



inverbis

49ª EDIÇÃO

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte
49ª EDIÇÃO

Reitor: José Daniel Diniz Melo

Vice-reitor: Henio Ferreira de Miranda

Diretora: Maria Lussieu Silva

Vice-Diretora: Pâmela de Medeiros Brandão

Coordenadora do Curso de Direito: Ana Beatriz Ferreira Rabello Presgrave

Chefe do Departamento de Direito Público: Mariana de Siqueira

Chefe do Departamento de Direito Privado: Thiago Oliveira Moreira

Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica: José Orlando Ribeiro Rosário

Coordenador da Revista Jurídica In Verbis: Xisto Tiago de Medeiros Neto

Diagramação: Aline Raposo Pereira (aline_r_p@hotmail.com)

Revisor: Lucas José de Mello Lopes

Tiragem: 300 Exemplares

Presidência e Elaboração: Fernanda Gomes Ferreira Teixeira e Maria Eduarda de Melo Maia Madruga

Solicita-se permuta.

Pódesse canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

Indexada à base Sumários.org

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos
Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte - Ano 26, n. 49 (Jan/Jun. 2021).**

Semestral

ISSN 1413-2605

15cm x 21cm

**1. Direito - Periódicos, I. Universidade Federal do Rio
Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas
- CCSA/UFRN.**

CDU-34

Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br / E-mail: contato.inverbis@gmail.com

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores.
É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.

Anny Karinine de Azevedo (UFRN)
Antônio Uemerson de Carvalho (UFRN)
César Augusto Trevisan Bordignon (UFRN)
Erick Rennan da Silva Bezerra (UFRN)
Fernanda Gomes Ferreira Teixeira (UFRN)
Giulia Silva de Souza (UFRN)
Ivo Emanuel Dias Barros (UFCG)
Jakson Barbosa Lima (UFRN)
Júlia Arrais Fortaleza de Lima e Sá (USP)
Letícia Lopes Borja (UFRN)
Luis Guilherme Tavares Santos (UFPI)
Maria Eduarda de Melo Maia Madruga (UFRN)
Maria Eduarda Silveira Melo (UFRN)
Mariana Fernandes Martins de Lima (UFRN)
Pedro Augusto Costa Vale (UFRN)
Rafaela Ribeiro Cabral (UFRN)
Telma Daniela Fernandes Ferreira (UFRN)

DADECERISTAS PARDECERISTAS

Abraão Luiz Filgueira Lopes
Ana Beatriz Ferreira Rebelo Presgrave
Anderson Souza da Silva Lanzillo
André de Souza Dantas Elali
Ângelo José Menezes Silvino
Anna Emanuella Nelson dos Santos
Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bruno Henrique Magalhães Branco
Carla de Moraes Coutinho
Cleanto Fortunato da Silva
Diogo Pignataro de Oliveira
Efren Paulo Porfirio de Sa Lima (UFPI)
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
Fabrício Antônio de Araújo Feliciano
Felipe Maciel Pinheiro Barros
Fernando César Costa Xavier (ABDI)
Filipe Casellato Scabora (USP)
Heitor Eduardo Cabral Bezerra
Igor Alexandre Felipe de Macêdo
Jahyr-Philippe Bichara
Joaquim Mauricio Fernandes de Moraes
José Roberto de Castro Neves (FGV-Rio)
José Serafim da Costa Neto
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Juliana Raineri Haddad (FAIBI)
Karoline Lins Câmara Marinho
Luciano Athayde Chaves
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Paulo Maycon Costa da Silva
Pedro Muniz Pinto Sloboda (UFRJ)
Robson Maia Lins (PUC-SP)
Samuel Max Gabbay (IFRJ)
Thiago Oliveira Moreira
Walter Nunes da Silva Júnior
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Zéu Palmeira Sobrinho

Abraão Luiz Filgueira Lopes
Adamo Perrucci
Aldemar Monteiro da Silva Neto (CE)
Américo Braga Júnior (MG)
Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave
Ana Cláudia da Costa Aguiar
Ana Luisa de Moraes Campos
Ana Mônica Medeiros Ferreira
Anderson Souza da Silva Lanzillo
André Alves Portella (BA)
André Carneiro Leão (PE)
André de Souza Dantas Elali
Andrea de Andrade Fernandes
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Ângelo José Menezes Silvino
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bento Herculano Duarte Neto
Bruno Henrique Magalhães Branco
Caetano Dias Corrêa (SC)
Caio Vitor Ribeiro Barbosa
Camila Miranda de Moraes (CE)
Cândido Bittencourt de Albuquerque (UFC)
Carla de Moraes Coutinho
Carlos Martins Neto (UERJ)
Carlos Wagner Dias Ferreira
Carolina Pereira Lins Mesquita (UFRJ)
Chiavelli Fazenda Falavigno
Clarindo Epaminondas de Sá Neto (UFSC)
Claudia Vechi Torres
Cleanto Fortunato da Silva
Cristina Foroni Consani
Daniel Gaio (UFMG)
Daniel Leib Zugman (FGV/SP)
Daniel Monteiro da Silva
Denise Fonseca Félix de Sousa (UFG)
Dimas Macedo (UFC)
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Edinaldo Benício de Sá Júnior
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho (CE)
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

Efren Paulo Porfirio de Sa Lima (UFPI)
Everton da Silva Rocha
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Fabrício Germano Alves
Fabrízio Antônio de Araújo Feliciano
Felipe Arady Miranda
Felipe Maciel Pinheiro Barros
Fernanda Priscilla Ferreira Dantas
Fernando Antonio de Vasconcelos (UFPB)
Fernando César Costa Xavier (ABDI)
Filipe Azevedo Rodrigues
Francisco Barros Dias
Francisco de Assis Noberto Galdino de Araújo
Francisco De Sales Matos
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB)
Heitor Eduardo Cabral Bezerra
Helena Telino Neves (FDUL)
Henrique Batista de Araújo Neto
Humberto Lima de Lucena Filho
Igor Alexandre Felipe de Macêdo
Ingrid Zanella Andrade Campos
Ivan Lira de Carvalho
Izabela Walderez Dutra Patriota (UnB)
Jahyr-Philippe Bichara
Jeison Batista de Almeida (UNEMAT)
João Emílio Assis Reis (RJ)
João Paulo dos Santos Melo
Joaquim Maurício Fernandes de Moraes
Jorge Duarte Pinheiro (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
José Araújo da Silva
José Evandro Lacerda Zaranza
Jose Miqueias Antas De Gouveia
José Orlando Ribeiro Rosário
José Roberto de Castro Neves (FGV-Rio)
José Serafim da Costa Neto
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Juliana Raineri Haddad (FAIBI)
Karla Viviane de Sousa Rêgo
Karlos Alves Barbosa (UFU)
Karoline Lins Câmara Marinho
Keity Mara de Souza e Saboya
Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira
Leonardo Martins
Lídio Sânzio Gurgel Martiniano
Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues
Lívio Coêlho Cavalcanti
Lorena Cordeiro de Oliveira (UFPB)
Lorena Neves Macedo
Lucas Duarte de Medeiros
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Luiz Felipe Pinheiro Neto
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo da Rocha Ribeiro Dantas (SP)
Marcelo de Barros Dantas
Marcelo Maurício da Silva
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marconi Antas Falcone de Melo
Marconi Neves Macedo
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Margarida de Oliveira Cantarelli (UFPE)
Mária Marconiete Fernandes Pereira (PB)
Mária do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Marise Costa de Souza Duarte
Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Meyre Elizabeth Carvalho
Morton Luiz Faria de Medeiros
Murilo Oliveira de Souza (UNEMAT)
Naide Maria Pinheiro
Nathânia de Medeiros Oliveira
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Otaclício dos Santos Silveira Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Patrícia Costa Anache (Universidade de Coimbra)
Paulo Maycon Costa da Silva
Paulo de Souza Coutinho Filho
Paulo Renato Guedes Bezerra
Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Pedro Barachisio Lisbôa (BA)
Pedro Muniz Pinto Sloboda (UFRJ)
Rabah Belaidi (UFG)

Rafaella Mayana Alves Almeida Cardins
Rafhael Lima Ribeiro (CESG-MG)
Raoni Macedo Bielschowsky
Rasland Costa de Luna Freire
Ricardo César Ferreira Duarte Júnior
Ricardo Rocha Viola (UFU)
Ricardo Tinôco de Góes
Ricardo Wagner de Souza Alcantara
Roberta Eggert Poll (RS)
Robson Maia Lins (PUC-SP)
Rogério Araújo Lima
Rômulo Lima Silva de Góis
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Samuel Max Gabbay (IFRJ)
Sandresson de Menezes Lopes
Sheila Sampaio Gonçalves Barreto
Thiago Oliveira Moreira
Úrsula Bezerra Silva e Lira
Valcir Gassen (UnB)
Victor Rafael Fernandes Alves (UFPB)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (USP)
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Walber Cunha Lima
Walter Nunes da Silva Júnior
William Paiva Marques Júnior (UFC)
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel
Yuri Marques de Melo Santiago
Zéu Palmeira Sobrinho

SUMÁRIO

- 11 **Editorial**
- 13 **Prefácio**
- 19 **A audiência de custódia e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro: utopia ou esperança de efetivação da justiça e garantia da dignidade humana?**
Yasmim Cavalcante Pina de Almeida
- 39 **A averbação pré-executória e os seus efeitos no procedimento de cobrança do crédito público**
Amanda Pontes Nunes Carlos
- 63 **A diplomacia e os desafios familiares**
Wendell Nobre Silva de Medeiro
- 77 **A Emenda Constitucional 66/2010 e o Instituto da Separação Judicial: uma análise sobre seu *status* atual no ordenamento jurídico**
Isadora Gonçalves Sales Leandro
- 93 **A necessária compatibilização entre liberdade de iniciativa e função social da empresa: reflexões sobre a lei da liberdade econômica**
Isabela Medeiros Gurgel de Faria
- 111 **A possibilidade de condicionamento da tramitação de demandas cíveis e consumeristas à tentativa de autocomposição extrajudicial**
Júlia Suzart de Freitas
- 133 **Aspectos gerais da tributação aplicados aos *bitcoins***
Tulio Manuel Maia Guimarães

- 155 **Do (in)cabimento de indenização à noiva abandonada no dia do casamento**
Betina Heike Krause Saraiva
- 173 **Mediação e diplomacia: uma abordagem acerca do papel da Organização das Nações Unidas na guerra civil Síria**
Gabriela Gurgel Medeiros
Vitor Emmanuel Viana Antunes Dantas
Mário Savéri Liotti Duarte Raffaele
- 199 **O acordo de não persecução penal e a importância dos institutos despenalizadores**
Alanna Siqueira Simonetti Oliveira
- 221 **O direito a alimentos das esposas/companheiras de militares nas ações de divórcio/dissolução de união estável**
Vinicius Floripo Chaffin Vieira
- 241 **Planejamento familiar e reprodução assistida: uma análise da obrigatoriedade da cobertura desse procedimento pelos planos de saúde**
Ana Cecília Ferreira Duarte
Isabelle Cristinne Morais
- 263 **A advocacia e os mecanismos extrajudiciais no auxílio da desjudicialização**
Tiago de Lima Almeida
- 285 **Nova lei de contratações públicas: mudanças relevantes**
José Serafim da Costa Neto
- 319 **Reforma tributária e princípios constitucionais da ordem econômica**
Eduardo Silveira Frade
Robson Maia Lins

MANDACARU

Todos sabem o que acontece quando o mandacaru fulora no sertão
A resposta, certa, já foi dada em ritmo de baião

Está nas rimas de Luiz Gonzaga e de Zé Dantas, mas também nos ombros de
quem ainda acredita na leveza
Apesar de toda a dor que sustenta o homem em sua inconfundível natureza

Incontáveis meses de seca...
Parecia inapropriada, quase uma ironia cruel, a possibilidade de observar com
atenção esperançosa
O próprio silêncio carregava uma expectativa estrondosa

Mas no 26º mês lá estava ela
Há quem tenha dito que ela nasceu num tom de vermelho vivo, mas também o
senhor baixinho que bravou aos quatro ventos:
“- Ela era toda amarela!”

Frágil, mas resiliente
Durou apenas uma noite
Não muitas horas depois começaram a cair as primeiras gotas
Acalmando um pouco as já cansadas vozes afoitas.

PREFÁCIO

Caro leitor,

Eu poderia, nestas humildes linhas que me foram honrosamente concedidas, trazer a você as mais belas lições do direito ou até mesmo os melhores caminhos a serem traçados por todos os excelentes articulistas que me sucederão. Acredite: ao compulsar as próximas páginas desse majestoso periódico, você seguramente encontrará do mais inovador tema jurídico à tese argumentativa digna de uma sustentação do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que eu gostaria, com a permissão desse empenhado e dedicado Conselho Editorial, discorrer um pouco sobre o intenso, porém engrandecedor, trabalho pré-impressão que se dá até este momento. Falo com propriedade de quem, por um ano, teve a oportunidade de contribuir para o crescimento desta Revista que, carinhosamente, chamamos de *Vivi*.

A Revista Jurídica In Verbis foi o projeto de extensão dos meus sonhos durante o ano de 2010, quando eu era estudante do Glorioso Curso de Direito da UFRN. Todos os sábados pela manhã nos reuníamos para discutir os rumos da revista, definindo as datas de edital, estabelecendo os critérios de seleção dos artigos, confeccionando os avisos atinentes à revista, prospectando e/ou renovando os patrocínios, atualizando o site, lançando edital, fazendo a seleção formal dos artigos submetidos, além de distribuir os artigos para os professores do então pequeno Conselho Editorial, hoje renomeado sabiamente para Conselho Técnico.

Sim, era cansativo, mas não parava só nisso. Uma vez selecionados, aprovados ou não, precisávamos anunciar os artigos que

comporiam a revista, receber eventuais recursos, redistribuí-los para julgamento e lançar a lista final. Depois de todo esse trabalho, surgia o momento da diagramação com a aprovação da bendita 'boneca', seguida de impressão, marcação de local de evento, *coffee-break*, microfone... são tantos detalhes que, muitas vezes, aos olhos da comunidade acadêmica, o trabalho pode nem parecer tão exaustivo, mas o é. Isso sem falar na organização para seleção dos próximos membros do Conselho.

Relendo as linhas anteriores, já me sinto velho e chego a me perguntar se os termos que utilizei permanecem os mesmos. Esse trabalho árduo, que tive a oportunidade de realizar há onze anos, moldou minha atitude, minha postura profissional e me tornou uma pessoa ainda mais destemida quando o assunto é desafios da vida.

Na *In Verbis*, enquanto colaborador, tive a oportunidade de conhecer grandes nomes da literatura jurídica e conversar tête-à-tête com eles, da mais simples conversa cotidiana ao último importante julgamento do Supremo. Foi na *In Verbis* que, novo e inexperiente, me vi enfrentando receios, vergonhas e medos para pedir um patrocínio, requerer o empréstimo de um rádio comunicador ou mesmo para ir até à casa de um professor atrás do artigo corrigido, porque o prazo tinha se extinguido.

Foi por meio das páginas desse estimado periódico, unicamente organizado por estudantes e assim o segue de forma plena, que enfrentei desafios de mudança de marca, pois, juntamente com nossos colegas, éramos da edição nº 28 e a *Vivi* fazia 15 anos! Precisávamos inovar. Foram reuniões calorosas, consultas a membros antigos, discussões que trouxeram inovação e novos ares a uma admirável debutante que tanto contribuía para a comunidade jurídica brasileira.

Nesse retrospecto, o sentimento melhor que pode definir minha relação com a Revista Jurídica *In Verbis* é aquele que é, também, o mais clichê: gratidão. Gratidão pelos desafios vencidos, pelo esforço

recompensado, pela solução de última hora e pela minha formação como estudante, como advogado e, hoje, como professor universitário. Pode parecer simplista, mas o trabalho realizado pelo Conselho Editorial é grandioso, afinal, são mais de 25 anos de trabalho obstinado, elevando o nível acadêmico jurídico e permitindo dar voz aos esforçados e admiráveis pesquisadores que confiam, nessas páginas, o seu trabalho.

Entretanto, no fim das contas, a homenagem é para vocês que formam a In Verbis, que dedicam seu tempo, empenho e suor para uma Revista ainda maior, meu muito obrigado!

Natal/RN, junho/2021.

Robson Saldanha

Professor da Universidade Potiguar. Advogado.

ARTIGOS





A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UTOPIA OU ESPERANÇA DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA E GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA?

Yasmim Cavalcante Pina de Almeida¹

RESUMO

Sabe-se que grande parte dos presos do sistema penitenciário brasileiro encontra-se acautelado de maneira provisória e em sua maioria cumprindo prisão preventiva, que deveria ser utilizada apenas em caráter excepcional e temporário. Este fato é considerado como um dos fatores que contribuem com a crise de superlotação carcerária que enfrenta nosso país. Várias soluções são apontadas para este dilema, no entanto, focaremos no presente trabalho na realização das audiências de custódia como proposta de diminuição do número de decretações de prisões preventivas, prática esta que possui previsão em diversos tratados internacionais, e pretende garantir maiores direitos aos indivíduos e diminuir o número de prisões provisórias “desnecessárias”. Todavia, será que ela é capaz mesmo de alterar a realidade

¹ Professora adjunta do curso de Direito da Fasvipa/AL. Mestra em Direito pela Universidade do Minho – Portugal. Advogada.
E-mail: yasmim.cavalcante93@gmail.com

brasileira? Ou seria apenas mais uma utopia do legislador estrangeiro e incorporada em nosso ordenamento? É o que pretendemos discutir, analisando a sua implantação em nosso sistema e verificando as suas perspectivas.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Audiência de custódia. Previsão internacional.

1. INTRODUÇÃO

A nossa Constituição cidadã garante, em seu artigo 5º, LVII, o direito à presunção de inocência, ou seja, ante a ausência de condenação penal ninguém é considerado culpado, podendo então gozar de seus direitos de forma livre até a condenação transitada em julgado. Este princípio também é consagrado no Código de Processo Penal de 1941. De acordo com esta garantia, entende-se que a regra é a liberdade e a prisão a exceção.

No entanto, este direito encontra-se sofrendo mitigação, tendo em vista o uso excessivo de prisões cautelares que tem gerado uma superlotação dos presídios brasileiros. A prisão cautelar tem como objetivo garantir a eficácia do processo, no entanto, ao ser utilizada de forma ilegal, viola direitos e garantias fundamentais, previstas na Constituição Federal e em acordos internacionais. A decretação da prisão preventiva deve ser baseada em alguma das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal e esta medida deve ser necessária e razoável.

Ao se decidir pela privação da liberdade do agente, deve o operador do direito atentar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e um direito fundamental. Tendo em vista isto, ante a interpretação e a aplicação das normas penais deve-se respeitar esta garantia constitucional.

As normas servem para fixar o limite da intervenção do Estado na vida dos indivíduos e quanto à prisão não é diferente. Cabe aos operadores

de direito analisar e fiscalizar se estas normas estão desempenhando os seus papéis e se esforçar para criar melhorias.

O sistema penitenciário brasileiro enfrenta grandes problemas e um deles é a superlotação do sistema. Uma solução apontada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ é a implantação das audiências de custódias em nossos Tribunais de Justiça. A proposta destas audiências é de que a pessoa presa em flagrante deverá ser encaminhada a uma autoridade judicial no prazo de vinte quatro horas, ocasião em que também se fará presente um representante do Ministério Público e a defesa do agente delitivo; diante deles, o Juiz decidirá pela necessidade da manutenção da prisão.

Espera-se que, com este contato inicial do magistrado com o sujeito, haja uma diminuição no número de prisões provisórias. Todavia, será que a sua implantação é necessária?

2. OS ANTECEDENTES INTERNACIONAIS DA IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia não possui previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nem no Código de Processo Penal de 1941, porém a sua implantação foi influenciada por vários ordenamentos internacionais, como veremos a seguir.

Em 1945 era consolidada a Carta das Nações Unidas, movimento de internacionalização dos direitos humanos, formada a partir do consenso de Estados que elevaram a promoção desses direitos a propósito e finalidade universais. A relação do Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional.

A Carta das Nações Unidas é considerada um marco em matéria de Direitos Humanos, tendo em vista que a partir dela o indivíduo passa a ser encarado como um sujeito possuidor de direitos e não apenas de deveres. No entanto, a citada carta não exemplifica quais seriam os direitos

dos homens, sendo então considerada por muitos como apenas uma recomendação.

Piovesan destaca que, embora a Carta das Nações Unidas seja enfática em determinar a importância de defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, ela não define o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto. Daí o desafio de desvendar o alcance e significado da expressão “direitos humanos e fundamentais”, não definida pela Carta.

Dois anos após a apresentação da Recomendação, mais precisamente em 10 de dezembro de 1948, é criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que define quais seriam os direitos humanos e fundamentais defendidos e mencionados na Carta, entre eles, para o presente trabalho, destaca-se o artigo 9º, a qual preconiza que “Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”.

A Carta de 1946 não trouxe o rol de direitos dos indivíduos, apenas com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos é possível elencá-los. Com a Declaração é possível garantir maior efetividade e proteção aos direitos dos homens.

No dia 04 de novembro de 1950, em Roma, entrou em vigor a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que, em seu art. 5,3, dispõe, em suma, acerca da necessidade da condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer tais funções.²

Para Andrade e Alflen (2016, p. 16), o objetivo pensado para essa apresentação é que ela servisse como mecanismo de controle sobre

2 Artigo 5,3. Toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, letra ‘c’, do presente artigo deverá ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou de outra pessoa habilitada por lei para exercer poderes judiciais, e terá direito a ser julgada em um prazo razoável ou a ser posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode ser condicionada a uma garantia que lhe assegure o comparecimento do interessado em juízo. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 12 de março de 2020.

a atividade de persecução penal realizada pelo Estado, em especial sobre as instituições encarregadas dos atos anteriores ao ajuizamento da ação penal condenatória, ou seja, aquelas que executariam atos de investigação criminal. Evitar-se-ia, com isso, o risco de incidência de um dos principais problemas verificados nessa fase inicial da persecução penal, que é a ocorrência de tortura ou maus tratos aos indivíduos que houvessem sido presos em flagrante ou a título preventivo por ordem das forças estatais diversas do Poder Judiciário.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, na data de 19 de dezembro de 1966, ampliou o rol dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, prevendo o direito de a pessoa detida ou presa ser encaminhada o mais rápido possível à presença de um juiz ou outra autoridade equivalente. Importante destacar que o Governo Brasileiro incorporou este pacto em seu ordenamento através do Decreto Presidencial nº 592, de 06 de julho de 1992.

O Brasil comprometeu-se a executar e cumprir inteiramente o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, conforme art. 1º do Decreto Presidencial nº 592 de 92.³

Em 22 de novembro de 1968 realizou-se a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, na qual os delegados dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos aprovaram a Convenção Americana sobre Direitos

3 O Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992 em seu art. 9,3, prevê: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Humanos, que ficou conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, entrando em vigor em 1978. Em seu art. 7,5, dispõe sobre a necessidade da apresentação rápida da pessoa detida a um juiz ou outra autoridade.

Vinte e quatro anos depois o Brasil ratificou a citada Convenção por meio do Decreto Presidencial nº 678, de 11 de novembro de 1992, que, em seu art.7,5, disciplina a obrigatoriedade da apresentação do preso ao Juiz.

A Assembleia Geral da ONU em 09 de dezembro de 1988 emitiu a Resolução nº 43/173, estabelecendo o Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão.

Em seu princípio quatro, a Resolução da ONU disciplina:

As formas de detenção ou prisão e as medidas que afetam os direitos humanos da pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão devem ser decididas por uma autoridade judiciária ou outra autoridade, ou estar sujeitas à sua efetiva fiscalização.

O Brasil aprovou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em 20 de julho de 1989, sendo promulgada por meio do Decreto Presidencial nº 98.386 de 1989.

Em 29 de setembro de 1989 o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradante, promulgado através do Decreto Presidencial nº 40 de 1991. Em 2006, através do Congresso Nacional, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 483, o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradante, sendo promulgado pelo Decreto Presidencial nº 6.085 de 19 de abril de 2007.

A União Europeia, em 22 de maio de 2012, através do Parlamento Europeu, aprovou a Diretriz 2012/13/EU, afirmando o direito à informação nos procedimentos criminais como um todo, tornando indispensável o direito a toda pessoa detida ser apresentada, sem demora, a um juiz ou outra autoridade com poderes judiciais.

Diante desses dispositivos internacionais, diplomas nacionais começaram a indicar a necessidade da apresentação da pessoa detida ou

presa ao juiz ou outra autoridade que exerça poderes judiciais, tornando-se necessário a regulamentação do tema.

Andrade e Aflen (2016, p. 18) disciplinam que alguns países começaram a inserir a apresentação do preso em sua própria constituição, ao passo que outros preferiam inseri-la na legislação infraconstitucional atinente à persecução penal.

3. PAÍSES QUE JÁ DISPÕEM SOBRE A NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DO PRESO EM SEUS ORDENAMENTOS

Conforme dito anteriormente, alguns países já dispõem em seus ordenamentos sobre a necessidade da apresentação da pessoa detida a uma autoridade judicial. Vejamos abaixo alguns exemplos:

A Guatemala, em sua Constituição, artigo 6º, disciplina que a pessoa detida em flagrante deve ser conduzida a autoridade judicial competente no prazo de seis horas.

A Constituição do Haiti, em seu artigo 26º, dispõe que:

Ninguém pode ser mantido em prisão mais de quarenta e oito (48) horas, a não ser que tenha comparecido perante um juiz chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da prisão eo juiz tenha confirmado a prisão por uma decisão bem fundamentada⁴.

Já a Constituição da Nicarágua, no artigo 33, 2.2, consagra que qualquer pessoa detida tem o direito de ser liberada ou estar perante uma

4 Na versão original em inglês: “Article 6, The cases of flagrant crime or offense are excepted. The detained [person] will be placed at the provision of the competent judicial authority within a time limit not exceeding six hours, and may not be subject to any other authority. Disponível em https://www.constituteproject.org/constitution/Guatemala_1993?lang=en. Acesso em: 12 de março de 2020.

autoridade competente em um período de quarenta e oito horas após a detenção⁵.

O *Código Procesal Penal Argentino* predispõe, em seu artigo 64, que a todo imputado são asseguradas, as garantias necessárias para a sua defesa, entre elas, a de ser conduzido a juiz, sem demora, para que decida sobre a legalidade da prisão⁶.

O Chile, em seu *Código de Procedimiento Penal*, aduz em seu artigo 264 que:

Se o apreendido em flagrante delito é apresentado imediatamente ao juiz competente tomará este a declaração do captor, das testemunhas que comparecerem, e interrogará o detido; em vista desta pesquisa vai decidir se o manterá em liberdade ou transformar em custódia, como dispõe lei apropriada⁷.

5 Na versão original em inglês: “Article 26, No one may be kept under arrest more than forty-eight (48) hours unless he has appeared before a judge asked to rule on the legality of the arrest and the judge has confirmed the arrest by a well-founded decision.”. Disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Haiti_2012?lang=en>. Acesso em 12 de março de 2020.

6 Na versão original em inglês: “Article,33,2.2, Any arrested person has the right: 2.2 To be released or brought before a competent authority within a 48 hour period subsequent to the arres.” Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Nicaragua_2014?lang=en>. Acesso em: 12 março de 2020.

7 Na versão original em espanhol: ““Artículo 64, A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, a cuyo fin las autoridades intervinientes le informarán los siguientes derechos: a. a ser informado de las razones de su aprehensión o detención, la autoridade que la há ordenado, entregándole si la hubiere copia de la orden judicial emitida em su contra, y el de ser conducido entre um juez, sin demora, para que decida sobre la legalidad de aquélla”. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley23984.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2020.

O *Código de Procedimiento Penal del Ecuador*⁸ consagra, em seu artigo 161, que Funcionários da Polícia Judiciária ou da Polícia Nacional podem deter uma pessoa apanhada em flagrante delito de ação pública ou imediatamente após a sua prática; e colocá-lo ao juiz competente no prazo de vinte e quatro horas mais tarde.

Mesmo diante da implantação da citada garantia por diversos países, o Brasil ainda se mostrava resistente a aplicar os termos dos Pactos dos quais era signatário.

4. BRASIL DISPONDO SOBRE A APRESENTAÇÃO DA PESSOA PRESA EM FLAGRANTE A UMA AUTORIDADE JUDICIAL

Em face dos diversos tratados internacionais assinados pelo nosso país que determinavam o direito da apresentação da pessoa presa a uma autoridade judicial competente, a legislação brasileira continuava omissa a regulamentar o tratamento sobre o tema. Porém, a necessidade da apresentação do indivíduo preso a uma autoridade judicial não é novidade em nosso sistema.

