pelas leis civis e penais, como a existência do dever de indenização por danos morais e materiais e responsabilidade criminal decorrentes de violação dos direitos da personalidade e de ataques à integridade do Estado Democrático de Direito.

Quanto a aludia responsabilidade criminal, destacam-se os crimes contra a honra previstos no Código Penal (CP) – calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140) –, o crime de desacato (art. 331) e aqueles contra as instituições democráticas, bem como os crimes de preconceito (Lei nº 7.716/1989), que se constituem como limites legítimos à repressão dos discursos de ódio, tendo em vista que, embora vedada a existência de “delito de opinião”, “eventuais distorções dos fatos e manifestações que atinjam direitos fundamentais e interesses de terceiros e que representem incitação ao crime devem ser avaliadas quando da solução dos conflitos entre normas de direitos fundamentais” (Canotilho e Moreira *apud* Sarlet *et al.*, 2020).

A proteção estatal de outros direitos fundamentais e da própria segurança do Estado frente à liberdade de expressão se justifica, portanto, “pela existência de valores e circunstâncias em jogo no ordenamento jurídico” (Aragão, 2011), como princípios coletivos frente aos particulares, a integridade nacional em oposição à do indivíduo e o abuso indiscriminado de direito por um indivíduo – aqui entendido como o abuso da liberdade de

expressão e pensamento – em relação ao de outrem. Destarte, a sobressalência de tal proteção em âmbito individual ou coletivo em detrimento da liberdade de opinião mostra-se mais que legítima, face à ponderação de direitos fundamentais que resulta na conclusão de que o ordenamento jurídico-constitucional não está obrigado a tolerar o abuso, e possui o poder-dever de coibi-lo.

Nesta senda, tratando-se de conflitos entre particulares, as dimensões de liberdade e igualdade devem ser sopesadas pelo Estado, até a obtenção de maior aproximação de concretizar a dignidade da pessoa humana. Ou seja, havendo conflito entre a liberdade de expressão e outro direito da personalidade, como a honra, a valoração deve ocorrer de forma que o excesso de direito não se sobreponha à honra e à imagem ou a outras liberdades de terceiro, impondo-se limites entre o que é expressão livre e o que é discurso criminoso. Não é sem razão que o próprio texto constitucional possui mandamento expresso de criminalização através do art. 5º, inciso XLI, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (Brasil, 1988).

De outro modo, existindo dissonância entre a opinião do cidadão e a integridade do Estado Democrático de Direito, “ainda que se cuide de opiniões que veiculem posições contrárias à ordem constitucional democrática” (Sarlet et al., 2020), deve prevalecer a liberdade de expressão naquilo que não ofenda a própria existência das instituições democráticas e da coletividade, observada a proporcionalidade entre o discurso e suas consequências práticas.

3. CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao Supremo Tribunal Federal, como corte constitucional, cabe a avaliação das violações aos direitos fundamentais, tanto de forma incidental como de forma abstrata, por meio controle concreto de constitucionalidade nas ações e recursos de sua competência e por meio do controle difuso efetuado pelas respectivas ações de controle concentrado de constitucionalidade – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento

de Preceito Fundamental (ADPF) –, segundo as regras de competência previstas no art. 102 da Constituição Federal.

Caso paradigmático levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal foi o *Habeas Corpus* (HC) nº 82.424/RS impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, escritor que escrevia e publicava obras antissemitas, com o objetivo de evitar a aplicação da legislação especial referente ao crime de racismo (Lei nº 7.716/89) em relação a publicações preconceituosas dirigidas ao povo judeu, sob o argumento de que se trataria de liberdade de expressão, cuja ordem fora denegada pela Corte, que entendeu que a liberdade de pensamento e opinião não é irrestrita, e não abriga condutas imorais e ilícitas, em decisão assim ementada:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de idéias (*sic*) preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontestados como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências (*sic*) históricas dos atos em que se baseiam. [...] 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. **As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).** O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que **um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de**

condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...] Ordem denegada. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524) (Brasil, 2004, grifo nosso).

A partir do julgamento do Caso Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar uma posição cada vez mais enérgica quanto ao abuso das liberdades de opinião. Interessante destacar que, ao julgar o HC nº 82.424/RS, o STF consignou expressamente que a previsão legislativa dos delitos contra a honra é um limitador legítimo da liberdade de expressão, ao declarar que a “liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra” (Brasil, 2004). Tal argumento reafirma, mais uma vez, a legitimidade da salvaguarda penal dos direitos de outros personalidade frente à malversação da liberdade de expressão.

Ainda no HC nº 82.424/RS, verifica-se a adoção, pelo Suprema Corte, da solução de antinomia anteriormente mencionada, qual seja, a ponderação jurídico-constitucional para que se tutele o direito prevalente, hipótese em que os direitos diretamente relacionados à dignidade de pessoa humana devem prevalecer exatamente porque se relaciona de forma direta com os direitos humanos (Brasil, 2004) no caso concreto, em que o direito negativo de não ser discriminado, constante no art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, é violado pelo excesso no direito positivo da liberdade de expressão, previsto com o mesmo *status*.

Quinze anos depois, no ano de 2019, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, o STF, mais uma vez, impôs limites à liberdade de expressão que entra na seara do discurso de ódio, ao adotar uma posição concretista² e, de forma positiva e imperativa, enquadrar a homofobia e

² “A adoção da teoria concretista, no sentido de assegurar o exercício dos direitos previstos constitucionalmente, em face da inércia do legislador, segue como uma forma garantir a máxima eficácia e a supremacia da Constituição. Num caminho diverso tínhamos o entendimento superado do STF, que previa uma

transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa na proteção de pessoas LGBTQIAPN+ dos discursos de ódio:

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. (STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020) (Brasil, 2020, grifos do autor).

Importante ressaltar a posição adotada pelo relator, o Senhor Ministro Celso de Mello, e acompanhada pelo demais ministros, ao preferir seu voto na ADO nº 26, que foi categórico ao afirmar de forma incontestada que “a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão” (Brasil, 2020), encerrando de forma sintética a conclusão tida naqueles autos de forma unânime.

Na ocasião, o Ministro relator ressaltou, inclusive, o teor do art. 13, § 5º, já mencionado, segundo qual está excluído do âmbito de proteção

simples declaração da mora legislativa, que em nada modificava a situação do impetrante, tornando em letra morta os dispositivos da Lei Maior” (Lima e Silva, 2019).

da liberdade de manifestação do pensamento, qualquer discurso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência e ressaltou que “o direito de dissentir, que constitui irradiação das liberdades do pensamento, não obstante a sua extração eminentemente constitucional, deslegitima-se quando a sua exteriorização atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral” (Brasil, 2020), ou seja, acolhe-se novamente a tese de mitigação das liberdades de pensamento pelas restrições impostas pelos direitos à honra, à imagem e à dignidade da pessoa humana.

Posição semelhante já havia sido adotada pela Corte no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 146.303/RJ, quando debruçou-se sobre o conflito entre liberdade de expressão do discurso religioso e de crença ou culto, em que o Tribunal afirmou ser penalmente típica a conduta de expressão do pensamento religioso que ataque o culto de outrem, colocando em risco o exercício da livre manifestação da fé, amoldando-se à previsão de racismo religioso, tipificada no art. 20 da Lei nº 7.716/89 (Lei Antirracismo), mesmo ao considerar que a avaliação de um discurso religioso merece especial valoração:

Recurso ordinário em habeas corpus. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido. [...] 3. Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito. [...] (RHC 146303, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Relator (a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159, PUBLIC 07-08-2018) (Brasil, 2018).

Ressalte-se que, em seu voto no RHC nº 146.303/RJ, o eminente relator, Ministro Edson Fachin, avaliou que “a liberdade de expressão funciona como condição de tutela efetiva da liberdade religiosa,

assegurando-se, em tal medida, a explicitação de compreensões religiosas do indivíduo e atuações conforme a crença”, contudo, “a liberdade religiosa, como é próprio dos direitos e garantias fundamentais, não ostenta caráter absoluto”, mais uma vez reiterando a ponderação de direitos, entendimento ostentado repetidamente pelo STF desde a posição adotada no Caso Ellwanger.

Mais recentemente, já no ano de 2022, o Supremo Tribunal Federal assumiu dura posição ao condenar o então Deputado Federal Daniel Silveira às penas do artigo 359-L (abolição violenta do Estado Democrático de Direito) do Código Penal, dentre outros delitos, pela prática em redes sociais de reiterados ataques às instituições democráticas e ao Estado Democrático de Direito e defesa de “um novo AI-5”³, resultando em uma pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, perda do mandato do parlamentar e suspensão dos direitos políticos, por entender que tais condutas não se amoldam ao conceito constitucional de liberdade de expressão, mas se constituem em crimes de ódio:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DEPUTADO FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU DE IMUNIDADE PARLAMENTAR (ART. 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) NAS HIPÓTESES DE PROPAGAÇÃO DE DISCURSOS DE ÓDIO, IDÉIAS CONTRÁRIAS À ORDEM CONSTITUCIONAL E AO ESTADO DE DIREITO [...] 3. Inexistência do exercício do direito à liberdade de expressão e não incidência da imunidade parlamentar prevista no art. 53, caput, da Constituição Federal. Matérias anteriormente analisadas pela CORTE no momento do recebimento da denúncia. Preclusão. 4. A liberdade de expressão não permite a propagação de discursos de ódio e ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de Direito. Precedentes. (STF - AP: 1044 DF 0036863-31.2021.1.00.0000, Relator: Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 20/04/2022,

³ “O Ato Institucional nº 5, AI-5, baixado em 13 de dezembro de 1968, durante o governo do general Costa e Silva, foi a expressão mais acabada da ditadura militar brasileira (1964-1985). Vigorou até dezembro de 1978 e produziu um elenco de ações arbitrárias de efeitos duradouros. Definiu o momento mais duro do regime, dando poder de exceção aos governantes para punir arbitrariamente os que fossem inimigos do regime ou como tal considerados” (FGV, 20--).

Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/06/2022)
(Brasil, 2022).

O Senhor Alexandre de Moraes, Ministro relator da Ação Penal (AP) nº 1.044, em voto bem elaborado, afirmou que “tanto são inconstitucionais as condutas e manifestações que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; quanto aquelas que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas” (Brasil, 2022). No mesmo sentido, O Min. Edson Fachin asseverou que as críticas dirigidas às instituições democráticas fazem parte do seu processo de legitimação, contudo, não se admite a pregação violenta de suas extinções, fato que abala a própria existência do Estado Democrático de Direito (Brasil, 2022). Conclui-se, portanto, que inexistente um conceito de liberdade de expressão como um direito de ferir direitos.

Observa-se, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de reconhecer que o exercício da liberdade de expressão deve ser isento de qualquer censura pelo Estado ou particulares, todavia, não é oponível de forma irrestrita, encontrado limites nos direitos de outrem e deveres para com a integridade do Estado Democrático de Direito, sendo plenamente possível e necessária a criminalização dos discursos de ódio que, a pretexto de liberdade de pensamento, se prestam somente a tolher as liberdades individuais e coletivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das premissas deste trabalho e das discussões tecidas por meio da visitação bibliográfica pertinente, foi possível observar que o direito fundamental à liberdade de expressão encontra amparo constitucional, infraconstitucional e no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo inerente ao livre exercício dos direitos da personalidade e essencial à concretização e aperfeiçoamento dos valores democráticos.

No entanto, sucede-se que a liberdade de opinião vem sendo gradativamente utilizada como escusa e subterfúgio para a propagação de ataques aos valores de terceiros, sejam religiosos, morais, raciais, políticos ou aqueles ligados às liberdades sexuais e de orientação sexual e de gênero, o que não pode ser tolerado em uma comunidade democrática e de valores plurais, pautada na dignidade da pessoa humana, como o modelo prevista jurídica e socialmente para Estado brasileiro, constituído como Estado Democrático de Direito.

Com alicerce na doutrina correlata e legislação nacional, averiguou-se que existem mecanismos principiológicos e de regras aptos a coibir o abuso de direito e a disseminação do discurso de ódio, com base na ponderação de valores, com o fim de proteger de forma equilibrada todas as garantias previstas constitucionalmente, sem que um ou outro seja eliminado, embora deva ser avaliada a preponderância de cada um a partir de casos concretos, tarefa atribuída ao Poder Judiciário, ao interpretar e aplicar as normas elaboradas pelo constituinte e pelo legislador ordinários, além da observância do controle de convencionalidade na aplicação do Direito Internacional.

Nesse panorama, a partir dos precedentes citados, verifica-se que a posição do Supremo Tribunal Federal é firme em permitir a restrição do direito fundamental à liberdade de expressão quando em colisão com outros direitos humanos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988 e a segurança nacional, com fulcro nos próprios permissivos constitucionais, na legislação pátria e nos tratados e acordos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, sobretudo com o fim de garantir a igualdade entre os indivíduos e a perenidade do Estado Democrático de Direito e das instituições democráticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: ago. 2023.

BRASIL. **DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 07 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: ago. 2023.

BRASIL. **DECRETO nº 65.810, DE 8 DE DEZEMBRO DE 1969.** Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 10 de dezembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: ago. 2023.

BRASIL. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 09 de dezembro de 1992. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, 06 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 1.044/DF.** AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DEPUTADO FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU DE IMUNIDADE PARLAMENTAR (ART. 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) NAS HIPÓTESES DE PROPAGAÇÃO DE DISCURSOS DE ÓDIO, IDÉIAS CONTRÁRIAS À ORDEM CONSTITUCIONAL E AO ESTADO DE DIREITO. [...]. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Julgado em 20/04/2022. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, 07 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 82.424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Julgado em 17/09/2003. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, 19 de março de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recuso Ordinário em Habeas Corpus** nº 146.303/RJ. Relator: Ministro Edson Fachin, Julgado em 06/03/2018. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, 07 de agosto de 2018.

FGV. **O AI-5**. Fundação Getúlio Vargas, Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, 20--. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>. Acesso em: ago. 2023.

LIMA, M. A.; SILVA, D. S. R. A adoção da Teoria concretista pelo Supremo Tribunal Federal e os efeitos do mandado de injeção. **Derecho y Cambio Social**, ISSN-e 2224-4131, Nº. 56, 2019, páginas 260-272, Recife, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6967920>. Acesso em: ago. 2023.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos [1948]**. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Nações Unidas Brasil, 18 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: ago. 2023.

SARLET, I. W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS ENTRE PARENTES COLATERAIS E POR AFINIDADE

THE OBLIGATION TO PROVIDE FOOD BETWEEN COLATETERAL RELATIVES AND AFFINITY

Geraldo Vendramini Furtado do Amaral⁴

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Direito de Alimentos. 3 Princípios Norteadores. 3.1 Princípio da Dignidade Humana. 3.2 Princípio da Solidariedade. 3.3 Princípio da Afetividade. 4 Parentesco e a Obrigação Alimentar. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO:

O presente trabalho de conclusão de curso tem por finalidade analisar as regras em torno da obrigação alimentar, a fim de se realizar o debate a respeito da possibilidade ou não de parentes por afinidade e colaterais serem compelidos a prestarem alimentos entre si. Isso porque a lei não é clara a respeito da obrigação alimentícia entre parentes, sendo também a doutrina e jurisprudências bastante inconsistentes sobre o assunto, levando à discussão no contexto de que a obrigação alimentar decorre não apenas do parentesco natural ou consanguíneo, mas também do parentesco por afinidade, bem assim, a respeito do limite de grau de

⁴ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas; Advogado e Pós-graduação pela rede de ensino LFG em Direito Penal e Processo Penal.

parentesco colateral para se exigir a prestação alimentícia. Para tanto utilizou-se o método dedutivo de pesquisa, na modalidade exclusiva de revisão bibliográfica, a qual por sua vez é bem recente, sendo analisada a letra da lei e discussões que já ocorrem sobre o tematanto entre a doutrina e a jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Solidariedade Familiar. Parentesco. Dignidade Humana. Afetividade.

ABSTRACT:

The purpose of this course conclusion work is to analyze the rules surrounding the maintenance obligation, in order to carry out a debate regarding the possibility or not of in-laws and collateral relatives being compelled to provide maintenance to each other. This is because the law is not clear regarding the alimony obligation between relatives, and the doctrine and jurisprudence are also quite inconsistent on the subject, leading to the discussion in the context that the alimony obligation arises not only from natural or consanguineous kinship, but also from kinship by affinity, as well as regarding the limit of degree of collateral kinship to demand alimony payments. To this end, the deductive research method was used, in the exclusive modality of bibliographic review, which in turn is very recent, analyzing the letter of the law and discussions that already occur on the topic both between doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: Food. Family Solidarity. Kinship. Human dignity. Affectivity.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade ou não de parentes por afinidade e colaterais serem compelidos a prestarem alimentos entre si, respeitando-se, é claro, a ordem legal, que coloca em primeiro plano os parentes em linha reta, como está contido no Código Civil Brasileiro.

Certo é que o direito de família que estabelece a obrigação da prestação de alimentos, com suas especificidades e subjetividades, com grande demanda prática, uma vez que, tende a garantir a sobrevivência

com dignidade do ser humano, seguindo o binômio possibilidade de quem concede os alimentos e necessidade de quem os recebe.

O debate sobre esse tema se faz necessário, pelo fato de a lei não ser clara a esse respeito, sendo também a doutrina e jurisprudências bastante inconsistentes sobre o assunto, ensejando na indagação se parentes por afinidade e colaterais podem ser obrigados a prestar alimentos entre si.

Para a realização desse estudo, será realizada uma abordagem a respeito do instituto dos alimentos, seu fundamento legal e os princípios que o rege, passando-se para um enfoque na controvérsia acima citada, analisando argumentos contrários e a favor, bem como tendências dos tribunais.

Isso com enfoque na proteção dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas, partindo da proposição que o conceito de família mudou ao longo do tempo e se faz bastante presente o requisito afeto, dando uma nova perspectiva aos parentes socioafetivos, ou parentes por afinidades no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o presente trabalho será desenvolvido utilizando-se o método dedutivo de pesquisa, na modalidade exclusiva de revisão bibliográfica, vez que serão estudados textos de leis, bem como artigos científicos, inclusive aqueles disponíveis na rede mundial de computadores, que direta ou indiretamente abordem a temática, a fim de se conhecer a opinião e posicionamento de doutrinadores e juristas sobre o tema, partindo-se finalmente para conclusões particulares, o que possibilitará debater o problema de pesquisa e, por conseguinte, o seu enfrentamento, levando o trabalho a bom termo.

DIREITO DE ALIMENTOS

O direito aos alimentos está diretamente relacionado ao direito fundamental do ser humano, que é a dignidade. Por tal razão, o direito aos alimentos tem natureza de direito de personalidade. Não é possível se conceber uma vida digna sem o necessário para sua sobrevivência.

O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e de bens essenciais ou necessários para a sobrevivência. Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos. Desse modo, o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência. (VENOSA, 2013, p.371)

Nesse contexto de respeito à dignidade da pessoa humana, a Constituição da República de 1988 dispõe sobre o direito à alimentação da criança, do adolescente e do jovem enquanto um dever da família, da sociedade e do Estado (art. 227, CR/88).

Mais adiante, o texto constitucional dispõe em seu art. 229 que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, acrescentando ainda no mesmo dispositivo, que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Prevê, também, em seu art. 230, que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo-lhes o direito à vida.

Todos esses dispositivos constitucionais estão direta ou indiretamente ligados ao direito aos alimentos (à sobrevivência), de modo a consistir em um dever de mútuo auxílio entre as pessoas.

Malgrado a incumbência de amparar aqueles que não podem prover à própria subsistência incumba precipuamente ao Estado, este a transfere, como foi dito, às pessoas que pertencem ao mesmo grupo familiar, as quais, por um imperativo da própria natureza, têm o dever moral, convertido em obrigação jurídica, de prestar auxílio aos que, por enfermidade ou por outro motivo justificável, dele necessitem. (GONÇALVES, 2017, p.507)

O Código Civil de 2002 dedicou subtítulo específico para tratar dos alimentos, destacando no art. 1.694 que os parentes, os cônjuges

ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver.

Conforme dispõe a Lei Civil, o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (art. 1.696), bem como que, na falta dos ascendentes caberá a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (art. 1.697).

Verifica-se, a partir daí que o direito e, por conseguinte o dever de prestar alimentos não se restringe entre pais e filhos, se estendendo entre os parentes.

Antes de adentrar, contudo, na problemática do estudo, a fim de se verificar a respeito da obrigação alimentar entre parentes colaterais e por afinidade, necessária se faz a abordagem de alguns princípios norteadores desse direito, a fim de subsidiar as teses que serão levantadas.

PRINCÍPIOS NORTEADORES

O ordenamento jurídico positivo está pautado tanto em regras (leis) quanto em princípios, os quais consistem em normas jurídicas com alto grau de generalidade, que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos.

Com o direito de família não é diferente, estando este pautado nos princípios constitucionais, como o princípio da dignidade humana – princípio basilar que dentre outros, são considerados princípios gerais do direito.

O certo é que existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, assim o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, bem como os princípios da proibição de retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes. Seja em que situação se apresentem, sempre são prevalentes, não só no âmbito do direito das famílias. No entanto,

há princípios especiais que são próprios das relações familiares e devem servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões de família, despontando entre eles os princípios da solidariedade e da afetividade. (DIAS, 2015, p.62)

O tema proposto para este estudo está intimamente relacionado a alguns princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio e a nova ordem constitucional, que vem inovando as regras de direito, com ampla proteção aos direitos fundamentais.

O Direito e, por conseguinte, o dever de prestar alimentos, conforme mencionado anteriormente, guarda relação direta com o direito à vida e à sobrevivência, o que acarreta, por conseguinte, na garantia da dignidade da pessoa humana.

De igual modo, o dever mútuo e a reciprocidade entre pais e filhos na prestação alimentar se justifica pelo princípio da solidariedade.

Por derradeiro, especialmente no que diz respeito à problemática a ser tratada nesse estudo, no que tange à prestação alimentar entre parentes colaterais e por afinidade, cumpre transcorrer, nessa oportunidade, a respeito do princípio da afetividade, princípio inovador que tem modificado de maneira significativa questões importantes do direito de família.

Passa-se, portanto, para a explanação específica desses princípios.

1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios, do qual irradiam inúmeros outros, e se justifica pela preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social, pelo que está consagrado expressamente no Texto Constitucional de 1988, em seu art. 1º, inciso III, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil.

A dignidade humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e como princípio constitucional consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia e efetividade, porque de alta hierarquia e fundamental prevalência, conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça. (MADALENO, 2017, p.27)

O direito de família está intimamente ligado aos direitos humanos, tendo, assim, por base o princípio da dignidade humana, podendo se afirmar que o direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito.

Nesse contexto, acentua a doutrina que “a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional” (MADALENO, 2017, p.28)

Garantir, pois, o direito aos alimentos é resguardar a dignidade humana, pelo qual se garante a vida e a sobrevivência, que pode se dizer o primeiro direito fundamental do ser humano.

Todos têm direito de viver, e viver com dignidade. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF 1º, III). Por isso os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. (DIAS, 2015, p.513)

Verifica-se, desse modo, que a prestação alimentar vai muito além de uma obrigação decorrente do direito de família, consistindo, em verdade, em uma garantia mútua entre os componentes da entidade familiar com o objetivo de se alcançar vida digna.

2. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Solidariedade, em síntese, é o que cada um deve ao outro, e, conforme explanado anteriormente a proteção da família é uma obrigação solidária entre o Estado, a sociedade e os integrantes da própria família (arts. 227, 229, 230, CR/88).

O dever alimentar, de igual modo, caracteriza o princípio da solidariedade familiar, o qual compreende a fraternidade e a reciprocidade – deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar.

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. [...] Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa. A solidariedade familiar justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso da sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil. (TARTUCE, 2014, pp.57-58)

Nesse contexto, dispõe a Lei Civil, em seu art. 1.694 que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário. (MADALENO, 2017, p.34)

Trata-se, assim, de um dever de mútuo auxílio transformado em lei, de modo que a solidariedade familiar, especialmente no que diz respeito à prestação alimentar, evidencia a garantia da dignidade humana.