Segundo Melo, a apresentação da pessoa detida ou presa a uma autoridade judicial não se trata de algo totalmente inédito em nosso ordenamento jurídico. Uma das primeiras movimentações legislativas em prol do que se assemelharia à audiência de custódia se deu antes

8 Na versão original em espanhol: “Artículo 264, Si el aprehendido em delito flagrante es presentado inmediatamente al juez competente, éste procederá a tomar declaración al aprehensor, a los testigos presenciales que concurran y a interrogar al detenido; y em vista de esta investigaciones lo dejará em libertad o mantendrá la detención, o la convertirá em prisión preventiva, según proceda de derecho”. Disponível em <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960>>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

mesmo da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, e da própria Constituição Federal.

O Código de Processo Penal do período imperial do Brasil, datado de 1832, já previa em seu art. 133 o seguinte:

Qualquer pessoa do povo póde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo clamor publico. Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto.

O Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, determina, em seu artigo 236 § 2º, que “Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator”.

Andrade e Aflen (2016, p. 18) afirmam que, na prática, a forma como a apresentação judicial imediata do sujeito preso, referida no Código Eleitoral, vem sendo interpretada pelo Tribunal Superior Eleitoral em suas resoluções faz com que haja um sério risco de o Juiz Eleitoral estar pautando o trabalho a ser desenvolvido pelas Polícias Federal ou Estadual com atribuições eleitorais, o que o levaria a abandonar a figura do juiz garantista, para se transformar em um juiz-instrutor, verdadeiro condutor da investigação criminal. Logo, tal apresentação do preso ao Juiz Eleitoral não se trataria propriamente de algum tipo de cuidado com a observância de direitos assegurados em textos internacionais, mas, em realidade, de um verdadeiro retrocesso, ao erigir a figura do juiz em responsável pelos caminhos a serem seguidos, ou não, pela polícia judiciária com atribuição eleitoral.

O Código de Menores, Lei nº 6.697 de 1979, previa, em seu artigo 99, caput, a apresentação imediata do menor apreendido a uma autoridade judicial. Posteriormente, este código foi revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 1990, o qual, em seu artigo 171, reforçou a necessidade da apresentação do menor.

Melo destaca que tais dispositivos legais tratam apenas da apresentação do preso ao juiz, não estabelecendo, propriamente, a realização de uma audiência

de custódia, com seu procedimento, suas finalidades e com a presença do defensor e do promotor.

A Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul emitiu Ofício-Circular nº 003/03-CGJ, em 02 de abril de 2003, lembrando aos juízes o teor do artigo 7,5, do Pacto de São José da Costa Rica, porém tal iniciativa não trouxe consequências para o nosso ordenamento, continuando os poderes inertes ao ditame do pacto do qual o país é signatário.

Em dezembro de 2010, o Ministério Público Federal com assento na Seção Judiciária do Ceará, estando a União como ré, ajuizou ação civil pública, postulando, entre outros, que o Diretor-Geral da Polícia Federal instaurasse os procedimentos administrativos necessários à efetivação da apresentação judicial imediata de toda pessoa privada em sua liberdade, tendo como fundamento o Protocolo de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no ano de 2014, ao julgar um habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública da União, homologou a prisão em flagrante do indivíduo, bem como, solicitou a sua apresentação em vinte e quatro horas a uma autoridade judicial para nessa ocasião analisar pela manutenção da prisão.

A Defensoria Pública da União, em junho de 2014, ajuizou ação civil pública na Seção Judiciária do Amazonas, pleiteando a realização da audiência de custódia em todo o país, argumentando pelo cumprimento dos pactos.⁹

A Corregedoria Geral de Justiça do Poder Judiciário do Estado do Maranhão publicou o Provimento nº 14/2014, estabelecendo a

9 Na versão original em espanhol: “Artículo 161 Detención por delito flagrante.- Los agentes de la Policía Judicial o de la Policía Nacional pueden aprehender a una persona sorprendida en delito flagrante de acción pública o inmediatamente después de su comisión; y la pondrán a órdenes del juez competente dentro de las veinticuatro horas posteriores. En caso del delito flagrante, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión, pero debe entregar inmediatamente al aprehendido a la policía y ésta, a su vez, al juez competente”. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp-ro360s.html>. Acesso em: 13 de março de 2020.

necessidade da audiência de custódia para a situação em que, após receber o auto de prisão em flagrante, o juiz entender ser caso de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Disciplinando o ato, a Corregedoria Geral de Justiça do Poder Judiciário do Estado do Maranhão publicou o Provimento n° 21/2014, criando o procedimento para realização das audiências de custódia. Dias depois este foi revogado pelo Provimento n° 24/2014, o qual regulamenta a audiência de custódia a ser realizada no Estado do Maranhão.

Andrade e Alflen (2016, p. 27) destacam:

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se recusou a realizar audiência de custódia, sob o argumento de que os Pactos não haviam fixado um prazo para que houvesse a apresentação do preso em flagrante ao juiz, somado ao fato de que a Convenção também não haveria estipulado qualquer ilegalidade decorrente da não realização daquela audiência. Além disso, foi invocada a impossibilidade de realização desse ato logo após a prisão em flagrante de alguém.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347, na qual se discutia a crise no sistema carcerário brasileiro, concedeu parcialmente cautelar determinando que os juízes e tribunais realizassem audiências de custódia, fixando o prazo máximo de noventa dias para cumprimento da determinação, o que não foi realizado por todo o Judiciário brasileiro. O Brasil continuava desrespeitando os textos internacionais.

Cabe então destacar a importância desses pactos e sua posição hierárquica em nosso ordenamento.

5. STATUS DOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS NO PLANO INTERNO

Conforme dito anteriormente, o Brasil é signatário de vários acordos internacionais, porém existia uma divergência sobre o *status* que esses diplomas exercem em nosso ordenamento. Antes de tratarmos melhor sobre o tema é importante conceituar o que seria um tratado internacional.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 dispõe que tratado é um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional.

Moraes (2013, p. 392), ao tratar sobre o assunto, conceitua os pactos como:

Acordo entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional que se destina a produzir determinados efeitos jurídicos. Diversas são as terminologias utilizadas para a realização desses negócios jurídicos: tratados, atos, pactos, cartas, convênios, convenções, protocolos de intenções, acordos, entre outros, sem que haja qualquer alteração em suas naturezas jurídicas.

Os tratados internacionais são uma importante fonte do Direito Internacional, conforme artigo 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça de Haia, servindo como importante mecanismo de cooperação internacional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5, § 2º, disciplina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, o dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Diante disso, Piovesan (2013, p. 120) afirma que a Constituição de 1988 recepcionou os direitos anunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional.

Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.¹⁰

Estaria, assim, conferindo máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial insculpido no princípio do artigo 5º, § 2º, ao entender que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos.

Para Moraes (2013, p. 392) “a Constituição Federal não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente de atos e tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Segundo ele, a Emenda Constitucional nº 45/04 concedeu ao Congresso a possibilidade de incorporação dos pactos internacionais com nível de lei ordinária ou com status constitucional.

Não tendo então os Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto de Direito Cívico e Político sido aprovados pelo quórum exigido pela Constituição Federal, eles possuiriam força de lei ordinária.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, visando solucionar o conflito, considerou o estado de supralegalidade aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e foram incorporados no ordenamento jurídico brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45/04, como é o caso dos atos citados acima.

O *status* de supralegalidade concedido pelo Supremo Tribunal Federal coloca os acordos internacionais em uma ordem de hierarquia acima de toda legislação interna, porém abaixo da Constituição Federal.

Tendo em vista isto, os tratados internacionais que versam sobre assuntos diversos de direitos humanos possuem nível ordinário, de Lei Ordinária Federal, e os tratados internacionais que versarem sobre

10 Processo nº 8837-91.2014.4.01.3200. Esta ação foi julgada extinta sem julgamento de mérito sob o fundamento da ilegitimidade da parte autora.

direitos humanos, porém não forem aprovados pelo quórum exigido pela Constituição, possuirão *status* de supralegal. Já os aprovados de acordo com o que exige nossa Carta Magna terão força de Emenda Constitucional.

A título de informação, o único acordo internacional do qual o Brasil é signatário e atualmente possui *status* de Emenda Constitucional é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporado em nosso ordenamento através do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto de Direitos Civis e Políticos, assinados pelo Brasil, como visto, possuem *status* de supralegal e estão acima de leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal, podendo o Brasil ser responsabilizado pelo não cumprimento desses acordos internacionais.

6. PROJETOS DE ORDEM LEGISLATIVA

Cabe destacar, ainda, que tramitam no Congresso Nacional projetos de leis visando regulamentar o tema.

O então Senador José Sarney apresentou Emendas de nº 170 e 171 ao projeto de lei do Senado nº 156 de 2009, as quais tornavam obrigatória, nos casos de prisão em flagrante, a apresentação da pessoa privada de sua liberdade a uma autoridade judicial, justificando pela necessidade de o processo penal brasileiro se ajustar aos termos do Pacto de São José da Costa Rica e ao Protocolo de Direitos Civis e Políticos. O projeto ainda tramita Câmara dos Deputados, sob a designação de PL nº 8.045 de 2010.

O Projeto de Lei nº 554 de 2011 propõe alterar a redação do § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal (CPP), o qual determina o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz em até vinte e quatro horas. A proposta do projeto é que, no mesmo prazo de vinte e quatro horas da prisão, o detido deverá ser conduzido à presença do juiz competente.

Em agosto de 2014, foi proposta a PL nº 7.871/2014 buscando a implantação da referida audiência, sob a justificativa de que a audiência

se prestaria a resguardar a integridade física e psíquica da pessoa presa em flagrante. No mês de fevereiro do ano de 2015, ocorreu a apresentação da proposta PL n° 470, também visando a regulamentar a audiência de custódia.

No ano de 2019 é promulgada a Lei 13.964/19, que, em seu art. 310, trata sobre a audiência de custódia, disciplinando que:

Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público.

Afirmado, ainda, no § 3º, que a autoridade que não cumpre essa disposição responderá por crime de responsabilidade. Ocorre que em 2020, ao julgar a ADI 6.299, o Min. Luiz Fux, do STF, suspendeu esse dispositivo. Por conta disso, a audiência de custódia passou a ser regulamentada mais especificamente pela resolução do CNJ, aduzida acima.

7. IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Diante da falta de regulamentação por parte do Poder Legislativo, os Tribunais de Justiça brasileiros começaram a regulamentar o tema internamente, no entanto, cada Tribunal possuía um entendimento de qual seria o procedimento correto para a realização da audiência.

A título de exemplo, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão determinava que a pessoa detida ou presa deveria ser encaminhada à presença da autoridade judicial no prazo máximo de quarenta e oito horas, já outro Tribunal de Justiça de Alagoas determinava o prazo como sendo de vinte e quatro horas.

Objetivando padronizar a regulamentação da audiência de custódia, bem como acelerar sua implantação em todo o país, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ editou, em parceria com o Ministério de Justiça e o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, o Provimento Conjunto n° 03/2015, publicado em 27 de janeiro de 2015.

O referido provimento foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 5.240, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, a qual questionava a constitucionalidade da medida, sob o argumento de que não cabe à norma administrativa legislar em matéria de direito processual, o que feriria o artigo 22, I, da CRFB/88 e ofenderia o princípio da separação dos poderes, artigo 144, § 6°, da CRFB/88, pois criava obrigações ao Poder Executivo do Estado de São Paulo. A citada ADI foi julgada improcedente, tendo a Corte deixado claro que o provimento não feriu a Constituição Federal.

Paralelamente ao julgamento da ADI, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n° 347, pleiteando que todos os Tribunais realizassem audiência de custódia e o prazo para a apresentação do sujeito privado de sua liberdade seria de vinte e quatro horas a partir de sua prisão. Após julgar a ADI n° 5.240, o Supremo concedeu a liminar requerida na ADPF n° 347 e obrigou a implantação, por parte de todos os juízes e Tribunais do país e no prazo de noventa dias, da audiência de custódia em suas circunscrições territoriais, fixando também o prazo de vinte e quatro horas, contadas do momento da prisão, para que o sujeito privado em sua liberdade fosse apresentado ao juiz competente.

Diante desse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou as audiências de custódia através da Resolução 213/2015, determinando a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Impôs, ainda, em seu artigo 15, que todos os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais implantassem a audiência de custódia até maio de 2016. O Tribunal de Justiça de Alagoas implementou a realização da audiência por meio da Resolução n° 21, de 15 de setembro de 2015. Atualmente, todos os 26 estados da federação

e o Distrito Federal já implantaram a realização da audiência em seus regimentos.

A constitucionalidade da Resolução do CNJ foi questionada perante o STF na ADI nº 5.448, sendo julgada improcedente pelo Supremo.

Não restam dúvidas sobre a constitucionalidade da Resolução e que ela se enquadra perfeitamente como medida regulamentadora apta a dar efetividade à garantia de apresentação, tendo em vista a omissão do Poder Legislativo. Sendo, então, esse tipo de audiência uma esperança por garantias e efetivação de direitos humanos e um “desafogamento” do sistema penitenciário.

CONCLUSÃO

Com base nisso, conclui-se, então, que atualmente a audiência de custódia é uma realidade no Brasil (com previsão em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil e em resolução do CNJ), sendo realizada em todo país e é tida para muitos como uma possível solução para a crise carcerária enfrentada em nosso país. A proposta dessas audiências é realizar uma audiência de apresentação da pessoa presa em flagrante a uma autoridade judicial, na qual também se farão presentes o membro do Ministério Público e o Defensor da agente delitivo. Com a realização desta audiência o juiz analisará a legalidade da prisão, a homologação do flagrante e a necessidade da manutenção da privação da liberdade.

Sabe-se que os presídios brasileiros estão lotados de pessoas privadas de sua liberdade sob força de prisão preventiva, prisão esta que só deveria ser decretada de forma excepcional. Com a realização destas audiências almeja-se mudar este quadro, tendo em vista que o encontro do magistrado com o agente e a realização da primeira análise devem diminuir o número de manutenções da prisão, um cumprindo-

se com o que dispõem os Códigos Penal e Processual Brasileiro, e com as obrigações assumidas pelo Brasil em tratados internacionais. São esperanças de dias melhores para a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de Custódia frente à cultura do encarceramento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 960, Out/2015.

MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal conforme resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. **A audiência de custódia – a inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIN 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 960, Out/2015.

THE CUSTODY AUDIENCE AND ITS INSERTION IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

ABSTRACT

It is known most prisoners in the Brazilian penitentiary system are provisionally and most of them serving pre-trial detention. This fact is considered as one of the factors that contribute to the prison crisis that our country faces. Several solutions are pointed out to this dilemma; however, we will focus on the present work in the realization of custody court hearings as a proposal to reduce the number of decrees of preventive prisons.

Keywords: preventive detention; Custody court hearings; prevision international.

A AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA E OS SEUS EFEITOS NO PROCEDIMENTO DE COBRANÇA DO CRÉDITO PÚBLICO

Amanda Pontes Nunes Carlos¹

RESUMO

Este trabalho objetiva abordar a nova medida de cobrança do crédito público que se convencionou chamar de averbação pré-executória. Por meio desse mecanismo, inserido no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.606/2018, que instituiu o Programa de Regularização Tributária Rural, faculta-se à autoridade fiscal averbar a certidão de dívida ativa perante os órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a penhora ou arresto, tornando-os indisponíveis. Para tanto, propõe-se contextualizar a introdução da averbação pré-executória no ordenamento jurídico, partindo, em um primeiro momento, de apontamentos sobre o processo de cobrança do crédito tributário, notadamente acerca do seu procedimento antes e depois da vigência da Lei em comento. Em seguida, faz-se uma análise sobre o dilema entre a indisponibilidade administrativa e a súmula 560 do STJ, cujo enunciado remete à necessidade de esgotamento de todas as buscas por bens penhoráveis para

1 E-mail: amandapontesnunes2@gmail.com

que seja decretada a indisponibilidade prevista no artigo 185-A do Código Tributário Nacional. Quanto aos procedimentos metodológicos, adota-se uma abordagem qualitativa, com procedimento técnico do tipo bibliográfico e documental. Ao final, conclui-se que, apesar de importante e necessária a adoção de medidas alternativas para a satisfação do crédito pela Fazenda Pública, a averbação pré-executória, na forma introduzida pela Lei 13.606/2018, pode representar fonte de insegurança jurídica para o processo administrativo e para o próprio contribuinte, diante da prerrogativa de tornar o patrimônio indisponível de maneira ampla e sem restrições.

Palavras-chave: Crédito tributário. Averbação pré-executória. Indisponibilidade administrativa.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.606/2018, que instituiu o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR), acrescentou à Lei nº 10.522/2002 dispositivos que prometem racionalizar a cobrança e a recuperabilidade do crédito público, mediante um procedimento preliminar à distribuição da demanda executiva perante o judiciário.

Por meio dos artigos 20-B e 20-C, previu-se a indisponibilidade de bens a partir da averbação da certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a penhora ou arresto, assim como o ajuizamento seletivo de execução fiscal, ficando condicionada a indícios de bens, direitos ou atividade econômica, suficientes para a satisfação do crédito de forma integral ou parcial.

O Código Tributário Nacional traz, no artigo 185, a inscrição do crédito tributário em dívida ativa como marco para considerar fraudulenta a alienação ou oneração de bens pelo devedor. O 185-A, §

1º, por sua vez, contém previsão de que a indisponibilidade de bens e direitos deve ser realizada por ordem do juiz quando, citado, o sujeito passivo não realiza o pagamento, não apresenta bens à penhora e não são encontrados bens penhoráveis. Ainda assim, limita a indisponibilidade ao valor total exigido, de modo que o levantamento dos bens ou valores excedentes deverá ser imediatamente determinado pelo juiz.

Ainda, a súmula de nº 560, aprovada pelo Superior Tribunal de Justiça, enuncia que a decretação da indisponibilidade prevista no artigo 185-A do Código Tributário Nacional depende do esgotamento de todas as buscas por bens penhoráveis. Diante dessa aparente contradição normativa, torna-se importante compreender o contexto que ensejou a introdução desse novo mecanismo de cobrança fiscal no ordenamento jurídico.

A proposta do artigo é contextualizar a introdução da averbação pré-executória no ordenamento jurídico. Assim, adotando uma abordagem qualitativa, com procedimento técnico do tipo bibliográfico e documental, parte, em um primeiro momento, de apontamentos sobre o processo de cobrança do crédito tributário, notadamente acerca do seu procedimento antes e depois da vigência da Lei nº 13.606/2018, com ênfase nas alterações promovidas pelo seu artigo 25. Em seguida, busca-se analisar o dilema entre a indisponibilidade da averbação pré-executória e a necessidade de esgotamento das diligências na busca de bens penhoráveis para a sua decretação pelo Poder Judiciário, conforme teor da súmula 560 do Superior Tribunal de Justiça.

2. O MODELO DO PROCESSO DE COBRANÇA FISCAL NAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIÁRIA E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO ARTIGO 25 DA LEI Nº 13.606/2018

Segundo Hugo de Brito Machado (2013, p. 146), a disciplina legal específica do processo administrativo compete a cada ente da federação, mas, em geral, a sua maior parte segue as disposições contidas

na legislação tributária federal, a exemplo do Decreto nº 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal.

No processo administrativo de cobrança do crédito tributário, regulado pelo Decreto nº 70.235/1972, é concedido ao devedor o prazo de trinta dias para realizar o pagamento ou impugnar o crédito. Havendo impugnação pelo contribuinte, inicia-se a fase litigiosa. Se omissa, a revelia será decretada e o processo continuará no órgão preparador pelo prazo de trinta dias visando a cobrança amigável. Findo o referido prazo sem o pagamento voluntário do crédito, o processo será encaminhado ao órgão competente para promover a cobrança executiva.

Por sua vez, o processo judicial representa o conjunto de atos por meio do qual é exercida a tutela jurisdicional para resolver definitivamente as controvérsias entre a Administração e os contribuintes, podendo ser essa tutela de conhecimento, executiva ou cautelar.

Hugo de Brito Machado (2013, p. 253) ensina que a primeira espécie de tutela é utilizada pelo Judiciário para declarar a existência, ou não, do direito invocado. Pela segunda, o interesse está no cumprimento forçado de uma obrigação originada de um direito já reconhecido. O terceiro tipo de tutela jurisdicional tem o objetivo de “assegurar a efetividade” da fase de conhecimento ou da fase executiva, afastando situações que poderiam prejudicar a sua utilidade. A fase judicial de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública é enquadrada na tutela jurisdicional executiva e, portanto, tem por objetivo o adimplemento de um direito, no caso, o crédito público, formalizado pela Certidão de Dívida Ativa (CDA).

A cobrança judicial é regida pela Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal – LEF), na qual contém previsão de que o despacho do juiz que defere a petição inicial importa: a) em ordem para citação do executado para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida e encargos indicados na certidão da dívida ativa, ou garantir a execução; b) em penhora, no caso de não pagamento da dívida ou garantia a execução; c) arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar; d) no

registro da penhora ou do arresto, independente do pagamento das custas ou outras despesas; e e) avaliação dos bens penhorados ou arrestados, nos termos do artigo 7º e incisos e artigo 8º da referida Lei.

Com efeito, por força do artigo 204, *caput* e parágrafo único, do Código Tributário Nacional, o débito que é regularmente inscrito em Dívida Ativa possui uma presunção relativa de certeza e liquidez, cabendo ao devedor o ônus de desconstituir essa presunção. Nesse sentido, quando a autoridade fazendária inicia o processo judicial de cobrança, não há uma análise prévia pelo juízo acerca da sua validade, procedendo-se de imediato a intimação do executado para realizar o pagamento ou garantir a demanda executiva, sob pena de recair constringções sobre os seus bens.

Dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio do relatório “Justiça em Números 2018”, com o ano de 2017 como referência, trazem que aproximadamente 39% (trinta e nove por cento) do total de casos pendentes e 74% (setenta e quatro por cento) das execuções pendentes no Poder Judiciário são de processos de execução fiscal, com taxa de congestionamento de 91,7% (noventa e um vírgula sete por cento), sendo a maior taxa de congestionamento na Justiça Federal, com 94% (noventa e quatro por cento). De acordo com o relatório, “o tempo de giro desses acervos é de 11 anos, ou seja, mesmo que o judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seriam necessários 11 anos para liquidar o acervo existente” (CNJ, 2018, p. 125).

No relatório “Justiça em Números 2019”, com dados do ano de 2018 e também elaborado pelo CNJ (2019, p. 131), observou-se que os executivos fiscais no Judiciário correspondiam a aproximadamente 39% (trinta e nove por cento) do total de casos pendentes, e representavam 73% (setenta e três por cento) do estoque em execução, responsáveis pelo elevado congestionamento no Poder Judiciário, de em média 90% (noventa por cento). Isso quer dizer que a cada 100 (cem) processos de execução fiscal que tiveram trâmite no ano de 2018, 10 (dez) foram baixados. Na Justiça Federal, verificou-se que os processos de execução

fiscal correspondiam a 45% (quarenta e cinco por cento) entre demandas de conhecimento e de execução, com uma taxa de congestionamento equivalente a 93% (noventa e três por cento). Constatou-se, ainda, que o tempo de giro do acervo dos processos é de 08 anos e 08 meses, ou seja, ainda que não houvesse mais a distribuição de novas execuções, levaria esse tempo para que o acervo dos feitos executivos fosse liquidado. Não bastasse, existiram situações em que o Judiciário esgotou os meios legais para a localização de patrimônio para fins de satisfação do crédito, ficando os feitos com status pendente.

Segundo o documento, a dificuldade na recuperação do crédito ocorre porque as dívidas chegam para análise do judiciário depois que as formas de cobrança na esfera administrativa são frustradas. Aponta-se que o processo judicial de execução fiscal finda por repetir procedimentos de localização do devedor ou de bens que já devem ter sido providenciadas na esfera administrativa, chegando ao Judiciário títulos antigos e com menor possibilidade de recuperação. Os dados expostos demonstram como o atual modelo de cobrança judicial do crédito público não possui a efetividade esperada para a sua recuperação, pois muitas vezes não tem sucesso na localização de bens para a satisfação da dívida e demanda um tempo considerável para o seu fim.

A alta taxa de judicialização dos débitos inscritos em dívida ativa e a importância de utilização de meios extrajudiciais como alternativa dessa cobrança foram razões utilizadas para a apresentação do Projeto de Lei nº 7.630/2017 com a finalidade de alteração da Lei 10.522/2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos Créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências, fortalecendo a cobrança da Dívida Ativa da União, principalmente da dívida da Seguridade Social. Tal Projeto previa, na exposição de motivos, o condicionamento do ajuizamento de execuções fiscais à comprovação da existência de bens para a recuperação do crédito pela Fazenda Pública, evitando o excesso de ações no Poder Judiciário cujos resultados seriam infrutíferos.

A partir dele, a Lei Nº 10.522/2002 passaria a reger o procedimento de cobrança administrativa dos créditos inscritos em

Dívida Ativa da União, incluindo a possibilidade de a Fazenda Pública tornar os bens e direitos sujeitos a penhora indisponíveis, mediante a averbação da certidão de dívida ativa nos órgãos de registro, na hipótese de ausência do pagamento do débito pelo devedor em até dez dias úteis a contar da sua notificação.

No entanto, a previsão da averbação da certidão de dívida ativa foi inserida por meio da Lei nº 13.606/2018, originada do Projeto de Lei nº 9.206/2017, de iniciativa da Câmara dos Deputados, e criada para instituir o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

A Lei nº 10.522/2002 teve acrescidos em seu texto os artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E, determinando, na existência de débito inscrito em dívida ativa, a notificação do devedor para efetuar o pagamento do valor atualizado em até cinco dias. Não realizado o pagamento no prazo estimado, a Fazenda Pública tem a faculdade de averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa perante os órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis.

Por meio dos novos dispositivos, viabilizou-se a distribuição da execução fiscal condicionada à existência de indícios de bens, direitos ou atividade econômica do devedor, que sirvam para a quitação integral ou parcial da dívida pública, cabendo ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional fixar os requisitos e limitações para o ajuizamento seletivo da demanda executiva, respeitando a racionalidade, economicidade e eficiência.

A indisponibilidade resultante da averbação da certidão de dívida não é um ato próprio para a expropriação do bem pela Administração Pública, mas um procedimento preparatório para a futura execução fiscal. A sua intenção gira em torno de impedir que o devedor se torne insolvente, assegurando a existência de patrimônio destinado à satisfação do crédito público.

Atribuiu-se à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a tarefa de editar os atos complementares destinados ao cumprimento

do disposto nos artigos 20-B, 20-C e 20-D, figurando uma delegação da competência normativa originalmente conferida pelo inciso IV, do artigo 84, da Constituição Federal ao Presidente da República para a expedição de decretos e regulamentos destinados à fiel execução das leis. Além disso, partindo de uma lei federal, a prerrogativa foi conferida apenas ao fisco federal. Nesse sentido, nas palavras de Clécio Santos Nunes (2019, p. 514): “O art. 20-B da Lei n. 13.606, de 2018, desiguala as Fazendas, concedendo uma prerrogativa à União que não é extensível aos demais entes federativos”.

Seguindo a determinação legal, a Procuradoria editou a Portaria PGFN nº 33, de 08 de fevereiro de 2018, para regulamentar os artigos 20-B e 20-C da citada Lei e disciplinar os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins de inscrição em dívida ativa da União, estabelecendo, ainda, os critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita para oferta antecipada de bens e direitos à penhora e para o ajuizamento seletivo de execuções fiscais, e cujas disposições serão abordadas a seguir.

2.1 Uma breve síntese sobre a Portaria PGFN nº 33/2018

No processo administrativo fiscal, regido pelo Decreto nº 70.235/1972, após a constituição definitiva do crédito, o devedor deve ser notificado para, no prazo de 30 dias, realizar o pagamento ou apresentar impugnação. Caso não seja tomada qualquer dessas providências, a Fazenda Pública pode executar judicialmente o crédito regularmente inscrito em dívida ativa.

Com a Portaria PGFN nº 33/2018, editada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para complementar os atos necessários ao cumprimento da Lei 13.606/2018, ocorreu uma reestruturação do processo administrativo ao ser estabelecido que, inscrito débito em dívida ativa, o sujeito passivo deverá ser notificado para, no prazo de cinco dias, pagar ou parcelar o valor integral do débito; e, em até 30 dias, para ofertar antecipadamente a garantia à execução fiscal ou apresentar pedido de revisão de dívida inscrita (PRDI).

Não adotando alguma dessas possibilidades nos prazos fixados, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional fica autorizada a realizar a averbação

da Certidão de Dívida Ativa (CDA) perante os órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, nos termos do artigo 7º, inciso III, daquela Portaria.

A averbação pré-executória foi conceituada pela Portaria como o ato destinado a dar conhecimento a terceiros sobre a existência de débitos inscritos em dívida ativa, a partir da anotação nos órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, com o objetivo de prevenir a fraude à execução.

O procedimento para a sua efetivação ocorrerá a partir de convênio firmado entre a Procuradoria da Fazenda Nacional com os órgãos de registros públicos, os quais serão comunicados de forma eletrônica para averbarem a indisponibilidade de bens, podendo o Procurador da Fazenda Nacional promover a averbação diretamente nos órgãos de registro nas hipóteses de débitos de elevado valor; em que estejam presentes as circunstâncias de crime contra a ordem tributária; ou diante da constatação de indícios da prática de atos tendentes ao esvaziamento patrimonial a fim de frustrar a cobrança executiva.

Além disso, recairá, preferencialmente, em bens imóveis não gravados; bens imóveis gravados; e demais bens e direitos passíveis de registro, podendo, excepcionalmente, essa ordem ser alterada por despacho fundamentado do Procurador da Fazenda Nacional.

A averbação poderá ser impugnada no prazo de 10 (dez) dias, sob a alegação de impenhorabilidade dos bens e direitos; excesso de averbação; alteração na titularidade do bem ou direito em momento anterior à inscrição; reserva de patrimônio para garantir a dívida, indicando os respectivos bens reservados; ou para indicar outros bens e direitos à averbação.

Na ausência de impugnação ou na hipótese desta ter sido rejeitada, será dada continuidade ao ajuizamento da execução fiscal, no prazo de trinta dias, a contar do primeiro dia útil após o prazo para impugnação ou da data da ciência da sua rejeição, e o não encaminhamento da demanda executiva no prazo resulta no levantamento da averbação.

Nesse sentido, o seu cancelamento ocorre quando a petição

inicial não for encaminhada para ajuizamento da execução no prazo fixado; quando o débito for extinto; pela procedência da impugnação; desapropriação pelo Poder Público e por decisão judicial.

A averbação surge como um ato preparatório para a execução fiscal, desenhando uma nova forma de cobrança do crédito público por medidas extrajudiciais, na qual se analisa o grau de recuperação do crédito antes do ajuizamento da execução, para que as informações fornecidas ao Poder Judiciário sobre o crédito tributário sejam mais completas e assegurem uma maior efetividade ao processo executivo. Inclusive, fica a distribuição da demanda executiva fiscal condicionada à localização de indícios de bens, direitos ou atividade econômica pelo devedor que sejam úteis para o adimplemento total ou parcial do crédito público.

Ao processo administrativo, em suma, é incluída mais uma fase com a averbação pré-executória, na qual, após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias para o contraditório e defesa concedido ao devedor, a própria Fazenda Pública tem a prerrogativa de tornar indisponível o patrimônio privado visando a satisfação da dívida pelo ajuizamento da execução fiscal. Todavia, a indisponibilidade administrativa da forma prevista pela Lei 13.606/2018 salta exigências atribuídas à decretação da indisponibilidade pelo Judiciário, a seguir estudadas.

2.2 Os requisitos para a indisponibilidade de bens no executivo fiscal

O artigo 185-A do Código Tributário Nacional autoriza a decretação de indisponibilidade de bens por ordem do juiz se, depois da devida citação, o prazo decorreu sem o pagamento, apresentação de bens à penhora, ou sem que tenha havido a localização de bens penhoráveis. Ainda, a indisponibilidade deverá ser limitada ao valor total executado, determinando-se imediatamente o levantamento do excedente, conforme o seu § 1º. Por certo, esse dispositivo contém um caráter essencialmente cautelar, porque pretende resguardar a satisfação do crédito da Fazenda Pública quando não forem encontrados bens do devedor após o esgotamento de todas as diligências de busca.

Como já mencionado, na execução fiscal o despacho do juiz que defere a inicial importa em ordem para a citação e para, no prazo de cinco dias, pagar o débito ou garantir a execução. Omissos o devedor ao fim do prazo legal, ou seja, não realizando o pagamento ou garantindo a execução, poderão ser penhorados quaisquer dos seus bens, com exceção dos considerados absolutamente impenhoráveis por lei. Além disso, essa penhora deve obedecer à ordem contida no artigo 11 da Lei nº 6.830/1980, na qual o dinheiro ocupa o topo da ordem de preferência.

No Recurso Especial 1377507/SP, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) posicionou-se no sentido de que, não encontrados bens penhoráveis após a realização das diligências, pode a Fazenda Pública requerer a indisponibilidade, mediante a comprovação de que foram tentados e frustrados todos os meios para a localização do patrimônio passível de penhora. Essa comprovação acontece quando consta nos autos o pedido de acionamento ao BacenJud, com a respectiva determinação pelo magistrado; e quando existe expedição de ofício aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito.

Assim, foi aprovada pelo STJ a súmula 560, cujo enunciado fixa que a decretação de indisponibilidade de bens e direitos nos termos do artigo 185-A do Código Tributário Nacional presume o esgotamento de todas as providências para a localização de bens penhoráveis, caracterizado pela ausência de resultados frente ao pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao DENATRAN ou ao DETRAN.

Antes de ordenada a indisponibilidade do patrimônio, portanto, é preciso respeitar determinadas etapas, como a regular citação do devedor, inexistência de garantia do juízo e não terem sido encontrados bens penhoráveis. Mesmo sem cumprir quaisquer dessas providências, Luís Eduardo Schoueri (2019, p. 1.612) destaca que a indisponibilidade de bens e direitos contida no CTN apenas é efetivada pela não localização de bens penhoráveis.

Enquanto credora, é ônus da Fazenda Pública demonstrar que diligenciou na busca de patrimônio sujeito à penhora, com a devida averiguação da existência de bens junto ao registro de imóveis e ao departamento de trânsito.

Com a averbação da certidão de dívida ativa, a Lei 13.606/2018 transfere o procedimento de indisponibilidade descrito no artigo 185-A do Código Tributário Nacional para a via administrativa sem que seja tomada qualquer cautela prévia. Concede à Fazenda Pública a prerrogativa de tornar indisponíveis os bens de forma generalizada e sem demonstrar qualquer risco de insolvência por parte do devedor. Não obstante, a orientação do Supremo Tribunal Federal (STF), exarada no Mandado de Segurança 23480 DF, caminha no sentido de a decretação de indisponibilidade ser medida de natureza cautelar utilizada para assegurar eventual sentença condenatória, reservada ao juiz.

Em matéria tributária, a princípio não caberia à Administração Fazendária promover a indisponibilidade patrimonial do devedor, por já existir expressão no Código Tributário Nacional sobre o procedimento por ordem do juiz e apenas depois do insucesso na busca por bens ou a constatação de que o desfazimento dos bens pelo devedor representa um risco ao ressarcimento do crédito.

A possibilidade de imposição de restrições pela Administração Pública deveria, pelo menos, exigir uma motivação e se sujeitar às mesmas limitações, condicionamentos e princípios que norteiam o exercício da competência institucional conferida ao judiciário. Não obstante, o ajuizamento automático para cobrança do título público não tem demonstrado resultados satisfatórios para a recuperação do crédito, e esse panorama abre precedente à inclusão de formas alternativas para auxiliar na satisfação da obrigação tributária.

No caso da averbação pré-executória, a Lei 13.606/2018 não trouxe o seu conceito ou as razões que a justificam, mas a Portaria PGFN nº 33/2018 a definiu, por meio do seu artigo 21, como um mecanismo de prevenção a fraude à execução, mediante a anotação nos órgãos

de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para que terceiros tomem ciência da existência do débito inscrito em dívida ativa.

Para compreender a averbação sob essa perspectiva, interessa uma investigação legal e jurisprudencial acerca da caracterização da presunção de fraude à execução fiscal.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL

A primeira redação do artigo 185, Código Tributário Nacional previa que a alienação ou oneração de bens ou rendas seria considerada fraudulenta quando realizada por sujeito passivo com crédito tributário inscrito em dívida ativa e que estivesse em fase executiva. Não seria essa presunção aplicável, contudo, aos casos de reserva suficiente de bens suficientes para o pagamento total da dívida em fase de execução.

Para a caracterização da fraude, a alienação do bem pelo sujeito passivo deveria ocorrer na fase de execução e desde que não restassem bens suficientes ao adimplemento do crédito vindicado. Ainda, segundo o posicionamento do STJ, o termo inicial para considerar fraudulenta a alienação do bem seria a citação do executado, pois neste momento a relação processual passava a ser perfectibilizada, como é possível perceber da decisão exarada no REsp 811898-CE.

Assim, para considerar fraudulenta a transferência de propriedade dos bens de devedor com débito perante a Fazenda Pública, pela redação primitiva do artigo 185 e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seria necessária a inscrição em dívida ativa, a distribuição de uma ação executiva e a citação do executado.

Ainda, ao titular do crédito cabia o ônus de provar que a relação jurídica entre o devedor e o terceiro que ensejou a alienação do bem tinha o objetivo de fraude. Para que a presunção de boa-fé fosse invalidada se fazia necessária a existência do registro da penhora ou arresto do bem no cartório competente, pois a partir daí seria possível considerar que o

terceiro tinha conhecimento da constrição, em razão da publicidade que passava a ser conferida. Em síntese, os efeitos da presunção de fraude apenas poderiam recair sobre terceiros se a alienação fosse realizada depois do registro da penhora, por força do artigo 659, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse mesmo sentido, segundo a Lei 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos, qualquer transação posterior aos registros das penhoras e arrestos nos cartórios de registro de imóveis estaria configurando fraude. Também, por inteligência do artigo 593 da legislação processual civil de 1973, seria considerada fraude à execução, dentre outras hipóteses, a alienação ou oneração de bens quando existisse contra o devedor algum processo de capaz levá-lo à insolvência, no momento da alienação.

O Superior Tribunal de Justiça passou a aplicar aos processos de execuções fiscais o entendimento consignado no enunciado da súmula 375, de acordo com o qual “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Por tudo isso, a ação de execução fiscal não se revelava um instrumento eficaz para a recuperabilidade do crédito tributário, uma vez que, entre a citação e a efetivação do registro da penhora, o devedor poderia transmitir a titularidade do bem para outra pessoa e o ato não sofreria qualquer efeito da execução, pois, até que a sua citação ocorresse, inexistia registro da constrição no órgão competente e à Fazenda Pública caberia provar a má-fé em uma eventual relação jurídica de transmissão patrimonial.

A Lei Complementar 118/2005 alterou o texto inicial do artigo 185 do Código Tributário Nacional, conferindo na nova redação que bastaria o crédito ser inscrito em dívida ativa para considerar o desfazimento fraudulento de bens. Ainda, o parágrafo único excetuou a sua aplicação aos casos em que, quando da alienação, o devedor tivesse reservado patrimônio suficiente ao pagamento da dívida. Retirou-se,

assim, a exigência de que o título estivesse na fase executiva para atribuir a presunção de fraude.

Diante dessa realidade, a utilidade da súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça nos processos fiscais não representava mais o cenário atual. Interpretando o novo teor do artigo 185, a alienação de bens pelo devedor é qualificada como fraude quando feita após a regular inscrição do crédito em dívida ativa e desde que, em decorrência da alienação, não restem outros bens para quitação da dívida. Essa situação restou estabilizada no Recurso Especial 1141990/PR (Tema 290), julgado em novembro de 2010 sob a relatoria do Ministro Luiz Fux. Por meio dele, questionou-se a ocorrência da fraude à execução em face da presunção de boa-fé do terceiro adquirente do bem, decorrente da ausência de registro de penhora, nos termos da súmula 375 da Corte de Justiça.

No referido Recurso Especial adotou-se a orientação de que os precedentes da súmula 375 não se originaram dos feitos executivos fiscais, mas de decisões exaradas em ações cíveis, onde os interesses eram privados e, portanto, regulados pela legislação civil e processual civil. Ademais, frisou-se que os referidos precedentes não tiveram como base o novo teor do artigo 185, inexistindo empecilho ao reexame da controvérsia.

Esse posicionamento partiu da compreensão de que existe uma diferença entre fraude civil e fraude fiscal, pois em uma hipótese o interesse envolvido é privado, e, na outra, é público. Ao contrário do que acontece na fraude contra credores, a fraude à execução tem caráter absoluto, além de existir uma lei específica regulando a matéria, o Código Tributário Nacional, e que, por isso, deve prevalecer sobre a lei geral, no caso, a legislação processual civil.

Ao final do julgamento do Recurso, o Superior Tribunal de Justiça firmou a tese no sentido de que: I) seria suficiente a inscrição em dívida ativa para que a alienação que tornar o devedor insolvente caracterize fraude à execução fiscal, ainda que sem registro da penhora; II) até a entrada da Lei Complementar 118/2005, ou seja, 08 de junho de 2005, a alienação caracteriza fraude à execução quando realizada após

a citação do devedor no processo judicial, mas, se realizada depois da vigência da referida Lei Complementar, representa fraude à execução com a efetiva inscrição em dívida ativa; III) a fraude à execução fiscal constante no artigo 185 do CPC possui presunção absoluta; e IV) a não aplicação do artigo 185 do Código Tributário Nacional, lei especial que não condiciona a configuração de fraude ao registro da penhora, viola a cláusula de reserva de plenário e vai de encontro com a súmula vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal.

A partir da presunção absoluta conferida pelo artigo 185 do Código Tributário Nacional à fraude à execução fiscal, foi retirado o ônus da Fazenda Pública de ter que comprovar o elemento volitivo subjetivo, qual seja, a intenção de burla à execução, atribuindo critérios objetivos para essa configuração e conferindo uma efetividade maior às demandas executivas tributárias em comparação ao antigo modelo. A mudança na indicação quanto ao termo inicial da fraude à execução fiscal coaduna-se com a presunção relativa de certeza e liquidez do débito inscrito em dívida ativa e cuja certidão constitui título executivo extrajudicial.

Essas prerrogativas auxiliam na recuperação do crédito pela Fazenda Pública, de modo que surge o questionamento se a averbação pré-executória, na forma em que foi posta, seria, realmente, uma ferramenta proporcional para a cobrança do crédito, porque não é incomum, em matéria tributária, a utilização pela Administração Fazendária de meios desproporcionais para impor o cumprimento da obrigação, práticas que passaram a ser reconhecidas como sanção política.

CONCLUSÕES

O crédito tributário, em geral, é um título constituído pela própria autoridade fiscal. Sob essa perspectiva, tem-se que a Lei 13.606/2018 delega um poder a mais para a Fazenda Pública por meio da averbação da certidão de dívida ativa, cuja competência para a edição

e execução dos atos complementares ao seu fiel cumprimento foi transmitida ao próprio instituidor-credor do título.

Não obstante o Código Tributário Nacional direcione a indisponibilidade patrimonial à atuação do judiciário, cuja atuação está condicionada a exigências específicas, para o exercício dessa prática pela Administração, também deveria existir o condicionamento à comprovação de ausência ou ineficácia de outras medidas para garantir o seu crédito de maneira menos gravosa ao contribuinte, não podendo a averbação, e conseqüente indisponibilidade, serem conduzidas de modo arbitrário.

Em que pese a Portaria PGFN nº 33/2018 ter assegurado ao devedor a oportunidade do contraditório e defesa e de ter estruturado todo um procedimento para o cumprimento do exercício da averbação, é um ato administrativo. A redação da Lei 13.606/2018, ao versar sobre a averbação pré-executória, apenas mencionou que a edição de atos complementares para o fiel cumprimento das suas disposições seria feita pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, não especificando direcionamentos, parâmetros e limitações para o exercício e controle dessa responsabilidade atribuída ao Fisco.

A ausência de previsão explícita na Lei nº 13.606/2018 de critérios a serem obedecidos quando da edição dos atos regulamentares manifesta-se como um fator apto a provocar insegurança jurídica para o processo administrativo de cobrança do crédito e para o próprio contribuinte, podendo importar em uma forma de forçar a quitação da dívida diante da prerrogativa de tornar o patrimônio indisponível de maneira ampla e sem restrições.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www>

planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de fev de 2020.

_____. **Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.** Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Brasília, 07 de março de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm>. Acesso em: 04 de fev de 2020.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, 27 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 19 de jan de 2020.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm>. Acesso em 20 de jan de 2020.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm>. Acesso em: 06 de jul de 2020.

_____. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF, 24 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso: em 19 de jan de 2020.

_____. **Lei nº 13.606/2018, de 09 de janeiro de 2018.** Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

altera as Leis nº s 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.870, de 15 de abril de 1994, 9.528, de 10 de dezembro de 1997, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.456, de 25 de abril de 1997, 13.001, de 20 de junho de 2014, 8.427, de 27 de maio de 1992, e 11.076, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e dá outras providências. Brasília, DF, 18 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/l13606.htm>. Acesso em: 18 de janeiro de 2020.

_____. **Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.** Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. Brasília, 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp118.htm>. Acesso em: 06 de fev de 2020.

_____. **Portaria PGFN nº 33, de 08 de fevereiro de 2018.** Regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 e disciplina os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins de inscrição em dívida ativa da União, bem como estabelece os critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita, para oferta antecipada de bens e direitos à penhora e para o ajuizamento seletivo de execuções fiscais. Diário Oficial da União, 09 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=90028>>. Acesso em: 01 de fev de 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 7.630/2017.** Altera a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para fortalecer a cobrança da dívida ativa da União, principalmente da dívida ativa da seguridade social. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87D7B6C1E746EA9ADD4D7BD5AE3A15A1.proposico

esWebExterno1?codteor=1558730&filename=PL+7630/2017>. Acesso em: 01 de fev de 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 9206/2017**. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1627235&filename=PL+9206/2017>. Acesso em: 01 de fev de 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 811.898/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2006, DJ 18/10/2006, p. 233. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%27811898%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27811898%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%27811898%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27811898%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 19 de jan de 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1141990 PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, Data do julgamento: 10/11/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 19/11/2010/RT vol. 907 p. 583. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271141990%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271141990%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271141990%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271141990%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 18 de jan de 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 375. CORTE ESPECIAL. Data do Julgamento: 18/03/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 30/03/2009/RSS TJ vol. 33 p. 321. RSTJ vol. 213 p. 553. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27375%27>>. Acesso em: 24 de jan de 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 560. S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento: 09/12/2015. Data da Publicação/Fonte:

DJe 15/12/2015/RSSTJ vol. 45 p. 555. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27560%27>>. Acesso em: 19 de jan de 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança 23480~. DF, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, órgão julgador: Tribunal Pleno, julgado em: 04/05/2000, DJ 15/09/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESERVA+DE+JURISDI%C7%C3O+INDISPONIBILIDADE+DE+BENS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ve9ebq5>>. Acesso em: 24 de jan de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 19 de jan de 2020, p. 125.

_____. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 34. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

NUNES, Cleucio Santos. **Curso completo de direito processual tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

THE PRE-EXECUTORY NOTICE AND ITS EFFECTS ON THE PUBLIC CREDIT COLLECTION PROCEDURE

ABSTRACT

This paper aims to address the new public credit collection measure that was conventionally called pre-enforceable registration. Through this mechanism, inserted in the legal system by Law No. 13,606 / 2018, which instituted the Rural Tax Regularization Program, the tax authority is allowed to endorse the active debt certificate before the property registration and attachment or seizure rights bodies, making them unavailable. To this end, it is proposed to contextualize the introduction of pre-enforceable annotation in the legal system, starting, at first, with notes on the tax credit collection process, notably about its procedure before and after the Law in force. comment. Then, an analysis is made on the dilemma between the administrative unavailability and the 560 summary of the STJ, whose statement refers to the need to exhaust all searches for pledged assets so that the unavailability provided for in article 185-A is decreed. of the National Tax Code. As for the methodological procedures, a qualitative approach is adopted, with a bibliographic and documentary technical procedure. In the end, it is concluded that, although it is important and necessary to adopt alternative measures for the satisfaction of credit by the Public Treasury, a pre-executory

annotation, in the form introduced by Law 13.606 / 2018, may represent the source of legal insecurity for the administrative process and for the taxpayer himself, given the prerogative of making the assets unavailable for a wide and unrestricted period.

Keywords: Tax credit. Pre-execution registration. Administrative unavailability.



A DIPLOMACIA E OS DESAFIOS FAMILIARES

Wendell Nobre Silva de Medeiros¹

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de trazer alguns aspectos acerca da vivência de diplomatas, profissionais do Serviço Exterior Brasileiro, e os desafios que permeiam as suas expectativas pessoais e familiares. Além disso, o trabalho trata sobre as dificuldades enfrentadas por seus(as) companheiros(as), cônjuges e filhos no que diz respeito ao cotidiano, relações familiares, imposições legais e exigências comuns à vida de quem desenvolve suas atividades em um país diferente do seu, no qual muito comumente não é falado o seu idioma nativo e seus laços afetivos estão mitigados devido à distância. O texto ainda aborda aspectos práticos no que tange à carreira da diplomacia por ser típica de Estado.

Palavras-chave: Direito. Família. Diplomacia. Exterior.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: wnobre@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Escolher a carreira diplomática já é um grande desafio por si só, não apenas por tomar uma decisão que irá impactar toda uma vida, mas também pelos obstáculos enfrentados durante a preparação para a prova, as mudanças constantes de localidade, que também interferem na educação dos filhos, bem como as relações com os amigos, familiares e companheiros(as).

Nesse sentido, fazer parte da família de um desses profissionais, exige não apenas grande capacidade de adaptação, mas igualmente estar sempre pronto para mudar de vida e deixar para trás todo um ambiente de relacionamentos e expectativas.

Tomando por base esses aspectos, o artigo foi dividido em cinco partes, quais sejam: (i) introdução, cujo objetivo é dar os primeiros esclarecimentos ao abordar os aspectos básicos da temática proposta; (ii) a carreira diplomática, com o intuito de falar um pouco sobre as principais características da carreira em si; (iii) diplomacia, direito de família e gênero, no qual é feito um paralelo entre a carreira profissional e o ramo do Direito de Família; (iv) desafios, na qual se abordam alguns aspectos enfrentados pelos integrantes de famílias de diplomatas em seu aspecto pessoal; e, por fim, as (v) conclusões.

2. A CARREIRA DIPLOMÁTICA

A diplomacia, carreira típica de estado que faz parte do Serviço Exterior Brasileiro e integra os quadros do Ministério das Relações Exteriores (MRE), tem parte de suas funções e competências legais descritas na Lei 11.440 de 29 de dezembro de 2006. O ingresso na carreira ocorre através de concurso público que acontece regularmente todo ano desde 1946.

O profissional, após a aprovação, passa por um curso de formação no Instituto Rio Branco, que dura em média entre um ano e

um ano e meio. Ao final, já é possível desempenhar algumas atividades em uma espécie de estágio nos diversos setores do MRE.

Em que pese a tradição, rigidez e hierarquia pela qual é conhecida a carreira, os diplomatas são tratados como qualquer outro servidor do Poder Executivo Federal pelo Regime Jurídico Único pela Lei 8.112 de 11 dezembro de 1990. Nesse sentido, apesar do aparente conflito de normas, é possível recorrermos ao princípio da especialidade do Direito Civil (*lex specialis derogat legi generali*) como solucionador de, antinomias de forma que a Lei 8.112/90 funciona como norma geral, com institutos comuns à maioria das carreiras dos servidores públicos, e a Lei 11.440/06 é norma específica cujo objetivo é reger as carreiras que compõem o Serviço Exterior Brasileiro.

Após o curso de formação e o “estágio” em algum setor do MRE, o recém-ingressado na carreira tem a oportunidade de assumir diversas funções e cargos em diferentes locais do mundo. Os postos no exterior do Itamaraty, nome pelo qual o Ministério das Relações Exteriores também é conhecido desde a época na qual a capital do país era o Rio de Janeiro, são classificados em A, B, C e D. Essa classificação, cuja metodologia não vem ao caso neste trabalho, envolve diversos parâmetros, tais como: qualidade de vida, violência, custos para que o servidor se mantenha, relações diplomáticas estáveis com o Brasil etc. O período para que cada diplomata possa ser removido para determinado posto envolve a classificação desse local no exterior (postos A, por terem uma melhor qualidade de vida em relação aos postos C e D, exigem que o profissional demore mais tempo até que possa ser removido para lá), além da colocação no concurso público, a nota final do curso de formação e outros critérios de avaliação.

As atividades desenvolvidas pelo profissional quando em solo nacional não diferem substancialmente daquelas realizadas quando ele está no exterior. No entanto, ao servir em solo estrangeiro, o representante do Brasil segue estritamente as ordens emanadas pelo Itamaraty, que, por sua vez, refletem a política externa idealizada, pelo Presidente da República ocupante do cargo naquele momento. Nesse

sentido, e de maneira muito objetiva, o diplomata nada mais é do que um representante do governo brasileiro em solo estrangeiro.

Dessa forma, na qualidade de representante do Brasil no exterior, o servidor pode desempenhar diversas funções a depender do posto e dos interesses brasileiros com aquele Estado. Por exemplo, há diplomatas que trabalham na área cultural estreitando relações, como em Angola; há profissionais que estão servindo em Genebra, onde fica sediada a FAO (Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação), e assim trabalham mais com negociações multilaterais; há ainda os que trabalham exclusivamente negociando acordos na Organização Mundial do Comércio (OMC) seguindo instruções direto de Brasília.

Dessa forma, não restam dúvidas de que a carreira diplomática é tão diversa quanto se possa imaginar. Trata-se de um profissional que, necessariamente, deve ter como uma de suas características o entusiasmo pelo novo, por vivenciar novas culturas, por falar diuturnamente diferentes idiomas e, por fim, mas não menos importante, ter a capacidade de adaptação testada ao limite, haja vista não poder passar mais que quatro anos em um único posto.

É nesse cenário de permanente necessidade de mudanças e adaptabilidade, escolhido de forma consciente pelo profissional, que se encontra a sua família. Como qualquer cidadão, em que pesem algumas regras específicas que restringem a nacionalidade dos seus cônjuges tratadas mais adiante neste trabalho, o diplomata se relaciona com outras pessoas, casa-se, tem filhos, ou seja, forma uma família que, naturalmente, acompanha-o ao longo de sua jornada profissional.

3. DIPLOMACIA, DIREITO DE FAMÍLIA E GÊNERO

Segundo o levantamento do Anuário do Instituto Rio Branco em 2019, o ingresso de mulheres na carreira diplomática ocupa uma média histórica de 20%, isso, junto a outras características, torna o

Itamaraty um ambiente de trabalho majoritariamente masculino e as diversas conseqüências decorrentes dessa característica. Além disso, de acordo com o estudo do artigo “O teto de vidro da carreira diplomática brasileira: desafios à ascensão profissional das mulheres”, publicado no 41º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, por amostragem das 198 respostas de um questionário aplicado, a grande maioria dos diplomatas é casada ou convivente (85,4%).

Nesse sentido, não são raros os casos de separação dos cônjuges, nos quais, na maioria das vezes, a mulher é a maior prejudicada. Há diversos motivos para isso: historicamente, a mulher é responsável pela educação e cuidado dos filhos. De acordo com o artigo citado, quando essa mulher é diplomata e se vê diante de uma separação, é bastante comum que ela abra mão da ascensão na carreira para interferir o mínimo possível na vida dos filhos (16,7% das entrevistadas); no caso dos homens, apenas uma diplomata relata que seu marido preteriu da carreira em favor da dedicação exclusiva à vida familiar (1,4%). O segundo motivo é decorrente da carreira em si. Dentre as atividades desenvolvidas por um desses profissionais estão eventos sociais, nos quais muitas vezes são finalizados acordos iniciados em ambientes mais formais, como longas reuniões que podem durar horas. Longe do glamour imaginado pelo senso comum, os eventos sociais organizados por instituições diplomáticas muitas vezes exigem dedicação quase que integral desse servidor, inviabilizando muitas vezes para os que estão com filhos pequenos, o que na maioria das vezes é a situação das mães diplomatas.

Nos corredores do MRE, as esposas dos diplomatas recebem o apelido de “*diplomvives*”. É como se fosse um posto de “primeira dama” cuja função tem um ar quase que social. As mulheres que acompanham seus maridos em viagens, eventos e mitigam as suas próprias atividades são elogiadas com frequência, inclusive incentivadas a tal posição. O mesmo não acontece com os maridos das diplomatas.

Outra dificuldade enfrentada pelos cônjuges dos profissionais do Serviço Exterior Brasileiro é a descontinuidade profissional, no sentido de que, como o diplomata só pode ficar no máximo quatro anos em um mesmo posto no exterior, via de regra, a família já tem data marcada para sair assim que desembarca. Diante dessa situação, o empregador pensa duas vezes antes de contratar e investir em um profissional que tem data para partir e assim muito comumente o cônjuge enfrenta a situação do desemprego. Nesse sentido, é dilema comum entre os casais do Itamaraty: abandonar a própria carreira para seguir com seu(a) companheiro(a) rumo ao exterior ou permanecer.

Mas nem só de problemas vivem o diplomata e sua família; Em que pesem as dificuldades naturais enfrentadas pelos profissionais da carreira e suas nuances, a legislação brasileira e internacional traz dispositivos que tentam amenizar ou proteger a unidade familiar dentro do possível, inclusive através de acordos internacionais. Nesse sentido, é possível observar a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961. O acordo em seu artigo 37 dispõe que “Os membros da família de um agente diplomático que com ele vivam gozarão dos privilégios e imunidade mencionados nos artigos 29 e 36, desde que não sejam nacionais do estado acreditado”.

Percebe-se que o artigo 37 tem o claro objetivo de proteger os membros da família do diplomata. Não poderia ser diferente no sentido de que a família precisa de determinadas prerrogativas quando esse profissional estiver desempenhando suas atividades em outro país. No entanto, o próprio texto do artigo faz uma ressalva; a proteção somente incidirá caso o membro da família do diplomata não seja nacional do Estado acreditado, ou seja, precisam ser residentes no país de origem do agente.