3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade é um princípio implícito, não obstante isso, está consagrado enquanto um direito fundamental decorrente da dignidade humana, haja vista que é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.

A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. (TARTUCE, 2014, p.87)

A consagração do afeto a direito fundamental reforça a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva, bem assim a igualdade entre o casamento e a união estável, além de nortear os Tribunais nas tomadas de decisões mais diversificadas envolvendo o direito de família, de modo que o afeto tem sobressaído nas relações familiares, seja no que diz respeito ao estado filial, à guarda e à adoção, por exemplo.

Nesse contexto, verifica-se uma evolução no direito de família, ao passo que na esteira dessa evolução, instalou-se uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.

Esse princípio tem sido conclamado, também, no que tange à prestação alimentar, de modo que esse dever acompanha a convivência familiar, a socioafetividade, colocando-se acima da realidade biológica, em busca, mais uma vez da efetiva garantia da dignidade humana.

No que tange à obrigação alimentar, esse princípio foi objeto de discussão na IV Jornada de Direito Civil, tendo sido editado o Enunciado 341, firmando-se o entendimento de que “para os fins do art.

1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

PARENTESCO E A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Após a breve explanação dos princípios pertinentes ao tema proposto, tem-se que o direito e, por conseguinte o dever de prestar alimentos não se restringe entre pais e filhos, se estendendo entre os parentes.

Nos moldes do Código Civil, o parentesco pode ocorrer em linha reta, quando as pessoas estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes (art. 1.591), ou em linha colateral ou transversal, quando as pessoas provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra (art. 1.592).

Nesse contexto, a linha de parentesco consiste na série de pessoas que se relacionam pelo vínculo, de modo que essas linhas se dividem em graus (distância que vai de uma geração a outra) de parentesco que se definem pela proximidade do ancestral comum, podendo, por sua vez, haver parentesco misto ou complexo quando o vínculo decorre de duas ou mais relações simultâneas: dois irmãos que se casam com duas irmãs, por exemplo.(VENOSA, 2013, p.220)

O parentesco, pois, diz respeito às pessoas que compõe uma família, ligadas pelo vínculo biológico (sanguíneo) ou por força de lei, como, por exemplo, os cônjuges, de modo que esse vínculo de parentesco acarreta em efeitos jurídicos para com seus membros, como é o caso do direito e dever de alimentos.

Nos alimentos derivados do parentesco, como demonstra o art. 1.696, o direito à prestação é recíproco entre pais e filhos, extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Notemos que, existindo vários parentes do mesmo grau, em condições de alimentar, não existe solidariedade entre eles. A obrigação é divisível, podendo cada um

concorrer, na medida de suas possibilidades, com parte do valor devido e adequado ao alimentando. Na falta dos ascendentes, caberá a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos, como unilaterais (art. 1.697). A falta de parente alimentante deve ser entendida não somente como inexistência, mas também, ausência de capacidade econômica dele para alimentar. (VENOSA, 2013, pp.385-386)

O Código Civil (art. 1.829) estabelece que a obrigação alimentar acompanha a ordem de vocação hereditária, de modo que quem tem direito à herança tem dever alimentar, tornando infinita e recíproca a obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes (art. 1.696).

Com esse fundamento, tanto pais e avós devem alimentar a filhos e netos, quanto netos e filhos têm obrigação com os ascendentes, recaindo-se o ônus sobre os mais próximos. Assim, os pais que devem ser acionados antes dos avós e estes, antes dos bisavós. (DIAS, 2015, p.542)

Tem-se, assim, que a obrigação de alimentar, primeiramente, é dos pais, sendo que na ausência de condições de um ou de ambos os genitores prestarem esses alimentos, o encargo será transmitido aos ascendentes, os quais sendo parentes em grau imediato consistem nos avós.

Essa obrigação alimentar transmitida aos avós tem sido consolidada pela jurisprudência, a qual passou a admitir a propositura da ação de alimentos contra os avós, sendo necessária, é claro, a prova da incapacidade, ou a reduzida capacidade do genitor de cumprir com a obrigação em relação à prole.

ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE.

AUSÊNCIA. 1 - A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos.” 2 - O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga

suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3 - Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no polo passivo da demanda. 4 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Recurso Especial n. 658.139-RS 2004/0063876-0. Relator: Min. rel. Fernando Gonçalves. Data da decisão: 11.10.2005)

Pois bem, na ausência de parentes em linha reta, busca-se a solidariedade dos parentes colaterais, que são os irmãos, tios, sobrinhos e primos, de modo que por força do art.

1.592 do Código Civil, o parentesco em linha colateral ou transversal se estende até o quartograu.

A obrigação alimentar também acompanha a ordem de vocação hereditária. Ou seja, tem dever de prestar alimentos quem tem direito de receber herança. A obrigação alimentar entre os parentes é de natureza sucessiva e subsidiária. Especifica a lei (CC 1.697) que os irmãos, parentes em segundo grau, têm obrigação alimentar independentemente de serem irmãos germanos (ou bilaterais, isto é, filhos de mesmo pai e mãe) ou unilaterais (identidade somente com relação a um dos pais). (DIAS, 2015, p.543)

No que diz respeito à prestação de alimentos aos idosos, não se aplica a regra contida no Código Civil, pois, embora o Estatuto do Idoso em seu art. 11 disponha que “os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil”, o dispositivo subsequente (art. 12, EI) garante que “a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”.

A solidariedade no âmbito dos alimentos também se faz presente no dever da mútua assistência material, embora com diferentes matizes quando se refere às necessidades materiais do idoso, tendo este merecido tratamento privilegiado, por força do artigo 12 do Estatuto do Idoso, ao autorizá-lo a escolher seu devedor entre os prestadores de seus alimentos, não sendo aplicada a regra do Código Civil de os parentes mais próximos serem chamados em primeiro lugar e recaindo a obrigação sempre no mais próximo em grau de parentesco. De qualquer sorte impera entre os devedores de alimentos um dever de solidariedade quanto à dívida alimentar, ficando os demais obrigados regressivamente. (MADALENO, 2017, p.34)

Ato contínuo, embora o Código Civil (art. 1.592) considere os parentes colaterais até o quarto grau, a doutrina maciça e a jurisprudência têm admitido a responsabilidade alimentar de colaterais tão somente até o segundo grau de parentesco (irmãos).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OFERTA DE ALIMENTOS. PARENTESCO POR AFINIDADE. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR. ATO

DE LIBERALIDADE. Os artigos 1.696 e 1.697 do Código Civil limitam o dever alimentar, de forma que a referida obrigação não se mostra exigível aos parentes colaterais além do segundo grau, tampouco aos afins. A prestação de assistência material à sogra de forma espontânea configura ato de liberalidade, prescindindo, portanto, de chancela judicial. Recurso conhecido e não provido. (TJDFT – 6ª Turma Cível – APC 20150110032783, Relator Hector Valverde Santanna. Publicação no DJE: 13/08/2015)

A regra, como bem estabelece a lei (art. 1.592, CC), é clara, sendo que na falta dos parentes mais próximos são chamados os mais remotos, começando pelos ascendentes, seguidos dos descendentes, ultrapassando, inclusive, a mais ampla ordem de vocação hereditária.

As controvérsias, no entanto, pairam entre a doutrina e a jurisprudência, sustentando esta ausência de previsão legal para se

reclamar alimentos dos parentes por afinidade, conforme se demonstrou pelos julgados acima colacionados.

Reconhecem, lado outro, como mera liberalidade a prestação de alimentos entreos parentes colaterais e por afinidade.

Ato contínuo, vale destacar que, ao incumbir a prestação alimentar aos parentes, os defensores dessa tese não fazem distinção ou especificidade, de modo que o parentesco, como visto, pode decorrer do vínculo biológico (sanguíneo) ou por força de lei (afinidade), o qual se dá entre o cônjuge ou companheiro e os seus ascendentes, descendentes ou irmãos (art. 1.595,

§1º, CC).

Trata-se de uma nova tese no ramo do direito de família, com referência na doutrina, podendo ser citados Cristinao Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.800).

Acentuam os autores que a obrigação alimentar entre os parentes se justifica pela solidariedade familiar e pela dignidade humana, com fundamento, ainda, nos laços de parentesco, seja biológico seja afetivo.

De fato, reconhecido o direito à vida digna (CF, art. 1º, III) como substrato fundamental de nossa ordem jurídica, se alguém não tem como sobreviver dignamente, impõe-se, de ordinário, aos seus parentes o dever de lhe facultar meios de assegurar a própria existência. Toda e qualquer relação parental traz consigo, naturalmente, a obrigação alimentícia, pouco interessando se a origem é, ou não, biológica, alcançando, bem por isso, igualmente, as relações afetivas e a adotivas. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, pp.800-801)

Nesse prisma, a doutrina moderna compartilha da nova tese:

Reconhecendo, a lei, a permanência do vínculo de parentesco sem fazer nenhuma ressalva ou impor

qualquer restrição, descabe interpretação restritiva que acabe por limitar direitos. Assim, dissolvido o casamento ou a união estável, possível é tanto o ex-sogro pedir alimentos ao ex-genro, como este pedir alimentos àquele. Também é possível o enteado buscar alimentos do ex-cônjuge ou ex-companheiro do seu genitor. Não dispondo o ex-cônjuge ou o ex-companheiro de condições de alcançar alimentos a quem saiu do relacionamento sem meios de prover o próprio sustento, os primeiros convocados são os parentes consanguíneos e os que mantêm vínculo de parentesco civil, por adoção ou vínculo socioafetivo. Na ausência ou precariedade de condições desses de prestar os alimentos, cabe socorrer-se dos parentes cujo vínculo permaneceu mesmo depois de solvido o elo afetivo: ex-sogro, ex-genro, ex-padrasto. Ainda que a responsabilidade seja subsidiária e complementar, não se pode negar que existe. (DIAS, 2015, pp.545-546)

Nesse contexto, vale colacionar a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que reconheceu a obrigação alimentar entre enteada e padrasto, considerando, para tanto, o vínculo afetivo paterno-filial adquirido entre as partes na constância da união estável entre o padrasto e a genitora da menor:

ALIMENTOS À ENTEADA. POSSIBILIDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO DEMONSTRADO. PARENTESCO POR AFINIDADE. FORTE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA OBSERVADA. QUANTUM ARBITRADO COMPATÍVEL COM AS NECESSIDADES E AS POSSIBILIDADES DAS PARTES. Comprovado o

vínculo socioafetivo e a forte dependência financeira entre padrasto e a menor, impõe-se a fixação de alimentos em prol do dever contido no art. 1.694 do Código Civil. Demonstrada a compatibilidade do montante arbitrado com a necessidade das Alimentadas e a possibilidade do Alimentante, em especial os sinais exteriores de riqueza em razão do elevado padrão de vida deste, não há que se falar em minoração da verba alimentar. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJSC,

Agravo de Instrumento n. 2012.073740-3, de São José, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 14-02-2013)

Verifica-se, desse modo, que a solidariedade familiar ultrapassa os limites biológicos, de modo que os vínculos de afeto possuem igual relevo nas relações familiares.

O afeto, portanto, não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família. (DIAS, 2015, p.71)

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana. [...] De toda sorte, deve ser esclarecido que o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. [...] o princípio da afetividade tem fundamento constitucional, particularmente na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), na solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988) e na igualdade entre filhos (arts. 5.º, caput, e 227, § 6.º, da CF/1988). (TARTUCE, 2014, pp.86-91)

O Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral (RE 898.060), decidiu a respeito do conflito entre a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva, a fim de se dirimir sobre a obrigação alimentar.

Nesse contexto, reconheceu-se a multiplicidade de vínculos parentais, com fundamento na paternidade responsável, de modo que tanto os pais biológicos, quanto os pais afetivos de um mesmo filho podem ser compelidos a prestar alimentos, isto é, a responsabilidade de um não afastará a obrigação do outro, isso com o escopo de se garantir a dignidade humana do alimentando.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. [...] SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). [...] VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE

RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). [...] 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”. (STF

– Tribunal Pleno. RE 898.060 - SC. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 21/09/2016)

Verifica-se daí, que, embora a afetividade afete diretamente nas relações familiares, especialmente no que diz respeito à obrigação alimentar, a base para a responsabilidade alimentar está calcada no princípio da solidariedade familiar.

Também norteadas pelo princípio da solidariedade é a obrigação alimentar, seja entre cônjuges ou parentes, sempre atrelada pelo binômio necessidade/possibilidade, contida nos arts. 1.694 e seguintes do CC. Obviamente que a solidariedade e amparo não estão somente no plano do auxílio material, mas também no afetivo, que pode ser imposto como obrigação jurídica (cf. princípio da afetividade e da paternidade responsável). [...] O instituto jurídico dos alimentos decorre de valores humanitários e dos princípios da solidariedade e da dignidade humana, destinando-se a amparar aqueles

que não podem arcar com a sua própria subsistência, cujo conteúdo está diretamente atrelado à tutela da pessoa e à satisfação de suas necessidades fundamentais. A Emenda Constitucional n. 64, de 2010, alterou o art. 6º da Constituição da República para introduzir a alimentação como um direito social, o que reforça a sua amplitude e importância como direito essencial e atributo da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. [...] Assim, os critérios para a estipulação da pensão alimentícia sustentam-se nos princípios norteadores do Direito de Família, em especial o da solidariedade, e o trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade. (PEREIRA, 2012, pp.227-228)

Desse modo, não vai se perquirir se existe relação de afeto entre as necessidades do alimentando e a possibilidade do alimentante, mas sim se há a configuração do dever alimentar entre aquelas pessoas que já mantiveram algum vínculo familiar – este sim decorrente do afeto.

Não obstante isso, e aos argumentos pautados no que dispõe a Lei Civil, a qual não faz qualquer distinção ou exclusão expressa no que diz respeito a essa obrigação alimentar, boa parte da doutrina, como Belmiro Welter (2003, p.255) e Carlos Roberto Gonçalves (2017, pp.541-542), se mantém contrária ao reconhecimento da obrigação alimentar dos parentes por afinidade.

O fundamento para estes últimos é que o legislador não legitima os colaterais além do segundo grau a prestar alimentos, não havendo, portanto, obrigação alimentar entre tios e sobrinhos (terceiro grau), ou entre primos (quarto grau).

A doutrina é uniforme no sentido da inadmissibilidade de obrigação alimentar entre pessoas ligadas pelo vínculo da afinidade, perante o nosso direito. [...] Somente quatro classes de parentes são, pois, obrigadas à prestação de alimentos, em ordem preferencial, formando uma verdadeira hierarquia no parentesco: a) pais e filhos, reciprocamente; b) na falta destes, os ascendentes, na ordem de sua proximidade; c) os descendentes, na ordem da sucessão; d) os irmãos, unilaterais ou bilaterais, sem distinção ou preferência. Os demais parentes, conseqüentemente, não se acham

sujeitos ao encargo familiar. Este, na linha colateral, não vai além do segundo grau, o que “colide com o direito sucessório, que, em nossa legislação, vai até o quarto grau (Cód. Civil de 2002, art. 1.839). Por conseguinte, no direito pátrio, o onus alimentorum não coincide com o emolumentum successionis”. (GONÇALVES, 2017, pp.541-542)

Permanece, assim, a controvérsia, resistindo uma parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o Código Civil elenca um rol taxativo de sujeitos obrigados à prestação alimentar, de modo que, além de limitar o grau de parentesco colateral, exclui os parentes por afinidade (sogros, cunhados, padrastos, enteados).

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto no presente estudo, restou evidenciado que o direito à alimentação é um direito fundamental, de modo que a própria Constituição da República de 1988, por meio de outros direitos e princípios fundamentais o garante.

O direito à alimentação está intimamente relacionado à efetiva garantia da dignidade da pessoa humana, cabendo à lei dispor a respeito dos sujeitos ativos e passivos dessa obrigação.

Verificou-se, daí, a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito de quem pode ser compelido a prestar alimentos, pelo que o Código Civil de 2002 se mostra, *a priori*, restritivo quanto ao assunto.

Lado outro, ao se delinear a respeito dos princípios norteadores da obrigação alimentar, restou demonstrado que o Texto Constitucional prevê expressamente o princípio da solidariedade nas relações familiares ao atribuir ao Estado, à sociedade e à própria família – de forma genérica – a obrigação alimentar da criança, adolescente, jovem e idoso.

De igual modo, o princípio da afetividade rompeu com o paradigma da consanguineidade para fins de direitos e deveres nas relações familiares.

O princípio da afetividade transformou as relações familiares e, vice de consequência, o próprio direito de família. Em se verificando a presença do afeto entre os componentes do núcleo familiar é possível se visualizar a incidência da obrigação alimentar.

Isso porque o princípio da solidariedade familiar impõe às relações o ônus de dever e cuidado que decorre das peculiaridades que versam este instituto, qual seja a família.

Assim, embora persista a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da obrigação alimentar entre parentes colaterais e afins, com fundamento exclusivo na ausência de previsão legal, tem-se que a lei deve ser interpretada com base nos princípios fundamentais, sobretudo a fim de se dar efetiva garantia à dignidade humana, devendo o julgador ser flexível à cada caso, observando-se a impossibilidade dos parentes mais próximos, seguindo-se a linha sucessória.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. Autos n. 658.139-RS. Brasília, 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173791/recurso-especial-resp-658139-rs-2004-0063876-0/inteiro-teor-12902301>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. Autos n. 898.060-SC. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898060%2ENUM E%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oxbmklf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento. Autos n. 2012.073740-3. Santa Catarina, 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TJSC%2C+Agravo+de+Instrumento+n.+2012.073740-3%2C+de+S%C3%A3o+Jos%C3%A9&idtopico=T10000400>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Apelação Cível. Autos n. 2015.011003278-3. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219777864/apelacao-civel-apc-20150110032783>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Obrigação alimentar alcança tios, sobrinhos e primos. **Migalhas**. nov. 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8065,11049-Obrigacao+alimentar+alcanca+tios+sobrinhos+e+ primos>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil**: anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direito das famílias. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 6.

FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart; PEDRINI, Tainá Fernanda. Padrasto tem que pagar pensão? Análise da filiação socioafetiva e o dever de alimentos. **Empório do Direito**. fev. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/padrasto-tem-que-pagar-pensao/>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2008. v.6.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo:MÉTODO, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no Código Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

A OBSERVÂNCIA DAS DECISÕES EMANADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 71, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*COMPLIANCE WITH DECISIONS MADE BY THE COURT OF
ACCOUNTS OF THE UNION – CONSIDERATIONS ON ART.
71, II OF THE FEDERAL CONSTITUTION*

Vivian Buonalumi Tacito Yugar

RESUMO

Tribunal de Contas da União: instituto republicano de controle externo federal. Fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União. Princípio da Supremacia do Interesse Público. Controle de verbas públicas. Imputação de pagamento de débito, em caso de irregularidades que resultem em extravio ou perda de bens, dinheiros e valores públicos, com dano ao erário (Art. 71, II, Constituição Federal). Julgamento técnico das contas prestadas, sem perquirição de dolo ou culpa, embora resguardada a via regressiva (art. 37, § 6º, CF). Princípio da Separação dos Poderes. Aplicabilidade da Doutrina *Chenery* (postura deferencial entre os Poderes), com consequentes limites ao controle judicial sobre julgamento administrativos do TCU.

Palavras-Chave: Verbas públicas. Julgamento pelo TCU.

ABSTRACT

Federal Court of Auditors: republican institute of federal external control. Accounting, financial, budgetary, operational and patrimonial supervision of the Union. Principle of the Supremacy of the Public Interest. Control of public funds. Imputation of payment of debts in the event of irregularities resulting in the loss or misappropriation of public assets, monies and values,

with damage to the treasury (Art. 71, II, Federal Constitution). Technical judgment of the accounts rendered, without examining intent or guilt, although the regressive route is protected (Art. 37, § 6, CF). Principle of Separation of Powers. Applicability of the Chenery Doctrine (deferential posture between the Powers), with consequent limits to judicial control over TCU administrative judgments.

Key words: Public funds. Judgment by the TCU. Translated with www.DeepL.com/Translator (free version)

INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou analisar o controle de verbas públicas elaborado pelo Tribunal de Contas da União, com base no Art. 71, II, CF, que lhe confere o poder de julgar as contas dos administradores públicos que manejem dinheiros, bens e valores públicos. Assim, o objetivo do presente artigo consistiu em esclarecer aspectos relativos à Corte de Contas, comumente restritos aos agentes públicos e privados diretamente envolvidos no manejo de verbas públicas, como modo de fomentar o debate jurídico.

A OBSERVÂNCIA DAS DECISÕES EMANADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 71, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Tribunal de Contas da União consiste em um órgão administrativo, instituído ainda no início da era republicana brasileira, por influência do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, através do Decreto 966-A de 1890⁵, posteriormente consagrado na Constituição de 1891.

⁵ “Em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto 966-A criou o Tribunal de Contas da União, norteados pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia”. Anteriormente, Dom João VI, quando de sua instalação no Brasil em 1808, havia instalado o “...Erário Régio e criado o Conselho da Fazenda, que tinha como atribuição acompanhar a execução da despesa pública”. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Compreendendo a atividade de controle: a origem

Referida instituição tem por função primordial o controle externo federal de despesas públicas, auxiliando o Poder Legislativo – embora sem relação de subordinação –, no que pertine à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União⁶, nos termos do art. 71, “caput” da Constituição Federal de 1988.

Tal organização institucional efetiva o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), essencial a um Estado Democrático de Direito e secundado pelo Princípio da Separação de Poderes (Art. 2º, CF). Afinal, se, de um lado, existem agentes públicos incumbidos da aprovação e execução de despesas públicas (Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente); de outro, exsurge a necessidade de um corpo técnico apto a lhes avaliar as contas de gestão.

À vista desse imperativo técnico, o Poder Constituinte estabeleceu condicionantes específicas à corporificação do TCU, ao exigir de seus nove membros “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública”, aplicados efetivamente em, pelo menos, 10 anos de atividade ou função (Art. 73, §1º, III e IV, CF). Ademais dessas especificidades interdisciplinares, os Ministros do TCU gozam das garantias, prerrogativas e impedimentos atribuídos ao Magistrados (Art. 73, §3º, CF), o que acende o debate jurídico sobre a natureza do órgão do Tribunal de Contas.

Afinal, o Art. 71, II, CF prescreve que ao Tribunal de Contas compete “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

O uso pelo Poder Constituinte de termos como “Tribunal” e “julgamento”, para a Corte de Contas, suscita indagações da hermenêutica jurídica constitucional acerca do alcance e significado do texto normativo. Isto porque, mesmo com a Reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu o Conselho Nacional de

2019, Brasília. Disponível em: https://jacobyfernandesreolon.adv.br/wp-content/uploads/2019/07/Apostila_Workshop_TCU.pdf Acesso em: 18 ago. 20.

⁶ CRETELLA JUNIOR, José. Naturezas das decisões do Tribunal de Contas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94, p.193, abril/junho. 1987.

Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho em sua estrutura, os Tribunais de Contas seguiram alheios àquele rol (Art. 92, CF).

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário n. 636.886, sob Repercussão Geral (Tema 899⁷), por sua vez, ao analisar o Art. 71, II, CF, entendeu que a Corte de Contas não exerce efetivamente função jurisdicional, a despeito da expressão designativa “Tribunal”. Onde se lê o termo “julgar”, entre as suas atribuições constitucionais, deve-se interpretar no sentido de “examinar as contas”, conclusão extraída do manejo do método normativo-estruturante de Friederich Muller⁸ e Konrad Hesse.

Do mesmo modo entende a doutrina majoritária, conforme leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2010, p. 1094): “não tendo o sentido normalmente atribuído aos juízes no exercício da função jurisdicional, o sentido do termo é o de ‘apreciar, examinar e analisar’ as

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 636.886 – Tema 899, Min. Relator Alexandre de Moraes, Julgamento em 20/4/2020, Diário de Justiça Eletrônico em 25/6/20. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899> Acesso em: 18 ago. 2020.