Avançando um pouco mais nas regras da Convenção, é necessário destacar o conteúdo dos artigos 29 e 36 mencionados pelo 37 do mesmo diploma legal. O primeiro nos ensina que: “A pessoa do agente diplomático é inviolável. Não poderá ser objeto de nenhuma forma de detenção ou prisão. O Estado acreditado trata-lo-á com o

devido respeito e adotará tôdas as medidas adequadas para impedir qualquer ofensa à sua pessoa, liberdade ou dignidade”. Dessa forma, não restam dúvidas de que a conhecida regra da imunidade diplomática, com sede no Direito Internacional, é estendida aos familiares do diplomata por força do artigo 37.

No mesmo sentido, o artigo 36 nos ensina que:

1. De acôrdo com leis e regulamentos que adote, o estado acreditado permitirá a entrada livre do pagamento de direitos aduaneiros, taxas e gravames conexos que não constituam despesas de armazenagem, transporte e outras relativas a serviços análogos;

a) dos objetos destinados ao uso oficial da missão;

b) dos objetos destinados ao uso pessoal do agente diplomático ou dos membros da sua família que com êle vivam, incluídos os bens destinados à sua instalação.

2. A bagagem pessoal do agente diplomático não está sujeita a inspeção, salvo se existirem motivos sérios para crer que a mesma contém objetos não previstos nas isenções mencionadas no parágrafo 1 deste artigo, ou objetos cuja importação ou exportação é proibida pela legislação do Estado acreditado, ou sujeitos aos seus regulamentos de quarentena. Nesse caso a inspeção só poderá ser feita em presença de agente diplomático ou de seu representante autorizado (CONVENÇÃO DE VIENA, 1961)

No que diz respeito à legislação pátria, não foram encontrados diplomas legais dedicados ao tema das famílias dos profissionais aqui tratados, porém é possível verificar alguns dispositivos esparsos cujo objetivo é tentar mitigar as dificuldades enfrentadas e ao mesmo tempo ajudar a manter a família unida ao longo da carreira.

A Lei 11.440, quando assegura no artigo 15 ao servidor estudante removido *ex officio* em posto no exterior para o Brasil matrícula

em estabelecimento de ensino oficial, independentemente de vaga, e estende essa mesma regra através do parágrafo único “ao cônjuge e filhos de qualquer condição, aos enteados e aos adotivos que vivam na companhia do servidor, àqueles que, em ato regular da autoridade competente, estejam sob a sua guarda e aos que tenham sido postos sob sua tutela”, demonstra claramente que o objetivo do legislador foi a proteção à educação dos filhos desse profissional ainda que ele esteja atendendo ao interesse público.

Outra regra no mesmo diploma legal, em seus artigos 33 e 34, diz respeito ao casamento de servidor do Serviço Exterior Brasileiro. Esses artigos nos esclarecem que o candidato que tiver cônjuge de nacionalidade estrangeira ou for casado com pessoa empregada de governo estrangeiro ou que dele receba comissão ou pensão será inscrito condicionalmente no concurso, e sua eventual aprovação só será válida se obtiver a autorização do Ministro de Estado das Relações Exteriores, a ser requerida na forma da legislação em vigor. Dessa forma, em caso de aprovação, o(a) candidato(a) nessas condições será informado, antes de sua posse, sobre os procedimentos para a obtenção da autorização. Essa exigência aplica-se também ao candidato casado com pessoa estrangeira cuja separação judicial ainda não tenha transitado em julgado.

A ideia desses institutos tem o objetivo de evitar conflito de interesses. A diplomacia, por ser uma carreira típica de Estado, exige uma seleção rigorosa dos seus quadros no sentido de que são profissionais com acesso a informações sensíveis, inclusive de segurança nacional, e um eventual relacionamento com um nacional de um Estado inimigo poderia trazer sérias consequências e desdobramentos imprevisíveis.

Ainda sobre o tema casamento envolvendo esses servidores, durante a pesquisa para este trabalho, destaca-se o Decreto-Lei 9.202 de 26 de abril de 1946, que dispõe sobre pessoal do Ministério das Relações Exteriores e dá outras providências. O artigo 3º do decreto, corroborando com o artigo 33 da Lei 11.440 citado anteriormente, esclarece que “Os funcionários da classe de ‘Diplomata’ só poderão casar com brasileira nata e mediante autorização do Ministro de Estado”, §2º Quando a esposa for servidor público, terá que exonerar-se cargo ou função”.

Acerca desse tema, foi possível encontrar o processo de Cecília Prada no Supremo Tribunal Federal. A então aprovada em 1956, dois anos após a permissão para o ingresso de mulheres na carreira, foi obrigada a pedir exoneração do cargo em 1958 para casar-se com o também diplomata Sérgio Paulo Rouanet. Após 15 anos de casamento houve a separação do casal e desde então Cecília tenta ser reintegrada nos quadros do Itamaraty, porém sem sucesso. A União, Pessoa Jurídica de Direito Interno, aplica em sua defesa o Decreto-lei que, diga-se, encontra-se em vigor até os dias atuais.

4. DESAFIOS

Em entrevista para a Associação dos Familiares de Servidores do Itamaraty (AFSI), a embaixadora Lilian Padovani relata as dificuldades que a acompanharam ao longo de sua carreira e do marido, também diplomata. Ela cita entre os maiores problemas a chegada aos Estados Unidos da América sem que os filhos falassem inglês e que, após 4 anos servindo na Embaixada do Brasil em Washington, foi removida de volta ao Brasil. Quando os filhos estavam no ensino médio, Lilian foi novamente removida para o Canadá, o que influenciou sobremaneira a faculdade escolhida pelos filhos. Dessa forma, não restam dúvidas de que principalmente os filhos são expostos a grandes desafios, mas também a oportunidades excepcionais.

Já para Fernanda Santarosa, cujo marido é conselheiro no MRE, as principais dificuldades enfrentadas nas mudanças frequentes são os preços das escolas no exterior e a compreensão dos diversos sistemas de ensino em cada país. O Ministério não oferece nenhum tipo de auxílio financeiro para pagamento de escolas para os filhos, de modo que os diplomatas optam por matriculá-los em escolas internacionais e buscar um currículo minimamente uniforme entre os países pelos quais atuam.

Em um cenário de constantes deslocamentos, é comum a família do diplomata enfrentar situações difíceis para a maioria das pessoas. Em

que pese o senso comum de que morar no exterior, em países com melhor qualidade de vida, com acesso às escolas internacionais, em locais com mais segurança possa ser sinônimo de uma vida tranquila e feliz, a realidade é outra. O diplomata em serviço no exterior não trabalha apenas nas grandes metrópoles como Paris, Nova Iorque ou Londres, há postos brasileiros e com seus servidores em cidades como Pyongyang (Coreia do Norte), Nairóbi (Quênia), Porto Príncipe (Haiti) e Trípoli (Líbano), conhecidas por problemas como violência, instabilidade social e graves conflitos armados, como o que vitimou Sérgio Vieira de Melo ao sofrer um ataque terrorista em 2003 no Iraque.

Esses profissionais relatam ainda a dificuldade dos filhos em aprender o idioma local, de adaptação aos colegas da escola por falta de comunicação (incluindo casos de *bullying*) e, quando estão bem adaptados, precisam se separar. Nos países de clima mais frio, a temperatura muito baixa é também um obstáculo de adaptação principalmente para os filhos menores.

Para os companheiros e companheiras, o desemprego é o problema mais frequente. Dependendo exclusivamente da renda do outro e dedicar-se apenas aos filhos e/ou ao lar, em algumas circunstâncias, nem sempre é tarefa fácil. Não é comum, principalmente na iniciativa privada, o profissional solicitar uma “licença para acompanhamento” do marido ou esposa que ficará por alguns anos no exterior e ter seu emprego de volta ao retornar.

CONCLUSÕES

Apesar da quase inexistência de jurisprudência ou de dispositivos legais que tratem especificamente acerca do tema diplomacia e questões familiares, o artigo tentou trazer algumas reflexões sobre aspectos vivenciados pelos profissionais dessa área tão importante para a soberania e os interesses nacionais. A dificuldade de encontrar dados concretos está relacionada ao pouco conhecimento que se tem sobre a carreira, a função e a atuação desses servidores.

Por fim, é necessário destacar que, apesar de serem agentes públicos rigorosamente selecionados e envolvidos com sua carreira, a família de um diplomata é como qualquer outra. São temas do Direito de Família que transpassam e se interrelacionam com a vida do profissional ao desempenhar suas atividades em solo brasileiro ou no exterior.

REFERÊNCIAS

AFSI – Associação dos Familiares de Servidores do Itamaraty. **Educação dos filhos - Relatos sobre Experiências Escolares no Exterior**. Disponível em: <<http://afsi.org.br/relatos-reais.html>>. Acesso em: 21 de nov 2020.

TEIXEIRA, M.C.; STEINER, A.Q. **O teto de vidro da carreira diplomática brasileira: desafios à ascensão profissional das mulheres**. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-2/spg-4/spg16-4/10983-o-teto-de-vidro-da-carreira-diplomatica-brasileira-desafios-a-ascensao-profissional-das-mulheres/file>>. Acesso em: 20 de nov de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 nov 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 9.202, de 26 de abril de 1946**. Dispõe sobre pessoal do Ministério das Relações Exteriores e dá outras providências: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del9202.htm>. Acesso em: 27 nov 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 56.435, de 8 de junho de 1965**. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm>. Acesso em: 27 nov 2020.

BRASIL. **Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 20 nov 2020.

BRASIL. **Lei Nº 11.440, de 29 de dezembro de 2006.** Institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro, altera a Lei nº 8.829, de 22 de dezembro de 1993, que cria, no Serviço Exterior Brasileiro, as Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria, altera a Lei nº 8.829, de 22 de dezembro de 1993; revoga as Leis nºs 7.501, de 27 de junho de 1986, 9.888, de 8 de dezembro de 1999, e 10.872, de 25 de maio de 2004, e dispositivos das Leis nºs 8.028, de 12 de abril de 1990, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 8.829, de 22 de dezembro de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11440.htm>. Acesso em: 25 nov 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. **Anuário do Instituto Branco / Ministério das Relações Exteriores.** Brasília: Instituto Rio Branco, 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Perguntas Frequentes.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 21 nov 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS: 1322, Relator: LUIZ GALOTTI, Data de Julgamento: 01/01/1970, Data de Publicação: DJ 30-05-1952 PP-02479 EMENT VOL-00012-**PP-*****)

BALBINO, Viviane Rios. **Diplomata. Substantivo comum de dois gêneros - Um retrato da presença feminina no Itamaraty no início do século XXI.** Originalmente apresentada como dissertação de mestrado. Brasília: Instituto Rio Branco, 2005.

FERNANDES, Jean Marcel. **A vida da família dos diplomatas no exterior.** Disponível em: <<https://diplomata.grancursosonline.com.br/vida-da-familia-dos-diplomatas-no-externior/>>. Acesso em: 24 de nov de 2020.

SILVA, Denis Manoel. **O membro da família de um agente diplomático que conviva com ele pode ser detido ou preso no Estado acreditado?** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2165300/o-membro-da-familia-de-um-agente-diplomatico-que-conviva-com-ele-pode-ser-detido-ou-preso-no-estado-acreditado-denis-manoel-da-silva>>. Acesso em: 24 de nov de 2020.

VILAS BOAS, Renata: **O diplomata e seu acompanhante: uma família diferente.** Disponível em: <<https://www.cartapolis.com/post/o-diplomata-e-seu-acompanhante-uma-fam%C3%ADlia-diferente>>. Acesso em: 24 de nov 2020.

DIPLOMACY AND FAMILY CHALLENGES

ABSTRACT

This article aims to bring some aspects about the experience of diplomats, professionals of the Brazilian Foreign Service, and the challenges that permeate their personal and family expectations. In addition, the paper deals with the difficulties faced by their partners and children with regard to daily life, family relationships, legal impositions and common requirements to the life of those who develop their activities in a country other than yours, in which very commonly their native language is

not spoken and their affective ties are mitigated due to the distance. The text also addresses practical aspects regarding the career of diplomacy as it is typical of the State.

Keywords: Law. Family. Diplomacy. Overseas.

A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 E O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE SEU *STATUS* ATUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Isadora Gonçalves Sales Leandro¹

RESUMO

O presente artigo objetiva examinar a repercussão que teve a Emenda Constitucional 66/2010 no instituto da separação judicial e, em especial, analisar a visão da doutrina e jurisprudência nacional quanto a este tema. Busca-se investigar se este instituto foi extinto do ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda 66 ou se ainda integra o ordenamento jurídico brasileiro, sendo expostos argumentos de ambas as posições para alcançar conclusões. Ainda, pretende-se discutir a presença da separação judicial na vida dos cônjuges, na prática, após sua dispensa como requisito para a realização do divórcio. Usam-se como fundamentação doutrina, artigos científicos e jurisprudência.

Palavras-chave: Direito de Família. Divórcio. Separação Judicial. Emenda 66/2010.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
E-mail: isadoragsales@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O instituto da separação judicial, previsto no art. 1.571, III, do Código Civil (BRASIL, 2002), é uma medida preparatória da ação de divórcio, não rompendo o vínculo matrimonial, de forma que nenhuma das partes poderá convolar novas núpcias durante este estado (DINIZ, 2020). Antes da Emenda Constitucional 66/2010, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a separação judicial por mais de um ano era requisito obrigatório para que o casamento pudesse ser dissolvido pelo divórcio, conforme previa o antigo art. 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). No entanto, a referida emenda, que deu nova redação ao §6º do art. 226 da Carta Magna, suprimiu o termo separação judicial da redação constitucional, gerando dúvidas e discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto aos efeitos que, surtiu sobre o instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro após sua promulgação.

A grande questão debatida pelos juristas é se, mesmo após a retirada da menção à separação judicial do art. 226, este instituto ainda quedaria existente no direito brasileiro como alternativa ao divórcio ou, então, se teria sido completamente extinto, tornando-se obsoleto, existindo hodiernamente apenas o recurso do divórcio.

Assim, surgiram duas correntes de pensamento sobre esse tema. Embora ambas reconheçam que o divórcio agora é direto, sem necessidade de preenchimento de requisitos e sem a necessidade de se passar pela separação judicial, uma delas entende que restou extinta a separação judicial, enquanto a segunda corrente entende que a separação judicial continua existindo e permanece como opção para os casais que desejam terminar a sociedade conjugal sem dissolver o casamento, mesmo não sendo requisito para o divórcio (SANTOS, 2017).

Em meio a essa gama de debates, foi reconhecida a existência de repercussão geral do tema, no âmbito do julgamento do RE 1167478, de forma que o Supremo Tribunal Federal decidirá se a separação judicial

é requisito para o divórcio e se mantém como instituto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro (NOTÍCIAS STF, 2010).

Isto demonstra o quão controversa é, de fato, a questão da existência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro atualmente, haja vista que, mesmo com a EC 66/2010, não houve menção explícita a sua extinção, restando uma ambiguidade que muito inquieta os juristas.

2. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

De início, para compreender a discussão sobre a separação judicial, é necessária a comparação da antiga redação do art. 226, § 6º, da CF, com a redação atual. O dispositivo original prescrevia: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. A redação trazida pela EC 66/2010, por sua vez, dispõe de forma sucinta: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Segundo Pretel (2010), a diferença essencial entre a separação judicial e o divórcio é que, enquanto a separação judicial promove a mera dissolução da *sociedade conjugal*, o divórcio consiste na dissolução do casamento válido e permite aos cônjuges contrair novas núpcias. Ademais, seria facultado aos separados judicialmente restabelecer a sociedade conjugal a qualquer tempo, como se não houvesse existido qualquer separação. Os divorciados, porém, para retornarem à sociedade conjugal, precisam se casar novamente.

Com a retirada do termo separação judicial da Constituição Federal, surgiu o entendimento de que o divórcio seria alcançado pelo simples pedido, sem o preenchimento de quaisquer requisitos aos quais os brasileiros estavam vinculados até então, incluindo a separação judicial. Concluiu-se, dessa forma, que a separação judicial deixou de ser

requisito para a realização do divórcio, que passou a poder ser alcançado de forma direta e imediata (SANTOS, 2017).

De acordo com Tartuce (2017), a inovação trazida pela Emenda 66/2010 tem aplicação imediata, como norma constitucional autoexecutável. Assim, não há a necessidade de qualquer ponte infraconstitucional para a sua eficácia, o que está de acordo com a doutrina que reconhece a força normativa da Constituição.

O sistema dual, ou seja, separação judicial e divórcio, para romper o vínculo legal do casamento, tem raízes principalmente na moral religiosa, sendo considerado por muitos anacrônico por essa razão. Portanto, não se justifica mais manter esse tratamento legal, sendo desnecessário que os cônjuges passem por dois processos, o que prejudica, inclusive, o Judiciário (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2019).

Sendo assim, houve a simplificação do sistema de divórcio no Brasil, com a extinção dos prazos para se requerer o divórcio, a extirpação do instituto da separação judicial e o fim da discussão de culpa pelo fim da conjugalidade. Aqueles que desejarem se divorciar não precisarão, portanto, esperar dois anos de separação de fato ou um de separação judicial. A emenda trouxe, então, mais autonomia aos cônjuges, pois passam a decidir sobre o divórcio com interferência mínima do Estado (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2019).

Por conseguinte, o divórcio passou a ser um direito potestativo, que pode ser requerido a qualquer tempo por uma das partes, ainda que seja contra a vontade da outra, não estando subordinado a qualquer condição ou imposição externa, conforme explica Santos (2017). Importante ressaltar, também, que o procedimento de conversão da separação em divórcio não mais existe, como ensina (DIAS, 2016, p. 336):

Com o advento da EC 66/10, não mais cabe o pedido de conversão da separação em divórcio (CC 1.580 § 1.º). O procedimento desapareceu, e, com ele, a exigência temporal de um ano do trânsito em julgado, para que tal ocorresse (CC 1.580). Os separados judicialmente ou

separados de corpos, por decisão judicial, podem pedir imediatamente a decretação do divórcio sem haver a necessidade de aguardar o decurso de qualquer prazo.

3. DA DEFESA DA MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Indo de encontro a boa parte da doutrina nacional, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2017, ao julgar recurso especial interposto por um casal que buscava homologação das condições pactuadas em ação de separação, entendeu que a EC 66 não aboliu a figura da separação judicial do ordenamento brasileiro, mas apenas facilitou aos cônjuges o exercício pleno de sua autonomia privada, podendo o indivíduo optar pelo divórcio direto ou pela separação (NOTÍCIAS STJ, 2017).

Este julgado, porém, não advém de opinião isolada do Tribunal. Com ela corrobora, por exemplo, Ferraz (2011, p. 131):

No que tange à manutenção da separação judicial em nosso ordenamento jurídico, concordamos com a concepção trazida por Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva de que ‘discorda-se do argumento de que haveria duplicidade artificial na dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial e do vínculo conjugal pelo divórcio em nosso sistema. Essa duplicidade é necessária em respeito ao direito fundamental da liberdade, previsto no art. 5º, VIII da Constituição Federal, uma vez que este dispõe que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política’. Desta forma, a eliminação da separação judicial importaria em violação a esse direito fundamental, uma vez que os seguidores da religião Católica ficarão privados do direito à regularização de seu estado civil, uma vez que o Direito Canônico admite a separação com permanência do vínculo conjugal, mas não admite o divórcio.

Desta forma, entendem os autores que o sistema dual seria necessário para que não seja violado o direito de liberdade religiosa daqueles que seguem a Religião Católica, haja vista que o direito canônico não admite o divórcio. Seria a separação judicial, então, a única alternativa de dissolução da sociedade conjugal de que poderiam se valer os fiéis desta religião. Portanto, defendem que, mesmo havendo a simplificação do divórcio, a separação ainda é necessária em nosso ordenamento jurídico.

Oportuno destacar a posição da autora Maria Helena Diniz, que defende que, embora as normas relativas à separação judicial continuem vigentes, podem perder sua eficácia social, não sustentando qualquer necessidade da manutenção desse instituto no direito brasileiro.

Com a nova redação do art. 226, § 6º, da Carta Magna, dada pela EC n. 66/2010, há interpretação, por nós seguida, de que as normas relativas à separação judicial ou extrajudicial poderão perder sua eficácia social, apesar de continuarem válidas e vigentes, por serem leis especiais e por não conflitarem com o comando constitucional, que tão somente se refere a uma das formas de dissolução do vínculo matrimonial, que é o divórcio. Assim sendo, as normas do Código Civil e as do Código de Processo Civil e as leis extravagantes alusivas à separação continuarão vigorando até que lei ordinária especial as revogue, regulamentando de forma diversa a nova situação engendrada pela reforma constitucional [...]. (DINIZ, 2020, p. 273)

Santos (2010) argumenta que a eliminação da referência constitucional à separação não significa que esta tenha sido automaticamente abolida, mas apenas que, deixando de constar na CF e substituindo apenas no Código Civil — como era antes da Emenda Constitucional nº 09/77—, abre-se apenas a possibilidade de que seja modificada. Enquanto não ocorrer modificação, portanto, o instituto da separação judicial continuaria existente, assim como os outros requisitos para a obtenção do divórcio.

Ademais, interessante observar que o Código de Processo Civil de 2015, mesmo entrando em vigor 6 anos após a promulgação da EC 66/2010, ainda faz menção à expressão separação em seus artigos 53, I, 189, II, §2º, 693, 731, 732 e 733. E ainda, na V Jornada de Direito Civil, em 2011, foram aprovados diversos enunciados doutrinários que concluíram pela manutenção da separação de direito no sistema jurídico nacional, como, por exemplo, o específico Enunciado n. 54, que prescreve: “A Emenda Constitucional 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”.

4. DA PRIMAZIA DO DIVÓRCIO E OBSOLESCÊNCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

De outra parte, a vertente contrária — e com maior número de adeptos — da doutrina brasileira tem por opinião que a separação judicial já não tem mais lugar em nosso ordenamento jurídico e que, portanto, o divórcio seria o único recurso para a dissolução da sociedade conjugal em nosso ordenamento jurídico.

Gagliano (2010) ressalta o fato de que o divórcio é mais vantajoso que a mera medida de separação. Juridicamente, com o divórcio, não apenas se desfaz a sociedade conjugal, mas o próprio vínculo matrimonial, podendo, inclusive, os cônjuges contraírem novos casamentos. Ademais, evita-se com o divórcio a duplicidade de processos, o que resguarda o casal de despender mais dinheiro do que o necessário com gastos judiciais e, inclusive, de despender seu tempo.

Paulo Luiz Netto Lobo (2010), por sua vez, discute à qual fim social serviria a sobrevivência da separação judicial, já que não poderia mais ser convertida em divórcio:

No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional.

Responde-se: permitir sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Consequentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? *O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de quantum despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.*

Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem. Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social. É da tradição de nosso direito o que estabelece o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns. [grifos do autor].

Madaleno (2018) afirma que, verdadeiramente, não mais subsiste na legislação brasileira a dualidade de procedimentos, em que primeiro há a dissolução da sociedade e, posteriormente, a dissolução

do vínculo conjugal, que forçava os cônjuges a requerer por duas vezes a ruptura do mesmo casamento. Lembra ainda que, embora o Código de Processo Civil tenha incluído o instituto da separação judicial litigiosa, o fez — como concluiu o Supremo Tribunal de Justiça — como mera faculdade dos cônjuges, o que demonstra na prática o seu completo desuso pelos cônjuges, que mais frequentemente dissolvem suas núpcias pelo divórcio.

Sobre este tópico, Maria Berenice Dias (2016) assevera que, embora o CPC, de modo injustificado, tenha feito referência à separação, não tem condão de ressuscitar instituto que já foi sepultado por todos os tribunais do país. Aponta, inclusive, que a previsão afronta o princípio da proibição de retrocesso social, já que não há nada que permita lei ordinária alterar algum comando constitucional. Como a lei processual trata da busca da tutela de direitos materiais, se inexistente direito a ser tutelado, as regras processuais se tornam ineficazes.

Lênio Streck (2015) complementa este raciocínio, ao questionar se o legislador ordinário tem liberdade de conformação para alterar o sistema constitucional estabelecido pela EC 66. A resposta é evidentemente que não — não se pode estabelecer por lei ordinária aquilo que o constituinte derivado derogou. Sendo assim, mesmo havendo o legislador do CPC optado por incluir a expressão “separação”, não há possibilidade alguma de que o CPC “repristine” o instituto da separação judicial.

Afirma ainda o autor que perde o sentido distinguir-se término e dissolução de casamento, haja vista que agora sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato do casal (STRECK, 2015).

Torna-se evidente, portanto, que a EC nº 66/2010 não quis apenas estabelecer que o divórcio, agora, pode ser obtido sem prazo algum, sem ter que alegar alguma causa ou ser antecedido por separação. O legislador constitucional quis deliberadamente que a dissolução da sociedade conjugal e a extinção do vínculo matrimonial ocorram pelo divórcio, que passou a ser o único instituto jurídico para resolver as

questões matrimoniais que levam ao fim do relacionamento entre indivíduos (VELOSO, 2010). Assim entendem diversos tribunais do país, incluindo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, conforme o julgado:

Civil. Divórcio litigioso. Extinção sem julgamento do mérito. Artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Ausência de trânsito em julgado da separação judicial. EC 66/2010. Supressão do instituto da separação judicial. Aplicação imediata aos processos em curso.

A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido² [grifos do autor].

Urge, do mesmo modo, mencionar os argumentos constitucionais trazidos por Tartuce (2011) pelo fim da Separação de Direito. O autor invoca o princípio da máxima efetividade ou da eficiência do texto constitucional, pelo qual, segundo Canotilho, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Destarte, mantida a burocracia de exigência da prévia separação de direito para o fim do casamento, o trabalho do reformador constituinte

2 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Recurso 2010.01.1.064251-3. Relator: Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito. DJDFTE. Brasília, 08 out. 2010.

teria sido totalmente inútil e desnecessário, pois aquela não traria a eficácia pretendida.

Ademais, invoca o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, pois não há mais sentido prático na manutenção da separação de direito, perdendo sustento constitucional as normas ordinárias que regulamentam o instituto. Sabendo-se que a finalidade da separação de direito sempre foi a de pôr fim ao casamento, não se justifica a manutenção da categoria se a Constituição Federal traz como conteúdo apenas o divórcio, sem maior burocracia ou prazo mínimo. Não se sustenta mais, portanto, a exigência de uma primeira etapa de dissolução, se a Carta Magna trata apenas de uma segunda etapa (TARTUCE, 2011).

Nesse sentido, verifica-se que é entendimento de boa parte da doutrina e da jurisprudência nacional que a separação judicial é instituto anacrônico e obsoleto, sendo ilógica sua existência em um ordenamento que tem a figura mais prática, desejável e direta do divórcio. Assim, inexisteriam razões para a conservação da separação, sendo sua manutenção na legislação brasileira a conservação de um instituto, efetivamente, morto.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, constata-se que, embora a Emenda Constitucional 66/2010 tenha trazido mudanças extremamente relevantes para o ordenamento jurídico brasileiro, a retirada do termo separação judicial sem demais explicações causou, contingentemente, uma ambiguidade que, até hoje, anos depois da promulgação da emenda, ainda causa discussões sobre seus efeitos na legislação ordinária.

Observa-se que há uma adoção com maior entusiasmo pela doutrina e pelos tribunais da posição que defende que a separação judicial não tem mais espaço em nosso ordenamento, sendo o divórcio a única

opção disponível para os cônjuges dissolverem a sociedade conjugal, haja vista o desuso do instituto da separação judicial após a simplificação do divórcio por meio da referida emenda, e a perda de sua própria razão de ser, pois era meramente um caminho para o divórcio que hoje se tornou prescindível.

Independentemente das ponderações no campo teórico-jurídico, percebe-se que, na prática, a dispensa legal da separação judicial como requisito para o divórcio o tornou, com efeito, um instituto antiquado e retrógrado, inexistindo quaisquer razões para que os cônjuges optem pela separação em detrimento do divórcio, especialmente considerando-se que não é possível a conversão judicial daquele neste. Caberia, portanto, ao Superior Tribunal Federal, decidir apenas se o instituto da separação judicial já não existe, ou se deverá ser extinto por lei ordinária especial, de forma a se adequar ao que já ocorre na realidade.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **STF decidirá sobre status jurídico da separação judicial; IBDFAM participará como amicus curiae**. 2019. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/noticias/6972/STF+decidir%C3%A1+sobre+status+jur%C3%A-Ddico+da+separa%C3%A7%C3%A3o+judicial%3B+IBDFAM+participar%C3%A1+como+amicus+curiae>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (2015). Lei nº 13.105, de 16 de maio de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Recurso 2010.01.1.064251-3. Relator: Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito. **DJDFTE**. Brasília, 08 out. 2010. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família**. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. **O Novo Divórcio no Brasil**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões**. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/16969/a-nova-emenda-do-divorcio>. Acesso em: 14 dez. 2020.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio: alteração constitucional e suas consequências**. 2010. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/629/novosite>. Acesso em: 14 dez. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Notícias STF. **STF decidirá sobre status jurídico da separação judicial após emenda constitucional de 2010**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413604&caixaBusca=N>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

Notícias STJ. **Quarta Turma define que separação judicial ainda é opção à disposição dos cônjuges.** 2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-03-22_08-43_Quarta-Turma-define-que-separacao-judicial-ainda-e-opcao-a-disposicao-dos-conjuges.aspx>. Acesso em: 14 dez. 2020.

PRETEL, Mariana Pretel e. **Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66.** 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/coluna/656/comentarios-acerca-da-emenda-constitucional-no-66>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

SANTOS, Luiz Cesar Rocha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010, o novo divórcio e o fim da separação judicial.** 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/a-emenda-constitucional-n-66-2010-o-novo-divorcio-e-o-fim-da-separacao-judicial/>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar.** 2010. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/648/novosite>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional “repristinar” a separação judicial no Brasil.** 2015. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/718/Argumentos+Constitucionais+pelo+Fim+da+Separa%C3%A7%C3%A3o+de+Direito>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Argumentos Constitucionais pelo Fim da Separação de Direito.** 2011. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/718/Argumentos+Constitucionais+pelo+Fim+da+Separa%C3%A7%C3%A3o+de+Direito>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5:** direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VELOSO, Zeno. **O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado.** 2010. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/661/novosite>. Acesso em: 14 dez. 2020.

CONSTITUTIONAL AMENDMENT 66/2010 AND THE PROCESS OF LEGAL SEPARATION: AN ANALYSIS ABOUT ITS CURRENT STATUS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

The present article has the goal of examining the repercussion caused by the constitutional amendment 66/2010 in the process of legal separation and, especially, of analyzing the doctrine and jurisprudence's views regarding this subject. It's investigated if this process has been extinct from the Brazilian legal system through the 66th amendment or if it is still part of the national legal system, while conclusions are drawn after observing compelling arguments from both opinions. Furthermore, the presence of legal separation in the spouses' lives is discussed, considering its dismissal as a legal requisite for the attainment of divorce. This article is based on the doctrine, scientific articles, and jurisprudence.

Keywords: Family law. Divorce. Legal separation.
Amendment 66/2010.

A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE INICIATIVA E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: REFLEXÕES SOBRE A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

Isabela Medeiros Gurgel de Faria¹

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar a Lei da Liberdade Econômica conforme os objetivos da República Federativa do Brasil e os ditames da justiça social. Inicialmente, examinam-se os ideais predominantes no Estado Liberal e no Estado Social, a fim de se entender como se dava o comércio durante diferentes períodos da história. Após, reflete-se sobre quais foram os valores escolhidos durante a Assembleia Nacional Constituinte para integrar a ordem econômica. Fazem-se, ainda, comentários sobre a Lei nº 13.874/19, que, ao prestigiar a iniciativa privada, torna-se lei interpretativa. Entende-se, ao fim, conforme a doutrina comercialista, que a atividade econômica deve ser feita de forma a compatibilizar liberdade de iniciativa e função social da empresa.

Palavras-chave: Lei da Liberdade Econômica. Liberdade de iniciativa. Ordem econômica

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
E-mail: bela_gurgel@hotmail.com

constitucional. Função social da empresa.
Justiça social.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, fruto da conversão da Medida Provisória nº 881, de abril do mesmo ano, institui, conforme seu artigo 1º, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Em meio a um contexto em que parte da sociedade alegava haver desestímulo ao empreendedorismo formal e ao investimento privado de alto custo e difícil acesso (OLIVEIRA, 2020, p. 195), decidiu-se estabelecer normas de proteção à livre iniciativa privada, com base na noção de que a intervenção estatal deve ser subsidiária e excepcional.

Ao estimular o empreendedorismo e evitar o abuso do poder regulatório, a Lei da Liberdade Econômica versa sobre importante matéria já garantida de forma expressa no texto constitucional, sem, no entanto, dar relevo a outros tópicos de destaque previstos na Carta Maior. Esta, ao instituir um Estado Social Democrático de Direito, pretende estabelecer no Brasil um regime capitalista em que há forte preocupação com o fornecimento de condições materiais a todos os membros da sociedade para que realizem seus projetos de vida.

Objetiva-se no presente artigo, primeiramente, apresentar como acontecia o comércio conforme noções relacionadas ao liberalismo e ao Estado Social e, assim, de como ele ocorre em um Estado Social Democrático de Direito. Posteriormente, tecem-se considerações sobre a construção da ordem econômica na Constituição da República, refletindo-se sobre os conceitos de liberdade de iniciativa, justiça social e função social da empresa. Após esse exame, é possível entender qual foi a margem deixada pelo constituinte ao legislador para, finalmente, analisar o conteúdo da Lei da Liberdade Econômica.

2. COMÉRCIO: DA ORIGEM ATÉ O ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Desde a origem da humanidade, buscaram-se maneiras de suprir as necessidades humanas por bens e serviços. Originariamente, a produção de artigos úteis era feita pelas próprias pessoas que os desejavam em suas casas, e excedentes eram trocados com a comunidade (COELHO, 2013, p. 27). Essa situação persistiu da Idade Antiga até a Idade Média, época em que o sistema de organização econômica e social era o do feudalismo, baseado em laços de fidelidade e dependência.

Inovações técnicas, todavia, como a charrua e o rodízio de terras, permitiram o aumento da produção e, como consequência, o crescimento populacional, o que fez com que não se precisasse mais, em áreas agrícolas, de tantas mãos trabalhadoras (FRANCO JÚNIOR, 1986, p. 66). Nesse sentido, indivíduos deixaram o campo e passaram a se dedicar ao artesanato e às trocas, que aconteciam em feiras. Aos poucos, cidades foram se formando e a moeda passou a ser essencial para as atividades praticadas.

As trocas, assim, tornaram-se vendas realizadas por comerciantes, que começaram a se reunir em associações profissionais chamadas corporações de ofício, entidades burguesas que regulavam as normas entre os filiados, o que marcou o surgimento do direito comercial como um direito autônomo de classe e profissional (ASCARELLI, 1996, p. 91). Na mesma época emergia o capitalismo, modelo de livre mercado em que se entende, *a priori*, que cada um é livre para empreender ou para ofertar sua força de trabalho em troca de salário (FRAZÃO, 2020, p. 95).

O modelo capitalista se fortaleceu em meio ao regime absolutista na Idade Moderna, período em que os súditos, submetidos à ordem jurídica, estavam sujeitos a inúmeras obrigações, mas, sem segurança ou garantia, não tinham direitos fundamentais assegurados (SUNDFELD, 1997, p. 35), o que fazia com que vivessem a depender da sorte. Em meio a esse cenário, de miséria e injustiças, surgiu a doutrina

liberal, que incentivou a luta pela garantia de direitos fundamentais aos cidadãos e pela estipulação de limites ao soberano.

O foco do movimento foi o individualismo e a necessidade de o povo ser livre, tanto política quanto economicamente. O slogan liberalista *laissez faire, laissez passer* pregava a independência da vontade das pessoas em relação ao Estado, que, sem fim próprio, teria como objetivo apenas os múltiplos objetivos dos indivíduos, devendo atuar somente para organizar as relações interpessoais (MONCADA, 2003, p. 23). Assim, o Estado deveria, ao servir a população, interferir o mínimo possível na vida íntima de cada um e em áreas relacionadas à iniciativa privada, como economia e atividades empresariais.

Essas ideias impulsionaram duas grandes revoluções: a americana, iniciada em 1775, e a francesa, de 1789. Esta, com seu ideal de liberdade, igualdade e fraternidade², marcou a transição para a Idade Contemporânea. Naquele mesmo ano foi aprovada e votada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que previu, em sua cláusula XVI, que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

Dessa forma, surgiu um documento que passou a assegurar os valores mais caros à existência humana, tornando-se norma suprema do ordenamento jurídico, e inaugurou o Estado de Direito, em que deveriam ser assegurados direitos aos indivíduos. Um deles, muito valorizado à época, era o direito à propriedade, que, surgido em prol dos interesses da burguesia, era, por ser relacionado às ideias de segurança e liberdade, entendido como absoluto, sendo permitido que ocorressem abusos de

2 O princípio da fraternidade, assim como igualdade e liberdade, é categoria jurídica que surge no Brasil diretamente na Constituição, que, logo em seu preâmbulo, institui um Estado Democrático destinado a assegurar diversos valores supremos de uma “sociedade fraterna”. É uma exigência constitucional observar o princípio da fraternidade, o que ocorre quando direitos humanos são respeitados e quando se rechaça qualquer forma de preconceito. (FONSECA, 2019, pp. 45 e 92).

direito (GONÇALVES, 2012, p. 22). Assim, a doutrina liberal favorecia os empreendimentos dos burgueses, que não sofriam interferência do Estado.

Com o passar dos anos, percebeu-se que os excessos de direitos deveriam ser contidos. A existência de áreas reservadas unicamente à iniciativa privada, sem qualquer tipo de fomento ou regulação, acarretava conflitos que não eram resolvidos em meio à ausência de intervenção estatal. A preparação e as consequências das duas grandes guerras mundiais, na primeira metade do século XX, mostraram ao mundo que, em certos momentos, o alargamento das atribuições do Estado é necessário (FARIA, 2009, p. 39), principalmente em meio às necessidades da população, que, naquele momento, eram evidentes.

Percebeu-se, portanto, que a busca pelo autointeresse burguês não culminava em harmonia social: como a distribuição dos recursos era feita desigualmente, apenas pequena parte da sociedade podia perseguir seus projetos de vida, enquanto outros não conseguiam realizar seus desejos (FRAZÃO, 2020, p. 102). E não há liberdade até que todos os cidadãos tenham assegurado o necessário para gozar de uma vida digna, conceber seus próprios desígnios, decidir seus propósitos, quais projetos de vida pretendem construir e, após isso, quais consequências estão dispostos a sofrer de forma independente e autônoma (ÁVILA, 2019, pp. 11 e 12). Nesse sentido, a liberdade que se buscava ser assegurada pela doutrina liberal não pode ser desconectada da justiça social. Surgia, assim, o Estado Social, época em que o comércio era pautado por intensa interferência do Estado, que atuava de forma positiva para garantir condições básicas aos indivíduos.

É com o surgimento do Estado Social Democrático de Direito, tal como existe no Brasil, que se pretende, ao compatibilizar ideais liberais e sociais, assegurar aos indivíduos que, com direitos garantidos, possam exercer sua liberdade. Em nome da justiça social, assim, é importante que haja intervenção estatal nas relações de trabalho, no auxílio aos mais pobres, nos contratos, a fim de equilibrar relações desiguais, na imposição de limites à liberdade contratual e na obrigatoriedade à educação

(FRAZÃO, 2020, p. 96). A despeito de essas garantias, à primeira vista, parecerem limitações à liberdade, são elas que permitem que, ao fim, todos consigam exercê-la. Estariam todas pessoas, finalmente, livres para escolher empreender ou ofertar sua força de trabalho na sociedade?

3. A COMPATIBILIDADE ENTRE A LIBERDADE DE INICIATIVA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, temas relacionados à economia foram alvo de bastante polêmica. Havia grupos mais conservadores, pautados pelo liberalismo econômico, e outros progressistas, com ideias intervencionistas e sociais. Nenhum deles conseguiu, todavia, impor suas preferências de maneira absoluta. A despeito de não fazer uma escolha cerrada em favor do liberalismo econômico nem do amplo intervencionismo estatal na economia, é sabido que a Constituição Federal, ao instituir um Estado Social Democrático de Direito no Brasil, implantou um regime capitalista que rejeita a apropriação estatal ou coletiva dos meios de produção, assim como um modelo de economia planificada. Apresenta, pois, normas de caráter liberal (SARMENTO, 2020, p. 158).

Nesse sentido, um dos requisitos para a existência do capitalismo é a liberdade de iniciativa, que, existente e defendida no Brasil, compreende não só a liberdade de empresa, como também a contratual, a de trabalho, de associação e de organização do processo produtivo (BERCOVICI, 2020, p. 127). Debruça-se, aqui, sobre a liberdade de empresa, entendendo-se que empresa é uma atividade, um empreendimento, desenvolvido pelo empresário, isto é, por quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

É conforme a liberdade de empresa que se entende que é o lucro o principal fator de motivação da iniciativa privada. Há quem entenda que o objetivo das empresas em uma sociedade se limita a atender de

forma eficiente os interesses dos sócios, maximizando seu retorno financeiro. Percebe-se, por outro lado, que é o incentivo ao lucro que, ao atender às expectativas dos comerciantes, propicia à sociedade bens e serviços, satisfazendo suas necessidades e gerando trabalho, tributos e desenvolvimento. A iniciativa privada, em um país de economia de mercado, como o Brasil, atende consumidores, gera imposto, renda e desenvolvimento (COELHO, 2012).

Nesse sentido, a obtenção do lucro pode ir muito além do atendimento dos interesses dos sócios. É possível que uma empresa beneficie a sociedade como um todo, promovendo o bem-estar dos afetados pela atividade da empresa, como fornecedores, consumidores e empregados, e também de terceiros, como beneficiários do meio ambiente e comunidades locais (KRAAKMAN, 2018, p. 68 e 69). Dessa forma, a empresa, junto ao Estado, pode proteger as condições de trabalho, produzir bens e serviços de interesse coletivo, solucionar conflitos que atingem empregados e trabalhadores e proteger o mercado contra práticas anticoncorrenciais (LAMY FILHO, 2007, p. 215). Ultrapassa-se a esfera privada dos sócios e, como consequência, mostra-se que está presente no desenvolvimento de uma empresa o interesse público.

Para que isso efetivamente aconteça, assentou-se, durante a Constituinte, que o regime capitalista instaurado no Brasil deveria ser fortemente preocupado com o social, isto é, atribuiu-se ao Poder Público legitimidade material para a implementação de medidas necessárias à satisfação de necessidades gerais (MENDES, 2020, p. 33). Foi nesse contexto em que foram enunciados os princípios da ordem econômica constitucional:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Entende-se, da leitura, que o fim da ordem econômica é garantir a todos a dignidade da pessoa humana, que, como núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, deve ser um objetivo tanto de setores públicos quanto dos privados (GRAU, 2006, pp. 196 e 197), o que acontece conforme a justiça social. Esta, por sua vez, só pode ser entendida quando se levam em consideração os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, enunciados no art. 3º da Carta Maior.

Para tanto, deve ser garantida a construção de uma sociedade que seja materialmente livre, justa e solidária por meio de prestações positivas à sociedade, ou seja, de políticas públicas. Ademais, deve-se erradicar a pobreza e reduzir a desigualdade, revertendo o subdesenvolvimento para promover o bem de todos, sem exceção. É ainda papel do Estado garantir o desenvolvimento nacional, o que se distingue de mero crescimento: enquanto este é quantitativo, aquele envolve a elevação do nível econômico e cultural-intelectual de uma comunidade, além de um processo contínuo e intermitente de mobilidade social (GRAU, 2006, pp. 216 e 217). Nessa perspectiva, mesmo em países em que se observa alto crescimento econômico, há movimentos sociais que revelam insatisfação em momentos em que a liberdade econômica não anda juntamente a critérios de justiça social, o que deve ser evitado (FRAZÃO, 2020, p. 90).

Além disso, é conforme os art. 2º, IV e 170 da Constituição da República que se interpretam de forma conjunta os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho, a fim de que aquele tenha um enfoque não

somente individualista, mas também social. É, assim, essencial conciliar os interesses dos titulares do capital e do trabalho, os quais também devem ter liberdade de reivindicar comportamentos e de ter acesso aos seus desígnios.

Para que o previsto na Constituição da República seja efetivamente garantido, é preciso que a livre iniciativa seja relativizada, o que acontece quando sofre limitação em razão de medidas legítimas adotadas pelo Estado³, as quais podem se relacionar à reserva de setores privativos de atuação estatal, como serviços públicos e monopólios estatais, à iniciativa econômica pública, ao poder de polícia, ao controle de preços, à legislação regulamentadora e à proteção à concorrência, ao meio ambiente, ao consumidor e aos trabalhadores (BERCOVICI, 2020, p. 127).

Outro de seus limites é um princípio constitucional, geral e implícito, decorrente da ordem econômica constitucional e da função social da propriedade: a função social da empresa. Para Comparato (1986, p. 75), o conceito de função relaciona-se à vinculação de um objeto a um certo objetivo; função social, assim, associa-se a interesse coletivo. Surgem, pois, deveres positivos ao proprietário em nome do interesse público, fazendo com que seu próprio interesse não seja mais o único a ser considerado nessa situação.

Dessa maneira, quem controla uma empresa, ao exercer seu poder de organizar, dirigir e planejar uma entidade empresarial, deve harmonizar os interesses da atividade e dos sócios com o da coletividade, o que ocorre quando se observa uma ordem econômica e social que é fundada conforme o planejamento democrático e que promove o bem comum (COMPARATO, 1986, p. 78), tal como acontece no Brasil. Orientadas pelo Estado, que reprime abusos do poder econômico e concilia os interesses dos titulares do capital e do trabalho, empresas

3 Por outro lado, empresas devem ser sempre protegidas contra arbitrariedades cometidas pelo Estado, a fim de que o conteúdo da livre iniciativa não seja esvaziado.

devem se desenvolver visando o lucro e, ao mesmo tempo, empregando indivíduos e assegurando a eles vida digna, a fim de promover justiça social.

A função social da empresa, que compreende uma dimensão passiva, referente a limitações e abstenções, e uma dimensão ativa, relacionada a deveres positivos e obrigações, tem o papel de assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o direito de todos os indivíduos de realizar seus respectivos projetos de vida (FRAZÃO, 2009, pp. 19 e 24). Ela não pode, contudo, publicizar a atividade empresarial, ou seja, os interesses privados devem ser igualmente reconhecidos, de forma a assegurar a livre iniciativa. Em um Estado Democrático de Direito, destarte, função social da empresa e livre iniciativa não são antagônicas, mas sim complementares e justificativas à atividade empresarial.

4. A PROMULGAÇÃO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

O objetivo da Assembleia Nacional Constituinte, ao estabelecer a ordem econômica constitucional, era o de buscar ponderação entre livre iniciativa e justiça social. Não foi apresentada, todavia, uma fórmula exata para a intervenção estatal nas atividades econômicas, deixando aberto um espaço para que o povo escolha seus próprios caminhos e para que os governos eleitos ajam em prol dos princípios democráticos (SARMENTO, 2020, pp. 157 e 158). Em resumo, prevalecem as decisões dos representantes do povo, desde que dentro da moldura estabelecida pela Constituição da República.

Sendo assim, é perfeitamente válido que seja elaborada uma lei que desburocratize e destrave a economia, a fim de prestigiar o empreendedorismo e valorizar o princípio da livre iniciativa, tal como é a Lei da Liberdade Econômica. Esta, fruto da conversão da Medida

Provisória nº 881⁴, estabelece garantias de livre mercado e normas gerais sobre liberdade econômica, além de regras específicas sobre temas determinados, entendendo que o Estado é agente normativo e regulador, o que, a princípio, não gera qualquer óbice.

Por outro lado, um dos princípios nucleares da lei, previsto em seu art. 2º, III, é o da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício das atividades econômicas, o que, tendo em vista que a Lei nº 13.874/2019 é um guia à interpretação e à aplicação de normas jurídicas em diversos campos do direito (BERCOVICI, 2020, p. 148), como direitos civil, empresarial, urbanístico, econômico, ambiental e do trabalho, pode ser um problema.

De fato, a intervenção estatal na economia, quando direta, isto é, quando o Estado atua como empresário, deve ser excepcional, tal como previsto no art. 173 da Constituição, conforme o qual “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. Entretanto, a intervenção estatal indireta, que ocorre por meio de regulação, fomento, poder de polícia e prestação de serviços públicos, é necessária e deve ser feita de maneira ininterrupta e constante (SARMENTO, 2020, p. 162).

Nessa diretriz, a lei, quando interpretada a fim de que haja um estado mínimo, que se abstém de intervir em relações sociais e econômicas, é problemática. Não se pode esquecer que a realidade brasileira é diferente da de países ricos e desenvolvidos, visto que aqui grande parte da sociedade vive em situação de pobreza e sofre com falta de instrução. No Brasil, é comum que cidadãos tenham que ofertar

4 Juristas destacam objeções quanto à natureza formal da lei, primeiramente quanto à legitimidade constitucional da adoção de medida provisória, por entenderem que não havia, no momento, relevância e urgência, e em segundo lugar quanto ao esquema federativo, pois a compreensão é a de que houve ofensa ao esquema de distribuições constitucional (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, p. 212).

sua força de trabalho por baixíssimos preços, o que mostra ser falacioso o argumento de que livres mercados possibilitam, por si sós, que cada um utilize sua liberdade para empreender ou para ofertar sua força de trabalho, conforme seus próprios desígnios (FRAZÃO, 2020, p. 99). É fundamental que o Estado aja garantindo a todos condições básicas de vida, a fim de que isso seja possível.

A liberdade de iniciativa, longe de ser absoluta, deve ser relativizada em razão de medidas adotadas pelo Estado de forma legítima, como a garantia de direitos fundamentais e da igualdade material, a proteção ao meio ambiente e o combate à pobreza. A despeito de, como já mencionado, ser importante uma lei que estimule o empreendedorismo e garanta liberdade de iniciativa, esta não pode ser interpretada de forma isolada: é preciso condicionar os detentores de privilégios e de poder econômico à conformidade com o interesse coletivo.

Quando se protege a liberdade de iniciativa sem menção à justiça social ou às garantias previstas pela Constituição em nome do interesse público, abre-se espaço para que seja visado crescimento econômico, meramente quantitativo, em detrimento de um desenvolvimento qualitativo, que eleva o nível econômico e intelectual da sociedade como um todo. É o que parece ocorrer com a Lei nº 13.874/2019: juristas entendem que ela faz uma leitura hostil à proteção ambiental em prol das liberdades econômicas, o que desrespeita o princípio da proibição do retrocesso ecológico e apresenta caráter retrocessivo (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, pp. 214 e 231), e que apresenta uma “minirreforma trabalhista”, que muito interfere em aspecto das normas de proteção laboral (PORTO, 2020, p. 248).

Nesse sentido, é importante que a lei, que evita “o abuso do poder regulatório” e apresenta como seus princípios “a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas” e “o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado” – o que, ratifica-se, a princípio não gera qualquer óbice –, não seja entendida como pressuposto para que surja, no Brasil, a supremacia dos livres mercados, a confusão entre desburocratizar e desregular e um crescimento econômico injusto (FRAZÃO, 2020, p. 90). Sua leitura deve ser feita, portanto, sempre com

base na Constituição Federal e na predominância do interesse público sobre o privado.

CONCLUSÕES

A Constituição Federal consagrou como importantes valores tanto a liberdade de iniciativa, relacionada a empreendedorismo, individualidade e consagração de projetos de vida, quanto a justiça social, a qual, por sua vez, é ligada a conceitos como proteção do trabalhador, do consumidor e do meio ambiente e redução de desigualdades. Entendendo-se interesse público como interesse geral da sociedade que, elevado a uma categoria especial pela Constituição da República e pela lei, realiza direitos fundamentais (FURTADO, 2016, pp. 71 e 72), liberdade de iniciativa e justiça social, ambos, são interesse público.

A Medida Provisória nº 881, posteriormente convertida na Lei da Liberdade Econômica, prestigia, conforme a abertura deixada pela constituinte ao legislador e o princípio democrático, um desses valores constitucionais, ou seja, a livre iniciativa, tornando-se uma lei interpretativa. Primeiramente, é questionável a existência dessa norma como um parâmetro interpretativo a juízes quanto a decisões que envolvam o livre exercício da atividade econômica, tendo em vista que a Constituição da República, por si só, já cumpre com excelência tal papel. É, ademais, problemático que nela não se valorizem outros tão importantes princípios consagrados pela Carta Maior, os quais merecem igual atenção.

Em razão disso, foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.156, que alega, quanto à inconstitucionalidade material da MP nº 881⁵, entre outros aspectos, a inviabilidade de ser uma

5 A ação, ajuizada em julho de 2019, pedia a declaração da inconstitucionalidade de dispositivos da MP nº 881.

lei interpretativa, a violação aos artigos 173 e 174 da Constituição Federal e a tentativa de mitigação da autonomia do Poder Judiciário. Ainda que não se saiba como e quando será o julgamento, é essencial que nele se leve em consideração que toda empresa tem uma função social a ser cumprida.

A despeito de ser imprescindível que se objetive satisfazer os interesses dos sócios através do lucro, este não pode ser o único fim visado em uma empresa. Toda sua atuação deve levar em consideração o interesse público, harmonizando-o com o da própria atividade empresarial⁶, a fim de se promover desenvolvimento e emprego. Sendo assim, a garantia de um padrão mínimo de riqueza e dos benefícios da atividade econômica, principalmente em um país como o Brasil, “onde a pobreza e a miséria impedem parte substancial da sociedade de ter o legítimo direito à autonomia” (FRAZÃO, 2009, p. 29), permite a compatibilização entre função social da empresa e livre iniciativa, o que é de extrema importância e deve ser observado durante a interpretação de todas as leis.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Tradução: Fábio Konder Comparato. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 103, pp. 87-103, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019). *In*: SALOMÃO,

6 O interesse de uma empresa vai muito além da mera soma dos interesses dos sócios, abrangendo, principalmente se for uma companhia, também o interesse público.

Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 123-152, 2020.

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

_____. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 63, pp. 71-79, 1986.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A intervenção estatal sobre a economia e a crise de 2008. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 47, pp. 37-50, out./dez. 2009.

FONSECA, Reinaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **O feudalismo**. 4. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 89-121, 2020.

_____. A função social da empresa na Constituição de 1988. *In*: **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília: Gran Cursos, pp. 11-42, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KRAAKMAN, Reiner *et al.* **A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional**. Tradução de Mariana Pargendler. 1. ed. São Paulo: Editora Singular, 2018.

LAMY FILHO, Alfredo. **Temas de S.A.: Exposições e Pareceres**, 1. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Liberdade econômica e alienação de empresas estatais: reflexões a partir do julgamento da ADI nº 5.624. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 33-45, 2020.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei da Liberdade Econômica: constitucionalidade. Apontamentos acerca da constitucionalidade material da lei n. 13.874/2019. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 181-210, 2020.

PORTO, Noemia. Liberdade econômica e liberdade no trabalho: uma urgente discussão constitucional. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 247-266, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A proibição do retrocesso ecológico e a nova lei das liberdades econômicas – algumas aproximações. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 211-233, 2020.

SARMENTO, Daniel. Pode ser subsidiária e excepcional a intervenção do Estado sobre o exercício das atividades econômicas? O art. 2º, III, da Lei nº 13.874/19 e a Constituição. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 153-167, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

THE ESSENCIAL COMPATIBILITY BETWEEN FREEDOM OF INITIATIVE AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: REFLECTIONS ABOUT BRAZILIAN ECONOMIC FREEDOM ACT

ABSTRACT

This article aims to analyze the Economic Freedom Act according to the objectives of the

Federative Republic of Brazil and the dictates of social justice. Initially, the ideals of the Liberal State and of the Social State are examined, in order to understand how commerce happened during different periods of history. Afterwards, it reflects on what values were chosen during the National Constituent Assembly to integrate the economic order. Then, the Brazilian Law 13.874/19, which is an interpretative law and gives prestige to the private sector, is analyzed. In the end, it is understood, according to the commercial doctrine, that economic activity must be carried out in a way that makes freedom of initiative compatible with corporate social responsibility.

Keywords: Brazilian Economic Freedom Act. Freedom of initiative. Constitutional economic order. Corporate social responsibility. Social justice.

A POSSIBILIDADE DE CONDICIONAMENTO DA TRAMITAÇÃO DE DEMANDAS CÍVEIS E CONSUMERISTAS À TENTATIVA DE AUTOCOMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL

Júlia Suzart de Freitas¹

RESUMO

Este artigo tem por objeto o direito de ação no atual contexto normativo brasileiro. Tenciona analisar a possibilidade de condicionamento da garantia constitucional de postular em juízo, em razão do desenho do sistema estatal de tratamento de conflitos, que reconhece a multiplicidade de meios idôneos a promover a pacificação social, priorizando a autocomposição. Para colimar esse objetivo, empreendeu pesquisa jurídico-exploratória e bibliográfica, fazendo uso da metodologia hipotético-dedutiva. A partir da vertente “necessidade” do interesse de agir e da percepção de que a tutela jurisdicional deve ser considerada *ultima ratio* na busca pela composição dos conflitos, conclui ser viável a suspensão do processo para determinar a tentativa de solução extrajudicial da controvérsia, nos casos em que as petições iniciais de ações cíveis ou de

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
E-mail: juliasuzartf@gmail.com

consumo não demonstram que outro meio foi buscado antes de se recorrer ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direito de ação. Justiça multiportas. Autocomposição. Interesse de agir.