⁸ COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ano 2002, n. 230, p. 173, out/dez. 2002. “...Ao discorrer sobre a normatividade, a norma e o texto da norma, Friedrich Müller nos dirá que a normatividade, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida pelo seu texto, antes resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social, de um funcionamento efetivo e de uma atualidade efetiva do ordenamento constitucional perante motivações empíricas na sua área de atuação, enfim, de dados que mesmo se quiséssemos não poderíamos fixar no texto da norma, no sentido da garantia da sua pertinência (...) Em síntese, no dizer do próprio Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a “ponta do iceberg”⁴⁰; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito, isso é constituído pela situação normada, na feliz expressão de Miguel Reale. H Refletindo, igualmente, essa mudança de rumos, nos dirá Konrad Hesse - a quem se deve a mais sólida contribuição para o êxito dessa proposta hermenêutica - que a interpretação constitucional é concretização; que precisamente aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição, é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade, de cuja ordenação se trata”.

contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas, na hipótese, é de caráter eminentemente administrativo⁹”.

Ainda que assim seja, como se verá adiante, o caráter administrativo da atuação do TCU não lhe retira a vinculatividade das decisões proferidas com base no Art. 71, II, CF, visto que o processo administrativo regularmente instaurado, processado e julgado produz efeitos juridicamente válidos na esfera jurídica daqueles que dele participaram. É dizer, a decisão do TCU baseada no Art. 71, II, CF, como elemento de um processo administrativo, há de observar um “perfil mínimo¹⁰”, para que haver justa restrição estatal sobre a esfera jurídica alheia.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual De Direito Administrativo 23^a ed., São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 1094. No mesmo sentido, José Cretella Junior, para quem “*as decisões do Tribunal de Contas não são decisões judiciais, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca à conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade (Manual de Direito Administrativo, 4^a ed, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 49). Em sentido contrário: Portanto, mesmo que o julgamento das cortes de contas não fosse um ato jurisdicional típico, mas apenas um ato administrativo, seu mérito jamais poderia ser revisto pelo poder judiciário. A disposição do art. 5^o, inc. XXXV, da Constituição Federal tem por destinatário o legislador infraconstitucional, mas não veda que a própria Constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão, não integrante do poder judiciário, ou, mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial. No atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício da função jurisdicional pelos tribunais de contas*” (Id, 2003, p. 120/122). Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Forum, 2003.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedentes dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel. **Processo civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira** / Daniel Mitidiero, Guilher Rizzo Amaral (coordenadores) ... [et al.] – São Paulo: Atlas, 2012, p. 86.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. Das funções públicas e do sistema de jurisdição adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, a função típica ou atípica, exercida em determinado julgamento, não se confunde com “judicialidade” tampouco com “jurisdição”.

A moderna teoria constitucional-administrativista concebe serem todos os Poderes Constituídos dotados de funções ontológicas típicas e atípicas¹¹. Assim, no âmbito do Poder Executivo, sua função típica consistiria naquela administrativa (ou gerencial, após a Emenda Constitucional n. 19/1998), ao passo que suas funções atípicas seriam a normativa (i.e. Decretos Regulamentares – Art. 84, IV, CF; Medidas Provisórias – Art. 62, CF) e de julgamento (i.e. no caso de decidir, ao final, pela extradição de alguém). No âmbito do Poder Legislativo, a função típica deste seria legislar, sendo atípicas as funções administrativas (gerenciamento “interna corporis”) e a de julgamento (i.e. Comissões Parlamentares de Inquérito – Art. 58, CF). Por fim, no âmbito do Poder Judiciário, seria típico deste a função de julgamento (judicial), sendo atípicas as funções administrativas (gerenciamento “interna corporis”) e normativa (i.e. Provimentos; Regimentos Internos).

Ao lado dessa distribuição de funções entre os Poderes, no Brasil, adotou-se o Sistema Inglês de Jurisdição Única¹², insculpido, no Art.

¹¹ “Consolidou-se o entendimento clássico de que o Estado possui três funções (legislativa, jurisdicional e administrativa), realizada por seus Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo), de forma típica ou atípica. Importante lembrar que cada Poder, além de sua função típica, também possui funções atípicas. Assim, por exemplo, embora a função típica do Poder Legislativo envolva a criação de normas jurídicas que inovam o ordenamento jurídico (função legislativa), seus órgãos também exercem função administrativa, notadamente na relação com seus servidores ou quando realizam contratações públicas. Outrossim, o Legislativo exerce função jurisdicional, atipicamente, ao julgar o Presidente da República (art. 52, I, CF)”. TAVEIRA BERNARDES, Juliano; ALVES FERREIRA, Olavo Augusto Viana. **Sinopse Direito Administrativo**, 10ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 27.

¹² *Ibid.*, 2020, p. 33-34.

5º, XXXV, CF¹³, também entendido atualmente como a “última ratio”, para resolução de conflitos, segundo a doutrina de TAVEIRA BERNARDES e ALVES FERREIRA (2020, p. 33-34):

Em todo o mundo, adotam-se diferentes Sistemas (ou modelos) para correção dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos, praticados pelo Poder Público: a) o Sistema do Contencioso Administrativo (Sistema Francês), restringe o controle dos atos da Administração, pelo Poder Judiciário. Nesse Sistema, em regra, os atos da Administração sujeitam-se à jurisdição do contencioso administrativo, formado por órgão da Administração Pública (...); b) Sistema Judiciário (Sistema Inglês ou Sistema de Jurisdição Única) permite que o controle de todos os atos da Administração seja feito pelo Poder Judiciário. Nesse Sistema, em regra, as decisões administrativas, mesmo tomadas em um ambiente ‘contencioso’ (i.e. decisão de uma Junta de Recursos), podem ser revistas pelo Poder Judiciário. [Este último] é o Sistema adotado pelo Brasil, conforme evidencia a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao estabelecer que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão’ (art. 5º, XXXV, CF).

É dizer, adota-se o Sistema de Jurisdição Única, porém, é possível que conflitos, inclusive os envolvendo Entes Públicos, sejam resolvidos fora da sede jurisdicional (Art. 26 e 27, ambos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁴; e Art. 32 a 40, Lei 13.140/15).

¹³ “Art. 5º, XXXV – A lei não excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

¹⁴ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração

Com isso, realmente, a função jurisdicional não pode, *a priori*, ser exercida fora do Poder Judiciário¹⁵, visto que apenas o Poder Judiciário tem, legitimamente, poder coercitivo, bem como autoridade de conferir coisa julgada a suas decisões (Art. 5, XXXVI, CF¹⁶). O Tribunal de Contas, por sua vez, a despeito de sua nomenclatura sugestiva, consiste em Tribunal Administrativo, sendo órgão administrativo auxiliar do Poder Legislativo, conforme expressa disposição do art. 71, “caput”, CF.

Inobstante a Constituição Federal prever, no art. 73, § 3º, CF¹⁷, prerrogativas e impedimentos aos Conselheiros de Contas inerentes aos Magistrados, tal circunstância não o torna órgão jurisdicional tampouco com decisões dotadas de judicialidade (estas, privativas dos órgãos arrolados no

permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2º (VETADO). Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos”.

¹⁵ “Por essa nova perspectiva (...) restariam ao Poder Judiciário, em registro residual (o ‘last resort’, referido na experiência norte-americana), as controvérsias que, em razão de fatores tecnicamente consistentes (complexidade da matéria, peculiaridade das partes, inviabilidade de solução por outras formas ou esgotamento delas, ações ditas ‘necessárias’), efetivamente exigem passagem judiciária”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 888, ano 98, p. 9-36, out. 2009.

¹⁶ “Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁷ “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 (...) § 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40”.

art. 92, “caput”, CF¹⁸). Nesse sentido determinam, inclusive, os art. 71, §3º, CF¹⁹ e Art. 19, Lei 8443/92²⁰, ao disporem ser as decisões do TCU “títulos executivos”, havendo silêncio eloquente quanto à sua judicialidade.

O fundamento para este arranjo jurídico da Corte de Contas, portanto, não se encontra na “judicialidade” ou não de seu processo decisório, pois este se mostra critério insuficiente para justificar a vinculatividade de suas decisões. Debruçando-se sobre a ontologia do processo administrativo, a doutrina aponta para a “processualidade” como núcleo essencial da vinculação administrativa. Nesse sentido, afirma BERNARDO STROBEL GUIMARÃES e CEZAR AUGUSTO NAZÁRIO DE SOUZA²¹ (2021, p. 107):

Há também diferenças estruturais, decorrentes da inexistência de um terceiro desinteressado no processo administrativo, em que a Administração decide as questões em que é parte. De todo modo, nada disso embaraça o fato de que o processo administrativo deve ser integralmente deferente às garantias elementares que constituem o núcleo duro da cláusula constitucional do devido processo legal.

¹⁸ “Art. 92, “caput”. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; II-A – o Tribunal Superior do Trabalho; III – os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

¹⁹ “Art. 71 (...) § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”.

²⁰ Art. 19, Lei 8443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União): “Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução”.

²¹ GUIMARÃES, B. S., NAZARIO DE SOUZA, C. A. **Os efeitos vinculantes do processo administrativo para a jurisdição:** levando o processo administrativo a sério. Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça, 2021, p. 107.

De fato, eis um ponto de divergência característico do processo administrativo: a supremacia e indisponibilidade do interesse público, que tem como premissa a titularidade coletiva sobre a *res publica*. É dizer, as receitas e valores públicos pertencem a toda a coletividade, cujo controle social de contas dar-se-á por órgãos públicos de representação²².

A corroborar que esta distinção instrumental não lhes retira a convergência finalística, o art. 5º, LIV e LV, CF conferiu status constitucional hierarquicamente semelhante ao processo administrativo e ao processo judicial. Ao correlacionar ambos à observância do *due process of law*, do direito ao contraditório e da ampla defesa, o Poder Constituinte lhes fixa os fundamentos de legalidade/validade, cuja observância é intrínseca a qualquer legítima vinculação das partes envolvidas.

E o fundamento para este critério remonta às bases do próprio Direito Administrativo, afinal, em um Estado Democrático de Direito, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (Art. 5º, II, CF). Ou seja, é a observância do perfil processual mínimo que confere legitimidade à restrição estatal sobre a esfera jurídica alheia, sendo exemplo a própria natureza jurídica de título executivo atribuída às decisões do Art. 71, II, CF, pelo Art. 71, §3º, CF, quando houver imputação de débito ou condenação ao pagamento de multa.

Desse modo, afigura-se critério mais razoável e adequado sustentar que a obrigatoriedade dos julgamentos das Cortes de Contas, baseados no Art. 71, II, CF, encontra fundamento no cumprimento da legalidade processual, como elemento do gênero legalidade estrita, pressuposto do Direito Administrativo moderno. Referido entendimento prescinde da flexibilização de institutos como jurisdição, coercitividade e coisa julgada material, estruturante da função jurisdicional democrática:

Jurisdição e função administrativa convergem para um terreno comum quando se refere ao exercício de autoridade sobre direitos juridicamente protegidos. O Código de Processo Civil só se aplica aos processos administrativos porque ambos compartilham o mesmo

²² Art. 78, Lei 4320/64: “além da prestação ou tomada de contas anual, quando instituída em lei, ou por fim de gestão, poderá haver, a qualquer tempo, levantamento, prestação ou tomada de contas de todos os responsáveis por bens ou valores públicos”.

objetivo: estruturar o devido processo legal como elemento de proteção do cidadão em face de todos os atos capazes de repercutir sobre suas esferas jurídicas. E para isso é indiferente se quem está a aplicar as normas é a Administração ou um terceiro imparcial como o Judiciário. Os dois estão submetidos à legalidade e à preservação dos preceitos constitucionais (2021, p. 109).

Fixados os critérios justificantes da vinculação administrativa das decisões do TCU, baseadas no Art. 71, II, CF, analisa-se a singularidade de seu conteúdo técnico.

1.2. Da tecnicidade das decisões do Tribunal de Contas da União, baseadas no art. 71, II, CF. Das limitações à revisibilidade e ao controle judicial

As decisões dos Tribunais de Contas (da União, dos Estados e dos Municípios – art. 75, CF²³) conferem transparência e legitimidade ao uso das verbas públicas (*accountability*). Nesse sentido, o art. 71, II da Constituição Federal, consolidando o rechaço a um uso patrimonialista-privado do Estado, atribuiu ao Tribunal de Contas da União em auxílio ao Congresso Nacional, em sede de controle externo, julgar as contas dos administradores públicos, bem como as contas daqueles que causarem prejuízo ao erário – em caso de irregularidade, perda ou extravio de bens e valores públicos.

Como expressão do mencionado princípio republicano, nos processos de prestação de contas, as decisões do TCU apreciam a economicidade e legitimidade das contas apresentadas pelos gestores públicos, proferindo julgamento objetivamente técnico (Art. 1º, §1º, Lei 8443/92²⁴). Nestas situações, a finalidade precípua do julgamento do órgão

²³ “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros”.

²⁴ Art. 1º, § 1º, Lei 8443/92: “No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a

controlador consiste na liberação de responsabilidade às pessoas indicadas no Art. 5º, I a VI, Lei 8443/92²⁵, em casos de contas reputadas regulares.

Desse modo, o TCU inicialmente julga a regularidade das contas prestadas e, ato contínuo, se reputadas irregulares, adentrará o mérito da imputação de débito ou multa aos responsáveis²⁶. Nesse sentido, “...especificamente, realiza o julgamento técnico das contas a partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e, apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de obter o respectivo ressarcimento [nos termos do art. 37, § 6º, CF]²⁷”.

economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas”.

²⁵ Art. 6º, Lei 8443/92: “*Estão sujeitas à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta Lei*”.

²⁶ Art. 16, Lei 8443/92: “*As contas serão julgadas: I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável; II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário; III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. § 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas. § 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária: a) do agente público que praticou o ato irregular, e b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. § 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis”.*

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 636.886 – Tema 899, Min. Relator Alexandre de Moraes, Julgamento em 20/4/2020, Diário de

O Art. 71, II, CF se refere primordialmente às Contas de Gestão, correspondentes às Prestações de Contas feitas por aqueles que gerirem dinheiro, bens e valores públicos, sendo-lhe parâmetro o orçamento público, conforme se tratar de agente público; ou acerca do cumprimento de convênio, conforme se tratar de agente privado no uso de verbas públicas²⁸. Diferem-se das Contas de Governo, referentes às contas anuais do Chefe do Poder Executivo e respeitantes à Atividade Financeiro-Orçamentária do exercício anterior, sendo-lhe parâmetro o Orçamento Público fixado, conforme as Leis Orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei Orçamentária Anual).

Em ambas, o Tribunal de Contas procede a avaliações, emitindo julgamento definitivo para contas de gestão; e opinião consultiva para as contas de governo. Isto porque, quanto a este último, o Tribunal de Contas aprecia as contas do Chefe do Poder Executivo e o Parlamento respectivo (Congresso Nacional; Assembleia Legislativa; Câmara Legislativa do Distrito Federal; Câmara de Vereadores) decide pelo acolhimento ou não do Tribunal de Contas (art. 31, §2º, CF; Art. 51, II, CF; Art. 52, I, CF).

Os julgamentos do TCU diferem de decisões administrativas típicas, pautadas em julgamentos de conveniência e oportunidade, posto se valerem de critérios técnicos, com uso de habilidades específicas acerca de contabilidade, economia e administração (art. 73, §1º, III, CF). Conforme JACOBY FERNANDES acerca de tal singularidade: “a tomada de contas e a prestação de contas nada mais são que um conjunto de demonstrativos contábeis e

Justiça Eletrônico em 25/6/20. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 18 ago. 2020.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 240: “...no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas”.

gerenciais elaborados pelo órgão de contabilidade com a participação do controle interno e do gestor ou gestores responsáveis²⁹”.

Mesmo não sendo possível inserir as decisões administrativas do TCU na dicotomia tradicional, não será possível ao Poder Judiciário lhe adentrar o mérito, reformando-lhe o conteúdo. Tampouco nos casos envolvendo julgamentos administrativos da Corte de Contas, baseadas no art. 71, II, CF será possível fazer-lhe reforma judicial, pois se trata de decisão definitiva, amparada por exceção expressa ao Art. 5º, XXXV, CF, isto é, pelo art. 71, CF. Nessa linha, entendeu o STF no mencionado Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (Tema 899):

Em face de sua própria natureza, esses exames e análises das contas não observam as mesmas garantias do devido processo judicial, além de não preverem e não permitirem o contraditório e ampla defesa efetivos, anteriormente à formação do título executivo (ARIDES LEITE SANTOS. Tomada de Contas Especial, O exercício do contraditório perante o Tribunal de Contas da União, São Paulo: Scorteccci, 2ª rev. atual., 2018, p. 110-111), apesar de existir procedimento administrativo no âmbito da Corte de Contas levado a efeito, em regra, por meio do processo de tomada de contas especial, instrumento legal, posto à disposição dos Tribunais de Contas, com a finalidade de apurar a totalidade dos fatos lesivos ao Erário, identificar os responsáveis pelo dano e quantificando-o, promover-lhe o ressarcimento (WALTON ALENCAR RODRIGUES. O dano causado ao erário por particular e instrumento da tomada de contas especial I. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v. 29, n. 77, jul/set 1998, p. 2 ss).

Nos casos de evidente ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, por ocasião dos julgamentos administrativos da Corte de Contas, excepcionalmente, será possível controle judicial, porém, em razão da incidência da hipótese de lesão ou ameaça de lesão a direito a atrair a atuação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF). Ainda que assim seja, reside-se no âmbito do Controle de Legalidade pelo Poder Judiciário, a fazer incidir o

²⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica.

Princípio da Insindicabilidade do Mérito. Nesse sentido, inclusive, ressalta ARAÚJO (2010, p 480):

a atuação do Poder Judiciário deve respeitar a atribuição constitucional de outros órgãos, para o exercício da atividade de julgamento de temáticas específicas que foram consagradas, em função de uma opção política fundamental, a órgãos que não se inseriam na estrutura do Poder Judiciário. A submissão ao crivo do Judiciário dessas matérias é uma limitação de ordem jurídica e lógica. De ordem jurídica, pois, se a Constituição atribuiu a órgão diverso do Judiciário a competência para julgar, é porque esse julgamento tem a mesma raiz de qualquer julgamento, seja proveniente de qualquer autoridade, seja judiciária, seja legislativa, seja de órgão de controle, o que impõe ao Judiciário o dever de somente aquilatar o julgamento em seu aspecto extrínseco, vale dizer: observando-se se o 'due process law' foi efetivamente respeitado pelos órgãos aos quais se incumbiu o texto originário da Constituição em deferir, de modo deslocado, mas não impróprio, essa competência decisória, ressalvada a possibilidade de se invalidar a decisão meritoriamente teratológica, que não guarde qualquer harmonia com a situação de fato na qual hipoteticamente se basearia³⁰.

Logo, será possível ao Poder Judiciário revisar o julgamento administrativo da Corte de Contas, cassando-o ou anulando-o, porém, sem se lhe substituir.

Trata-se de decorrência do debate antigo acerca da independência e harmonia entre os Poderes, ao qual se agrega, modernamente, a questão da correspectiva deferência. Referida discussão foi trazida ao Direito Brasileiro pelo Superior Tribunal de Justiça, ao adotar a Doutrina *Chenery*³¹, quando do julgamento do Agravo Interno em Pedido

³⁰ ARAÚJO, Júlio César Manhães de. **Controle da Atividade Administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**, Curitiba: Juruá, 2010, p. 480.

³¹ *"The basic Chenery principle is the "simple but fundamental rule... that a reviewing court in dealing with a determination or judgment which an administrative agency alone is authorized to make, must judge the propriety of such action solely by the grounds invoked by the agency."19 The Supreme Court's well-known pair of Chenery decisions provides a good illustration of its*

de Suspensão de Segurança n. 2240 de origem norte-americana³², caracterizada pela premissa de que determinados órgãos administrativos detêm conhecimentos técnicos específicos, no âmbito de suas atribuições, os quais não são detidos, porém, por outros. Naquela ocasião, ressaltou a Relatora Ministra LAURITA VAZ que:

...segundo a doutrina Chenery – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos³³.

operation”. Kevin M. Stack, *The Constitutional Foundations of Chenery*, 116 *The Yale Law Journal*. 952 (2007) Available at: <http://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/221> p.960. Acesso em 8/5/2022.

³² “A doutrina Chenery” (*Chenery doctrine*) surgiu a partir de um julgamento da Suprema Corte norte-americana (*SEC v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80, 1943). Segundo essa teoria, o Poder Judiciário não pode anular um ato político adotado pela Administração Pública sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica. Isso porque, em temas envolvendo questões técnicas e complexas, os Tribunais não gozam de expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos ou não. Assim, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário. A ‘doutrina Chenery’ é bem explicada por um autor norte-americano chamado Richard Posner, que trata sobre a análise econômica do Direito, ou seja, sobre os reflexos econômicos das decisões judiciais (*Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996*). CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Decisão que suspende reajuste das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/237168031_d88451c78fd8d6d6378c0b2>. Acesso em: 18/08/2020.

³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo Interno no Pedido de Suspensão de Segurança n. 2240, Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72995340&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=91&formato=PDF Acesso em 18/8/2020.

Tal divisão de *expertise*, em vez de enfraquecer o Estado, enriquece-o, em termos de gerência e eficiência³⁴. Como consequência, para que o sistema funcione de forma estável, será necessário postura deferencial³⁵ entre os órgãos governamentais.

Tendo em vista tais noções, existem, portanto, limites à reversibilidade judicial quanto às decisões dos Tribunais de Contas, baseadas no art. 71, II, CF. Trata-se, por um lado, de observância ao

³⁴ Nos Estados Unidos, a função fiscalizatória desempenhada pelo Tribunal de Contas da União corresponde ao Escritório de Contabilidade Governamental (“Government Accountability Office” – GAO), integrante do Poder Legislativo americano, concebida juridicamente como “*agência*” (“agency”). “*GAO is the investigative arm of the Congress. GAO helps the Congress meet its Constitutional responsibilities and helps improve the performance and accountability of the Federal Government for the American people. GAO examines the use of public funds, evaluates Federal programs and activities, and provides analyses, options, recommendations, and other assistance to help the Congress make effective oversight, policy, and funding decisions. In this context, GAO works to continuously improve the economy, efficiency, and effectiveness of the Federal Government through financial audits, program reviews and evaluations, analyses, legal opinions, investigations, and other services. GAO's activities are designed to ensure the Executive Branch's accountability to the Congress under the Constitution and the Government's accountability to the American people. GAO is dedicated to good government through its commitment to the core values of accountability, integrity, and reliability*”.

https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/assets/a11_current_year/s10.pdf Acesso em 8/5/2022.

³⁵ “*Intensive judicial scrutiny under the hard look doctrine is widely viewed as a central cause of the ossification of administrative government. This account suggests that the principle is an aspect of judicial respect for the authority that Congress has delegated to the agency. Chenery sets out the following reasoning: If an order is valid only as a determination of policy or judgment which the agency alone is authorized to make and which it has not made, a judicial judgment cannot be made to do service for an administrative judgment. For purposes of affirming no less than reversing its orders, an appellate court cannot intrude upon the domain which Congress has exclusively entrusted to an administrative agency*” (p.979). KEVIN M. STACK. THE CONSTITUYIONAL FOUNDATION OF CHENERY. THE YALE LAW JOURNAL, 2007. Kevin M. Stack, The Constitutional Foundations of Chenery, 116 The Yale Law Journal. 952 (2007) Available at: <http://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/221>

Princípio da Separação de Poderes, e, por outro, de postura deferencial, respeitosa, pelo Poder Judiciário, em face das decisões técnicas adotadas pela Corte de Contas, que conta com *expertise* nem sempre partilhada por outros órgãos como o Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

À vista disso, conclui-se pela imprescindibilidade da existência de Cortes de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro, no controle da execução de verbas públicas, como expressão de fiscalização sobre a Administração Pública (interesse público secundário) e expressão de controle social de seus cidadãos (interesse público primário), o que reforça a concepção de um Estado Democrático de Direito (Art. 1º, “*caput*”, CF³⁶) e de um Governo Republicano, tal como o brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Júlio César Manhães de. **Controle da Atividade Administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**, Curitiba: Juruá, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** 23ª ed., São Paulo: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Decisão que suspende reajuste das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/237168031d88451c78fd8d6d6378c0b2>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

CRETELLA JUNIOR, José. Naturezas das decisões do Tribunal de Contas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94, p.193, abril/junho. 1987.

³⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ano 2002, n. 230, out/dez. 2002

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Compreendendo a atividade de controle: a origem 2019, Brasília. Disponível em: https://jacobyfernandesreolon.adv.br/wp-content/uploads/2019/07/Apostila_Workshop_TCU.pdf Acesso em: 18 ago. 20.

_____. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Forum, 2003.

_____. Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 888, ano 98, out. 2009.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedentes dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel. Processo civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira/Daniel Mitidiero, Guilher Rizzo Amaral (coordenadores) ... [et al.] – São Paulo: Atlas, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo Interno no Pedido de Suspensão de Segurança n. 2240, Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72995340&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=91&formato=PDF Acesso em 18/8/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 636.886 – Tema 899, Min. Relator Alexandre de Moraes, Julgamento em 20/4/2020, Diário de Justiça Eletrônico em 25/6/20. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 18 ago. 2020.

TAVEIRA BERNARDES, Juliano; ALVES FERREIRA, Olavo Augusto Viana. **Sinopse Direito Administrativo**, 10^a ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

Kevin M. Stack, The Constitutional Foundations of Cheney, 116 The Yale Law Journal. 952 (2007) Available at: <http://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/221>

https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/assets/a11_current_year/s10.pdf Acesso em 8/5/2022.

O DIREITO APLICADO AO EMPREENDEDORISMO DIGITAL NO BRASIL: A RECENTE LEGISLAÇÃO DAS STARTUPS E AS ALTERNATIVAS DE REGULAÇÃO COM BASE NO MODELO AMERICANO.

*THE LAW APPLIED TO DIGITAL ENTREPRENEURSHIP IN
BRAZIL: THE RECENT LEGISLATION OF STARTUPS AND
REGULATION ALTERNATIVES BASED ON THE AMERICAN
MODEL.*

Machidovel Trigueiro Filho³⁷

RESUMO

O tripé jurídico da regulação das Startups no Brasil tiveram leis aprovadas em 2018 e em 2019, contudo, há evidente identificação da necessidade de aperfeiçoamento dessa legislação para o empreendedor digital, uma vez que elas foram frutos de discussões dos últimos oito anos e o cenário já mudou em 2022 e é um dos motivadores dessa pesquisa e da proposta de apresentação de nossas reflexões nos seminários da Flórida International University, nos próximos dias 28 e 31 de março de 2022 e nos dias 19 e 22 de abril de 2022. Outra motivação é a possibilidade da pesquisa de alguma forma fomentar ainda mais o já rico ecossistema de empreendedorismo e inovação das startups com propostas de soluções jurídicas próprias ou balizadas em experiências vencedoras do Vale do

³⁷ Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho, Vice Diretor da Faculdade de Direito da UFC, Coordenador do CRIA - Centro de Referência em Inteligência Artificial da UFC, Pós Doutor na USP/SP, Professor Visitante na FIU/EUA, Professor Pesquisador em STANFORD/EUA. Foi eleito o “Empreendedor Digital do Ano no Brasil” pela Associação Brasileira de Startups e a Startup Brasil.

Silício americano, entre outras, com algumas universidades parceiras da FIU, presentes nesse importante evento.

Há perspectivas da consolidação nos próximos dois anos no Brasil dos centros de inovação para startups no Brasil (ambiente de ecossistemas colaborativos) que devem evoluir significativamente nos anos de 2022 até 2025 – esses centros são espaços dedicados à geração de negócios baseados nas tecnologias com inteligência artificial que vem transformando o mundo nesse tempo, incentivando a inovação de alto impacto e gerando valor para empresas e sociedade por meio da colaboração entre startups, grandes empresas, consultores, mentores, investidores, tech partners e legal partners .

Assim, o artigo contextualiza os principais conceitos relacionados à temática abordada, tais como o direito aplicado ao empreendedorismo digital no Brasil e as recentes legislações, visando um comparativo com os ecossistemas de empreendedorismo e habitats de inovação mais desenvolvidos do mundo, como os existentes no Vale do Silício Americano, entre outros. Sendo assim, através de um levantamento teórico do processo de desenvolvimento e implementação dos modelos jurídicos no Brasil, a pesquisa baseia-se em metodologia que combina relato teórico, pesquisa descritiva e revisão bibliográfica para então apresentar o modelo atual com o objetivo de efetuar sugestões de aperfeiçoamento, quando comparado ao modelo jurídico americano. Considerando a importância das startups para o desenvolvimento de inovações com alto potencial de crescimento, especialmente aquelas ligadas ao setor de tecnologia de informação e comunicação (TIC), espera-se que esta pesquisa possa contribuir para o desenvolvimento do setor e o aperfeiçoamento das legislações vigentes, uma vez que metodologias de acompanhamento bem implementadas podem levar a uma melhor qualidade na aceleração de startups, e por consequência, seu desenvolvimento e o incremento dos ecossistemas em que estão inseridas.

Palavras-chave: Direito das Startups, aceleração, ecossistema de empreendedorismo, empreendedorismo digital, leis. Modelo americano. Regulação.

CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DAS *STARTUPS* NO BRASIL

As recentes mudanças na legislação das Startups e empresas ligadas ao empreendedorismo digital no Brasil foram pontos motivadores dessa investigação, assim como a possibilidade de comparar nossa mais moderna legislação das startups com os modelos jurídicos americanos vigentes e em constante mudanças. A seguir, relatamos as mais recentes mudanças no Brasil;

1) **Aprovado em 19 de março de 2019 o Inova Simples para Startups** - Aprovado pelo Senado Federal do Brasil em 19 de março de 2019 (PL 135/2018) e pela Câmara dos Deputados em 13 de dezembro de 2018 (PL 420/2014) – Com a recentíssima aprovação pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, o Inova Simples para Startups (restando apenas a sanção presidencial para virar Lei, que ocorrerá em breve) foi criado o INOVA SIMPLES, regime especial simplificado, de rito sumário, com muitas facilidades para as micro e pequenas empresas do Simples Nacional que se enquadrem no conceito de Startup, ou seja, empresas inovadoras, de caráter disruptivo e com alto potencial de crescimento, que convivem, porém, com alto grau de incerteza em relação à sua viabilidade, tanto tecnológica quanto econômica. Trata-se de uma medida extremamente necessária para estimular a criação e o crescimento das startups e, conseqüentemente, a geração de emprego e renda.

Para além do estudo comparativo desse recentíssimo projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados e Senado, a ideia dessa pesquisa é também compreender as demandas legais das empresas de inovação, com o objetivo de facilitar e fomentar ao seu desenvolvimento, minimizando fechamento desse tipo de negócios, importante para a geração de emprego no Brasil e apoiando a constituição de ecossistemas de startups, como ocorre no Vale do Silício americano, podendo ainda se instalar onde funcionam parques tecnológicos, instituições de ensino, empresas juniores, incubadoras, aceleradoras e até mesmo *coworking*, gerando uma cultura favorável de crescimento e inovação. O mercado futuro deve ser cada vez mais pautado pela inovação, e ações como esta no Brasil são muito bem-vindas e aguardadas, tanto por empreendedores e investidores.

Ainda que possa pairar alguma incerteza sobre a interpretação que a Justiça lhe dará no tempo, não há dúvida de que a recente Lei é um

avanço para o desenvolvimento de um saudável ecossistema de empreendedorismo e inovação, mas muito ainda necessita ser feito e aperfeiçoado para alcançarmos um sucesso mais constante nessa área, rompendo um modelo jurídico arcaico, quebrando paradigmas por meio de uma inteligência jurídica capaz de acompanhar a evolução tecnológica.

2) Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei Federal n.º 13.709/2018) – no final do ano de 2018 o presidente Michel Temer publicou a Medida Provisória n.º 869/2018, que instituiu a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD. Essa recente Lei de Proteção de Dados Pessoais afetará somente as grandes empresas de base tecnológica. A norma, em sua essência, atingirá toda e qualquer pessoa – natural ou física, de direito público ou privado – “independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados”. Em suma, por menor que seja a sua empresa, se ela tratar dados, estará sujeita aos deveres da Lei. Ou seja: considerando que é quase impossível qualquer empresa, seja ela MEI, de pequeno, médio ou grande porte, prestar qualquer serviço sem coletar dados pessoais de seus clientes e fornecedores, todas estas estão submetidas às determinações legais. Esse foi um dos principais passos dados pelos Governo Federal na adequação de nossas normas internas à tendência da Regulação Internacional dos Dados. Com a criação da entidade (ANPD), há um fortalecimento natural na fiscalização do descumprimento às normas, bem como passamos a ter um órgão próprio habilitado a aplicar as sanções pela transgressão legal. Portanto, é necessário que as empresas brasileiras se adequem às normas nacionais, independente do seu tamanho ou área de atuação, no intuito de não sofrerem as sanções legais previstas, sendo prejudicadas futuramente como ocorreu com o Google na União Europeia.

3) Outra recente Lei das Startups - o investidor “anjo” – No dia 28 de outubro de 2016, foi publicada a Lei Complementar 155/2016, que entrou em vigor no início de 2017. Essa nova regulamentação traz como inovação jurídica a possibilidade da existência de um investidor-anjo nas startups. Essa importante novidade busca gerar benefícios tanto para o empreendedor como para o investidor, na medida em que tem como ponto chave a distinção entre investimento-anjo e o sócio com participação societária. O investidor-anjo não se torna sócio da empresa. E é exatamente essa distinção que representa uma importante garantia para os investidores e a principal inovação da Lei. Como são apenas investidores, eles não são responsáveis pelas obrigações da empresa. O investidor-anjo não pode, por exemplo, ser acionado para pagar uma dívida trabalhista ou fiscal da uma

startup, por exemplo, retirando o desconforto e o receio anterior do investidor das pequenas e médias empresas de tecnologia.

Para deixar esse ponto muito claro, a nova lei diz que não se aplica ao investidor-anjo o art. 50 do Código Civil, que trata das hipóteses de desconsideração da pessoa jurídica. Com isso, o legislador explicita sua intenção de proteger o investidor-anjo e, assim, estimular os investimentos nas startups.

Para o empreendedor, o fato de o investimento-anjo não ser considerado participação societária garante que o controle societário da startup continuará em suas mãos. O investidor-anjo não tem direito a interferir na condução da empresa.

Dessa forma, a Lei Complementar 155/2016 contribui para que empreendedor e investidor-anjo possam exercer cada um o seu respectivo papel. Na verdade, a principal beneficiária dessa novidade é a startup, que se vê protegida de interferências externas e, ao mesmo tempo, torna-se um ambiente mais seguro para os investimentos.

A Lei Complementar 155/2016 é positiva e pode contribuir para o desenvolvimento de um ambiente de negócios mais seguro para empreendedores e investidores. No entanto, é preciso ressaltar que, sendo uma lei nova, ainda não há decisões judiciais sobre as regras nela previstas e pode haver, em alguns casos, dúvidas sobre como a lei será interpretada.

Um tema que pode gerar algum questionamento é, por exemplo, a tributação a ser aplicada à remuneração do investimento-anjo. A lei diz que o Ministério da Fazenda poderá regulamentar a tributação sobre retirada do capital investido, o que ainda não ocorreu. Pela legislação tributária em vigor e por ser uma lei de incentivo às startups, o mais coerente seria considerar a remuneração do investimento-anjo como dividendo, que é isento de imposto de renda.

Diante da experiência brasileira, cabe, no entanto, a menção à possibilidade de a Receita Federal querer tributar a remuneração do investimento-anjo. Isso é ruim nesse ambiente de negócios das startups. Inclusive, tal interpretação não seria a mais lógica, até mesmo porque a lei estabelece que só o investimento produtivo pode ser considerado como investimento-anjo, mas o risco existe, infelizmente.

Verifica-se que, apesar de haver alguns pontos de incerteza, os quais deverão ser tratados com muita cautela nos contratos de participação, há aqui um avanço da legislação brasileira para fomentar de forma mais inteligente os investimentos nessas empresas nacionais. Não se pode perder de vista que o investidor-anjo é aquela efigie que "patrocina" novos negócios que possuem alto potencial de retorno no médio prazo, ou seja, são os principais incentivadores de startup.

Essa categoria de investimento já existia no mercado e ainda hoje é praticada por ex-empresários que têm o intuito de investir em empresas que lhe garantirão um retorno a curto e médio prazo. Contudo, não existia nenhuma regulamentação jurídica sobre esse tipo de investimento, que acabava sendo realizado via mútuos conversíveis em participação societária ou pelo ingresso direto na sociedade na qualidade de sócio.

Com a Lei, esse investimento é formalizado via contrato de participação que deverá ter como objetivo a inovação e os investimentos produtivos, ter prazo de vigência de no máximo 7 anos e conter a forma de remuneração.

A principal vantagem ao investidor-anjo oferecida pela norma citada é o fato do referido investidor não ser considerado sócio, em nenhuma hipótese, e, conseqüentemente, não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive no caso de recuperação judicial.

Por outro lado, a lei prevê algumas restrições tais como: o limite da remuneração de até 50% do lucro da sociedade, o prazo máximo dessa remuneração de 5 anos e a exclusão total do poder de gerência, até mesmo impedindo o direito a voto pelo investidor-anjo.

Outros aspectos de grande relevância da lei são: i) direito de resgate - de acordo com a Nova LC o investidor-anjo só poderá exercer tal direito após o prazo mínimo de dois anos; e ii) venda da sociedade - o investidor-anjo terá o direito de preferência na aquisição ou poderá exercer o direito de venda conjunta, ou seja, a lei prevê expressamente o tag along para o investidor-anjo.

Ademais, no que se refere ao direito de resgate do investimento, a lei prevê que o mecanismo de apuração do valor desse resgate seguirá o padrão do artigo 1.031 do Código Civil limitado ao valor investido corrigido pelo período, ou seja, a apuração será realizada com base na situação patrimonial da empresa. Portanto, uma vez que nos primeiros anos de

existência das startups, são necessários muitos investimentos e endividamento, principalmente, para que seja possível escalonar o negócio, este será um dos principais pontos de risco ao investidor-anjo ao pactuar um contrato de participação.

Verifica-se que a lei tratou de uma das maiores preocupações dos investidores, qual seja a exposição ao risco do negócio que está sendo desenvolvido pela sociedade investida. Ao excluir totalmente a responsabilidade dos investidores pelas dívidas da sociedade, inclusive no caso de recuperação judicial, a lei traz mais conforto ao investidor o que, por consequência, deverá promover o mercado de startups de forma ampla.

No entanto, as limitações impostas pela lei podem gerar algumas dificuldades aos investimentos. A limitação ao recebimento da remuneração pelo prazo de 5 anos é um dos fatos complexos, principalmente quando se trata de uma startup, pois normalmente é de sua natureza que não gere lucros nos primeiros anos e nos anos seguintes esses lucros sejam modestos, isso se dá tanto pela necessidade de investimento inicial para desenvolvimento da ideia, quanto pelo escalonamento do negócio, numa situação que o lucro vem em primeiro lugar. Portanto, com esse tipo de limitação, o foco de rentabilidade do investidor-anjo estará mais restrito à possibilidade de venda da sociedade para terceiros com altos ganhos.

Neste contexto, de venda da sociedade para terceiros há outro ponto discutível. Apesar de ser comum que, após alguns anos de operação as startups passem por uma nova rodada de investimentos, o que pode significar a venda parcial ou total da empresa já com retornos elevados, este movimento somente beneficiará o investidor-anjo caso ocorra ainda na vigência do contrato de participação, o que está limitado há 7 anos.

Assim, se o prazo do contrato terminar e não houver a venda da sociedade a terceiros, a alternativa do investidor-anjo será exercer seu direito de retirada, que conforme mencionado acima, poderá resultar em grandes perdas.

Levando em conta todos os aspectos e inovações que envolvem a regulamentação do investidor-anjo para as microempresas e empresas de pequeno porte, verifica-se que, apesar de haver alguns pontos de incerteza, os quais deverão ser tratados com muita cautela nos contratos de participação, é inegável o avanço da legislação para fomentar os investimentos nas empresas nacionais. Contudo, o direito brasileiro há muito ainda o que avançar e aprender com a experiência dos investidores

nas startups americanas e sua legislação, notadamente aquelas com sede no vale do silício, entre outras.

4) **Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018 (Lei da Inovação)** - Com a também recente edição do Decreto nº 9.283, de fevereiro de 2018, o Sistema Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação - SNCTI complementou sua nova estruturação normativa iniciada com a Emenda Constitucional nº 85, de 2015, e com as reformas implementadas pelo Marco Legal da Ciência e Tecnologia (Lei nº 13.243/2016) que alteraram significativamente o a Lei n 10.973/2004 e traz uma série de novidades para o setor, com forte impacto para o ecossistema de empreendedorismo e inovação.

Dentre as principais, destaca-se a autorização para universidades e centros de pesquisa públicos, agências de fomento, as empresas públicas e sociedades de economia mista a participarem como sócias minoritárias do capital social de empresas inovadoras, seja diretamente ou através de fundos de investimentos.

Em suma, a Emenda Constitucional nº 85/2015 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma diretriz contundente no sentido de estimular a associação entre instituições públicas de pesquisa científica e tecnológica por intermédio da flexibilização das rígidas normas de direito público impostas às instituições públicas de pesquisa. Essas diretrizes constitucionais foram implementadas pela Lei nº 13.243, de 2016, que alterando significativamente o Marco Legal da Ciência e Tecnologia (Lei n 10.973/2004), inseriu no sistema jurídico brasileiro um perfil econômico estatal denominado pela doutrina de “Estado Empreendedor”. No ano passado, houve a edição no Diário Oficial da União do dia 08/02/2018 publicou o Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e regulamenta a Lei da Inovação (nº 10.973).

O decreto também disciplina diversos tipos de parcerias público-privadas para o desenvolvimento de tecnologias inovadoras, inclusive de empresas concessionárias de serviços públicos, como telefonia e energia, por exemplo. Elas têm obrigação legal de investir parte de seu faturamento em projetos de pesquisa e desenvolvimento, mas enfrentavam uma série de dificuldades na prática porque o formato de muitas parcerias com startups não estava claramente definido na lei, causando insegurança jurídica sobre investimentos diretos nessas empresas. Com esse movimento, mais capital deve ficar disponível para investimentos.

Ainda no texto, está prevista a possibilidade de entidades públicas poderem apoiar a criação, a implantação e a consolidação de ambientes promotores da inovação por meio da cessão de imóveis para parceiros com esse fim, inclusive com dispensa de licitação, bem como novas regras facilitadas para o licenciamento de tecnologias desenvolvidas em universidades para empresas.

Outra novidade interessante está na atualização e ampliação dos diferentes mecanismos de fomento a inovação, como o bônus tecnológico, que permite que universidades compartilhem sua infraestrutura de pesquisa com empresas ou a encomenda tecnológica, que permite que o governo faça encomendas a universidades, inclusive em consórcio com empresas, de soluções tecnológicas para necessidades da administração pública, soluções estas que poderão ser posteriormente adquiridas pelo governo com dispensa de licitação.

O pacote de medidas inclui ainda a simplificação de processos de compra de insumos destinados a atividades de pesquisa e desenvolvimento, especialmente nos casos de insumos internacionais, um problema muito conhecido de pesquisadores do país. As importações para esse fim ficarão dispensadas de controles prévios ao despacho aduaneiro.

Essa pesquisa também pretende analisar os principais impactos desta normatização a partir da perspectiva das oportunidades criadas para as Instituições de Ciência e Tecnologia públicas, principais celeiros de criação e inovação no Brasil.

Segundo o Decreto, a Administração Pública (incluindo as agências reguladoras e as de fomento) poderá estimular o desenvolvimento de projetos de cooperação entre empresas, Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT) e entidades privadas sem fins lucrativos com foco na geração de produtos, processos e serviços inovadores, além da transferência e difusão de tecnologia.

Nesses casos, as partes deverão prever, em instrumento jurídico específico, a titularidade da propriedade intelectual (PI) e a participação nos resultados da exploração comercial das criações resultantes da parceria. O mesmo vale para os contratos de encomenda tecnológica, que poderão também dispor sobre a cessão do direito de PI, o licenciamento e a transferência de tecnologia.

Esse o novo marco legal da inovação busca reforçar o sistema de inovação brasileiro ao determinar a definição dos direitos de Propriedade Intelectual nos contratos relativos a parcerias de pesquisa e desenvolvimento, bem como encomendas tecnológicas e outras.

Os atores do ecossistema de inovação terão mais segurança jurídica porque a regulamentação definiu orientações mínimas para a cooperação entre ICTs e o setor produtivo”, comenta Gianna Sagazio, superintendente nacional e diretora de Inovação do Instituto Euvaldo Lodi (IEL) da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

“O decreto desburocratiza o ambiente de pesquisa e, no âmbito dos estados, tem interface com as encomendas tecnológicas”, observa Francilene Garcia, presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência, Tecnologia e Inovação (Consecti) e secretária executiva de Ciência e Tecnologia do Estado da Paraíba.

O decreto que regulamenta a lei dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico e tecnológico e altera artigos de outras quatro, incluindo a Lei nº 8.666 (Lei das Licitações), em seu artigo nº 61, por exemplo, dispensa de licitação a contratação de obras e serviços de engenharia enquadrados como produtos para pesquisa e desenvolvimento.

Para melhor compreensão, o novo marco legal da inovação é o resultado de uma criação coletiva, que levou dois anos para ser confeccionado. Enquanto a lei nº 13.243 tem 18 artigos, o decreto que a regulamenta tem 86, com o objetivo de clarear e oferecer segurança jurídica aos atores do sistema.

O decreto autoriza, por exemplo, as instituições públicas a ceder diretamente a empresas o uso de imóveis para a instalação de “ambientes promotores da inovação” – parques tecnológicos, aceleradoras, entre outros –; flexibiliza as regras de transferência de tecnologia de ICTs para o setor privado; e possibilita que as instituições públicas participem minoritariamente do capital da empresa, de forma direta ou indireta, por meio de fundos de investimentos constituídos com recursos próprios ou de terceiros, entre outras medidas. Exemplo: Vamos supor que uma universidade tem determinada tecnologia, então ela pode entrar como sócia de um empreendimento disposto a levá-la ao mercado.

A Lei também amplia mecanismos de subvenção a micro, pequena e média empresas, implantando, entre outras medidas, o bônus

tecnológico, destinado ao pagamento de contratação de serviços tecnológicos; além de autorizar que a subvenção econômica possa ser utilizada pelas empresas tanto para o financiamento de atividades de pesquisa como para despesas de capital.

Com isso, espera-se que alguns entraves jurídicos e práticos sejam solucionados por esse marco legal da inovação com objetivo de dar uma resposta mais ágil do direito ao mercado. Outra novidade da Lei é a isenção ou redução do imposto de importação para empresas na execução de projetos.

Representantes da academia, do setor público e das empresas temem, no entanto, que a “burocracia” coloque entraves que, somente no dia a dia da aplicação da nova lei, saberemos os resultados práticos.

Como tudo isso ainda é muito novo, há ainda uma preocupação com a “interpretação” da Lei. Se os tribunais e órgãos de controle não entenderem e não assimilarem as mudanças, as instituições ficarão reféns de interpretações. E esse é um ponto crucial. O rigorismo do controle contamina também as universidades, e os pesquisadores acabam tendo que dedicar parte do tempo de pesquisa para lidar com questões que não são de fundo, relevantes e desfocam o objetivo principal do projeto, atrasando sua execução e evolução.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E INTELIGÊNCIA JURÍDICA

O Robô ELI (*Enhanced Legal Intelligence*) é o primeiro robô que utiliza inteligência artificial para realizar trabalhos em escritórios de advocacia como um assistente jurídico de alta performance que ajuda advogados, escritórios de advocacia e empresas em problemas específicos com enormes ganhos de produtividade e qualidade, permitindo atingir resultados nunca antes imaginados.

Um estudo recente realizado pela LawGeex analisou as habilidades de 20 advogados experientes e comparou com a inteligência artificial. A tarefa consistia em analisar os riscos contidos em cinco contratos de confidencialidade. O grupo participante incluía diretores jurídicos, advogados autônomos e associados de grandes empresas globais, como Goldman Sachs, Cisco e Alston & Bird.

A inteligência artificial alcançou 94% de precisão, enquanto os advogados obtiveram a média de 85%. Em relação à velocidade, a AI ganhou em disparada, analisando todos os contratos em apenas 26 segundos contra 92 minutos dos advogados.

Tecnologia na esfera jurídica

A tecnologia e a esfera jurídica já estão caminhando juntas. A quantidade de dados jurídicos no Brasil cresce exponencialmente, fazendo-se necessária a análise rápida e eficiente dos documentos produzidos, principalmente em relação ao contencioso de massa. Desse modo, a computação cognitiva é crucial para que os advogados possam focar em demandas mais importantes.

O McKinsey Global Institute estima que quase 1/4 do trabalho de um advogado pode ser automatizado com o uso da IA. Além disso, algumas pesquisas sugerem que a adoção da tecnologia legal (incluindo AI) reduziria as horas de trabalho dos advogados em 13%.

Muitas empresas e escritórios de advocacia estão utilizando a inteligência artificial como um assistente virtual que coleta dados e analisa diferentes tipos de documentos, a fim de alavancar os negócios e diminuir custos. Ela permite, por exemplo, que os advogados se concentrem nas seções mais relevantes dos contratos, superando os mecanismos de buscas atuais e tornando o trabalho desses profissionais menos repetitivo e mais produtivo.

Segundo o estudo, as principais mudanças da Inteligência Artificial no campo jurídico que ocorrerão em breve são as seguintes:

- Eliminação de alguns cargos que realizam um trabalho mecânico, como assistente de pesquisa, já que a máquina exercerá essa atividade, possibilitando que os advogados se concentrem em outras tarefas;

- Criação de novos cargos que entendam de tecnologia e direito, como engenheiros legais, uma vez que é necessária a existência de profissionais que saibam desenvolver e conferir se os resultados estão corretos;

- Diminuição da quantidade de processos por meio da automatização.

No Canadá, Ross, robô da IBM, com base na tecnologia de computação cognitiva Watson, vem realizando pequenas tarefas que tradicionalmente seriam exercidas por um advogado. Nos Estados Unidos, um jovem de 19 anos desenvolveu o DoNotPay, um robô que reverte multas de trânsito e ajuda imigrantes com o processo de documentação.

Este fenômeno, aos poucos, vai chegando também ao Brasil. Nesse sentido, qual o futuro do advogado diante de um futuro próximo onde a inteligência artificial estará cada vez mais presente e atuante? O advogado deve se preocupar? O Direito deixará, em breve, de ser uma atividade exclusivamente humana?

A CULTURA JURÍDICA E TAMBÉM DE GESTÃO DO COMPLIANCE

Outra mudança de mentalidade jurídica - Todo processo que é ajuizado contra uma empresa, obviamente, tem um motivo. Na maioria das vezes, as ações judiciais surgem pela existência de não-conformidades dentro da própria empresa que, caso não sejam sanadas, tornarão a gerar mais e mais novas ações.

O papel da inteligência artificial jurídica é justamente mapear quais são essas não-conformidades, direcionando-as aos departamentos competentes para que criem políticas de boas práticas visando combater os problemas ocasionados por elas.

Esse tipo de trabalho era, muitas vezes, feito de forma pontual, através das auditorias jurídicas. Porém, com as novas tecnologias, que permitem o acesso a dados em tempo integral por meio de softwares, hoje, é possível incorporar as atividades de inteligência jurídica junto aos departamentos, implementando essa cultura preventiva no dia a dia da empresa.

No Brasil existe uma cultura voltada à remediação de problemas e não à prevenção dos mesmos. Na maioria dos casos, os empresários enxergam que prevenir gera custos ao negócio, preferindo gastar apenas quando se faz necessário remediar.

Porém, essa mentalidade vem mudando, especialmente no contexto dos departamentos jurídicos. De modo geral, todo empresário sabe que uma ação judicial custa caro. Além dos custos que envolvem o processo, há o desgaste causado pela morosidade na solução do problema. Afinal, a morosidade do judiciário é notória e quanto mais tempo uma ação fica na justiça, mais custos ela demanda.

Mesmo adotando uma política de fechar mais acordos, o jurídico das empresas sabe que o custo de simplesmente contestar uma ação não é baixo. Por isso, esse tipo de política vem se transformando em algo ineficiente, principalmente considerando os impactos financeiros no orçamento.

A cultura do *compliance*, portanto, vem crescendo. Se antes, ela era algo típico das empresas americanas, que contavam com inúmeros procedimentos, hoje ela também vem se incorporando à mentalidade de inúmeras empresas brasileiras, de diferentes portes.

As taxas da ROI confirmam que, vale mais prevenir do que remediar. E esses números vêm convencendo os empresários, gestores e líderes do alto escalão que o custo do contencioso deve ser minimizado ao máximo, incentivando-se sempre a correção de não-conformidades, que levam ao surgimento das ações judiciais.

A INTELIGÊNCIA JURÍDICA E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO SERVIÇOS JURÍDICOS

Assim como muitos escritórios de advocacia se especializaram nas auditorias e *due dilligence*, a inteligência jurídica também vem se transformando em um tipo de serviço cuja demanda deve crescer. Justamente por isso, advogados empreendedores, que estão de olho nas tendências do mercado, sabem que a inteligência jurídica também é um serviço que pode integrar as atividades dos escritórios.

A maioria dos escritórios que atua com empresas, trabalha diretamente na linha de frente do contencioso, ou seja, são os escritórios que redigem peças, promovem acordos, atendem as audiências, cuidam das diligências no processo, entre outras ações. Obviamente, as estratégias

jurídicas são discutidas com a empresa contratante, mas, em geral, são os escritórios que oferecem todo o suporte jurídico.

Por esse motivo, os serviços de inteligência jurídica podem ser uma ótima solução oferecida pelos escritórios, já que o cliente potencial para esse tipo de serviço, em geral, já é uma empresa cliente.

A inteligência jurídica aliada a inteligência artificial é muito mais do que uma ferramenta que serve para diminuir a incidência de ações judiciais e o custo com o contencioso. Ela também é um bom exercício para a empresa rever suas práticas e se aprimorar.

Além de diminuir o número de ações judiciais, a inteligência jurídica também apresenta outros “efeitos colaterais”, como a melhoria do ambiente, da produtividade e até o nível de satisfação dos funcionários.

Na maioria das vezes, as não-conformidades não geram apenas problemas e ações judiciais que vem de fora. Elas também podem criar burocracias e outras práticas que atrapalham a agilidade e a dinâmica dos procedimentos internos.

Não é sempre que uma não-conformidade gera impactos internos, porém, o que se verifica na prática é que o direcionamento de boas práticas para o dia a dia da empresa costuma mexer nos departamentos como um todo, trazendo uma nova mentalidade de melhoria e aprimoramento.

Mas como implantar uma inteligência jurídica? Muitos departamentos se vêm preocupados com essa questão. Afinal, como implantar a inteligência jurídica no dia a dia da empresa. Porém, essa questão já está bastante avançada. Isso porque com a utilização de softwares jurídicos é possível inserir, catalogar e medir quase todo tipo de dado.

Esse tipo de informação também pode vir diretamente dos escritórios de advocacia que, em geral, lidam na linha de frente do contencioso das empresas. Essas questões também são estímulos para a nossa pesquisa.

POLÍTICA AMERICANA DE INOVAÇÃO E O *BAYH-DOLE ACT* DE 1980

O intuito do governo americano no desenvolvimento das tecnologias acima mencionadas, evidentemente, não estava no valor filosófico do desenvolvimento da ciência como um legado à humanidade ou mesmo nas aspirações imperialistas da tecnologia militar, mas sim nos reflexos econômicos positivos resultantes da tecnologia aplicada. Com efeito, o salto da revolução da informação criada pela internet, inicialmente concebida para preservar a capacidade de comunicação em caso de uma guerra nuclear, foi em grande parte possível apenas pela iniciativa pública em sua pesquisa.

A legislação americana foi em grande parte responsável pela criação nas décadas finais do século XX de um ambiente econômico propício à inovação, demonstrando como uma regulação virtuosa pode transformar a realidade econômica de um país. A principal característica deste ambiente foi fomentar uma relação público-privada para a inovação.

Sem embargo, a riqueza de uma nação decorre da prosperidade de seus cidadãos, assim, o Estado decide assumir um papel protagonista do fomento à inovação, atuando como um indutor de atividades de pesquisa e compartilhando os riscos da pesquisa científica. Os riscos tecnológicos envolvidos na pesquisa não são desprezíveis e apenas com os recursos decorrentes da contribuição de toda a sociedade é possível assumir riscos do montante representado pela pesquisa em grandes inovações.

Diante destes riscos, raramente a iniciativa privada se dispõe a investimentos sem uma perspectiva de retorno provável ou mesmo de conseguir arregimentar capital suficiente para este investimento. Considere-se, ainda, desestimulando o investimento em pesquisa, a atraente opção dos mais diversos produtos disponíveis no mercado financeiro.

Diante deste cenário, as inovações radicais e as revoluções tecnológicas necessitam da liderança do Estado para se realizarem. Os exemplos na história deste necessário protagonismo do Estado são inúmeros como, por exemplo, os investimentos no setor aeroespacial e no das telecomunicações.

Por sua vez, para que esse investimento em pesquisa efetivamente se converta em riqueza à sociedade, é preciso que esta

tecnologia desenvolvida com recursos e/ou em ambientes públicos também tenha aplicação no cotidiano da sociedade de consumo. É essencial que as relações público-privadas, assim, sejam estimuladas pois o setor público também depende da expertise das empresas para converter a tecnologia em inovações desejáveis e utilizáveis pelo mercado consumidor.

Esta conexão público-privada pressupõe a elaboração de um sistema regulatório eficiente e seguro que garanta aos envolvidos confiança e estabilidade sobre os riscos envolvidos.

Nos Estados Unidos da América esta constatação foi percebida ainda nos anos 1970 quando se notou que a indústria americana havia perdido a competitividade em face das demais nações industrializadas e que muito desta defasagem teria fundamento na incapacidade do Estado em converter suas inúmeras patentes geradas pelos vultosos investimentos da pesquisa militar em inovações para sociedade de consumo. Como resposta, foi editada o Bayh-Dole Act, confirmado em 1981, que teve como principal novidade a mudança na configuração da propriedade intelectual das patentes geradas pelas pesquisas com financiamento estatal.

Se antes dessa norma as patentes obrigatoriamente deveriam ser de propriedade do governo, após a legislação foi outorgado às instituições de pesquisa que negociassem essa propriedade gerada a partir de recursos públicos, permitindo, assim, que as criações fossem convertidas em inovação. A gestão das patentes patrocinadas pelo governo passou assim a ser descentralizada às instituições de pesquisa financiadas, que adquiriram autonomia para comerciá-las com empresas.

O Bay-Dohle Act exerceu nítida influência na construção do novo Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação – SNCTI. E em diversos dispositivos na nova legislação nacional fica claro o intento de aproximação entre empresa e Estado. O compartilhamento do risco tecnológico no desenvolvimento de uma criação e a autonomia atribuída às Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação- ICTs para disporem sobre a propriedade das patentes geradas no empreendimento científico, são exemplos da efetivação desta diretriz de atração das empresas para firmarem parcerias com as ICTs e assim promover a inovação.

A proteção dos ativos das startups, principalmente dos intangíveis, é uma das principais preocupações dos que empreendem no ramo, principalmente na área de tecnologias. Entenda por ativos intangíveis aqueles que não existem de forma corpórea. Costuma-se compará-los ao ar,

uma vez que sabemos que existem, apesar de não podermos tocá-los. Compõem esse conjunto de ativos a marca, softwares, reputação, imagem, processos, dentre outros. Por sua vez, os ativos tangíveis são os palpáveis, ou seja, aqueles que existem no mundo físico, podendo ser tocados, tais como equipamentos e estrutura física.

Tal preocupação em resguardar esse patrimônio se deve principalmente à mudança que vivenciamos, da era industrial, em que os bens físicos e mecânicos eram considerados os de maior importância mercadológica, para a era digital (ou da informação), ocasionada pela denominada revolução tecnológica. Agora, a produção de conhecimento é a verdadeira força motriz da economia, principalmente das startups, que apresentam como carro-chefe a inovação tecnológica.

Nessa nova fase, uma marca ou um software tem um potencial de ser mais muito mais rentável que um produto físico. Por isso, cuidar da proteção dos bens de sua startup é um passo importante no amadurecimento jurídico da sua empresa.

CONCLUSÕES (POR MEIO DE QUESTÕES SOBRE A REGULAÇÃO JURÍDICA DAS STARTUPS NO BRASIL)

A incerteza ainda paira no cenário brasileiro e mundial sobre o futuro da tecnologia e sua regulação. Nesse contexto, não poderia ser diferente a conclusão de tema aqui abordado, senão por meio dos questionamentos a seguir, que poderão ajudar aos pesquisadores iniciante na jornada do Direito Digital e sua regulação. Entre vários questionamentos que poderiam ser desenvolvidos, selecionamos alguns que consideramos pertinentes pela linha de abordagem escolhida nesse artigo, quais sejam; quais os principais aspectos legais e regulatórios das atividades relacionadas à prestação de serviços e provisão de bens no setor de tecnologias de informação e comunicação? Quais os cuidados jurídicos que um empreendedor deve ter inicialmente na concepção de uma startup no Brasil e quais as principais diferenças da regulação brasileira com a Americana? É uma falha comum de muitos empreendedores pensar na ideia do negócio sem lembrar que vivemos em um país altamente regulatório e burocrático, esquecendo, entre outros, os arranjos societários, formas de tributação e contratação dos funcionários, além do financiamento. Muitas vezes, há

ainda que se submeter a licenças e autorizações tão caras e demoradas que seja inviável para você desenvolver aquela atividade no *timing* que necessita. Em suma, conclusivamente poderemos afirmar que o ambiente de negócios no Brasil ainda é bastante hostil às pequenas empresas e a prática do empreendedorismo digital.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Paulo; CAMPOS, Newton M. O Panorama das Aceleradoras de Startups no Brasil, São Paulo: FGV/EAESP, jul. 2018.
- ADNER, Ron. Match your innovation strategy to your innovation ecosystem. Harvard Business Review, p. 1-11, April 2017 Issue.
Disponível em: <<https://hbr.org/2017/04/match-your-innovation-strategy-to-your-innovation-ecosystem>>. Acesso em: 03 março. 2019.
- ARMBRUST, Michael et al. View of Cloud Computing. Communications of the ACM, Vol. 53 No. 4, p. 50-58, abr. 2017.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE STARTUPS (ABSTARTUPS). Aprenda já o que é capital semente, Portal ABStartups. Publicado em: 18 jan. 2018.
Disponível em: <<https://abstartups.com.br/2018/01/18/aprenda-ja-o-que-e-o-capital-semente/>>.
- BELLAVISTA, Joan; SANZ, Luis. Science and Technology Parks: Habitats of Innovation. Introduction to Special Section. Science and Public Policy, Vol. 36, No. 7, p. 499-510, 01 Aug. 2017.
- BHARADWAJ, Anandhi et al. Digital business strategy: toward a next generation of insights, MIS Quarterly, Vol. 37 No. 2, jun. 2018.
- BHIDE, A. Bootstrap finance: The art of start-ups. Harvard Business Review, Nov. /Dec., 1992, p. 109-117.
- BLANK, Steve. Four Steps to Epiphany. Morrisville: Ed. Lulu Enterprises, 2013.
- BLANK, Steve. No Plan Survives First Contact With Customers – Business Plans versus Business Models, Steve Blank Blog. Publicado em: 01 abr.

2016. Disponível em:<<https://steveblank.com/2010/04/08/no-plan-survives-first-contact-with-customers-%E2%80%93-business-plans-versus-business-models/>>.

BUSINESS MODELS INC. Business Model Generation. Our Books. Business Models Inc., 2017. Disponível em: <<https://www.businessmodelsinc.com/tools-skills/books/business-model-generation/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

CHANDER, A. How Law Made Silicon Valley. Emory Lawjournal, v. 63, 2014, p.639-694. BLANK, Steve; DORF, Bob. Startup Owner's Manual: The Step-By-Step Guide for Building a Great Company. Volume 1. Ed. K&S Ranch, Pescadero, Estados Unidos da América, 2016.

COHEN, Susan G.; HOCHBERG, Yael V. Accelerating Startups: the Seed Accelerator Phenomenon. SSRN Journal. Publicado em: 31 Mar 2018, p. 1-16. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418000>.

COOPER, Brant; VLASKOVITS, Patrick. The Entrepreneur's Guide to Customer Development. Versão para Kindle. Ed. CooperVlaskovits, 2017.

CORREA DE SÁ, Miller Gazolla. O Capital de Risco Aplicado em Start-Ups no Brasil: uma Reflexão sobre o Ecossistema dos Empreendimentos Inovadores a partir da Visão do Investidor. Revista de Gestão, Finanças e Contabilidade, V. 7, No. 1, p. 97-120, 2017.

CORTADA, James W. 21st century business: Managing and working in the new digital economy. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2011.

ROLL, Alistair; YOSKOVITZ, Benjamin. Lean Analytics: Use Data to Build a Better Startup Faster. Versão para Kindle. Sebastopol: Ed. O'Reilly Media, Mar. 2013.

CRUNCHBASE. Consulta aos dados de investimento da empresa Easy Taxi. Crunchbase Overview. Crunchbase Inc., 2017. Disponível em:<<https://crunchbase.com/organization/easy-taxi>>.

CUKIER, Daniel; KON, Fabio; KRUEGER, Norris. Designing a maturity model for software startup ecosystems. In: ABRAHAMSSON, Pekka et al. Product-Focused Software Process Improvement. 16th International Conference, PROFES 2015, Bolzano, Italy, December 2-4, 2015, Proceedings. Lecture Notes in Computer Science, vol 9459. Springer International Publishing, p. 600-606, 2017.

CUSUMANO, Michael A. Technology strategy and management - evaluating a startup venture. *Communications of the ACM*, V. 56, Issue 10, p. 26-29, October 2013.

DERTOUZOS, Michael L. *What Will Be: How the New World of Information Will Change Our lives*. São Francisco: HarperErde, 2007.

ETZKOWITZ, Henry; LEYDESDORFF, L. A. *Universities and the global knowledge economy: A Triple Helix of University-industry-government Relations*. Michigan: Ed. Pinter, 1997.

FIATES, José Eduardo Azevedo. *Influência dos ecossistemas de empreendedorismo inovador na indústria de Venture Capital: estratégias de apoio às empresas inovadoras*. 2014. 324 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Engenharia e Gestão do Conhecimento. Florianópolis, 2014.

FORBES. *The World's Most Valuable Brands*, Forbes.com, 2016. Disponível em:<<https://www.forbes.com/powerful-brands/list/>>.

GANDEL, Stephen. *These Are the 10 Most Valuable Companies in the Fortune 500*. Finance / Market Intelligence. FORTUNE, publicado em: 04 fev. 2016. Disponível em:<<http://fortune.com/2016/02/04/most-valuable-companies-fortune-500-apple/>>.

GIARDINO, Carmine et al. *What do we know about software development in startups?* IEEE Software, V. 31, No. 5, p. 28-32, Sept.-Oct. 2016.

GLOBAL ENTREPRENEURSHIP NETWORKS. *Startup Nations Members*. Startup Nations, 2017. Disponível em: <<https://genglobal.org/startupnations/startup-nations-members>>.

HOCHBERG, Yael, *Seed Accelerators Ranking*, Austin: SXSW, Mar-2017.

HWANG, Victor; HOROWITT, Greg. *The Rainforest: The Secret to Building the Next Silicon Valley*. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2018.

ISENBERG, Daniel. *Introducing the Entrepreneurship Ecosystem: Four Defining Characteristics*, FORBES, publicado em 25 mai. 2011(a). Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/danisenberg/2011/05/25/introducing-the-entrepreneurship-ecosystem-four-defining-characteristics/#4307e9be5fe8>>.

- ISENBERG, Daniel. The Big Idea: How to start an entrepreneurial revolution. Harvard Business Review, n. 88, p. 2-11, jun. 2010. Disponível em: <<https://hbr.org/2010/06/the-big-idea-how-to-start-an-entrepreneurial-revolution>>.
- ISENBERG, Daniel. The Entrepreneurship Ecosystem Strategy as a New Paradigm for Economic Policy Principles for Cultivating Entrepreneurship. The Babson Entrepreneurship Ecosystem Project, Babson Global, 11 mai. 2011(b). Disponível em: <<http://www.innovationamerica.us/images/stories/2011/The-entrepreneurship-ecosystem-strategy-for-economic-growth-policy-20110620183915.pdf>>.
- JOINT VENTURE SILICON VALLEY; SILICON VALLEY COMMUNITY FOUNDATION. The Index of Silicon Valley 2013. San Jose: Joint Venture Silicon Valley, Inc., 2016. Disponível em: <<http://www.siliconvalleycf.org/sites/default/files/2013-jv-index.pdf>>.
- LEE, C. M.; MILLER, W. F.; HANCOCK, M. G.; ROWEN, H. S. The Silicon Valley Edge: A Habitat for Innovation and Entrepreneurship, Palo Alto: Stanford University Books, 2000.
- LERMAN, C. Patent Strategies of Technology Startups: An Empirical Study, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2610433>. Acesso em: 1º maio 2017.
- LOMBARDI, R.; TREQUATTRINI, F.; RUSSO, G. Innovative Start-ups and Equity Crowdfunding. International journal of Risk Assessment and Management, v,19, Nov. 1/2, 2016, p. 68-83.
- MACHADO, Andreia de Bem; DA SILVA, Andreza Regina Lopes; CATAPAN, Araci Hack. Bibliometria sobre concepção de habitats de inovação. Navus - Revista de Gestão e Tecnologia, V. 6, No. 3, p. 88-96, jul./set. 2016.
- MASCARENHAS, Igor Meduar. Perfil das Startups Apoiadas pelo Programa Start-Up Brasil, MCTI e UNESCO, 2015
- MATOS, Felipe. A democratização da Inteligência artificial e sua revolução nas startups. Blog Felipe Matos - Tudo sobre o ecossistema brasileiro de startups. Estadão, publicado em 11 ago. 2017(a). Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/blogs/felipe-matos/a-democratizacao-da-inteligencia-artificial-e-sua-revolucao-nas-startups>>.