1. INTRODUÇÃO

Objetivando averiguar a possibilidade de condicionamento da tramitação de ações cíveis e consumeristas à tentativa de resolução extrajudicial da controvérsia, o presente trabalho se debruça sobre a atual roupagem do direito de ação, considerando a noção de justiça multiportas e o princípio de estímulo à autocomposição, ambos presentes no Código de Processo Civil (CPC). Sustenta-se a hipótese de que tal limitação se coaduna com a política vigente de tratamento adequado dos conflitos, inaugurada formalmente pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Para atingir tais fins, empregou-se metodologia hipotético-dedutiva, em pesquisa teórica, exploratória, bibliográfica e documental, no bojo da qual foram consultados textos doutrinários e decisões judiciais.

Inicialmente, assentam-se as premissas teóricas necessárias ao desenvolvimento do tema proposto. Assim, dedica-se o primeiro tópico ao acesso à justiça, tratando tanto do direito à jurisdição, como dos equivalentes jurisdicionais, com enfoque para os meios de autocomposição. Na sequência, o interesse de agir passa a ser objeto de breves considerações. Ao cabo, versa-se propriamente sobre a imposição de prévio intento conciliatório como requisito para a tramitação de demandas originadas de relações de consumo ou cíveis.

2. DO ACESSO À JUSTIÇA

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF/88) estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Eis o enunciado constitucional de que se extrai o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual possibilita aos indivíduos buscar a materialização de seus direitos através da tutela jurisdicional. A redação do referido dispositivo enseja a feitura de três observações.

Inicialmente, tem-se que, apesar de o aludido artigo utilizar o vocábulo “lei”, a vedação que impõe se dirige não só ao legislador, mas a qualquer tentativa de restrição indevida do direito de ação, seja por lei, seja por ato administrativo (SOUZA, 2011, p. 166). Apenas o processamento e julgamento de crimes de responsabilidade cometidos por altas autoridades públicas foram afastados do espectro de atuação do Judiciário, pela própria Constituição, a qual incumbiu o Senado Federal dessas funções². Além disso, o art. 217, §1º, da Carta Magna³ condicionou a apreciação judicial das questões desportivas ao prévio esgotamento da discussão no âmbito da justiça desportiva⁴.

2 (CF/88) “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”.

3 “Art. 217, § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

4 Há ainda uma série de discussões sobre a judicialização dos “atos políticos”, das políticas públicas, dos atos *interna corporis* e do mérito administrativo (SOUZA 2011, p. 224-225).

Aponte-se, na sequência, que o uso do termo “lesão ou ameaça a direito” erigiu a patamar constitucional não só a tutela reparatória, dirigida à reparação de dano já consumado, mas também a tutela inibitória, que visa impedir a prática, reiteração ou continuação de ato ilícito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 836-837), ampliando o âmbito de atuação dos órgãos jurisdicionais. Por fim, indique-se que o emprego não adjetivado da palavra “direito” significa uma dilatação ainda maior do perímetro de questões judicializáveis, uma vez que permite a dedução em juízo de situações jurídicas das mais diversas naturezas: direitos a uma prestação ou potestativos, individuais ou coletivos, simples ou complexos (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 198).

O texto normativo em comento foi reproduzido, com algumas alterações, no art. 3º, *caput*, do CPC, *ipsis litteris*: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Semelhante enunciado, a uma, reforça a ideia de que, se a Constituição proíbe o legislador de restringir injustificadamente o acesso à justiça, também é defeso que o faça qualquer outro agente estatal ou particular. A duas, harmoniza-se com a tese de que a arbitragem possui natureza jurisdicional, uma vez que não se refere apenas ao Poder Judiciário, mas sim à “apreciação jurisdicional”, que pode ser empreendida pelo Estado-juiz ou por árbitros. Pontue-se também que a inafastabilidade da jurisdição é qualificada como norma fundamental do processo civil, servindo, portanto, à estruturação e à interpretação de todo o sistema processual civil brasileiro (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 86-87).

2.1 O direito à tutela jurisdicional

Do princípio da inafastabilidade da jurisdição decorre o direito de acesso à justiça, o qual se revela como imperativo lógico da força normativa da ordem jurídica, uma vez que a previsão de um direito pelo ordenamento implica a pretensão à sua proteção efetiva (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 837). Isso porque, ao se conceder certo direito a um indivíduo ou a um grupo de cidadãos, intenciona-

se que a previsão abstrata da norma transcenda o plano jurídico, concretizando-se na realidade fática. Não ocorrendo tal projeção de forma espontânea, instaura-se tensão social, cuja dissolução deve ser viabilizada por aquele que enuncia as garantias violadas e monopoliza o exercício da heterocomposição de conflitos⁵: o Estado, que buscará apaziguar a situação através do processo jurisdicional.

Tendo em vista ser possível ocorrerem transgressões aos preceitos normativos, a mera declaração da titularidade de situações jurídicas ativas seria desprovida de sentido se inexistissem mecanismos aptos a assegurá-las (CAPPELLETTI, 1988, p. 11-12). Assim, o direito à tutela jurisdicional se destaca como fundamental, não apenas em sentido formal – já que positivado no art. 5º da CF/88 –, mas, sobretudo, em perspectiva material, pois, como ensina Wilson Alves de Souza (2011, p. 84), é garantia da qual dependem todos os outros direitos.

Note-se que a inserção do direito à jurisdição no rol de direitos fundamentais constitucionais e no elenco de normas fundamentais do processo civil não visa garantir ao cidadão uma prestação qualquer, mas sim uma tutela jurisdicional qualificada pelos atributos do devido processo legal, tendo em vista a noção de “processo civil de resultados”, a qual evidencia a finalidade da atividade processual: propiciar ao jurisdicionado o bem da vida que foi ou está na iminência de ser lesado (DINAMARCO, 2002, p. 108). Nesse sentido, deve o acesso à justiça se caracterizar pela adequação ao direito material alegado, pela tempestividade e pela efetividade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 826).

Importa assinalar ainda que o direito de ação não se adstringe à mera possibilidade de ingressar em juízo (DINAMARCO, 2002, p. 115), mas se traduz num complexo de situações jurídicas exercidas tanto antes, como durante a tramitação do processo (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 217),

5 Pode-se dizer, em certa medida, que o Estado monopoliza o exercício da jurisdição, pois ou exercerá esse poder, por meio do Judiciário, ou autorizará terceiro a fazê-lo, no caso da arbitragem.

revelando caráter dinâmico (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 198). De fato, mesmo antes de propor a demanda, o cidadão tem possibilitada uma série de faculdades: escolher o procedimento (especial ou comum, por exemplo, nas situações em que é cabível mandado de segurança ou em que a ação pode ser apreciada pelos Juizados Especiais e pela Justiça Comum); exercitar o *forum shopping* quando existem foros concorrentemente competentes; e provocar a atividade jurisdicional, dando início à complexa relação jurídica processual (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 340). Já como exemplos de situações jurídicas processuais, podem ser mencionados os direitos de ser citado, de produzir provas, de recorrer, dentre outros.

2.2 Acesso à justiça x acesso ao Judiciário: a justiça multiportas

Do exposto acima, percebe-se a indiscutível relevância que possui a jurisdição para a promoção da pacificação social⁶. Não se pode olvidar, contudo, que existem outras formas de resolução compositiva de conflitos jurídicos⁷, cuja utilização passou a ser especialmente incentivada no plano internacional, a partir da década de 70 (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 214): trata-se dos denominados equivalentes

6 Não obstante o presente artigo focar o exercício jurisdicional voltado para dirimir ou para evitar conflitos, não se ignora que outras situações concretas podem ser objeto dessa atividade, como a definição de tese jurídica (v.g. em julgamento de IRDR) e hipóteses relacionadas a apenas um indivíduo (como o pedido de naturalização etc.), dentre outros exemplos (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 199).

7 As formas compositivas de solucionar tensões sociais juridicamente relevantes seriam aquelas em que se constrói um regramento para dirimir o conflito (DINAMARCO, 2002, p. 121). Além delas, há a autotutela, na qual um indivíduo impõe sua vontade em detrimento do interesse do outro conflitante. Cuida-se de meio usualmente vedado pelo ordenamento jurídico, apenas sendo lícito em casos muito específicos, como no desforço incontinenti (art.1.210 do Código Civil) e na legítima defesa (art. 25 do Código Penal).

jurisdicionais. Este termo remete à identidade de objetivos e de utilidade social que existe entre tais meios e a tutela jurisdicional, já que todos têm por finalidade apaziguar conflitos e conduzir a uma ordem jurídica justa (DINAMARCO, 2002, p. 122).

Os mecanismos de composição não jurisdicional podem ser divididos em duas categorias, quais sejam a dos autocompositivos e a dos heterocompositivos. São exemplos da última os tribunais administrativos, como os Tribunais de Contas; a avaliação imparcial de terceiro, na qual agente externo ao conflito avaliará a situação como se juiz fosse, mas sem proferir decisão vinculativa, já que não é investido de jurisdição; e os *dispute boards*, que consistem numa junta de profissionais eleita pelas partes para resolver tensões eventualmente verificadas durante a execução de contrato (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 201). Quanto à autocomposição, serão tecidas breves considerações na subseção *infra*.

A partir dessa concepção de multiplicidade de meios idôneos a solucionar conflitos, é que se fala em justiça multiportas, ilustrada pela figura de um sistema encarregado da promoção de justiça composto por múltiplas portas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 168), que, não obstante serem diversas, são aptas ao mesmo fim, qual seja, a resolução justa das contendas sociais. Pode-se, portanto, distinguir “acesso à justiça” de “acesso ao Judiciário”, considerando-se este como um meio, dentre vários, de atingir aquele. É dizer: a justiça pode ser alcançada não apenas pela via jurisdicional, mas também por meios outros, devendo-se buscar, em cada caso, a forma mais adequada para a composição do tipo de conflito em questão, excepcionadas as hipóteses de jurisdição necessária. Nestas, é imprescindível recorrer ao Judiciário para que os efeitos jurídicos almejados pelas partes sejam produzidos (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 226)⁸.

8 Por exemplo, o caso de inventário em que há herdeiro menor, por determinação do art. 610, caput, do CPC: “Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial”.

Semelhante postura não denota desvalorização da tutela judicial, mas revela a compreensão de que, muito frequentemente, há outros meios, mais adequados para solucionar a questão, que devem ser preferidos pelas partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 168). Com efeito, a jurisdição tem papel insubstituível num Estado Democrático de Direito, pois é a única forma de composição que detém os atributos da inafastabilidade, insuscetibilidade de controle externo e imperatividade (DINAMARCO, 2002, p. 118; DIDIER JUNIOR, 2019, p. 189). O que a ideia de justiça multiportas traduz, portanto, não é a prescindibilidade da tutela jurisdicional do Estado, mas a noção de que existem vias plúrimas para realizar os fins colimados pela atividade judiciária.

2.3 Notas sobre a autocomposição

A autocomposição diz respeito à resolução autônoma do conflito pelas partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 197), em que um dos contendores abdica total ou parcialmente de seu interesse, em favor do outro (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 203). A “solução altruísta do litígio” pode se operar de formas variadas – com ou sem o auxílio de terceiro, de forma endo ou extraprocessual – e é gênero que abarca duas espécies: transação e submissão. Enquanto, na primeira, os indivíduos realizam concessões mútuas para alcançar um acordo, na segunda, um sujeito se submete inteiramente à pretensão do outro, declinando sua vontade (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 203). Quando operada em juízo, pelo autor, a submissão é chamada de renúncia (art. 487, III, c, CPC). Sendo de iniciativa do réu, denomina-se reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, a, CPC).

Já as formas autocompositivas nas quais há a participação de terceiro são a conciliação e a mediação, que podem ocorrer tanto extraprocessualmente, como no bojo de ação judicial. O conciliador e o mediador não decidem qual o desfecho da contenda, mas atuam

como catalisadores da busca das partes pelo consenso; estas é que irão solucionar o conflito (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 326).

Até a entrada em vigor do CPC/2015, a Resolução n° 125/2010 do CNJ era a mais importante fonte normativa sobre mediação e conciliação, no âmbito nacional. O novo código dedica uma seção⁹ para a matéria: prevê a instituição de centros judiciários de solução consensual de conflitos junto aos tribunais (art. 165, *caput*), sinaliza diferenciação entre as figuras do conciliador (art. 165, §2º) e do mediador (art. 165, §3º), indica os princípios regentes das atividades de ambos (art. 166), dentre outros aspectos. Mencione-se ainda a Lei n° 13.140/2015, que dispõe especificamente sobre a mediação, além de disciplinar a autocomposição na seara da Administração Pública.

Ademais, importa citar os métodos de resolução de disputas online (*online dispute resolution* – ODR), que, de forma simplória, podem ser definidos como sistemas virtuais que permitem às partes evitar e solucionar conflitos remotamente, por vias auto ou heterocompositivas. A ideia de ODR surgiu no contexto do *e-commerce*, como forma de prevenir e solucionar atritos que poderiam afetar a confiança do consumidor no sistema de comércio eletrônico (PARO; MARQUES; DUARTE, 2020, p. 283), mas se alastrou, não mais se adstringindo às relações de consumo ou à iniciativa privada.

A título de exemplo, mencione-se a plataforma “consumidor.gov.br”, desenvolvida pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), do Ministério da Justiça, com o fito de viabilizar a comunicação direta entre consumidor e fornecedor, a fim de que dirimam eventual confronto (PARO; MARQUES; DUARTE, 2020, p.

9 Seção V “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais”, constante do Capítulo III “Dos Auxiliares da Justiça”, no Título IV “Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça” do Livro III “Dos Sujeitos do Processo”.

299). Em suma, entende-se que tais mecanismos são importantes aliados para a promoção da autocomposição extraprocessual.

Vários são os benefícios advindos da resolução consensual das contendas. Mais do que alijar o congestionamento do Poder Judiciário e reduzir dispêndios com custas judiciais, perícias, honorários advocatícios, dentre outros, tal formato estimula o exercício da cidadania e reforça o caráter democrático do exercício do poder, já que os próprios interessados construirão, conjuntamente, a “decisão” do caso (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 323).

Disso decorre outra vantagem, qual seja, o afastamento da ideia de que a questão controvertida consiste numa batalha, cujo fim se opera por meio da declaração judicial de um dos litigantes como vencedor e do outro como perdedor (CAPPELLETTI, 1988, p. 84): de uma visão antagônica, passa-se a uma percepção de cooperação entre as partes, que convertem o dissenso em consenso. Não bastasse, a autocomposição se mostra, muitas vezes, como meio mais adequado para restaurar relações prolongadas, como as familiares e as societárias, em detrimento da via judicial, cuja dicotomização “autor X réu” pode amplificar as tensões e os desconfortos já instalados.

A noção de justiça multiportas foi encampada pelo CPC, que, dentre o rol de normas fundamentais do processo civil, inclui, no §2º do art. 3º, a previsão de que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Em adição, determina o §3º do citado dispositivo que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Assim, a Lei Processual passou a considerar a judicialização não como alternativa prioritária para dirimir as tensões jurídicas, mas sim como *ultima ratio*, privilegiando a autocomposição (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 202. 219), além de outras expressões da autonomia da vontade dos litigantes, através, por exemplo, do alastramento das possibilidades de celebração de negócios jurídicos processuais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 189).

De fato, desde a supracitada Resolução nº 125/2010 do CNJ, instituiu-se, no Brasil, política pública em favor da solução

autocompositiva de litígios (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 323): a normativa instaurou a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que, nos termos de seu art. 1º, visa “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. Nessa toada, afirma Fredie Didier Jr (2019, p. 204) que se pode, até mesmo, defender “a existência de um princípio do estímulo estatal à solução por autocomposição” para os casos em que ela é adequada. Acrescenta o autor que tal norma orientaria toda a atividade estatal direcionada à resolução de conflitos jurídicos.

3. DO INTERESSE DE AGIR

O direito de acesso à justiça não pode ser exercido de modo qualquer, devendo o seu exercício observar o regramento do CPC e da legislação processual extravagante. Obviamente, não se trata, a princípio, de cerceamento da garantia constitucionalmente assegurada, mas sim de devida ordenação da complexa relação processual, que, como todo entrelace jurídico, deve possuir certos elementos subjetivos e objetivos, tanto para existir, como para ostentar validade que lhe permita produzir os efeitos pretendidos (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 369).

Nessa senda, a legislação estipula os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo (SOUZA, 2011, p. 167), denominados “pressupostos processuais”, dentre os quais se enquadra o interesse de agir, sobre o qual se passa a discorrer. Considerado pelo CPC/1973 como “condição da ação”¹⁰, o interesse processual é, atualmente, concebido como requisito de validade objetivo, extrínseco e positivo, o que importa entendê-lo como fato estranho ao processo que

10 A propósito, o art. 267, VI, da codificação anterior: “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

funciona como *conditio sine qua non* para a validade da instauração do ato complexo de formação sucessiva (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 422).

Não obstante o art. 17 do CPC/2015 dispor que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”, o elemento em comento é indispensável ao exercício de qualquer posição processual, e não só à propositura da demanda, como assinala Fredie Didier Jr (2019, p. 404). Ademais, dado o caráter dinâmico dos atos e das relações que compõem o processo, tem-se que o interesse necessário à prática de certa posição processual pode passar a existir, se antes era inexistente, ou desvanecer, caso estivesse presente, durante o deslinde do procedimento (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 404).

No que tange ao ato de demandar, o interesse de agir pode ser definido como a necessidade de requerer a prestação jurisdicional para obter uma utilidade que, de outro modo, não seria alcançável (BUENO, 2008, p. 366). Assim, congloba duas dimensões: utilidade e necessidade¹¹, cuja aferição da presença deve ser feita diante das circunstâncias do caso concreto (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 423).

O interesse-utilidade diz respeito à capacidade da tutela jurisdicional de promover a proteção do bem da vida que almeja o demandante (BUENO, 2008, p. 366). Se houver perda do objeto, porque, por exemplo, o réu, antes de ser citado em ação de cobrança, adimpliu o débito, inexistente utilidade no feito. Já o outro aspecto do interesse de agir considera, como premissa, a ideia de subsidiariedade da atividade jurisdicional para solucionar conflitos, a qual não se aplica aos casos de jurisdição necessária, como referido *supra*. Nesses, afirma Fredie Didier Jr (2019, p. 426), há presunção absoluta do interesse-necessidade, sendo dispensável, portanto, perquiri-lo.

A carência do interesse processual, quando averiguada já no recebimento da peça exordial, através das afirmações deduzidas pelo

11 Há quem considere também a adequação do procedimento como componente do interesse de agir.

autor (*in status assertionis*), pode conduzir ao indeferimento do libelo, nos termos do art. 330, III, do CPC¹². Sendo verificada em momento posterior, aplica-se o art. 485, VI, do Código de Ritos¹³, cujo efeito é a extinção do processo sem resolução do mérito.

4. DO CONDICIONAMENTO DA TRAMITAÇÃO DE AÇÃO À TENTATIVA DE SOLUÇÃO AUTOCOMPOSITIVA EM DEMANDAS CÍVEIS E CONSUMERISTAS

Tendo em vista os pressupostos conceituais acima elencados, indaga-se sobre a possibilidade de condicionamento da tramitação de demandas consumeristas ou cíveis¹⁴ à prévia tentativa extrajudicial de solução do conflito. A resposta a tal pergunta perpassa, preliminarmente, pela seguinte questão: é possível impor condições ao acesso à justiça?

Conforme já assinalado, a resposta é positiva. Assim como as demais garantias fundamentais, o direito à jurisdição tem seu conteúdo desenhado pela legislação, afinal, não cabe à Constituição delimitar o âmbito de proteção dos direitos que enuncia, mas sim à lei, abstratamente, e aos magistrados, *in concreto*. Desse modo, não obstante ser cláusula pétrea – fato que impede a abolição, e não a delimitação do direito –, pode o direito à jurisdição sofrer restrições de ordem infraconstitucional, desde que haja justificativa suficiente para tanto (DIDIER JUNIOR,

12 “Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:
III - o autor carecer de interesse processual”.

13 “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

14 A expressão “demandas cíveis”, neste artigo, refere-se às ações originadas de relações obrigacionais ou dirigidas à responsabilização civil do réu, sendo ao menos uma das partes pessoa física.

2019, p. 218) e que não se atente contra o núcleo essencial do direito (CHEQUER, 2017, p. 102).

Assentada essa premissa, entende-se ser não apenas razoável, mas também altamente recomendável e, até mesmo, devida, em regra, a exigência de tentativa de autocomposição como condição do ingresso com ação cível ou de consumo em juízo, por algumas razões. Primeiramente, considera-se que tal intento prévio se configura como pressuposto processual, pois inexistirá interesse-necessidade se, apesar de haver outros meios de solucionar o conflito extrajudicialmente, nenhum deles fora buscado antes da propositura da demanda. Desde já, esclareça-se que a posição ora defendida não é no sentido de condicionar a apreciação jurisdicional ao exaurimento das vias administrativas – essa, sim, postura incompatível com o direito de acesso à justiça –, mas tão somente à *tentativa* de composição entre as partes.

Consoante lição de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 117), a atividade jurisdicional tem caráter secundário em relação às pretensões que podem ser satisfeitas por vias outras, devendo ser buscada quando essas falham, e não antes de se ter intentado utilizá-las. A tutela jurisdicional há de ser encarada como *ultima ratio* para dissolução das controvérsias, e não como forma única ou primordial, ressalvadas as ações necessárias, casos de urgência e outras situações excepcionais. Imperativo, portanto, que o autor demonstre, na petição inicial, que não dispõe de outros mecanismos aptos a tutelar, de forma efetiva e tempestiva, o direito por ele alegado, seja por terem restado infrutíferas as tentativas de autocomposição – por não ter sido alcançado o consenso ou em razão de o requerido ter se absterido de responder em tempo razoável –, seja por a situação não comportar autocomposição, de modo que o ingresso em juízo se mostre indispensável para alcançar o fim colimado (PINTO, 2018, p. 39).

A aferição do interesse-necessidade, por conseguinte, possui importante função no sistema de justiça, uma vez que, ao afastar da apreciação jurisdicional as “demandas desnecessárias” (PINTO, 2018, p. 38), promove a racionalização e a otimização dos serviços judiciários.

Desse modo, *a contrario sensu*, exigir prévia tentativa de autocomposição não é indevida restrição ao direito de ação – como entende relevante doutrina (MARQUES, 2018, p. 3-4) –, mas sim meio favorável à sua melhor concretização, pois, contribuindo para descongestionar o Judiciário, tende a propiciar o incremento da qualidade das decisões judiciais, bem como a duração razoável e a efetividade dos processos para os quais a via judicial realmente é a mais adequada. Isso porque, sendo menor o número de processos pendentes, há condições que oportunizam a celeridade do íter processual e a análise mais atenciosa das peculiaridades dos casos em apreço por parte dos magistrados.

Não bastasse, tem-se que o estímulo às soluções consensuais é dever dos “juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, devendo ser promovidas sempre que possível, conforme determina o art. 3º, §§2º e 3º, do CPC. Ora, o que se propugna é justamente a concretização dessas normas fundamentais, alicerçando-se na noção de subsidiariedade da tutela judicial para apaziguar os conflitos, através da reserva da via jurisdicional para os casos em que não foi exitosa a tentativa de dissolução da controvérsia apartada do processo.

Tal medida, além dos benefícios já mencionados, possui viés pedagógico (PARO; MARQUES; DUARTE, 2020, p. 323), combativo da cultura da litigiosidade e da tendência à desmedida delegação da resolução de conflitos de interesse ao Judiciário (THEODORO JUNIOR *et al*, 2015, p. 214), que conduz o cidadão brasileiro a, até mesmo, ajuizar ações sem antes ter comunicado a causa de pedir ao adverso (GAJARDONI *et al*, 2019, p. 3). Ao se exigir que o autor, antes de ingressar em juízo, intente resolver a controvérsia diretamente com o possível réu, com ou sem o auxílio de terceiros, não apenas se estimula a autonomia dos jurisdicionados, movendo-os a buscar o consenso, mas também se oportuniza a percepção de que os membros da sociedade devem buscar a cooperação, e não a rivalidade.

Em adição, aponta Fernando da Fonseca Gajardoni (2020, p. 101) que os tribunais superiores têm, paulatinamente, apresentado

posicionamentos “no sentido da necessidade de prévio requerimento administrativo como condição de acesso ao Judiciário, deixando de lado uma visão de que sempre, em qualquer situação e sem qualquer critério, seria possível ajuizar uma medida judicial diretamente”.

A título de exemplo, o STF, a partir do julgamento do RE nº 631.240/MG, em 2014, fixou a tese de repercussão geral nº 350, na qual consignou que “a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise”, ressalvados os casos em que “o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado” e a “hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido [...] salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração”.

Empregando a mesma *ratio*, também em 2014, o STJ fixou, em sede de julgamento de repetitivos, a tese nº 648, que considera necessária, para propositura de ação de exibição de documentos, “a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável”. Mais recentemente, em 2018, a 2ª Turma do Tribunal da Cidadania exigiu, para ingresso com ação concernente a contribuições previdenciárias pagas por empresários e empregadores, a prévia tentativa de solução junto à Secretaria da Receita Federal, como se verifica no julgamento do REsp nº 1.734.733/PE (GAJARDONI, 2020, p. 102).

Com relação aos Tribunais de Justiça, nota-se que juízes vinculados a diversas cortes estaduais têm suspenso a tramitação de feitos judiciais para determinar aos autores que apresentem a reclamação na plataforma de ODR “consumidor.gov.br”, sob pena de extinção do processo sem exame do mérito, além de proferir sentenças terminativas por ausência de interesse de agir, quando não demonstrada a prévia tentativa de solução extrajudicial. Apesar de tais decisões serem, muitas

vezes, reformadas pelos respectivos TJs¹⁵, também são encontrados acórdãos que ratificam o acerto dos magistrados de piso em condicionar o ingresso em juízo à tentativa de autocomposição extrajudicial¹⁶.

De fato, por força do art. 330, III, c/c. art. 485, I e VI, deve ser indeferida a petição inicial que não evidencia a necessidade do autor de recorrer ao Judiciário. Considerando os princípios da primazia da decisão de mérito, do incentivo à autocomposição e da cooperação entre os sujeitos processuais, entende-se que não convém extinguir preliminarmente o feito, mas sim suspendê-lo – como têm feito diversos juízos de primeiro grau –, para que o autor comprove a tentativa frustrada de solução extraprocessual. Tendo o demandante realizado essa comprovação, a ação continuará seu curso normal, de modo que não há que se falar em prejuízo ao direito à jurisdição, mas em racionalização da prestação judicial.

Anote-se, por fim, que não cabe condicionar o prosseguimento do feito processual apenas à utilização do *site* “consumidor.gov.br”, nas demandas de consumo, ou a qualquer outro meio específico, nas demais. Múltiplas são as vias de acesso à justiça, sendo a referida plataforma uma delas, mas não a única. O que se deve exigir, portanto, é “a demonstração de que o demandante buscou a satisfação de sua pretensão por qualquer

15 Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Apelação Cível nº 0800012-56.2019.8.12.0017. 4ª Câmara Cível, Desembargador Vladimir Abreu da Silva, j. 30/09/2019. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. Agravo de Instrumento nº 0807967-37.2020.8.02.0000. 2ª Câmara Cível, Juiz Convocado Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, j. 12/11/2020. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento nº 5007135-37.2020.8.24.0000. 1ª Câmara de Direito Comercial, Desembargador Luiz Zanelato, j. 20/08/2020.

16 Com esse entendimento: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 0284559-32.2019.8.21.7000. 12ª Câmara Cível, Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, j. 05/03/2020.

mecanismo por ventura disponível” (PARO; MARQUES; DUARTE, 2020, p. 320). Também múltiplas são as possibilidades de prova do intento conciliatório prévio: registro de chamada telefônica combinado com número de protocolo de reclamação junto à empresa fornecedora; *prints* de *chat* com o locador inadimplente em aplicativo de mensagens; notificação judicial do comodatário, a fim de que devolva a coisa etc.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça é direito fundamental de alto grau de relevância, o que não significa que pode ser exercido de forma irrestrita. No delineamento infraconstitucional dessa garantia, além de se estipular o interesse-necessidade como requisito para a postulação em juízo, incluiu-se o estímulo às soluções consensuais dos conflitos como norma conformadora de todo o sistema processual civil, à luz da noção de justiça multiportas.

Da conjugação desses fatores, conclui-se que a hipótese do presente trabalho foi confirmada, pois a exigência de prévia tentativa de solução autocompositiva do confronto que se almeja judicializar não só se coaduna com a razoabilidade, mas se revela como potencial propulsora da autonomia dos cidadãos, conduzindo-os a buscar – e não necessariamente a obter êxito nesse intento – o diálogo e a construção de solução negocial, que frequentemente é mais adequada e célere do que uma decisão judicial.

A tese advogada não objetiva, de modo algum, obstacularizar a tutela dos direitos, mas sim otimizar a utilização dos serviços judiciários, com base na premissa de que o Poder Judiciário é a *ultima ratio* do sistema multiportas, bem como estimular a cooperação entre os integrantes do corpo social, evitando a dicotomização “autor x réu” como forma primeira de apaziguar contendas facilmente dissolvíveis por meios outros, mais econômicos e menos desgastantes para as partes.