- MATOS, Felipe. Entenda o Ecossistema de Startups no Brasil. Blog Felipe Matos - Tudo sobre o ecossistema brasileiro de startups. Estadão, publicado em 09 Jun. 2017(b). Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/blogs/felipe-matos/entenda-o-ecossistema-de-startups-no-brasil/>>.
- MAURYA, Ash. Running Lean: Iterate from Plan A to a Plan That Works. Sebastopol: O'Reilly Media, 3ª edição, 2017.
- MONTESQUIEU, C.L.S. O Espírito das leis. São Paulo: Ediouro, 1987.
- NYBO, E.F. memorando de entendimentos para pré -constituição de uma startup. In ____: JÚDICE, L.P. (Orgs).Direito das Startups. São Paulo: Juruá, 2016.
- NAGER, Marc. White Paper: Announcing 5 Ingredients For Fostering A Thriving Startup Ecosystem. Blog UP GLOBAL. Publicado em 08 set. 2014. Disponível em:<<http://blog.up.co/2014/09/08/white-paper-announcing-5-ingredients-fostering-thriving-startup-ecosystem/>>.
- NYBO, E.F.; JÚDICE, L. P. Natureza jurídica do Vesting: Como uma Tradução Errada Pode Acabar com o Futuro Tributário e Trabalhista de uma Startup. In: ____ (Orgs.).Direito das Startups. São Paulo: Juruá, 2016.
- REBELO, N.S. A Sociedade Empresária e a Captação de Recursos de Private Equity e Venture Capital: Estudo Interdisciplinar do Financiamento Empresarial. Porto Alegre: Buqui, 2013. Kindle Version.
- RIES, E. A Startup enxuta, São Paulo: Leya 2012.
- RIES, Eric, The Lean Startup: How Today's Entrepreneurs Use Continuous Innovation to Create Radically Successful Businesses. Nova Iorque: Crown Business, 2011.
- SCHALLER, R. R. Moore's law: past, present and future. IEEE Spectrum, V.34, Issue 6, p. 52-59, jun. 1997.
- SENOR, Dan; SINGER, Saul, Startup Nation: The Story of Israel's Economic Miracle. A Council on Foreign Relations Book. Nova Iorque, Boston: Ed. Twelve, 2011.
- START-UP BRASIL. Apresentação de Abertura do Demo Day Turma 3. Start-Up Brasil. Publicado em: 05 nov. 2015(b). Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/startupbr/20151105-abertura-dd-turma3final>>.
- STARTUP GENOME. Startup Ecosystem Report 2012. Startup Genome, 2012. Disponível em: <http://multisite-blog.digital.telefonica.com.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/01/Startup-Eco_14012013.pdf>

ZHU, Kevin et al. Innovation diffusion in global contexts: determinants of post-adoption digital transformation of European companies. *European Journal of Information Systems*, Vol. 15, No. 6, p. 601-616, 2016.

ZOERTA, Carla Giovana Ceron. Programas de aceleração de startups: Análise comparativa dos mecanismos de aceleração dos programas Start-Up Brasil e Start-Up Chile. 2016. 192 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Gestão e Negócios, Porto Alegre, 2016.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO DIGITAL: OTIMIZAÇÕES EM PROCESSOS DE GESTÃO PÚBLICA UNIVERSITÁRIA

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND DIGITAL LAW:
OPTIMIZATIONS IN PUBLIC UNIVERSITY MANAGEMENT
PROCESSES*

Machidovel Trigueiro Filho³⁸

RESUMO

O artigo analisa os desafios da implementação de inteligência artificial (IA) em órgãos públicos, destacando seus impactos no direito digital e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Apresenta obstáculos como resistência cultural, lacunas de capacitação técnica, barreiras orçamentárias e infraestrutura defasada, além de questões éticas como viés algorítmico e exclusão digital. Examina os direitos dos cidadãos frente à IA, incluindo consentimento informado, direito à explicação, privacidade, não discriminação e accountability. Propõe que marcos regulatórios baseados em risco, como o AI Act europeu, inspirem a regulação brasileira para equilibrar inovação com proteção de direitos. Conclui que a IA deve ser implementada de forma democrática, ética e inclusiva, transformando-se em instrumento de promoção de dignidade humana, justiça social e eficiência administrativa.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Direito digital; Gestão pública; Direitos fundamentais; Ética algorítmica.

³⁸ Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho, Vice Diretor da Faculdade de Direito da UFC, Coordenador do CRIA - Centro de Referência em Inteligência Artificial da UFC, Pós Doutor na USP/SP, Professor Visitante na FIU/EUA, Professor Pesquisador em STANFORD/EUA. Foi eleito o “Empreendedor Digital do Ano no Brasil” pela Associação Brasileira de Startups e a Startup Brasil.

ABSTRACT

The article analyzes the challenges of implementing artificial intelligence (AI) in public sector organizations, highlighting its impacts on digital law and the protection of citizens' fundamental rights. It presents obstacles such as cultural resistance, technical training gaps, budgetary and infrastructural barriers, as well as ethical issues like algorithmic bias and digital exclusion. It examines citizens' rights regarding AI, including informed consent, the right to explanation, privacy, non-discrimination, and accountability. The paper proposes that risk-based regulatory frameworks, such as the European AI Act, inspire Brazilian regulation to balance innovation with rights protection. It concludes that AI must be implemented democratically, ethically, and inclusively, becoming an instrument to promote human dignity, social justice, and administrative efficiency.

Keywords: Artificial intelligence; Digital law; Public administration; Fundamental rights; Algorithmic ethics.

SUMÁRIO: Introdução; Desafios na Implementação de IA em Órgãos Públicos Direitos dos Cidadãos em Relação à IA; Considerações Éticas e Regulatórias; Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado de pesquisa de pós-doutorado desenvolvida no projeto “Inteligência artificial e Direito Digital: otimizações em processos de Gestão Pública Universitária”, integrante do grupo de pesquisa MasI – Modelos e Arquiteturas para Sistemas Inteligentes, com foco em inteligência artificial, aprendizado de máquina e direito digital. O objetivo deste estudo é analisar, de forma aprofundada, os desafios na implementação de sistemas de IA em órgãos públicos e refletir sobre os direitos dos cidadãos diante do uso crescente dessas tecnologias, propondo abordagens éticas, jurídicas e regulatórias que fortaleçam a democracia e a dignidade humana em processos algorítmicos.

2. DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE IA EM ÓRGÃOS PÚBLICOS

A adoção de inteligência artificial no setor público não se limita a questões tecnológicas, exigindo transformações estruturais, culturais, políticas e jurídicas.

2.1. Resistência cultural e institucional

A resistência à mudança decorre do receio de substituição de funções humanas, perda de autonomia decisória e insegurança frente a tecnologias opacas. Estudos indicam que mudanças institucionais efetivas dependem de inclusão dos servidores no processo, comunicação clara sobre benefícios e mitigação de riscos ocupacionais, além de estratégias de gestão de mudança baseadas em liderança inspiradora e capacitação contínua.

2.2. Lacunas de formação e capacitação técnica

Há escassez de profissionais no serviço público com domínio em ciência de dados, machine learning, governança de dados e ética algorítmica. A implementação de IA requer formação transversal, unindo direito, ciência da computação e ciências sociais, para garantir análise crítica e alinhamento ao interesse público.

2.3. Barreiras orçamentárias, licitatórias e burocráticas

O orçamento anual limita a sustentabilidade de projetos de médio e longo prazo. A burocracia licitatória gera descompassos entre o ciclo tecnológico rápido e os processos administrativos lentos, reduzindo a competitividade e a atualização tecnológica. Modelos de parcerias público-privadas e aquisições mais flexíveis podem mitigar esses gargalos.

2.4. Infraestrutura defasada, fragmentação de sistemas e segurança digital

Bases de dados desatualizadas, sistemas isolados (sem interoperabilidade) e redes inseguras comprometem a eficiência da IA. Investimentos em padronização de dados, interoperabilidade de sistemas, cloud computing segura e redes de alta performance são estratégicos para viabilizar aplicações de IA confiáveis e escaláveis.

2.5. Questões éticas emergentes

A implementação de IA requer reflexão ética contínua sobre impacto em desigualdades sociais, riscos de exclusão digital e reforço de estigmas históricos. A avaliação de impacto algorítmico (AIA) emerge como ferramenta crucial para antecipar efeitos negativos e garantir responsabilidade institucional.

3. DIREITOS DOS CIDADÃOS EM RELAÇÃO À IA

A IA no setor público implica desafios à proteção de direitos fundamentais:

3.1. Consentimento informado

Deve haver comunicação clara sobre coleta, uso e armazenamento de dados, permitindo ao cidadão decidir livremente e de forma consciente, conforme preceitos da LGPD.

3.2. Direito à explicação e contestação

Decisões automatizadas devem ser explicáveis, com possibilidade de contestação e correção. O direito à explicação fortalece o devido processo legal e a confiança pública.

3.3. Privacidade e proteção de dados

IA processa dados massivos e sensíveis, exigindo governança baseada em segurança, anonimização e proporcionalidade, alinhada aos direitos de autodeterminação informativa.

3.4. Não discriminação algorítmica

Sistemas de IA podem reforçar desigualdades históricas. Auditorias de viés algorítmico, fairness by design e governança ética são essenciais para garantir justiça e igualdade.

3.5. Transparência e accountability

Cidadãos devem ter clareza sobre algoritmos usados, riscos, benefícios e responsáveis institucionais, garantindo accountability administrativa e judicial em casos de danos.

4. CONSIDERAÇÕES ÉTICAS E REGULATÓRIAS

A construção de marcos regulatórios sobre IA deve equilibrar inovação e proteção de direitos. Modelos como o AI Act europeu inspiram abordagens baseadas em risco, definindo obrigações proporcionais ao potencial de dano. No Brasil, PLs em tramitação buscam compatibilizar inovação tecnológica com os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, igualdade, legalidade, eficiência e transparência.

A ética algorítmica deve nortear o design, a implementação e a governança de IA, incorporando princípios como beneficência, não maleficência, justiça, autonomia e explicabilidade. A educação digital da sociedade é pilar para fortalecer a cidadania algorítmica e promover participação democrática informada nas decisões sobre o uso da IA no setor público.

CONCLUSÃO

A inteligência artificial tem potencial de transformar a gestão pública, ampliando eficiência e personalização de políticas públicas. Contudo, sua implementação requer governança democrática, participação cidadã, infraestrutura adequada, segurança cibernética, capacitação técnica e marcos regulatórios claros. A IA deve ser instrumento de ampliação de direitos, não de opressão ou exclusão, sendo indispensável garantir ética, transparência e justiça algorítmica para a consolidação de um Estado Digital inclusivo e promotor de dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Forense, 2021.
- BOSTROM, Nick. Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies. Oxford University Press, 2014.
- DOMINGOS, Pedro. The Master Algorithm. Basic Books, 2015.
- EUBANKS, Virginia. Automating Inequality. St. Martin's Press, 2018.
- EUROPEAN COMMISSION. Ethics Guidelines for Trustworthy AI. 2019.
- FLORIDI, Luciano. The Ethics of Artificial Intelligence. Oxford University Press, 2022.
- GOODFELLOW, Ian et al. Deep Learning. MIT Press, 2016.
- JOBIN, Anna et al. The global landscape of AI ethics guidelines. Nature Machine Intelligence, 2019.
- O'NEIL, Cathy. Weapons of Math Destruction. Crown, 2016.
- PASQUALE, Frank. New Laws of Robotics. Harvard University Press, 2020.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Artificial Intelligence: A Modern Approach. Pearson, 2020.

SILVA, Juliana et al. Reconhecimento facial e racismo algorítmico no Brasil. Revista Brasileira de Segurança Pública, 2021.

UNESCO. Recommendation on the Ethics of AI. UNESCO Publishing, 2021.

VINUESA, Ricardo et al. The role of AI in SDGs. Nature Communications, 2020.

A GARANTIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

THE GUARANTEE OF THE ADVERSARIAL PRINCIPLE IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho³⁹

RESUMO

Busca o presente trabalho analisar as principais hipóteses legislativas que fundamentam o princípio do contraditório no Direito brasileiro. Dessa forma, objetiva-se delimitar a aplicação do princípio do contraditório no âmbito do sistema processual civil a partir da aferição das respectivas limitações impostas ao juiz no momento de proferir uma decisão judicial. Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre o poder jurisdicional exercido pelo Estado para solucionar a lide e as garantias constitucionais protetivas aos litigantes que objetivam a limitação do aludido poder, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação das regras e princípios constitucionalmente estabelecidos sobre a temática. Portanto, é necessária uma análise atenta sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, evitar eventuais abusos do Estado na condução do processo.

Palavras-Chave: Princípio do contraditório; segurança jurídica; processo civil; limitações ao poder do juiz; princípios constitucionais; igualdade entre as partes.

³⁹ Advogado. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Público.

ABSTRACT

The present work analyses the main legislative hypotheses that underlie the adversarial principle in Brazilian law. Thus, the objective is to delimit the application of the adversarial principle within the scope of the civil procedural system from the assessment of the respective limitations imposed on the judge when issuing a judicial decision. The relevance of the research is verified in the face of the existing tension between the jurisdictional power exercised by the State to resolve the dispute and the constitutional guarantees that protect litigants who aim to limit the aforementioned power, which can generate some difficulty for the exact application of the rules and constitutionally established principles on the subject. Therefore, a careful analysis on the subject is necessary in order to assist legal operators and, thus, avoid possible abuses by the State in the conduct of the process.

Keywords: Adversarial principle; legal security; civil procedure; limitations on the power of the judge; constitutional principles; equality between the parties.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará delimitar a aplicação do princípio do contraditório no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a partir da aferição das respectivas limitações impostas ao juiz no momento de proferir uma decisão judicial.

Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre o poder jurisdicional exercido pelo julgador para resolver determinado conflito e as garantias constitucionais protetivas aos litigantes que objetivam a limitação do aludido poder, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação das regras e princípios constitucionalmente estabelecidos sobre a temática. Portanto, é necessária uma análise atenta sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, evitar eventuais abusos do Estado na condução do processo.

Propõe-se demonstrar, portanto, mediante a análise da legislação pátria, que os julgadores deverão observar determinados limites, dentre os

quais destaca-se o princípio do contraditório, base do sistema processual civil brasileiro e previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, segundo o referido princípio, o juiz possui o dever de provocar o debate e a oportunidade de manifestação das partes sobre todas as questões relativas ao processo, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que a decisão judicial seja proferida com base de fatos e argumentos a respeito dos quais não se tenha dado as partes oportunidade de se manifestar.

Dessa forma, o princípio do contraditório contribui para o fortalecimento do valor da segurança jurídica no desenvolvimento e aperfeiçoamento do processo civil brasileiro.

Assim, na primeira seção, será tratado a delimitação do conceito de direito processual civil e seu objeto como base para a compreensão do campo de abrangência da disciplina.

Ademais, a segunda seção objetivará o estudo do princípio do contraditório no contexto do sistema processual civil brasileiro. Nesse sentido, será desenvolvido o conceito de princípio do contraditório, explorando os principais aspectos e hipóteses relacionadas, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto na jurisprudência. Com efeito, será abordada a delimitação do conteúdo básico do aludido princípio a partir do entendimento doutrinário predominante e adotado pelos diversos tribunais do país.

Para estudar este problema, os instrumentos utilizados serão extraídos de ampla pesquisa doutrinária, da análise de artigos científicos e de jurisprudências acerca do tema. Ademais, adota-se, na pesquisa, o método dedutivo por meio da revisão bibliográfica, da análise jurisprudencial e do estudo legislativo do direito pátrio. Por fim, a conclusão residirá na aferição dos limites que o juiz deverá observar no momento de proferir as decisões judiciais.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Em todo o ramo do direito, os princípios específicos de cada disciplina se revelam como um vetor interpretativo e normativo essencial na

compreensão da aplicação da lei. Contudo, antes de iniciar a análise propriamente dita dos princípios do contraditório e da ampla defesa, é necessário delimitar o conceito de direito processual civil, o objeto de estudo da disciplina.

2.1. Conceito de direito processual civil

Segundo as lições de Misael Montenegro Filho, o direito processual civil integra o direito público e refere-se ao conjunto de normas jurídicas que disciplinam a jurisdição, a ação e o processo. Assim, a jurisdição consiste na atribuição do Estado em solucionar os conflitos de interesses, enquanto que a ação é o direito conferido aos jurisdicionados a requerer a solução do conflito de interesses. Já o processo seria o instrumento adequado para viabilizar esse direito.⁴⁰

Nessa lógica, o Estado exerce a jurisdição de modo que assume quase a exclusiva tarefa de solucionar conflitos de interesses que não foram resolvidos entre as partes. No entanto, são admitidas, excepcionalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, outras modalidades de solução de conflitos como o exercício da autodefesa ou a justiça com as próprias mãos em casos específicos.⁴¹

Vale destacar ainda que os conflitos solucionados por meio da aplicação das normas relacionadas ao processo civil são de natureza não penal, se afastando dos casos dos crimes de homicídio, roubo, furto, estelionato, não se inserindo na competência da Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar.

No mesmo sentido, Leonardo Greco defende que o direito processual seria definido como o ramo do direito público interno que disciplina os princípios e as regras que se relacionam com o exercício da função jurisdicional do Estado. Trata-se, portanto, de uma disciplina de direito público pelo fato de dispor sobre o exercício de uma função

⁴⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 53.

⁴¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 53.

predominantemente pública que é a função jurisdicional. Esta função é essencial para o Estado Democrático de Direito, pois emana da própria soberania estatal de modo que cada nação soberana possui seus próprios juízes e cria as regras que devem ser observadas no desempenho de suas atribuições.⁴²

Ademais, o Direito Processual se classifica como interno e internacional: o primeiro refere-se à disciplina do exercício da jurisdição pelos órgãos próprios de cada Estado soberano e o segundo buscar reger a jurisdição dos tribunais supranacionais, a cooperação jurisdicional internacional e o cumprimento de decisões da justiça de um país pela justiça de outro.⁴³

Logo, nota-se que o direito processual atua quando algum sujeito necessita recorrer ao juiz para pedir uma determinada solução diante de um estado de coisas que lhe desagrade. A partir dessa iniciativa do indivíduo, há a instauração do processo.⁴⁴ Por isso, o Código de Processo Civil dispõe que, em regra, o processo começa por iniciativa das partes. Veja-se:

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Assim, o processo consiste na técnica para a solução imperativa de conflitos, formada a partir da atuação dos juízes e tribunais frente ao caso em concreto de modo que possui quatro institutos fundamentais: jurisdição, ação, defesa e processo. O direito processual como um todo e cada disciplina objeto de seu estudo abrange o poder a ser exercido pelo juiz, as posições das pessoas interessadas e as formas como as situações jurídicas subjetivas são exteriorizadas em atos coordenados aos objetivos preestabelecidos com o intuito de realizar a tutela jurisdicional à parte no

⁴² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

⁴³ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 16.

processo que tiver razão e estiver protegida pelo direito material objeto da lide.⁴⁵

Nessa esteira, o processo constitui o método de trabalho responsável pela coordenação do exercício das atividades jurisdicionais exercidas pelo juiz, da ação pelo autor e da defesa pelo réu. Esse poder estatal do julgador será sempre exercido mediante um procedimento preestabelecido, sob pena de ilegitimidade e ilegalidade em sua atuação. Tal procedimento é caracterizado como processo quando for realizado em contraditório e com a outorga de poderes, deveres, faculdades e ônus aos seus sujeitos, de modo que haja a presença de uma relação jurídica processual.⁴⁶

Ressalte-se ainda que a legalidade no exercício do poder está diretamente relacionada ao procedimento escorreito. A lei prevê o modelo dos atos do processo, sua sequência e seu desenvolvimento de forma a estabelecer limites ao exercício do poder estatal com o intuito de evitar abusos. Conclui-se, portanto, que a observância do procedimento é fator que legitima o exercício do poder e o procedimento ganha legitimidade se realizado dentro dos contornos delimitados pela lei.⁴⁷

Os aludidos limites, disciplinados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil, devem se coadunar com as garantias constitucionais, favorecendo a efetiva participação dos sujeitos interessados. Tal conjuntura propicia a realização do núcleo essencial do contraditório e constitui postulado basilar do Estado Democrático de Direito.⁴⁸

Verifica-se, assim, que, diante da necessidade de observância das garantias constitucionais, a primeira fonte do direito processual é a Constituição Federal de modo a revelar o conteúdo dos princípios e das

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 17.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 123.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 123.

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 123.

regras que compõem o sistema de normas que regem o direito processual civil brasileiro.⁴⁹

Portanto, na delimitação da teoria geral do processo, deve haver a identificação dos princípios e garantias que coordenam e tutelam as posições dos sujeitos do processo e a forma de execução dos atos que realizam ou podem realizar. Desse modo, o sistema processual reúne a harmonização e combinação de institutos, princípios e garantias que vão formar a base do processo civil.⁵⁰

2.2. Objeto do direito processual civil

No tocante ao objeto do direito processual civil, Cassio Scarpinella Bueno leciona que a aludida disciplina não se concentra apenas no “processo de conhecimento”, ou seja, na análise dos atos processuais realizados desde a petição inicial até o trânsito em julgado da sentença, incluindo eventuais recursos interpostos de impugnação da decisão. Atualmente, é necessário estudar também os atos relativos ao cumprimento do que foi decidido em busca da satisfação do direito que foi reconhecido em juízo.⁵¹

Assim, diante da perspectiva de que o “processo de conhecimento” não se torna o único foco de atenção, o Código de Processo Civil brasileiro confirma essa tendência doutrinária de modo que se revela essencial o estudo dos atos que visam a assegurar o resultado útil do que for decidido ou até antecipar o momento em que a satisfação do direito será alcançada. Verifica-se, nesse cenário, que a sentença não é sinônimo de satisfação do direito.⁵²

⁴⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 17.

⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 53-54.

⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 54.

2.3. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório encontra-se identificado por parte da doutrina como princípio da bilateralidade da audiência ao indicar a necessária participação de ambas as partes do processo em influir nos atos e decisões do juiz. Assim, tal noção constitui desdobramento direto do princípio devido processo legal pelo fato de ser necessária a observância das formalidades legais para assegurar às partes esse direito.⁵³

O aludido princípio está previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal que possui a seguinte previsão: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que o princípio do contraditório seria um pressuposto essencial na realização de um processo justo e, caso não seja observado, a apreciação judicial seria ausente de valor. Assim, a natureza processual do contraditório origina-se na regra do “audiatur et altera pars”, ou seja, a exigência de se dar ciência a cada litigante dos atos praticados pela parte contrária com o intuito de serem contestados e questionados.⁵⁴

Logo, o contraditório consiste em uma estrutura dialética que permite a participação dos destinatários dos efeitos da decisão judicial na formação do convencimento do julgador. Seguindo essa lógica, o juiz deve dar igual oportunidade às partes para se manifestarem para que ele, ponderando os argumentos apresentados pelos litigantes, possa preferir uma decisão.⁵⁵

Nota-se, portanto, que o princípio do contraditório representa uma verdadeira garantia de não surpresa, sendo imposto ao juiz o dever de provocar o debate e a oportunidade de manifestação das partes sobre todas

⁵³ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 133-134.

⁵⁴ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 134.

⁵⁵ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 133-138.

as questões relativas ao processo, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que o julgador decida com base de fatos e argumentos a respeito dos quais não se tenha dado as partes oportunidade de se manifestar.⁵⁶

Com o intuito de assegurar esse direito, o art. 10 do Código de Processo Civil indica que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Portanto, por meio do contraditório, garante-se o tratamento isonômico entre as partes de modo que uma não tenha mais privilégios do que a outra, sendo obrigação do juiz tratá-las de forma igualitária.⁵⁷

Vale destacar ainda que, no julgamento do RE 1067086 em repercussão geral realizado em 16/09/2020, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a importância de assegurar o respeito ao princípio do contraditório nos casos de inscrição de entes federados em cadastro de inadimplentes (ou outro que dê causa à negativa de realização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres que impliquem transferência voluntária de recursos).

Assim, somente será reconhecido a realização da inscrição de entes federados em cadastro de inadimplentes se, dentre outros requisitos, for feita após a devida notificação do ente faltoso e o decurso do prazo para impugnar (conforme constante em lei, regras infralegais ou em contrato), independentemente de tomada de contas especial, nos casos de não prestação de contas, não fornecimento de informações, débito decorrente de conta não prestada, ou quaisquer outras hipóteses em que incabível a tomada de contas especial. Veja-se:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO ADMINISTRATIVO, FINANCEIRO E CONSTITUCIONAL. INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DO SISTEMA INTEGRADO

⁵⁶ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 133-138.

⁵⁷ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 133-138.

DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL – SIAFI/CADIN. DIREITO DA UNIÃO E DOS ESTADOS DE CONDICIONAR A ENTREGA DE RECURSOS AO PAGAMENTO DE SEUS CRÉDITOS, INCLUSIVE DE SUAS AUTARQUIAS. ART. 160, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONFLITO COM A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. ART. 5º, LIV e LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. VINCULAÇÃO AOS CADASTROS PARA A ENTREGA DE NOVOS RECURSOS. OBRIGAÇÃO LEGAL DIVERSA DO OBJETO DA AÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA PARA INSCRIÇÃO DE RESTRIÇÃO EM CADASTROS. MOMENTO. PRÉVIO JULGAMENTO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NECESSIDADE NOS CASOS DE POSSIBILIDADE DE REVERSÃO DA INADIMPLÊNCIA. FIXAÇÃO DE TESE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não viola o art. 160, I, da Constituição Federal a exigência do julgamento da tomada de contas especial para inscrição, em cadastro de inadimplentes, de ente subnacional que pretende receber recursos da União. 2. É requisito para a inscrição de ente subnacional em cadastro de inadimplentes o julgamento das tomadas de contas especial ou de outro procedimento específico instituído por lei que permita a apuração dos danos ao erário federal e das respectivas responsabilidades, desde que cabível à hipótese e possa resultar em reversão da inadimplência. Garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Inteligência do disposto no art. 5º, LIV, e LV, da Constituição Federal. 3. É dispensável o julgamento ou mesmo a instauração da tomada de contas especial para a inscrição de ente subnacional em cadastro de inadimplentes, quanto tal procedimento não puder resultar em reversão da inadimplência, bastando, nestas hipóteses, a devida notificação do ente faltoso e o decurso do prazo nela previsto. 4. Fixação da seguinte tese em repercussão geral: “A inscrição de entes federados em cadastro de inadimplentes (ou outro que dê causa à negativa de realização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres que impliquem transferência voluntária de recursos), pressupõe o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido

processo legal, somente reconhecido: a) após o julgamento de tomada de contas especial ou procedimento análogo perante o Tribunal de Contas, nos casos de descumprimento parcial ou total de convênio, prestação de contas rejeitada, ou existência de débito decorrente de ressarcimento de recursos de natureza contratual (salvo os de conta não prestada) e; b) após a devida notificação do ente faltoso e o decurso do prazo nela previsto (conforme constante em lei, regras infralegais ou em contrato), independentemente de tomada de contas especial, nos casos de não prestação de contas, não fornecimento de informações, débito decorrente de conta não prestada, ou quaisquer outras hipóteses em que incabível a tomada de contas especial.” 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com fixação de tese em repercussão geral.

(RE 1067086, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-254 DIVULG 20-10-2020 PUBLIC 21-10-2020 – grifo nosso)

Portanto, no caso em comento, o princípio do contraditório se mostra como um instrumento essencial para garantir do equilíbrio do pacto federativo de forma que não haja abusos na inscrição de entes federados por outro em cadastro de inadimplentes, permitindo a regular realização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres que impliquem transferência voluntária de recursos na realização do interesse público.

CONCLUSÃO

O princípio do contraditório se mostra um importante instrumento de garantia constitucional fundamental de limitação ao poder do julgador e consiste em forma de expressão da segurança jurídica. Dessa forma, o estudo de suas hipóteses de incidência torna-se relevante para garantir a consolidação de um sistema processual civil justo. Diante de tudo o que se expôs, é possível extrair as seguintes conclusões.

O direito processual civil integra o direito público e refere-se ao conjunto de normas jurídicas que disciplinam a jurisdição, a ação e o processo. Assim, a jurisdição consiste na atribuição do Estado em solucionar os conflitos de interesses, enquanto que a ação é o direito conferido aos jurisdicionados a requerer a solução do conflito de interesses. Já o processo seria o instrumento adequado para viabilizar esse direito

No tocante ao objeto do direito processual civil, a aludida disciplina não se concentra apenas no “processo de conhecimento”, ou seja, na análise dos atos processuais realizados desde a petição inicial até o trânsito em julgado da sentença, incluindo eventuais recursos interpostos de impugnação da decisão. Atualmente, é necessário estudar também os atos relativos ao cumprimento do que foi decidido em busca da satisfação do direito que foi reconhecido em juízo.

Nesse sentido, o princípio do contraditório constitui um pressuposto essencial na realização de um processo justo e, caso não seja observado, a apreciação judicial é ausente de valor. Assim, a natureza processual do contraditório origina-se na regra do “audiatur et altera pars”, ou seja, a exigência de se dar ciência a cada litigante dos atos praticados pela parte contrária com o intuito de serem contestados e questionados.

No julgamento do RE 1067086 em repercussão geral realizado em 16/09/2020, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a importância de assegurar o respeito ao princípio do contraditório nos casos de inscrição de entes federados em cadastro de inadimplentes (ou outro que dê causa à negativa de realização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres que impliquem transferência voluntária de recursos).

Nota-se, portanto, que o princípio do contraditório representa uma verdadeira garantia de não surpresa, sendo imposto ao juiz o dever de provocar o debate e a oportunidade de manifestação das partes sobre todas as questões relativas ao processo, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que o julgador decida com base de fatos e argumentos a respeito dos quais não se tenha dado as partes oportunidade de se manifestar.

Ante o exposto, verifica-se a enorme relevância que o princípio do contraditório ocupa na segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro de modo a limitar o poder do juiz com o intuito de que não haja arbitrariedades no exercício de tal competência. Dessa forma, a precisa delimitação do princípio do contraditório contribui para o tratamento isonômico dos litigantes, permitindo, assim, a construção de um sistema processual civil justo.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

A RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO NO PROCEDIMENTO DA LEI Nº 11.340/2006

RETRACTION OF REPRESENTATION IN THE PROCEDURE OF LAW No. 11,340/2006

Eduardo Moura Rocha e Silva⁵⁸

SUMÁRIO:

1 – Introdução. 2 – Ação Penal; 2.1 – Conceito; 2.2 – Características do direito de ação; 2.3 – Tipos de ação; 2.3.1 – Ação penal pública incondicionada; 2.3.2 – Ação penal pública condicionada; 2.3.3 – Ação penal privada; 3 – Representação para o processamento da ação penal; 3.1 – Natureza jurídica; 3.2 – Destinatário da representação; 3.3 – Legitimidade para o oferecimento da representação; 3.4 – Prazo para o exercício da representação; 3.5 – Retratação da representação 4 – A Lei nº 11.340/2006; 4.1 – Noções gerais; 4.2 – Âmbito de aplicação da Lei nº 11.340/2006; 4.3 – Formas de violência; 4.4 – Ação penal na Lei nº 11.340/2006; 4.5 – A retratação da representação; 5 – Conclusão.

RESUMO:

Os crimes cometidos contra a mulher, sob a perspectiva de gênero, podem ser processados por meio de ação penal pública incondicionada ou condicionada a representação da vítima. Devido as peculiaridades procedimentais, instituídas no ordenamento jurídico, pela Lei nº 11.340/2006, há necessidade de uma análise mais aprofundada, com relação à situação da retratação da representação, especialmente, pela necessidade

⁵⁸ Artigo escrito por Eduardo Moura Rocha e Silva, Advogado em Teresina/PI.

de designação de audiência, conforme previsto no art. 16 da Lei Maria da Penha. Ademais, há recentes julgados do STF, em controle concentrado de constitucionalidade; e do STJ, em sede de precedente qualificado, versando sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVES: Ação penal; Condicionada; Mulher; Representação; Audiência; Vitimização; Retratação.

ABSTRACT:

Crimes committed against women, from a gender perspective, can be prosecuted through public criminal action unconditionally or conditioned on the representation of the victim. Due to the procedural peculiarities, instituted in the legal system, by Law nº 11.340/2006, there is a need for a more in-depth analysis, regarding the situation of the retraction of the representation, especially, due to the need to designate a hearing, as provided for in art. 16 of the Maria da Penha Law. In addition, there is a recent judgment by the STF, in concentrated control of constitutionality; and the STJ, in terms of qualified precedent, dealing with the subject.

1 INTRODUÇÃO

Se há 30 (trinta) anos a sociedade via um personagem de telenovela a chamar sua companheira por um apelido pejorativo, e encarava com naturalidade, no século XXI, não mais. As lutas do movimento feminista em busca de uma maior emancipação da mulher, vem provocando mudanças de costumes e pensar. Talvez, essa mudança não seja no ritmo que se precisaria e nem do desejado.

Nessa mudança de comportamento, a sociedade clama por punição dos atos de violência contra a mulher, por razão de gênero. Segundo o Anuário Brasileiro da Segurança Pública, em 2022, 245.713 mulheres; ou, diariamente, 673 mulheres, realizaram boletim de ocorrência, narrando agressão no ambiente doméstico ou decorrente dele, incremento de 2,9%, em comparação com o ano de 2021.

Como forma de tentar combater esses atos de violência e punir agressores, busca-se medidas de cunho legal para um recrudescimento da punição. As medidas vieram tanto com a tipificação de condutas, quanto a modificação da forma de processamento, ou seja, alterou-se a legislação material e formal.

É marco legislativo dessa virada da forma de processamento e punição, dos crimes contra a mulher, sob a perspectiva de gênero, a promulgação da Lei nº 11.340/2006. Muito embora, fale-se em crimes da Lei Maria da Penha, o legislador originariamente não promoveu a tipificação de condutas, no corpo da lei, mas promoveu alterações, no Código Penal, e mais recentemente, no ano de 2018, com a criminalização da conduta de descumprimento de medidas protetivas, pela Lei nº13.641.

Essa forma de punir, de uma maneira mais severa, objetivando uma intimidação, necessitou de uma nova forma de percepção de institutos jurídicos já sedimentados, no dia a dia forense, como a representação, na ação penal pública condicionada a representação da vítima.

No presente estudo se analisará a retratação da representação, nos casos de crimes cometidos contra a mulher, sob uma perspectiva de gênero.

2 – AÇÃO PENAL

2.1 – CONCEITO

Segundo Juarez Cirino dos Santos⁵⁹, ação penal constitui a forma específica de manifestação do poder punitivo do Estado (...).

2.2 – CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE AÇÃO

Pela teoria geral do processo, ação é um direito: público, subjetivo, abstrato e autônomo. Possui o caráter público por ser exercido,

⁵⁹ Direito Penal – Parte Geral, 5ª edição, Florianópolis: Conceitual Editora, 2012, pág. 653.

contra o Poder Público, no caso o Poder Judiciário. É subjetiva, tendo em vista a determinabilidade do seu titular. É abstrata por independe do resultado do processo; e autônoma, por não guardar relação com o direito material, sendo pré-existente ao direito de punir.

2.3 – TIPOS DE AÇÃO PENAL

As ações penais podem ser classificadas em três tipos: públicas incondicionadas, públicas condicionadas e ações privadas.

2.3.1 – AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

Possui fundamento, no art. 129, I, CF e art. 100, CP, ao estabelecer o monopólio do Ministério Público para promoção da ação penal pública. Essa estirpe de ação é a regra, dentro do ordenamento jurídico pátrio, sendo a forma de exercício do direito de punir estatal para os crimes mais graves, por exemplo, os crimes contra a vida e contra a dignidade sexual, após reforma legislativa. No silêncio do legislador, o tipo penal é processado com essa ação penal.

Devido a sua titularidade ser privativa do Ministério Público é guiada pelo princípio da oficialidade, e por ser a forma de busca de proteção processual de relevantes bens jurídicos tutelados, pelo Código Penal, é regida, pela oficiosidade, desse modo, basta o conhecimento do ilícito penal, para a deflagração dos atos de persecução penal. Ainda como manifestação do relevo dos bens tutelados, o *Parquet* não pode dispor da ação penal, muito embora haja institutos a mitigar, como, o Acordo de Não Persecução Penal, introduzido pelo Pacote Anticrime.

Impende pontuar que no processamento de crimes complexos, com tipos penais processados por ações penais diversas, *ex vi*, do art. 101, CP, serão processados por ação penal pública incondicionada.

2.3.2 – AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

Com igual fundamento constitucional (art. 129, I) e infraconstitucional (art. 100, CP), a ação penal pública condicionada, subclassifica-se em: a condicionada a representação e a requisição do Ministro da Justiça.

O legislador reservou essa modalidade de ação penal para o processamento dos crimes, em que se vislumbra um forte interesse da própria vítima, no prosseguimento da persecução penal, baseado em um juízo de conveniência e oportunidade. Cita-se, por exemplo, o crime de estelionato (art. 171, CP) que por meio da Lei nº 13.964/2019 passou a ser processado, por ação penal pública condicionada a representação, sendo apontado como fundamento dessa mudança, a possível vergonha do ludibriado, em não desejar a abertura de processo crime.

A representação e a requisição são manifestações do desejo de instauração de inquérito policial ou da própria ação penal. Representam condições de procedibilidade, ou seja, o procedimento para ser aperfeiçoado necessita da sua presença.

Registra-se que a representação não requer formalidades, segundo a jurisprudência, mas deve ser inequívoca a vontade da vítima de ver o autor do fato investigado ou processado pelo fato delituoso. De outra banda, a requisição do Ministro da Justiça é fruto de um juízo político, de conveniência e oportunidade, com previsão localizada na legislação, e umbilicalmente ligada a extraterritorialidade da lei penal e crimes contra a honra do Presidente da República.

Quanto ao instituto da representação serão tecidas maiores considerações em outra parte, do presente artigo.

2.3.3 – AÇÃO PENAL PRIVADA

A civilização abandonou a vingança privada, sendo o Estado o detentor do monopólio da força, e somente ele poderia aplicar sanção, pelo descumprimento de normas penais. Como consequência da mudança de

forma aplicação de sanção, em decorrência do ilícito penal, o exercício da ação penal, como regra, é feito por meio de órgãos públicos, no caso brasileiro, o Ministério Público.

Doutrinariamente, a ação penal privada subdivide-se em: ação penal privada exclusivamente privada, ação penal privada personalíssima e ação penal privada subsidiária da pública. Registra-se que a modalidade personalíssima, somente pode acontecer no caso de crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento ao casamento (art. 236, CP), sendo a forma exclusivamente privada, a forma ordinária de processamento dos crimes de ação não pública.

Urge frisar que a ação penal privada subsidiária da pública é garantia fundamental encravada no art. 5º, LIX, CF, nascendo da não propositura da ação penal pública, pelo Ministério Público, dentro do lustrro legal. Dessa forma, segundo entendimento jurisprudencial somente da não propositura surge a possibilidade do manejo desse tipo de ação penal privada, não podendo ser utilizada, quando o *Parquet* requer o arquivamento do inquérito policial ou novas diligências investigativas.

Nos casos de atribuição de legitimidade da ação penal a própria vítima, haverá, por parte da vítima, uma análise se o denominado “escândalo do processo” supera a vontade de punição do criminoso, ou seja, em algumas situações o agredido prefere ver o agressor impune a submeter ao público os fatos passados.

Devido a esse sopesamento, a ação penal privada é guiada pela oportunidade, em oposição a ação penal pública incondicionada baseada na obrigatoriedade. Assim, por razões de conveniência, pode-se optar pelo não exercício do direito de ação. Impende pontuar que o autor da ação, em caso de concurso de agentes, não pode escolher denunciar um e não os outros, isto é, não pode haver a divisibilidade, entre os autores do fato, acarretando nessas situações a extinção da punibilidade. Registra-se a existência de vozes, em sede de doutrina, vedando, inclusive a possibilidade de intimação para suprir a deficiência, porquanto, nesse entender haveria uma violação ao princípio acusatório.

3 – REPRESENTAÇÃO PARA O PROCESSAMENTO DA AÇÃO PENAL

Na mudança de paradigma da forma de punição, em que saiu a vingança privada e entrou a justiça pública, de maneira reflexa houve um desprestígio da vítima, no processo. Ou seja, todos os atos são praticados por agentes públicos, na condição de atores principais, restando a vítima, dentro do processo, ser um mero ator coadjuvante. A vítima como regra é um mero meio de prova dos fatos.

O instituto da representação, ainda que de forma tímida, promove uma alteração dessa forma de visão do processo, promovendo uma reinserção da vítima, no protagonismo processual. Agora, a vítima em juízo de conveniência e oportunidade, decide se a máquina estatal de punir irá se movimentar ou não.

3.1 – NATUREZA JURÍDICA

Segundo Renato Brasileiro de Lima⁶⁰, “(...) a representação funciona como uma condição específica da ação”.

Todavia, em caso de modificação da forma de ação penal, quando já houver denúncia, a representação passa a ser uma condição de prosseguibilidade, porquanto necessitar de manifestação da vítima.

3.2 – DESTINATÁRIO DA REPRESENTAÇÃO

Como manifestação do desejo de abertura de processo crime contra determinada pessoa, a representação é destinada aos órgãos de persecução penal, tanto na fase investigativa, quanto na fase processual, ou

⁶⁰ Manual de Processo Penal – Volume único, 5ª ed., ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, pág. 248.

seja, destina-se ao delegado de polícia autorizando a abertura de inquérito policial e ao órgão do Ministério Público permitindo a oferta da denúncia.

Muito embora seja o elemento a autorizar a abertura de inquérito ou a propositura de ação penal, não ocorre vinculação das autoridades para com a representação. As autoridades ficam livres para formarem o seu juízo de valor sobre os fatos, não havendo obrigatoriedade de indiciamento, ao cabo das investigações, e muito menos de propositura de ação penal.

3.3 – LEGITIMIDADE PARA O OFERECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO

Determina o art. 39, CPP, que a representação é exercida pessoalmente ou por intermédio de procurador com poderes especiais.

Nos casos incapacidade, o representante legal irá praticar o ato em nome da vítima. Quando, houver colidência de interesses, entre representante legal e representado, ou não existir, previamente, o juiz nomeará curador especial. Frisa-se que o emancipado não ostenta a condição de maior, para efeitos processuais penais, portanto, irá necessitar de representante, para a formalização da representação.

Nas situações de morte, haverá sucessão processual, aplicando-se o art. 31, CPP.

3.4 – PRAZO PARA O EXERCÍCIO DA REPRESENTAÇÃO

O direito de representação deve ser exercido dentro de 6 (seis) meses, a contar da data que se saiba a autoria criminosa, *ex vi*, art. 38, CPP.

Urge pontuar a natureza decadencial desse lapso temporal, logo, uma vez não exercido, ocorre a extinção da punibilidade (art. 107, IV, CP).

A doutrina diverge quanto a eventual suspensão do prazo, em caso de vítima menor de 18 anos. Para Guilherme de Souza Nucci haveria a suspensão do prazo até atingir a maioridade, iniciando-se o prazo de 6

meses, quando a atingisse. De outro lado, Renato Brasileiro de Lima defensor da existência de dois prazos um do representante legal e outro da vítima, em que esse só poderia ser exercido, após o atingimento da maioria e inércia, do representante.

3.5 – RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

A vítima pode se retratar da representação até o recebimento da denúncia, como dispõe os arts. 25, CPP, e 102, CP. Portanto, esse é o marco temporal limite para que venha a vítima a se retratar.

A possibilidade de retratação é reflexo do juízo de conveniência e oportunidade, possibilitando a vítima de não mais desejar o prosseguimento do processo.

A situação da retratação nos crimes da Lei nº 11.340/2006 serão posteriormente analisadas.

4 – A LEI Nº 11.340/2006

4.1 – NOÇÕES GERAIS

A promulgação da Lei nº 11.340/2006 é fruto de condenação da República Federativa do Brasil, na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), devido ineficiência na punição do autor da tentativa de homicídio e lesão corporal, sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes. I

Ainda como resultado da condenação, no âmbito da CIDH, houve a adesão a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, denominada de “Convenção de Belém do Pará”.

A adoção de normativos internacionais e nacionais é ação afirmativa, no campo de proteção da mulher, haja vista a sua condição de vulnerabilidade. Com base no pensamento do jusfilósofo John Rawls, esse tipo de ação visa a corrigir desequilíbrios dentro de uma sociedade, buscando uma situação de igualdade. Nessa toada, lembra-se, infelizmente, da sub-

representação feminina, na ocupação de espaços públicos, especialmente, no Poder Legislativo, o que acarreta, muitas vezes, em déficit, quanto a formulação de políticas públicas, voltadas a elas.

A vulnerabilidade das mulheres não deve ser entendida, como ocorria especialmente, no Código Civil de 1916, da necessidade de tutela, isto é, a necessitar de alguém para reger a sua vida. Aquela é compreendida como forma de emancipação feminina, dotando-as de mecanismos na busca de proteção das agressões sofridas, no âmbito da violência de gênero. Isto é, quando a mulher é vítima de agressão, devido a sua condição de mulher, encontra-se em uma situação de vulnerabilidade, sendo indiferente grau de instrução, renda, cor da pele, religião, necessitando, portanto, da ação estatal. Nessa senda, colhe-se as palavras do Ministro Marco Aurélio, na ADI nº 4424, em palavras:

Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino.

Ressalta-se que a Convenção de Belém do Pará afirma que é violação de direitos humanos e liberdades fundamentais, a violência de gênero, contra a mulher.

Impende pontuar que essa violência, não é praticada por desconhecido, mas pelo contrário, por conhecidos, e havendo uma relação de afeto entre agressor e vítima, em muitos casos. Enquanto, homens são normalmente vítimas de crimes do portão para fora de casa; as mulheres são vítimas do portão para dentro.

4.2 – ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/2006

Pela dicção da norma jurídica, com o emprego do vocábulo mulher, à primeira vista somente as pessoas humanas biologicamente, do sexo feminino, poderiam ser protegidas pela Lei nº 11.340/2006.

No entanto, pelos fins buscados, com a edição da lei, deve-se promover uma interpretação extensiva, da palavra mulher, para abranger não apenas a identidade biológica, mas também a identidade de gênero.

Nesse caminho, o colendo Superior Tribunal de Justiça por meio da Sexta Turma, em recurso da lavra do Ministro Rogério Schietti Cruz veio a capitanear aquele entendimento, sendo paradigmático na jurisprudência nacional.

A violência contra a mulher é baseada não apenas no sexo, mas em uma suposta superioridade do homem, em relação a mulher. São crimes em que a misoginia e o machismo são o *animus* da conduta.

4.3 – FORMAS DE VIOLÊNCIA

A violência de gênero não abarca apenas a violência física, como, por exemplo, no feminicídio. Na verdade, ela possui muitas vestes, por isso o art. 7º, da Lei nº 11.340/2006, inspirado pelo art. 2º, da Convenção de Belém do Pará, traz formas de materialização de violência contra a mulher.

As formas de concretização dessas violências são infinitas, haja vista o engenho humano ser pródigo nessa seara, por isso foram previstas em *numerus abertus*, sendo meramente indicativa as condutas descritas, nos incisos, no art. 7º. Caso o legislador tivesse optado, por um rol taxativo, haveria uma perda de qualidade na proteção da mulher, porquanto a impossibilidade de prevê todas as formas de violência.

Assim, além da violência física de mais fácil percepção, a violência psicológica é outra forma de atentado contra a incolumidade da mulher, sendo materializada em atos a promover uma diminuição da autoestima e um dano emocional, pelas mais diversas ações.

No tocante a violência sexual, é materializado não por meio dos crimes, contra a dignidade sexual, mas também por atos contra a sexualidade da mulher ou métodos contraceptivos. Por outro lado, a violência patrimonial é caracterizada por ações a visar o controle dos bens e recursos da mulher.

Registra-se que os crimes contra a honra, cometidos contra a mulher, sob a perspectiva de gênero, são tidos pela Lei Maria da Penha, como uma forma de violência moral.

4.4 – A AÇÃO PENAL NA LEI Nº 11.340/2006

A Lei nº 11.340/2006 trouxe dispositivos referentes a forma de processamento dos crimes cometidos contra a mulher. Lembra-se que não houve a tipificação de condutas, como regra geral, sendo a exceção o descumprimento de medidas protetivas. Desse modo, não há dentro do corpo normativo, um crime específico, relacionado com a violência contra a mulher.

Dentro dos normativos para processamento dos crimes contra a mulher, o art. 16, da Lei nº 11.340/2006, assim dispõe:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4424, relator Ministro Marco Aurélio, foi instado, pelo Procurador-Geral da República, a promover interpretação conforme a Constituição, para decidir se o crime de lesão corporal, cometidos contra as mulheres, seria ou não processado por meio de ação penal pública incondicionada. Por maioria, decidiu o Pretório Excelso julgar procedente o pedido, para que os crimes a tutelarem a incolumidade física, da mulher, ocorridos no âmbito da violência de gênero, sejam processados por meio de ação penal pública incondicionada. De outra

banda, crimes como ameaça, seriam processados, por meio de ação penal pública condicionada a representação da vítima.