Com efeito, entende-se que basta a comprovação de que se tentou alguma forma não jurisdicional de solucionar o conflito, não cabendo a exigência de exaurimento de todas as vias extraprocessuais disponíveis. Frustrada a tentativa realizada com observância à boa-fé ou verificada situação urgente ou excepcional, inexistente óbice à propositura demanda, restando incólume, portanto, o núcleo essencial do direito de ação.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHEQUER, Cláudio. **O Ministério Público e a promoção dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 21. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 2, p. 99-114, maio - ago. 2020.

_____. *et al.* **Releitura do princípio do acesso à justiça**: a necessidade do prévio requerimento administrativo e o uso da plataforma consumidor.gov. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr>. Acesso em: 29 nov. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Direito do Consumidor pode ser considerado um sucesso no Brasil**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-28/garantias-consumo-direito-consumidor-considerado-sucesso-brasil>. Acesso em: 30 nov. 2020.

NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. A evolução dos métodos alternativos de resolução de conflitos em ambiente virtual: *on line dispute resolution*. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 12, n. 1, p. 265-281, jul. 2017.

OLIVEIRA, Luís Henrique Guimarães de. **A tentativa prévia de autocomposição como condição da ação**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/opiniao-tentativa-autocomposicao-condicao-acao>. Acesso em: 29 nov. 2020.

PARO, Giacomio; MARQUES, Ricardo Dalmaso; DUARTE, Ricardo Quass. On-Line Dispute Resolution (ODR) e o interesse processual. In: WOLKART, Erik Navarro. **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 275-323.

PEREIRA, Jonas Patrezzy Camargos. Ingresso em juízo e prévia postulação administrativa: releitura constitucional como meio de

assegurar uma rápida solução de controvérsias. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 15, n. 30, p. 141-155, jul. - dez. 2013.

PINTO, Luciana Ferreira Gomes. **O abuso do direito de demandar**. 2018. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

RAMOS, Fabíola Böhmer de Souza. **Como a ODR (*online dispute resolution*) pode ser instrumento de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário**. 2018. 79 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração Pública, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Curitiba e Porto Alegre: Saraivajur, 2019.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

TARTUCE, Fernanda. Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ed. 82, p. 5-21, jan. – fev. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THE POSSIBILITY OF RESTRICTING CIVIL AND CONSUME JUDICIAL ACTIONS COURSE TO THE EFFORT OF ACHIEVING OUT-OF-COURT CONSENSUAL SOLUTION

ABSTRACT

This paper's object is the right of action in Brazilian modern normative context. It aims to analyze the possibility of restricting the constitutional guarantee of judicial demanding considering the modern design of Brazilian conflict resolution system, in which is recognized the multiplicity of ways able to promote social peace, especially self-composition. To achieve that, it employed a juridic-exploratory research, using hypothetical-deductive method. Taking into consideration the interest in acting's dimension of "necessity", it concludes that jurisdictional protection should be seen as the *ultima ratio* to solve conflicts. Thus, it argues that is possible to condition the procedural course of civil and consume actions to evidencing that other ways were seek before demanding to the Judiciary.

Keywords: Access to justice. Right of action. Multidoor Courthouse. Self-composition. Interesting in acting.

ASPECTOS GERAIS DA TRIBUTAÇÃO APLICADOS AOS *BITCOINS*

Tulio Manuel Maia Guimarães¹

RESUMO

O presente trabalho busca estabelecer como o ordenamento jurídico tributário brasileiro pode vir a abarcar o fenômeno dos *bitcoins*. Para tanto buscou-se aplicar o método lógico-dedutivo a fim de, a partir de princípios constitucionais, identificar regras gerais pertinentes à tributação, de maneira a aferir se a utilização de *bitcoins* seria uma manifestação de riqueza apta a ser tributada, qual a melhor maneira de se realizar o lançamento tributário de eventuais tributos e quais tributos incidiriam em cada uma das situações mais comuns nas quais os *bitcoins* são utilizados. Assim, foi possível concluir que a utilização de *bitcoins* é apta a ser tributada em razão do seu alto valor de venda; que seria necessário lançamento para cobrança de tributos sobre os *bitcoins* e que a melhor forma de o fazer seria por homologação ou declaração; e, por fim, que ocorre a incidência de ISS, ICMS, IR,

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogado.

E-mail: tuliomanuelmaia.adv@gmail.com

ITCMD e IR sobre determinadas operações envolvendo *bitcoins*.

Palavras-chave: *Bitcoin*. Lançamento Tributário. Hipótese Incidência. Capacidade Contributiva

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno tecnológico disruptivo mais recente é a *Blockchain*, possuindo diversas aplicações e tendo recebido cada vez mais destaque. Essa nova tecnologia vem sendo utilizada em setores que vão desde o registro de transações e documentos até monitoramento de áreas florestais. Notadamente, a aplicação da *Blockchain* que mais ganhou destaque foram as criptomoedas, representadas especialmente pelos *Bitcoins*. A aplicação dessa nova tecnologia se popularizou de tal maneira que 10 anos após sua criação surgiram 2792 novas criptomoedas, inclusive com grandes empresas do ramo da inovação tecnológica desenvolvendo suas próprias, como no caso do *Facebook* e da *Libra*. Para fins do presente trabalho, o *Bitcoin* será eleito como objeto de estudo, vez que já existem vários estabelecimentos que o aceitam como forma de pagamento e, das poucas pesquisas que se voltaram ao fenômeno das criptomoedas, o *Bitcoin* tem sido o maior alvo desses estudos.

Ordenamentos jurídicos de todo o mundo têm tido dificuldades em interpretar o fenômeno do *Bitcoin*. No Brasil a situação é semelhante, portanto, cobrar eventuais tributos devidos por aqueles que operam com essa moeda prova-se uma tarefa verdadeiramente inviável. Assim, a fim de conferir maior segurança jurídica para quem deseja utilizar *bitcoins*, buscou-se averiguar se e como o ordenamento jurídico tributário brasileiro pode lidar com esse novo fenômeno.

A princípio será avaliado se a utilização de *bitcoins* constitui manifestação de riqueza apta a ser tributada sob a luz do princípio constitucional da capacidade contributiva. Dando continuidade, em

observância ao princípio da legalidade, observar-se-á qual, ou quais, a melhor maneira de se realizar o lançamento tributário. Para pôr fim, analisar-se-á cada vocábulo das previsões constitucionais dos fatos geradores de cada tributo para aferir a incidência, ou não, de cada um deles.

2. A ORIGEM E ASPECTOS TÉCNICOS DO *BITCOIN*

A origem do *Bitcoin* é de certa forma incerta. Conta a versão mais aceita que ele foi desenvolvido por um indivíduo ou grupo, nunca realmente identificado, que atende somente pelo pseudônimo de *Satoshi Nakamoto*. Essa persona publicou em 2002 um pequeno “*paper*” denominado “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*” (2008, p. 1), descrevendo detalhadamente o funcionamento de uma moeda “*Peer-to-peer*”, ou seja, de par a par, sem a existência de intermediário.

A característica que torna o *Bitcoin* tão particular é sua descentralização promovida em razão do registro público das transações dos usuários dessa tecnologia, sem que esse registro esteja sob o controle de algum indivíduo ou entidade. A presença de um terceiro intermediador passa a ser dispensável na medida em que o “livro-razão” de registros é compartilhado por múltiplos usuários do sistema, por meio de operações públicas relacionadas em cadeia e em blocos.

Os *bitcoins* ficam armazenados em um programa chamado “carteira”, que pode ser acessado tanto através de computadores convencionais, quanto por *tablets* e *smartphones*, permitindo que as operações realizadas com *bitcoins* sejam mais ágeis e práticas. Até aqui não há nada que diferencie o *Bitcoin* das outras moedas, afinal hoje é possível acessar sua conta bancária a partir de qualquer celular. O *Bitcoin* é tão especial em razão do fato de a própria rede verificar e prevenir o gasto duplo da moeda. Segundo leciona o douto economista português Fernando Ulrich (2014, p. 18), cada usuário possui duas chaves, uma pública e outra privada (que funciona como uma senha), sendo assim, considerando o exemplo de “X” que transfere *bitcoins* para “Y”, é criada

uma mensagem chamada de “transação” que contém a chave pública de “Y”, que assina com sua chave privada. Olhando a chave pública de “X”, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com sua chave privada, sendo assim uma troca autêntica, e que “Y” é o novo proprietário dos fundos. A transferência é registrada, carimbada com data e hora e exposta em um “bloco” da *Blockchain*, permitindo que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado de todas as transações dentro da rede *Bitcoin*, o que impede o gasto duplo e qualquer tipo de fraude.

Vale destacar que, apesar das transações serem públicas, às carteiras é aplicado um processo denominado de criptografia. Esse procedimento consiste em transformar em código o endereço da carteira. Assim, apesar de ser teoricamente possível decodificar as carteiras e obter acesso, esse processo poderia demorar de dias a anos para se concretizar (ULRICH, 2014, p. 19).

Devido à descentralização as criptomoedas não são emitidas por nenhuma autoridade emissora central, sendo assim a própria rede se encarrega de criá-las através do processo de validação de transferência. Os usuários que fornecem parte do processamento para realizar os registros das transações são chamados de “mineradores”, que, ao completarem um determinado número de transações, são recompensados com *bitcoins* recém-criados (ULRICH, 2014, p. 20).

3. *BITCOINS* X ORDENAMENTOS JURÍDICOS

O Brasil não possui uma legislação específica que busque regular o *Bitcoin*, tendo como uma das únicas referências o comunicado nº 25.306/2014 do Banco Central, que alertava a população acerca dos riscos inerentes às criptomoedas, esclarecendo que “as chamadas moedas virtuais não se confundem com a moeda eletrônica, que são regularmente aceitas como expressão monetária nacional”. Recentemente a Receita

Federal emitiu a Instrução Normativa nº 1.888 de 03 de maio de 2019², que traz o conceito de criptoativo³ bem como exige que os contribuintes prestem informações sobre eventuais criptoativos que possuam. Assim, diante da lacuna legislativa em relação aos *bitcoins*, é necessário analisar sob a luz do ordenamento jurídico pátrio qual a natureza jurídica mais adequada para a criptomoeada.

A Lei 9.069 de 09 de junho de 1995, em seu artigo primeiro, estabelece que “...a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL, que terá curso legal em todo o território nacional”. Diante dessa previsão normativa é possível concluir que a hipótese do *Bitcoin* ser moeda nacional resta logo frustrada. Conforme se infere do artigo supra, somente o real ou sua expressão eletrônica pode ser considerado moeda no território nacional; sendo assim, apesar de o *Bitcoin* poder ter seu valor expresso em real, ele não se enquadra nesse conceito.

Outra possibilidade é o *Bitcoin* se encaixar no conceito de ativo financeiro. A Lei 6.385 de 7 de dezembro de 1976, que discorre sobre o mercado de valores mobiliários e a criação da Comissão de Valores Mobiliários, determina que valor mobiliário é todo título ou contrato ofertado publicamente, que gere direito de remuneração e cujo rendimento advenha de esforço de terceiro (art. 2º, IX).

Pode parecer que o *Bitcoin* adequar-se-ia ao conceito de valor mobiliário, atraindo, portanto, a regulação da CVM, no entanto ,mais

2 Vale ressaltar que, apesar do termo “criptoativo” presente nessa instrução, ele não se refere a uma possível natureza jurídica do bitcoin, vez que somente a CVM tem competência para regular sobre valores mobiliários no Brasil

3 Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:
I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal;

de uma vez, a autarquia já se manifestou no sentido de não reconhecer as criptomoedas como ativo financeiro. Em nota tratando sobre os “ICO’s”, a CVM sustenta que essa modalidade de investimento poderia se caracterizar como valor mobiliário. Ocorre que, ao final da mesma nota, ressalva que “... até a presente data, não foi registrada nem dispensada de registro nenhuma oferta de ICO no Brasil”. No mesmo sentido, no relatório do segundo semestre de 2018 da CVM, ao tratar da questão das *exchanges* de criptoativos, ficou expresso que “...os ativos a serem negociados inicialmente seriam apenas *Bitcoin* e *Ether*, sendo que tais ativos não são considerados valores mobiliários na acepção atual da CVM”.

Sendo assim, a natureza jurídica que parece mais adequada, ou talvez menos equivocada no momento, para o *Bitcoin* é a de bem imaterial ou incorpóreo. Carlos Roberto Gonçalves conceitua bens incorpóreos como “os que têm existência abstrata ou ideal, mas valor econômico, como direito autoral, crédito, a sucessão aberta, o fundo de comércio etc. (GONÇALVES, 2011, p. 278), conceito que soa adequado ao *Bitcoin*. Nesse sentido, vale salientar que o Banco Central do Brasil por sua vez, ao tratar da questão das importações, também emitiu entendimento que indicava que o *Bitcoin* seria um bem, vez que sustentava que “O Brasil tem sido importador líquido de criptoativos, o que tem contribuído para reduzir o superávit comercial na conta de bens do balanço de pagamentos”.

Diante do exposto, podemos concluir que a natureza jurídica mais adequada, ou talvez menos equivocada, para o *Bitcoin*, pelo menos no momento, é a de bem incorpóreo. Nesse sentido, as principais consequências da classificação do *Bitcoin* como bem serão estudadas nos capítulos seguintes.

Cumprir trazer ao debate como outros Estados-Nação estão lidando com o fenômeno do *Bitcoin*. Nos Estados Unidos, uma das únicas referências oficiais ao *Bitcoin* é uma instrução normativa do Departamento da Tesouraria, que emite o entendimento que os *bitcoins* não têm qualquer valor legal para fins de transações financeiras.

No Japão é onde a criptomoeda é mais regulada. A quebra da “*Mount Gox*”, a maior corretora de *bitcoins* da época, levou o congresso japonês a desenvolver o *Payment Services Act*, dispositivo que incluiu o

Bitcoin como um dos métodos oficiais de pagamento vigentes no país. Prevendo necessidade de autorização para que uma corretora comece a operar; a apresentação de balanços financeiros assinados por um contador e de ser submetida a fiscalização. Na Argentina, aos *bitcoins* teria sido conferido o “status” de bem ou coisa e, portanto, seria regido pelo direito civil local.

Apesar de muitos estados ainda não terem conseguido estabelecer uma regulação jurídica adequada para o *Bitcoin*, isso não impediu que controvérsias judiciais a respeito de sua tributação surgissem. O primeiro precedente nesse sentido é o acórdão emitido pelo Tribunal de Justiça Europeia (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPÉIA, 2015, p. 1), que, ao se deparar com a questão, entendeu que se tratava de um serviço, que, em tese, deveria estar submetido à incidência de IVA, mas que, no caso em questão, deveria estar isento em razão dos estados membros da União Europeia isentarem as operações que envolvessem transação de câmbio entre suas divisas.

4. DO *BITCOIN* COMO MANIFESTAÇÃO DE RIQUEZA APTA A SOFRER TRIBUTAÇÃO

O princípio da capacidade contributiva é o reflexo do princípio da isonomia no âmbito tributário. Essa limitação ao poder de tributar encontra-se expressa no artigo 145, §1º da Constituição Federal e impõe uma diretriz a ser seguida no momento da criação e da cobrança de tributos, de maneira que só sejam tributadas pessoas capazes de suportar o encargo fiscal. Essa orientação constitucional dita se proteja o mínimo vital (mínimo necessário para sobrevivência do ser humano), de modo que abaixo desse mínimo vital não se fale de capacidade contributiva.

Uma segunda implicação desse princípio, conforme ensina Ricardo Alexandre, é que somente atividades que demonstrem capacidade contributiva são passíveis de sofrerem tributação (2012, p. 95).

Nesse sentido, vale destacar que é preciso um alto poder aquisitivo para adquirir *bitcoins*, que possuem atualmente valor venal próximo dos R\$ 50.000,00, revelando-se inequívoca demonstração de capacidade contributiva e passível de tributação.

5. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

Lançamento tributário é o procedimento por meio do qual a obrigação tributária torna-se certa, líquida e exigível (art. 142, CTN). Vale destacar que, conforme leciona Paulo Barros de Carvalho (1998, p. 4), o lançamento se trata de ato jurídico administrativo vinculado e obrigatório por meio do qual se confere aspecto de título executivo ao crédito tributário, permitindo que ele seja cobrado.

Portanto, sendo ato administrativo, o lançamento deve estar submetido ao princípio da legalidade (art. 37, caput, Constituição Federal). Sua aplicação à administração pública dita que esta somente pode atuar naquilo que a lei permite, ou obriga, expressamente. Assim, tratando do lançamento a administração fiscal torna-se obrigada pela lei tributária a realizá-lo, para que seja possível a cobrança, ou mesmo pagamento voluntário do tributo pelo contribuinte, conforme defende Aurélio Pitanga Seixas Filho (2007, p. 223). Portanto, considerando que o lançamento seria fase obrigatória para a incidência de quaisquer tributos sobre *bitcoins*, torna-se necessário avaliar qual seria a melhor forma de realizá-lo.

O lançamento pode ocorrer em três modalidades: de ofício, por homologação ou por declaração. O lançamento de ofício ocorre quando a própria autoridade detecta a ocorrência do fato gerador da obrigação, quantifica o valor tributável, identifica o sujeito passivo, entre outros elementos necessários para tornar a obrigação tributária certa, líquida e exigível, sem participação do contribuinte. O lançamento por declaração é aquele em que o sujeito passivo, ou um terceiro, declaram à autoridade administrativa a ocorrência de fatos em face dos quais seria possível

efetuar o lançamento (Art. 147, caput do CTN). O lançamento por homologação configura-se quando todos os atos relativos à liquidação da obrigação tributária — apuração, quantificação, cálculo, etc — são efetuados pelo próprio sujeito passivo. O dever de efetuar o pagamento respectivo, entretanto, é antecipado, devendo ser o tributo recolhido antes do exame da autoridade e da respectiva homologação.

Parece inviável que eventuais tributos cobrados sobre as criptomoedas sejam lançados de ofício, vez que, em razão da criptografia aplicada às transações, seria praticamente impossível identificar os possíveis contribuintes. Noutra esteira, a possibilidade de lançamento por declaração ou homologação soa mais razoável, vez que os próprios agentes passivos iriam informar à autoridade fiscal as informações para a constituição do crédito tributário.

Vale destacar que é possível que a autoridade fiscal estabeleça obrigações acessórias para os contribuintes (113, §2º CTN), que, nas palavras do douto tributarista Hugo de Brito (2018, p. 140), teriam a função de “possibilitar o controle, pelo Poder Público, sobre a arrecadação e a fiscalização dos tributos. O descumprimento da obrigação acessória converte-a em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária” (art. 113, §3º), ou seja, o descumprimento de obrigações acessórias, é fato gerador de uma obrigação principal, “gerando” a obrigação de pagar a multa correspondente.

Assim, é possível concluir que as modalidades de lançamento mais adequadas para as atividades realizadas com *bitcoins* seriam por homologação ou declaração, podendo ser obtidas informações para fiscalização através de obrigações acessórias de prestação de dados referentes às transações.

6. ANÁLISE DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS REALIZADOS COM BITCOINS SOB A ÓTICA DO PRÍNCÍPIO DA TIPICIDADE TRIBUTÁRIA

O princípio da tipicidade tributária é o desdobramento lógico do princípio da legalidade, segundo o qual a lei que cria determinado tributo deve descrever com clareza as hipóteses nas quais determinado tributo é devido, para que ele seja cobrado em razão de nenhuma outra além daquelas previstas em lei.

Nesse sentido, vale destacar que, conforme a melhor doutrina aponta, representada na figura de Hugo de Brito Segundo (2018, p. 72), não há de se falar numa tipicidade estrita ou fechada. A abstratividade inerente à linguagem e à realidade de 1966, ano da promulgação do Código Tributário Nacional, totalmente dissonante com a atual, tornam impossível que as normas legais se expressem de forma inequívoca, sem um certo grau de indeterminação. Desse modo, utilizaremos da tipicidade aberta para avaliar se os negócios jurídicos realizados em 2019 com *bitcoins* estão, ou não, abarcados pelas hipóteses de incidência previstas no Código Tributário Nacional, na Constituição Federal e nas demais normativas.

6.1 Produção de *Bitcoins*

A produção de *bitcoins* se dá por meio de processos realizados para validar as transações entre os usuários. Alguns indivíduos enxergaram nesse processo a possibilidade de lucrar, assim surgiram várias empresas especializadas na produção de *bitcoins*, as mineradoras. Através de computadores muitos potentes os referidos processos computacionais são realizados em larga escala e de maneira comercial.

Portanto, iremos averiguar se ocorre incidência de ISS nessa fase do *Bitcoin*. O fato gerador desse imposto não é a simples realização de um serviço, mas sim um negócio jurídico de prestação de serviço firmado entre um particular prestador, que se sujeita a uma obrigação de fazer, e um terceiro contratante (art. 1º LC 116/03). Não é possível identificar os elementos de um negócio jurídico no processo convencional de produção de *bitcoins*, vez que não há partes que contratam mutuamente gerando obrigações recíprocas, tão

pouco a recompensa em *bitcoins* pode ser considerada remuneração, logo não ocorre incidência de ISS nessa fase.

Vale destacar que ainda que algum legislador complementar inclua a mineração de *bitcoins* como atividade tributável pelo ISS, esta seria tão somente uma atividade-meio para a atividade-fim da mineradora, qual seja a venda dos *bitcoins* minerados, portanto, conforme entendimento reiterado do STJ⁴, tal incidência não deve ocorrer.

Cenário diferente ocorre quando mineradoras cobram um valor para acelerar a transferência de usuários da *blockchain*. Uma transferência de *bitcoins* demora algum tempo para ser validada, assim as mineradoras podem cobrar um valor para dar preferência às transações de seus clientes. Nesse caso estão presentes os elementos para que ocorra a incidência, devendo, portanto, ser cobrado ISS da mineradora, vez que há partes contratando e estabelecendo obrigações recíprocas. Vale destacar que não importa se essa não é atividade principal da mineradora, vez que o final artigo 1º LC 116/2003 é claro ao estabelecer que podem ser tributadas atividades secundárias do prestador de serviços.

Ademais, é preciso observar se o serviço está previsto na lista anexa da Lei Complementar Nº 116 de 2003, que traz um rol taxativo de serviços tributáveis pelo ISS. Assim, percebe-se que os itens 1.03⁵ ou 1.04⁶ poderiam abarcar atividade de uma empresa mineradora de *bitcoins*.

4 Vide os seguintes julgados: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 888.852/ES 2006/0205159-0, Relator: Ministro Luiz Fux. J. 04/11/2008: “É certo, portanto, que o alvo da tributação do ISS é “ o esforço humano prestados a terceiros como fim ou objeto. Não suas etapas, passos, ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção de um fim; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 445.726/RS. Relator: Ministro Relator Humberto Martins. 2ª Turma. J. 01/02/14: “não incide ISS sobre serviços prestados que caracterizam atividade-meio, para atingir atividade fim, no caso de serviço de telecomunicação”

5 Item 1.03 da Lista Anexa: Processamento de dados e congêneres.

6 Item 1.04 da Lista Anexa: Elaboração de Programas de computador inclusive jogos eletrônicos.

6.2 Circulação de *Bitcoins*

O tributo que nos parece ser mais adequado para iniciar a análise dessa etapa da vida do *Bitcoin* é o IOF. Esse imposto incide em negócios jurídicos que envolvam crédito, câmbio, seguro ou relativos a títulos ou valores mobiliários.

A primeira base contributiva do IOF analisada é a que incide sobre negócios jurídicos envolvendo câmbio. Câmbio pode ser definido como negócios de compra e venda de moeda estrangeira ou nacional ou, ainda, os negócios jurídicos consistentes na entrega de uma determinada moeda a alguém em contrapartida de outra moeda recebida.

Apesar de ter seu valor expresso em moeda nacional e estrangeira, tal tributo não incide na compra ou venda de *bitcoins*, vez que nenhuma nação equiparou o *Bitcoin* à sua moeda nacional, portanto não seria possível a incidência de IOF-Câmbio. Não obstante, na possibilidade de algum país reconhecer o *Bitcoin* oficialmente como um equivalente à sua moeda, na compra ou venda de *bitcoins* advindos desses territórios ocorreria o fato gerador.

Tratando da incidência de IOF-Valor Mobiliário, devemos relembrar que os *bitcoins* compartilham muitas das características que os ativos financeiros possuem. Ocorre que, até o presente momento, o *Bitcoin* não se encontra representado em nenhum título mobiliário aceito pela Comissão de Valores Mobiliários e pela BMF & BOVESPA, portanto afastando a possibilidade de incidência desse imposto. Ressalta-se que, caso surja tal título, não haveria óbices à incidência deste imposto.

Assim, encerramos aferindo que o IOF não incide sobre nenhum dos negócios jurídicos realizados com *bitcoins*. Podendo, eventualmente, sofrerem a tributação se algum Estado equiparar o *Bitcoin* à sua moeda nacional ou forem aceitos pela CVM como valores mobiliários.

O último imposto que trataremos nesse tópico será o ITCMD. Conforme estabelece a Constituição Federal (Art. 155, I) o Imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido por

sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória ou por doação.

Paulsen e Melo (2012, p. 326 e 327), ao tratar da doação no ITCMD, afirmam que “é imprescindível que ocorra a mudança (jurídica) da titularidade, da pessoa do doador para o donatário, com espírito de liberalidade, e efetivo *animus donandi*, mediante o empobrecimento do doador e o enriquecimento patrimonial do donatário”. O titular do *Bitcoin* possui todos os direitos reais inerentes à propriedade quando o *Bitcoin* está em sua carteira, podendo inclusive doá-lo a terceiro. Outrossim, visto que o *Bitcoin* pode ter seu valor expresso em moeda nacional, ao transferi-lo para outrem ocorre o empobrecimento do doador e o enriquecimento do donatário.

A segunda base contributiva do imposto é a *causa mortis*. Essa base não deve levantar maiores dúvidas, vez que a Constituição é clara ao afirmar que o tributo incide sobre “quaisquer bens ou direitos”. A melhor doutrina, aqui representada na figura de Paulsen e Melo (2012, p. 324), também confirma essa tese, ao defender que o imposto de transmissão incide sobre “bem incorpóreo em geral, inclusive título e crédito que o represente, qualquer direito ou ação que tenha de ser exercido e direitos autorais”.

6.2.1 Atividade das *exchanges*

Para analisar se a atividade exercida pelas *exchanges* é passível de tributação, é preciso distinguir as duas formas de funcionamento de uma *exchange*. Uma casa de troca de *bitcoins* pode atuar simplesmente aproximando potenciais vendedores e compradores ou pode comprar *bitcoins*, transferi-los para uma carteira de sua titularidade e então exchange-los a terceiros.

A Constituição Federal (art. 155, II), em consonância com a Lei Complementar 87 (art. 2, III), estabelece que cabe aos estados instituir ICMS sobre serviços de comunicação. Aldemario Araújo Castro, ao tratar d’Os Meios Eletrônico e a Tributação (2000, p. 1), entende

que existem cinco elementos básicos que devem ser observados para identificar um serviço de comunicação, quais sejam: emissor, receptor, meio de transmissão, código e mensagem transmitida. A intermediação de *bitcoins* pelas *exchanges* possui todos esses elementos, vez que as partes que negociam a criptomoeda são o emissor e o receptor, o meio de transmissão é o próprio sítio virtual da *exchange*, o código é a língua em que as partes se comunicam e a mensagem se trata da negociação em si; logo, conclui-se que deve ocorrer incidência de ICMS em razão da prestação de serviço de comunicação.

É preciso analisar o vocábulo “circulação” para chegar a alguma conclusão acerca das *exchanges* que compram *bitcoins*, transferem para suas carteiras e alienam a terceiros. Sobre “circulação” Paulsen e Melo ensinam que pode ser definida como “a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob um título jurídico, sendo irrelevante a mera circulação física ou econômica” (2012, p. 343), conceito ao qual o *Bitcoin* se adequa, vez que é passível de ser transferido mediante negócios jurídicos de compra e venda, permuta ou doação.

Por fim resta avaliar se o *Bitcoin* se enquadra no conceito de mercadoria. Paulsen e Melo (2012, p. 344) definem mercadoria como “bem corpóreo da atividade profissional do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa...”.

Essa não parece ser a posição da doutrina tributária mais recente. Ricardo Alexandre (2012, p. 574), ao tratar da ADI 1.945, defende que “Atualmente não se pode mais que alegar que somente estão compreendidos no conceito de mercadoria os bens corpóreos (fisicamente tangíveis) ...”. Por sua vez, Hugo de Brito (2018, p. 94), ao abordar a temática, concorda “que o ICMS pode incidir sobre download de software, mesmo sendo tradicional a definição de mercadoria como sendo coisa corpórea destinada ao comércio”.