A decisão do STF buscou conferir uma proteção maior a mulher vítima de violência física, haja vista não poder mais dispor da possibilidade de retratação, bem como retirando de uma vez, desse tipo de crime, a aplicação da Lei nº 9.099/95, muito embora já houvesse dispositivo legal (art. 41) a vedar a sua utilização.

4.5 – RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

Os crimes cometidos sem violência física contra a mulher, como, por exemplo, a ameaça (art. 147, CP) permanecem, como já salientado, processados por meio de ação penal pública condicionada a representação da vítima.

Na seara da Lei nº 11.340/2006 o marco temporal limite para a retratação é o oferecimento da denúncia, portanto, uma vez ofertada a peça acusatória, pelo órgão do Ministério Público, não mais poderá a vítima retratar-se. Ademais, essa retratação ocorrerá em audiência designada, com essa finalidade específica, conforme determina o art. 16. Assim, a retratação será formalizada perante o magistrado, com a presença do *Parquet*, para aferir a higidez da declaração.

Insta pontuar que a manifestação de vontade, sem vícios, seja de vontade, seja social, é elemento basilar de toda e qualquer declaração de vontade, conforme expressa, a Parte Geral do Código Civil (especialmente, arts. 107 e 111). Nesse sentido, pinça-se trecho do voto do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca⁶¹, *verbis*:

(...) Isso porque o Direito Civil já prevê que, exarada uma manifestação de vontade por indivíduo reputado capaz, consciente, lúcido, livre de erros de concepção, coação ou premente necessidade, tal declaração é válida até que sobrevenha manifestação do mesmo indivíduo em sentido contrário.

⁶¹ REsp nº 1.964.293, Órgão Julgador – Terceira Seção, julgado em 08/03/2023.

Se para representar não há necessidade de formalidades, na retratação é ato formal e solene.

Sobre as vicissitudes da representação, na órbita da proteção da violência contra a mulher, colhe-se do voto do Ministro Marco Aurélio, na ADI nº 4424, *in verbis*:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.

Dessa forma, o cuidado maior do legislador com a retratação deve-se a situação de vulnerabilidade da mulher. E, por ser vulnerável, há necessidade de construção de um arcabouço normativo e de práticas a promover uma equiparação entre homens e mulheres.

Lembra-se que a audiência não pode ser utilizada para constranger a vítima, ou como meio para a ratificação da representação. Deve-se designá-la tão somente, quando houver manifestação de vontade, no sentido de exercer o direito de retratação. Pontua-se que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 254/2018, no art. 9º, *caput*, traz como forma de violência institucional qualquer ação ou omissão, por parte de órgão ou agente públicos, a fragilizar o compromisso de proteção e preservação dos direitos das mulheres.

Na prática forense surgiram situações em que era designada a audiência, faltando a vítima, reconhecia-se a retratação tácita, ao arrepio de toda principiologia, da Lei nº 11.340/2006. E não raras vezes autores do fato, requerendo a designação da audiência.

Para evitar tais situações, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7267⁶², Relator Ministro Edson Fachin, no STF, com o fito de o art. 16 receber, novamente, interpretação conforme a Constituição, para que fosse excluída a possibilidade de designação de audiência, de ofício, pelo magistrado; e o não comparecimento da mulher vítima de violência doméstica na audiência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha como “retratação tácita” ou “renúncia tácita ao direito de representação”. Em julgamento concluído, no dia 21/08/2023, o Plenário Virtual, do Pretório Excelso, julgou parcialmente procedente os pedidos, nos seguintes termos:

O Tribunal, por unanimidade, julgou parcialmente procedente a presente ação direta, para dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 16 da Lei 11.340, de 2016, de modo a reconhecer a inconstitucionalidade da designação, de ofício, da audiência nele prevista, assim como da inconstitucionalidade do reconhecimento de que eventual não comparecimento da vítima de violência doméstica implique “retratação tácita” ou “renúncia tácita ao direito de representação”, nos termos do voto do Relator.

Com teor semelhante colhe-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Repetitivo, Tema 1167, o seguinte:

A audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 tem por objetivo confirmar a retratação, não a representação, e não pode ser designada de ofício pelo juiz. Sua realização somente é necessária caso haja manifestação do desejo da vítima de se retratar trazida aos autos antes do recebimento da denúncia.

⁶² Em 23/08/2023, data da elaboração do presente artigo, encontra-se pendente a publicação do voto do Ministro Relator.

Observa-se dos julgados citados, uma cizânia entre o pensamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, quanto à possibilidade da designação, de ofício, da audiência. Como o tema fora julgado, recentemente, há necessidade de acompanhamento, da jurisprudência para averiguar eventual modificação de entendimento, por uma das Cortes.

Portanto, a audiência para a colheita da retratação da vítima, somente, deve ocorrer em situações especiais, como forma de evitar o constrangimento e de uma vitimização institucional.

CONCLUSÃO

Os crimes cometidos contra a mulher, sob uma perspectiva de gênero, necessitam de uma repressão estatal, a não promover uma vitimização institucional. Muito embora, a representação promova um maior protagonismo da vítima, no processo, quando envolve a proteção da mulher vítima, de violência sob perspectiva de gênero, deve ser analisado com temperança. Esse zelo maior é reflexo das pressões a qual as mulheres estão submetidas, seja de ordem financeira, social e outras.

Não se pode desconhecer que a porta de entrada, muitas vezes, para o cometimento de crimes mais graves, contra a mulher é por meio, por exemplo, da ameaça (art. 147, CP), logo, é necessária uma maior atenção e proteção, por parte do Estado. E reverbera esse maior zelo, com essa estirpe de crime, a não banalização da retratação da representação.

Por conseguinte, a audiência para retratação da representação (art. 16), somente deve ser designada, mediante uma manifestação de vontade livre e consciente da mulher, no sentido de retrata-se da representação. Como bem frisado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, as manifestações de vontade operam efeito, até que outra, em sentido contrário venha a substituí-la. Proceder de maneira diversa é atentar contra os pilares do ordenamento jurídico e os pressupostos fáticos e principiológicos de criação da Lei Maria da Penha.

Destarte, com os julgamentos proferidos pelas Cortes Superiores, de observância obrigatória, há um incremento no arcabouço de proteção da mulher, vítima de violência doméstica, mediante a não

designação de audiências meramente confirmatórias da representação, ganhando em celeridade e efetividade, os procedimentos formalizados, no âmbito de aplicação da Lei nº 11.340/2006.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição federal, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24/08/2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24/08/2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de dezembro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 24/08/2023.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2016. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 24/08/2023.

BUENO, Samira; MARTINS, Juliana; LAGRECA, Amanda; SOBRAL, Isabela; BARROS, Betina; BRANDÃO, Juliana. O crescimento de todas as formas de violência contra a mulher em 2022. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, p. 136-145, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 24/08/2023.

BEZERRA, Isadora Tavares. *A possibilidade de retratação na Lei Maria da Penha*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 out 2022, 04:12. Disponível em:<<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/59604/a-possibilidade-de-retratao-na-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 24/08/2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal – parte geral – volume único**. 12^a ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 254, de 04 de setembro de 2018. Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_254_04092018_05092018142446.pdf>. Acesso em: 24/08/2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal – Volume único**. 5^a ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

Roque, Fabio; Tavora, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. **Legislação Criminal para concursos**. 5^a ed., rev. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. 5^a ed. Florianópolis: Conceitual Editora, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal – volume único**. 19^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2023.

O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

EXISTENTIAL DAMAGE IN LABOR LAW

Eduardo Lopes de Faria⁶³

RESUMO

O presente artigo científico visa analisar a incidência do dano existencial no Direito do Trabalho e apresentar um estudo atual quanto à jurisprudência dos tribunais trabalhistas do país, especialmente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. O objetivo principal é ressaltar os prejuízos provocados à saúde, à convivência social, e ao desenvolvimento pessoal do trabalhador nos casos em que há efetivamente a ocorrência dessa modalidade de dano moral, qual seja o dano existencial. Procedeu-se à pesquisa bibliográfica através da ilustre contribuição das obras dos autores DELGADO (2016), BOMFIM (2014) e BARROS (2016), dentre outras obras, e artigos científicos publicados em sites jurídicos, a fim de aprofundar a pesquisa sob o aspecto doutrinário dessa espécie de dano no Direito do Trabalho. Finaliza-se ressaltando a importância desse debate no meio jurídico visando a orientar e coibir essa prática danosa que é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Dano Existencial. Direito do Trabalho. Direito à Convivência Social. Desenvolvimento Pessoal.

⁶³ Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE. Email: eduardolopes@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar um estudo quanto aos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais a respeito do dano existencial no Direito do Trabalho, e ressaltar os efeitos maléficos dessa modalidade de dano moral para o trabalhador em várias áreas de sua vida.

Justifica-se o tema em razão da atual conjuntura política e econômica do país que acaba gerando reflexos diretos na relação entre trabalhador e empregador, ocasionando uma pressão ainda maior por resultados por parte deste último sobre aquele através de excessivas e contínuas jornadas de trabalho propícias à caracterização do dano existencial.

Assim sendo, o verdadeiro problema enfrentado na análise do tema é o potencial efeito dessa modalidade de dano sobre o trabalhador, que em meio às incertezas do mercado de trabalho, na atualidade, acaba sendo obrigado a extensas jornadas de trabalho e a uma submissão desumana ao poder econômico do empregador, inevitavelmente capaz de suprimir o direito ao desenvolvimento pessoal, familiar e social do empregado.

Enfim, visando à obtenção dos resultados almejados, utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica de diversas obras literárias e artigos jurídicos publicados na internet.

Portando, contou-se com a contribuição das obras dos autores DELGADO (2016), BOMFIM (2014) e BARROS (2016), dentre outras obras, e artigos científicos publicados em sites jurídicos, a fim de aprofundar a pesquisa sob o aspecto doutrinário dessa espécie de dano no Direito do Trabalho, além da pesquisa jurisprudencial atualizada do Tribunal Superior do Trabalho – TST, dentre outros tribunais.

DANO NO DIREITO DO TRABALHO

O fundamento jurídico básico previsto no ordenamento normativo brasileiro para caracterização do dano está estampado no texto da

Constituição Federal de 1988(CF/1988), nos incisos V e X, do artigo 5º, a seguir expostos:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; ...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 2016).

Com efeito, observa-se que o Constituinte preocupou-se em garantir uma diretriz constitucional expressa para assegurar o direito à indenização por dano moral, material ou à imagem provocado por terceiro.

Entretanto, ressalta-se que esse não era o tratamento observado nos textos constitucionais anteriores, conforme bem destaca Maurício Godinho Delgado em sua obra:

Tais indenizações tinham um campo restrito de reconhecimento na ordem jurídica anterior à Constituição de 1988. Contudo, em seguida ao Texto Máximo e ao avanço jurídico-cultural por ele propiciado, conforto (e contínuo) impacto na doutrina e jurisprudências pátrias, tais possibilidades indenizatórias se alargaram. (DELGADO, 2016, p. 686 e 687).

Assim sendo, há distintas hipóteses de indenização, todas elas abarcadas no campo do Direito Trabalhista, pela decorrência lógica do contrato de trabalho, ensejando a reparação por dano moral, material, estético, dentre outros, no caso de violação pelas partes envolvidas, trabalhador e empregador. E o Direito do Trabalho utilizando-se, especialmente, das normas descritas no Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC/2002), aplicado subsidiariamente àquele ramo por força do parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do

Trabalho (CLT), prevê os requisitos e elementos caracterizadores do dano capazes de ensejar uma reparação pecuniária.

1.1 CONCEITO E REQUISITOS CARACTERIZADORES DO DANO

O Direito do Trabalho utilizando-se, especialmente, das normas descritas no Código Civil, impõe que o ato ilícito pode originar a reparação do dano.

Com efeito, aplicam-se as disposições expressas nos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002, aplicado subsidiariamente ao Direito do Trabalho, conforme se depreende:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, a diretriz Civilista é clara ao dispor que a conduta do agente, dolosa ou culposa, que violar direito e causar dano a outrem, mesmo que unicamente moral, comete ato ilícito, sujeitando-o, portanto, à responsabilização civil.

E essa responsabilização decorre do disposto no art. 927, também do CC/2002, que assim dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida

pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Assim sendo, caso o dano ocorra sem que o autor da conduta incorra em ato ilícito ou em abuso de direito, não será cabível a responsabilização, ressalvadas, claramente, as hipóteses descritas no parágrafo único do art. 927, que garante a reparação quando a própria atividade desenvolvida, por sua natureza, implicar risco aos direitos de terceiros e nos demais casos especificados em lei.

Além disso, o artigo 402 do Código Civil de 2002 ainda dispõe o seguinte:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL, 2002)

Portanto, ocorrido o dano, o autor será responsável por prestar ao credor as perdas e danos que compreendem o que ele efetivamente perdeu, tratado pela doutrina tradicional como dano emergente, bem como o que razoavelmente deixou de lucrar, nesse caso, os chamados lucros cessantes.

Ademais, os ensinamentos de Vólia Bomfim Cassar corroboram o quefora exposto:

O dano é o fato gerador da responsabilidade de pagamento de indenização ou de reparação. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Mesmo que o agente pratique conduta culposa ou dolosa, viole a lei ou abuse de direito, se não causar dano não há que se cogitar em responsabilidade de reparação. Se, por exemplo, o empregador não conserva a máquina e mesmo assim nenhum acidente de trabalho ocorre, não há o que indenizar. Indenização sem dano acarreta enriquecimento ilícito. Assim, o prejuízo ou dano não é apenas o fato gerador, mas também determinante do

dever de indenizar. O dano é a violação de um bem juridicamente tutelado pelo direito, seja ele patrimonial ou não patrimonial. (BOMFIM, 2014, p. 927)

Conseqüentemente, o elemento danoso é essencial para caracterização da responsabilidade, haja vista que em caso de reparação quando inócurre o dano ter-se-á claramente identificado um enriquecimento sem causa (artigos 884 a 886 do CC-2002).

Ademais, conceitua-se dano, seguindo os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros (BARROS, 2011, p. 511), para quem “O dano poderá ser material e/ou moral. O dano material implica lesão aos bens materiais de alguém, sujeitos à avaliação econômica.”. Sendo assim, a proteção dada ao patrimônio material do indivíduo é garantida através da possibilidade de reparação dessa espécie de dano.

Alice Monteiro de Barros define dano moral em sua obra nos seguintes termos:

Entendemos como dano moral o menoscabro sofrido por alguém ou por um grupo como consequência de um ato ilícito ou atividade de risco desenvolvida por outrem capaz de atingir direitos de personalidade e princípios axiológicos do direito, independentemente de repercussão econômica. (BARROS, 2011, p. 513)

Verifica-se, portanto, que o evento danoso enseja lesão material ou moral, sendo aquela voltada ao patrimônio da vítima do dano e esta última precipuamente às lesões a direitos da personalidade, todos protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial no campo do Direito Trabalho, são passíveis de responsabilização e conseqüente reparação civil.

Dessa forma, o dano é o resulta de uma ação ou omissão, não assentada no exercício regular de um direito, em que o agente causa prejuízo ou viola direito de outrem, por culpa ou dolo. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 95- 96.).

Enfim, observam-se na doutrina pátria os seguintes requisitos caracterizadores do dano, ou seja, os elementos necessários para que

existência do direito à indenização de dano (seja patrimonial ou não patrimonial) são eles: a) dano; b) ato ilícito, abusivo ou atividade de risco (responsabilidade objetiva); c) nexo causal. (VÓLIA, 2014, p. 927).

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado assevera:

Há requisitos essenciais para responsabilização empresarial. Sem a conjugação unitária de tais requisitos não há que se falar em responsabilidade do empregador por qualquer das indenizações acima referidas. Tais requisitos em princípio são: dano; nexo causal culpa empresarial. (DELGADO, 2016, P. 691)

Por conseguinte, para o agente seja obrigado a reparar o dano causado não basta apenas a ocorrência deste, é necessário também o nexo causal, ou seja, a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocorrido, seja ele moral ou material. Além é claro da verificação da ilicitude ou abusividade dessa conduta, salvo no caso de atividade de risco quando será aplicada a teoria da responsabilidade objetiva, segundo qual há o dever de se reparar o dano independentemente de culpa do agente, nos casos especificados em lei.

DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

A dignidade da pessoa humana é um valor inerente a todo ser humano que deve ser observado pelo ordenamento jurídico brasileiro que o atribuiu, na ordem jurídica atual, o status de princípio fundamental, consoante inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a República Federativa do Brasil tem como escopo primordial o respeito à dignidade humana, garantido aos brasileiros o direito de viver com dignamente.

E nas relações de trabalho, esse princípio deve ser observado de forma irrestrita tendo em vista a necessária proteção a ser dada ao trabalhador em razão de sua condição de hipossuficiente, decorrência lógica do Princípio da Proteção, um dos pilares do Direito do Trabalho.

Assim sendo, qualquer forma de trabalho que obrigue o trabalhador a jornadas excessivas de trabalho de forma continuada, por longos períodos de tempo, sem permitir uma existência digna ao trabalhador pode dar ensejo à reparação civil por dano existencial.

Segundo lição de Maurício Godinho Delgado, o dano existencial:

Trata-se da lesão ao tempo razoável e proporcional de disponibilidade pessoal, familiar e social inerente a toda pessoa humana, inclusive o empregado, resultante da exacerbada e ilegal duração do trabalho no contrato empregatício, em limites gravemente acima dos permitidos pela ordem jurídica, praticada de maneira repetida, contínua e por longo período. (DELGADO, 2016, 727 e 728)

No mesmo sentido, BOUCINHAS FILHO e ALVARENGA assim o conceituam, em artigo científico publicado na Revista do Tribunal Superior do Trabalho:

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

Portanto, o dano existencial está voltado à proteção do trabalhador a fim de coibir a conduta do empregador que o impossibilite de se relacionar socialmente, com sua família ou de desenvolver qualquer atividade de seu interesse pessoal, seja cultural, esportiva ou qualquer outra.

E a jurisprudência pátria tem se firmado justamente nos sentido de se admitir, em casos específicos, a ocorrência do dano existencial.

Nesse sentido, foi o entendimento da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais no julgado, a seguir exposto:

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL.

O dano existencial, como cediço, decorre de toda lesão capaz de comprometer a liberdade de escolha do indivíduo, frustrar seu projeto de vida pessoal, uma vez que a ele não resta tempo suficiente para realizar-se em outras áreas de atividade, além do trabalho. Acontece quando é ceifado seu direito ao envolvimento em atividades de sua vida privada, em face das tarefas laborais excessivas, deixando as relações familiares, o convívio social, a prática de esportes, o lazer, os estudos e, por isso mesmo, violando o princípio da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inc. III, CF. Indubitável que a obrigatoriedade de trabalhar durante as férias, durante todo o longo contrato de trabalho, comprometeu, sobremaneira, a vida particular do autor, impedindo-lhe de dedicar-se, também, a atividades de sua vida privada. Caracterizado, portanto, o dano existencial in re ipsa. (TRT-MG. Processo: RO 0002169-55.2013.5.03.0014, Relator: Jose

Eduardo Resende Chaves Jr.,1ª Turma, data da publicação DEJT 14/08/2015).

Nessa mesma linha de entendimento, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho se posicionou favoravelmente à possibilidade de ocorrência do dano existencial, conforme se extrai do seguinte julgado:

EMENTA: DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO.

1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. - (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial.

4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST. Processo: RR 727-76.2011.5.24.0002, Data de Julgamento: Relator: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, data da publicação DEJT 28/09/2013).

Observa-se, portanto, que no caso alhures o empregado ficou por dez anos sem o direito ao gozo das férias, o que, indiscutivelmente, impediu o trabalhador de cuidar das questões pessoais básicas voltadas ao seu projeto de vida.

E isso, evidentemente, caracterizou dano existencial, haja vista a violação latente ao patrimônio jurídico personalíssimo do trabalhador suscetível de reparação pela via judicial.

Esse posicionamento do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho tem prevalecido e, por conseguinte, se adaptado com o decurso do tempo. Com efeito, verificou-se que jurisprudência atual tem se firmado no sentido de que seja necessário o trabalhador comprovar a ocorrência do dano existencial para que seja possível pleitear o deferimento de indenização.

E nessa linha foi o entendimento da 7ª Turma do TST no julgado seguir exposto:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA – DANO EXISTENCIAL – DANO À PERSONALIDADE QUE IMPLICA PREJUÍZO AO PROJETO DE VIDA OU À VIDA DE RELAÇÕES – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE LESÃO OBJETIVA NESSES DOIS ASPECTOS – NÃO DECORRÊNCIA IMEDIATA DA PRESTAÇÃO DE SOBREJORNADA – ÔNUS PROBATÓRIO DO RECLAMANTE.

O dano existencial é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que se apresenta como aprimoramento da teoria da responsabilidade civil, vislumbrando uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral. (...) O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação em horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST. Processo: RR 523-56.2012.5.04.0292, Data de Julgamento: Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, data da publicação DEJT 27/08/2013).

Sendo assim, nesse caso específico a Colenda Turma decidiu por unanimidade conhecer do recurso de revista apenas no tópico “Dano Existencial”, por violação à lei, e, no exame do mérito, proveu o recurso para afastar a condenação para indenização por dano existencial justamente

por entender necessário que o trabalhador comprove a ocorrência do dano existencial para que seja possível pleitear o deferimento de indenização.

Por conseguinte, observa-se que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de se admitir o denominado dano existencial, haja vista que ele decorre de toda lesão suscetível de comprometer a liberdade de escolha do indivíduo, obstar projetos pessoais de vida, tendo em vista que ao trabalhador não é dado o tempo suficiente para realizar outra atividade que não seja o trabalho.

CONCLUSÃO

O dano existencial no Direito do Trabalho, portanto, trata-se uma violação ao patrimônio jurídico personalíssimo do trabalhador capaz de limitar sua vida pessoal, familiar e social, em razão de contínuas e excessivas jornadas de trabalho.

Nota-se, por conseguinte, que há violação à dignidade da pessoa humana, valor inerente a todo ser humano e que deve ser observado e reprimido pelo ordenamento jurídico brasileiro por força de mandamento constitucional (inciso III do art. 1º da CF/1988).

E conforme se aduz do estudo realizado, quando presentes os requisitos caracterizadores do dano, a princípio: o dano; o nexa causal; e culpa empresarial, é possível estar-se diante dessa modalidade do dano moral existencial.

Entretanto, constatou-se que a doutrina, e, especialmente, a jurisprudência tem afirmado ser necessário o trabalhador comprovar essa modalidade de dano para que seja possível pleitear a indenização. E segundo a jurisprudência ele requer, além daqueles requisitos, a demonstração do efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo às relações sociais.

Assim sendo, o dano existencial é efetivamente penalizado pelo Direito do Trabalho, tendo em vista o efeito nefasto da conduta do empregador sobre o empregado ao lhe impor contínuas, prolongadas e excessivas jornadas de trabalho capazes de mitigar o desenvolvimento pessoal e familiar do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

___ **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 28 jun. 2016.

___ **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 9.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7.^a ed. São Paulo. LTr, 2011.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Odano Existencial e o Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 240-261, abr./jun. 2013.

BRASÍLIA, Tribunal Superior do Trabalho, RR 727-76.2011.5.24.0002, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, 1.^a Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 28 jun. 2013.

___, Tribunal Superior do Trabalho, RR 1034-74.2014.5.15.0002, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2.^a Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 13 nov. 2015.

___, Tribunal Superior do Trabalho, RR 523-56.2012.5.04.0292, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7.^a Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 28 ago. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15.^a ed. São Paulo: Ltr, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho, RO 02169-55.2013.5.03.0014, Relator Jose Eduardo Resende Chaves Jr., 1ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, 14 ago. 2015.