Parte do Supremo Tribunal Federal parece estar de acordo com a doutrina no tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.945, vez que muitos ministros já reconheceram que a necessidade de existência

física não é fato relevante para que determinado bem se configure enquanto mercadoria.⁷

Nota-se que, apesar de ainda não haver um consenso, parece plausível considerar em breve o conceito de mercadoria expandir-se-á para bens incorpóreos de maneira que na alienação de *bitcoins* pelas *exchanges* incida ICMS.

6.3 Propriedade de *Bitcoins*

Já foram analisadas as hipóteses de incidência tributária nos processos de produção, circulação e nas atividades desenvolvidas pelas *exchanges*. Sendo assim, resta averiguar se uma eventual valoração dos *bitcoins* enquadrar-se-ia enquanto manifestação de riqueza passível de ser tributada pelo Imposto de Renda de Pessoa Física ou Jurídica.

Para Paulsen e Melo (2012, p. 52), os alvos da tributação do IR podem ser definidos como “o acréscimo patrimonial decorrente do capital ou do trabalho e os acréscimos decorrentes de uma atividade que já tenha cessado”; José Arthur Lima Gonçalves (PAULSEN e MELO, 2012, p. 52), por sua vez, entende que “o conceito de renda é gênero que encampa a espécie proventos de qualquer natureza” e esclarece que a ideia de acréscimo pressupõe comparação, relação, de modo que a noção de período é indispensável”. Semelhante é o posicionamento de Roque Antônio Carrazza (PAULSEN e MELO, 2012, p. 53), que conceitua como “o acréscimo patrimonial experimentado pelo contribuinte, ao longo de um determinado período de tempo”. Observa-se que esses

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945. Relatora: Ministra Cármen Lúcia : “Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis”

autores advogam no sentido de que para aferir a ocorrência, ou não, de renda é preciso estabelecer um certo lapso de tempo e averiguar se houve ou não acréscimo patrimonial que ensejaria o fato gerador do imposto de renda.

Para que uma operação realizada com *bitcoins* enseje o fato gerador do Imposto de Renda, além de ser realizada dentro do espaço de tempo estabelecido, é necessário que ela seja realizada nos moldes do artigo 3º, § 2º, da Lei 7.713/88, ou seja é preciso que se aliene o *bitcoin* e se verifique se a partir dessa alienação houve acréscimo de capital.

Para facilitar a compreensão, estabeleçamos o exemplo de um indivíduo que adquire R\$ 1.000,00 em *bitcoins* e o aliena após algum tempo por R\$ 1.500,00; conclui-se que esse indivíduo teve um acréscimo patrimonial de R\$ 500,00. Outro cenário possível seria no caso desse mesmo indivíduo, após a valorização dos *bitcoins*, trocá-los por um bem de valor equivalente. Nesse caso haveria acréscimo patrimonial, vez que o bem comprado seria integrado ao seu patrimônio, que a partir desse momento teria um montante um maior que o anterior.

Resta ainda a análise se existe alguma operação realizada com *bitcoins* por pessoas jurídicas passível de ser tributada por imposto de renda. A resposta é positiva: atualmente existem no mínimo dois tipos de empresas que atuam alienando *bitcoins*. As mineradoras de *bitcoins* e as *Exchanges*, que atuam comprando e alienando *bitcoins*.

Tratando primeiramente das “mineradoras”, deve-se subtrair os custos para produção dos *bitcoins* do preço pelo qual são vendidos e caso o resultado dessa subtração seja positivo a empresa auferiu renda, portanto, tornou-se contribuinte de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica. No segundo caso, para que incida imposto de renda, é preciso que os *bitcoins* que adquiridos tenham sofrido valorização enquanto estavam em sua carteira e sido alienados por um valor maior ao original. Ademais, também deve-se observar eventuais custos de transação os quais devem ser subtraídos da diferença entre compra e venda.

Conclui-se, desta forma, que resta claro a possibilidade de incidência do Imposto de Renda, seja de Pessoa Física ou de Pessoa Jurídica,

nos episódios em que a aquisição e posterior alienação de criptomoedas levarem ao contribuinte auferir lucro, bem como no caso dos produtores que as alienarem em montante superior ao custo do empreendimento.

CONCLUSÃO

A partir da observação do princípio da capacidade contributiva foi possível concluir que as atividades desenvolvidas com *bitcoins* são manifestações de riqueza aptas a sofrerem tributação.

Considerando que o lançamento é ato administrativo-jurídico vinculado e necessário para o pagamento voluntário ou cobrança judicial de quaisquer tributos, concluiu-se que as maneiras mais adequadas de se realizar o lançamento seriam por homologação ou declaração, podendo ser criadas obrigações acessórias para os operadores de *bitcoins* e *exchanges* para fins de fiscalização.

Em concordância com o princípio da tipicidade tributária analisou-se os vocábulos de cada uma das previsões normativas dos fatos geradores de cada tributo. Assim, concluiu-se que não ocorre incidência de ISS no momento em que os *bitcoins* são produzidos, mas sim quando alguma mineradora acelera a transação de algum usuário da *blockchain*. No momento não ocorre incidência de IOF Câmbio ou Valores Mobiliários, podendo vir a ocorrer caso algum país reconheça o *Bitcoin* como equivalente à sua moeda oficial ou a CVM reconheça o caráter de valor mobiliário aos *bitcoins*. Ocorre incidência de ICMS nas atividades desenvolvidas pelos dois tipos de *exchanges* e incidência de imposto de renda caso ocorra a valorização da criptomoeda.

REFERÊNCIA

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. Único.v. 6. ed. São Paulo: Metodo, 2012.

BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Estatísticas do Setor Externo de Agosto de 2019**. 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/historicoestatisticas>. Acesso em 25 de maio de 2019.

BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Initial Coin Offering (ICO)**. 2017. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Supervisão Baseada em Risco Relatório Semestral de Julho - Dezembro de 2018**. 2018. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/planos/sbr/Relatorio_Semestral_Julho_Dezembro_2018.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 253

CASTRO. Aldemario Araujo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. Disponível em: < http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=90511&printpage=_>.

Criptomoedas e Blockchain descomplicada para advogados. 1.v. Enlaw. UHDRE, Dayane. UENO, Gisele. **Os Desafios da Tributação e Regulamentação de Criptoativos. Perspectivas Internacionais e Nacionais**. 2019.

David Z. Morris Mt. **Gox shuts down: Leaked document states 744,408 bitcoin lost**. Disponível em: < <http://fortune.com/2014/02/25/mt-gox-shuts-down-leaked-document-states-744408-bitcoin-lost/>> Acessado em 26 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS. FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK.. ***Application of FinCEN's Regulations to***

Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies. 2013. Disponível em: <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/application-fincens-regulations-persons-administering>. Acesso em: 26 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS. THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS. *Payment Services Act*. 2018. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/japan.php>> Acessado em 26 de maio de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO SEGUNDO. Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo. Atlas. 2018. 10º edição

MERCADO DE BITCOIN (Brasil). **Valor do Bitcoin**. Disponível em: [https://www.mercadobitcoin.com.br/..](https://www.mercadobitcoin.com.br/) Acesso em: 26 maio 2019.

MORAIS, Carlos Yury Araújo. NETO, João Batista Brandão. **Tributação das Operações com criptomoedas**. Monografia. Teresina.

NAKAMOTO. Satoshi. **A Peer- to-Peer Electronic Cash System**. Disponível em: < <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> >

PAULSEN; DE MELO. Leandro; José Eduardo Soares. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. 7ª edição.

Revista Brasileira de Políticas Públicas. 7.v. FOLLADOR. Guilherme Broto. **Criptomoedas e competência tributária**. 2017

Revista da EMERJ, v. 10, nº 37, SEIXAS FILHO; Aurélio Pitanga. **Princípios de Direito Administrativo Tributário**. Aurélio Pitanga

Seixas Filhos. Pag. 223. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista37/Revista37_221.pdf>

SILVA, Angelo Andrey Parreão. **Bitcoin: a tributação das operações com a moeda virtual.** Monografia - Universidade Federal do Maranhão – Imperatriz. 2018.

TEIXEIRA, Vanessa Jordana da Silva. **A tributação em sede de IVA de Moedas Virtuais no âmbito da União Europeia: o caso do Bitcoin.** Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Tribunal de Justiça da União Europeia. Comunicado de Imprensa nº 128/15. Luxemburgo, 22 de outubro de 2015. Acórdão no processo C-264/14 Skatteverket / David Hedqvist Disponível em: <[www:https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150128pt.pdf](http://www.curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150128pt.pdf)> Acessado em 15 de Novembro de 2019.

ULRICH. Fernando. **Bitcoin a moeda na era digital.** São Paulo: Mises Brasil, 2014 Pag. 19.

GENERAL ASPECTS OF TAXATIONS APPLIED TO THE BITCOINS

ABSTRACT

This paper seeks to determinate how brazilian legal tax order can deal with the phenomenon of bitcoin. This way the deductive-logical method was applied in order to identify general rules about taxation from constitutional principles. With those general rules researched if bitcoin were a manifestation of wealthy able to be taxed, which taxes can be charged from

bitcoins and the best kind of tax posting of those taxes. Concluded the bitcoins could be taxed because its high sale value; the following taxes can be charged from the bitcoins: ISS, ICMS, IR, ITCMD and IR and the best type of tax posting is declaration or homologation.

Keywords: Bitcoin. Jurisdiction to tax. Tax posting. Incidence hypothesis.



DO (IN)CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO À NOIVA ABANDONADA NO DIA DO CASAMENTO

Betina Heike Krause Saraiva¹

RESUMO

O presente texto trata do casamento que não aconteceu e que tinha data marcada. A frustração em decorrência da desistência do varão, quando do momento da cerimônia religiosa ou civil, importa ao Direito. A quebra da promessa de casamento é capaz de gerar responsabilidade civil do noivo que, em que pesem argumentos pela não obrigatoriedade de alteração de seu estado civil, culminou na expectativa da mulher com a celebração da boda e a vida em comum que estava por vir. Além do sofrimento com a rejeição pública cumpre salientar a questão patrimonial, com o investimento decorrente do matrimônio e das comemorações que o sucederiam, como a festa e a lua de mel. Por isso, os juízes têm dividido entendimentos entre as concessões de danos morais e materiais quando do surgimento de situações como essas, que podem ser motivadas, por exemplo, pela ilusão do afeto inicial, pelo

¹ Pós-Doutoranda em Direito (UFRGS). Doutora em Direito (PUCRS). Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Ciências Penais. Advogada.
E-mail: betinakrause1207@yahoo.com.br

ressurgimento de uma antiga paixão do noivo por outra mulher, dentre outros.

Palavras-chave: Casamento. Quebra de promessa. Abandono. Reparação civil.

“O amor não vem pronto de fábrica, debes construí-lo, inventá-lo e reafirmá-lo todos os dias da tua vida”.

Walter Riso

1. INTRODUÇÃO

A vida é uma constante mudança. Transformações envolvem escolhas, as quais passam por renúncias. Já dizia o poeta que “fundamental é mesmo o amor, é impossível ser feliz sozinho”. Será? A temática traz uma questão controversa e nada incomum: a desistência do noivo pouco tempo antes da celebração do casamento, seja no civil ou na cerimônia religiosa. Perante a autoridade eclesiástica parece “pesar” mais, no sentido da humilhação e do desprezo sofridos pela mulher que espera o noivo chegar na Igreja. Inverteram-se os papéis? Não, a situação é a negativa retumbante de um dos dois, nessa hipótese, do varão, quanto à desistência da vida em comum, o que envolverá consequências também jurídicas, tendo em vista os danos causados por seu comportamento.

A promessa de casamento gera uma expectativa para a mulher que deseja casar-se e que pretende construir uma família chamada tradicional, em que pese o Direito das Famílias contemplar uma série de novas constelações, como as famílias monoparentais, homoafetivas, os casamentos abertos, as uniões poliafetivas. Sabido é que cada pessoa tem um desejo para sua vida, que pode ser, terminantemente, contra a figura do casamento e as suas decorrências, como o dever de fidelidade, por exemplo. O matrimônio para alguns pode ser uma prisão, ou uma “loteria”, quando não se sabe o que vai acontecer. Certo é que

a necessidade de controle do ser humano é uma fantasia. Não se tem como prever o desejo e as atitudes do outro. Inviável a adivinhação de pensamentos em uma relação a dois ou querer que o outro seja, diga e faça o que seu par quer.

O Direito é chamado no momento da frustração. Quando aquela mulher que desejava o sobrenome daquele sujeito, e que pretendia “dividir” sua vida sofre com o impacto público da rejeição, a denominada quebra de promessa de casamento diante de inúmeras testemunhas.

O Direito das Famílias tem avançado e tentado acompanhar os inúmeros conflitos que advêm dos relacionamentos humanos. O compromisso quando desfeito de forma abrupta, rompendo sonhos e projetos de uma das partes envolvidas, e gerando prejuízo de ordem financeira, não deixa de merecer a atenção dos Tribunais, razão pela qual o presente texto contará com aportes dogmáticos e jurisprudenciais para a apreciação da temática. A expressão “(in)cabimento” consiste, justamente, em duas hipóteses que merecem um enfrentamento: se cabe ou não a referida responsabilidade civil, em casos de abandono da noiva em uma data tão significativa.

Logo, em síntese, cabem as seguintes reflexões: cabe reparação civil, quando do ajuizamento das demandas envolvendo abandono da noiva no dia do casamento? Os juízes têm arbitrado danos materiais e/ou morais à nubente rejeitada ou há a compreensão de que o casamento não se configura como uma promessa (inicialmente) irrevogável?

2. DO SOFRIMENTO COM O ABANDONO DO NUBENTE

Muitas são as razões elencáveis para que não haja a concretização de um casamento. A decepção, o reencontro de um antigo amor, a ausência de um sentimento capaz de manter o desejo de permanecer com o outro por prazo indeterminado, dentre tantas outras causas que podem emergir na relação a dois. Entretanto, deve-se cuidar para que o

outro não seja tratado como um objeto descartável, sem a capacidade de sentir e esperar, idealizar um futuro a ser construído com outra pessoa.

A questão da descartabilidade dos indivíduos e das relações humanas e a manutenção de laços afetivos demonstra contradição:

A intenção de estar junto e ao mesmo tempo não estabelecer relações duradouras é uma das principais razões da ambivalência característica dos relacionamentos atuais. Tal ambivalência resulta principalmente da instabilidade que impera na modernidade líquida, época de incertezas e inseguranças provenientes do risco que poderá trazer um novo relacionamento diante do qual, previsões e mecanismos de controle não se aplicam (GUEDES, 2005).

A descartabilidade das relações refere-se a tratar o outro como um objeto. Coisas não possuem sentimentos e são indesejadas quando não atendem mais ao propósito do ser humano, como um celular, um carro, que se trocam e se adquirem novos. Tratar o outro como uma coisa, significa negar-lhe valor e destinar-lhe um tratamento indigno.

Nesse sentido, “[...] a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano” (SARLET, 2001, p. 35). A indignidade nos processos de humilhação está atrelada ao vexame e o quanto se está disposto a arcar com ele ou a tentar minimizar seus danos mediante a propositura de ações judiciais mais lentas que a velocidade da tristeza com a rejeição e a indiferença do outro ao sentimento de quem “sobrou”: “consumimos e descartamos o outro rapidamente, sempre em busca de algo que satisfaça mais e melhor os nossos desejos” (LIMA; FREIRE, 2017, p. 92).

Sob a ótica do consumo e do descarte, oposta ao conceito e à abrangência da dignidade pessoal, note-se que:

Dignidade e humilhação são dois temas que chamam a atenção, quando se fala em identidade, respeito, singularidade de cada um, independentemente de como

seja [...] “Quem humilha será humilhado” é uma frase bíblica [...] Humilhar significa rebaixar, menosprezar, diminuir o outro, desvalorizar, para se engrandecer ou se assoberbar [...] isso é aviltante e vai contra ao que se pode pensar sobre dignidade (SUECKER, 2013, p. 130).

Nos Estados Unidos há condenações de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares) com a violação ao contrato de promessa de casamento (*breach of promise to marry*), havendo uma razão histórica e cultural para isso:

Como professora de Direito de Família, Margaret Brinig explica que a razão é dupla: primeiro, a condição financeira da mulher era completamente dependente do marido, então a violação da promessa poderia não ser apenas um golpe emocional, mas também um impacto econômico duradouro. Segundo [...] às mulheres foi esperada a castidade até o casamento. Contudo, uma vez que um homem prometeu casamento a uma mulher, à mulher era muito mais provável conceder sua virgindade a ele. Portanto, a lei quis evitar que os homens seduzissem as mulheres com promessas de casamento e depois as deixassem (JOHNSON, 2015).

Outro aspecto relativo ao ser desprezado pelo outro pode ser creditado aos relacionamentos online ou às redes (anti) sociais, que produzem uma sensação de disponibilidade de quem está do outro lado da tela do computador ou do celular havendo uma distorção de quem realmente é, a partir do momento em que o ambiente virtual irreal aproxima quem está longe sem necessariamente mostrá-lo de forma “real”. Enfim, “amar é tentar vencer a inexorável solidão a que estamos todos, desde que nos cortaram o cordão umbilical, irremediavelmente lançados, uma busca aventureira que ninguém sabe se irá ou não dar bons frutos” (ACSELRAD; BARBOSA, 2017, p.176).

É imperiosa a “proteção jurídica do amor” (GOULET, 1965), especialmente, para quem fora abandonado. O luto precisa ser enfrentado

afastando-se a ideia de que se tem a obrigação de ser feliz, entretanto, as perdas merecem reparação por quem as postula, quando possível. Nesse sentido afirma-se que “não permite-se mais aos indivíduos o ficar triste. A frustração não é mais tolerada [...] Depara-se nessa sociedade com a descartabilidade, a liquidez dos relacionamentos, a exaltação da quantidade ao invés da qualidade [...]” (SCHMITT; IMBELONNI, 2011. p. 3). O número tem sido mais valorizado que o afeto.

O luto e a perda estão associados à memória:

As memórias [...] podem camuflar as armadilhas das tentações perigosas da mesma forma como podem servir de sinais de advertência portáteis. A vitimização, por assim dizer, degrada os vitimizadores, que desejam com ardor esquecer um episódio vergonhoso e dolorosamente inconveniente. Mas ela não enobrece o sofrimento vivo em sua memória, motivados sobretudo pela esperança de obter uma compensação e na mesma moeda (BAUMAN; DONSKIS, 2014, p. 45).

As memórias também integram os processos judiciais. O que é trazido aos autos, entretanto, não reflete com o mesmo rigor e fidedignidade o que fora vivido, por isso, a verdade buscada é a aparência, a verossimilhança. Nesse sentido, o que se pretende compensar com o luto parece ser uma minimização ou gestão dos danos que uma atitude causou: um comportamento inesperado e inconveniente, em uma situação que deveria ser de felicidade e vida nova. Um projeto que não depende de uma pessoa, mas de duas para acontecer, afinal, o casamento é um compromisso, uma via de mão dupla, não única.

3. DA (NÃO) REPARAÇÃO CIVIL À NOIVA ABANDONADA

O casamento não envolve apenas a questão da escolha do outro para seguir a vida, como também as famílias e os amigos, as pessoas que fazem parte do círculo de relações do casal. Esses indivíduos esperam uma festividade, e o casal, geralmente, programa uma viagem de lua de

mel. A questão econômica é relevante, a partir do que se oferece em razão do matrimônio e do que se usufrui depois da festa. Faz-se imperioso o tratamento jurídico do abandono. Escolhas envolvem consequências e o Direito deve estar atento a isso. O sofrimento não pode e não deve ser ignorado.

No que tange à responsabilidade civil do ofensor, relativamente ao dano moral, salienta-se a extensão de sua aplicabilidade, de seu arbitramento:

Mostra-se mais arrazoado permitir a indenização, lógico, com a verificação do mínimo de requisitos necessários à configuração do dano no caso concreto, do que se negar ao ofendido a oportunidade de amenização dos efeitos sofridos. Com o passar do tempo e a evolução doutrinária mais centrada nos movimentos da vida em sociedade, foi-se aceitando o dano moral não mais como uma forma de equiparar o sofrimento da vítima a uma quantia em dinheiro, mas como um meio de ao mesmo tempo punir o ofensor e proporcionar ao ofendido alguns benefícios para amenizar a dor experimentada, somente alcançados com recursos financeiros (LARRATÉA, 2009, p. 82).

A desilusão com a perda de um projeto de vida a dois merece sancionamento a quem causou o prejuízo, o qual pode ser defendido como de difícil reparação. Oportuno salientar que os danos acometidos na vítima podem alcançar proporções bastante significativas, conforme cada caso concreto. Enganar o outro, iludi-lo, no dia do casamento, representa um comportamento que merece a aplicação de uma sanção. É a lei da causa e do efeito que igualmente se aplica no âmbito jurídico das relações.

Nesse sentido, salienta-se que no Direito Penal é tipificada a conduta elencada nos crimes contra a dignidade sexual, a violação sexual mediante fraude (art. 215, CP). Esse delito corresponde ao denominado “estelionato sexual”. É possível estabelecer-se uma analogia entre a conduta do noivo com o tipo penal de estelionato. O delito do art. 171

do Código Penal consiste na utilização de um ardil, de um artifício para locupletar-se do outro, mediante a busca de vantagem ilícita econômica ou não. No caso em tela, o autor do fato que deliberadamente engana a vítima mediante falsas promessas, dizendo que irá casar-se com ela, com o fim de obter algum benefício de cunho sexual, pratica uma conduta criminosa. Esse comportamento é capaz de gerar a perda da virgindade da moça ou meramente na concretização de seu desejo (lascívia e concupiscência) sem o cumprimento do prometido.

Do ponto de vista da junção entre o Direito Civil e o Direito Penal, no estabelecimento de relações entre ambos, percebe-se nitidamente o dolo do noivo (agente), para a satisfação de sua lascívia, culminando no fato de ferir a mulher, com o vexame, a humilhação do abandono e com promessas feitas para não serem cumpridas. Ao mesmo tempo, a situação de enganá-la, gerando a expectativa de casamento, em esfera criminal, pode enquadrá-lo na conduta típica descrita no tipo supramencionado. Ressalte-se que nem todos os delitos são cometidos com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, vide o estelionato. Logo, o noivo poderá ser enquadrado como um estelionatário sexual, dependendo do caso concreto, particularizado.

Ao mesmo tempo, pode-se sustentar a tese de aplicabilidade da autonomia privada em matéria civilista. Entretanto, suas consequências não podem ser ignoradas:

O ordenamento civil pátrio consagra a necessidade da livre manifestação de vontade das partes para a realização do matrimônio. Portanto, não é possível que um nubente seja juridicamente repreendido por ter desistido de se casar. Apesar disto, foi constatado que não se pode negar estritamente a possibilidade de incidência do dano moral em face da dissolução da promessa de casamento, pois a ruptura desmotivada pode gerar sérios efeitos nocivos ao noivo repudiado. Para algumas pessoas, principalmente entre as mulheres, o casamento representa um projeto de vida. Assim, é preciso analisar a forma e o contexto em que essa ruptura foi realizada. Havendo abalo ao

princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, deve haver a possibilidade de reparação (LARRATÉA, 2009, p. 92).

Para além da análise moral, há o dado financeiro, mais objetivamente mensurável sob a ótica econômica. O cálculo com o investimento no casamento é aferível a partir da juntada, aos autos, dos comprovantes de pagamento e/ou do endividamento do casal com os contratos celebrados, de acordo com os serviços pretendidos para a realização da festa e da viagem após a cerimônia.

O fato do arbitramento de ambos os danos não é pacificado, dependendo da análise de cada magistrado. A subjetividade da decisão reside no fato de que cada pessoa tem uma criação, vivências, valores e expectativas em relação a si e aos demais, sendo que não se espera neutralidade do juiz, por ser humano, contudo a imparcialidade, cujos conceitos são diferenciados. Juiz imparcial é aquele que julga desapassionadamente, equidistante às partes. A verificação de neutralidade judicial não é possível: faz parte da natureza humana a capacidade de sentir, de criticar, de analisar e de se posicionar para uma ou outra direção.

A questão da direção é também matéria da subjetividade e do quanto o mundo está com constante mutação e em que medida as pessoas estão preparadas para isso: “o mundo, ao que parece, deu outro giro, e um número ainda maior de seus habitantes, incapazes de aguentar a velocidade, caiu do veículo em aceleração [...]” (BAUMAN, 2005, p. 23).

A subjetividade que permeia essa relação é percebida pelas decisões dos magistrados que ora se dividem considerando a velocidade e os rumos que as relações têm tomado ao longo do tempo: o “veículo em aceleração” pode acarretar a perda de controle e a frustração de que a vida não levou para a direção esperada.

A matéria merece ponderação na doutrina familista:

O que se percebe é que há forte corrente doutrinária que entende não ser possível a responsabilidade civil por

danos morais pela quebra de promessa de casamento. De fato, não se pode afirmar que o casamento é fonte de lucro e, sendo assim, não há como ressarcir lucros cessantes. Porém, reafirmamos ser viável a reparação dos danos imateriais em situações especiais, sendo certo que a complexidade das relações pessoais recomenda a análise caso a caso (TARTUCE, 2017).

Como referido, cada caso deve ser apreciado de forma individual e não generalista, uma vez que cada relação de casal é única e envolve especificidades. Por isso, temerário mencionar uma polarização no sentido da alegação de que somente consideram cabíveis os danos materiais.

Nesse sentido:

Concorda-se com a afirmação segundo a qual a mera quebra da promessa não gera, por si só, o dano moral. Ademais, não há de se confundir o dano moral com os meros dissabores do cotidiano, se realmente os fatos tiveram essa qualificação. Porém, em alguns casos, os danos morais podem estar configurados, principalmente naqueles em que a pessoa é substancialmente enganada pela outra parte envolvida, a qual desrespeita toda a confiança depositada sobre si (TARTUCE, 2017).

A confiança envolve tempo, convivência e apostar que o outro a merece e a conquistou. A decepção vem com a confiança depositada em quem não a honrou. Nessa linha, vive-se em uma realidade que percebe o compromisso como prisão, um grilhão intransponível: “nos compromissos duradouros, a líquida razão moderna enxerga opressão; no engajamento permanente percebe a dependência incapacitante” (BAUMAN, 2004, p. 65).

O Direito de Família é regido por princípios como a afetividade e a eticidade, além da solidariedade dos valores da família e, por isso, espera-se o respeito pelos anseios do outro:

Ocorre que, a depender das circunstâncias da desistência [...] a negativa pode traduzir um sério dano à parte, não sendo justo ignorarmos esse fato e seguirmos em frente como se nada tivesse acontecido [...] afronta o princípio da eticidade o desfazimento injustificado do compromisso assumido, lesando a legítima expectativa nutrida pelo outro no sentido de realização do ato matrimonial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.141).

A reparação envolve um nexos de causalidade: era exigível que o noivo tivesse adotado outro comportamento? Para corroborar esse entendimento, eis julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que concedeu danos morais e materiais à noiva abandonada no dia do casamento:

A 6ª Câmara Cível do TJ do Rio condenou [...] a indenizar sua ex-noiva por danos materiais e morais, no valor de R\$ 9. 181, 86, por deixá-la esperando no cartório [...]. O casamento foi marcado para outubro de 2009. Durante esse período realizaram-se gastos para a festa, aluguel de roupas, convites, entre outros. Porém, no dia da cerimônia no cartório e comemorações, o réu não apareceu, não dando qualquer satisfação. Ela ainda ficou aguardando pelo noivo, toda paramentada, o que lhe causou vergonha e humilhação [...]. Não se verifica nos autos qualquer indício de que o rompimento do noivado ocorreu antes da data da cerimônia. A apelada contratou diversas empresas, todos os preparativos necessários para realização da cerimônia de casamento, assim como o aluguel do vestido de noiva e promoveu a sua retirada; não parecendo crível que a apelada, efetuando o pagamento e a retirada do vestido de noiva na data do matrimônio, tivesse conhecimento do rompimento do noivado. Por isso entendo que, o rompimento injustificado da promessa no dia do casamento acarreta danos morais e patrimoniais à parte abandonada no altar (BRASIL, 2011).

A jurisprudência é um importante instrumento de abordagem da temática, no sentido de uma aproximação de como tem sido a compreensão dos magistrados no que tange à tão delicada temática. Entretanto, a concepção da concessão da reparação civil em sua totalidade não é pacífica.

Em decisão datada de 2019, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu pela não concessão de indenização à noiva rejeitada. Veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO - PROMESSA DE CASAMENTO - DANOS MORAIS - MEROS DISSABORES E CONTRARIEDADE - INDENIZAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA. Aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação e sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral (BRASIL, 2019).

No julgado, os Desembargadores entenderam que:

[...] a atitude do réu não é capaz de ensejar a reparação por não se tratar de ato ilícito. Em que pese o tempo de namoro, os planos, o envolvimento das famílias, o réu não tinha obrigação de permanecer numa relação que não mais lhe satisfazia. O réu não praticou ato ilícito ao desfazer o relacionamento. Por mais que a autora tenha sido magoada, não subsiste o dever de indenizar (BRASIL, 2019).

Portanto, percebe-se que os julgadores se dividiram no que tange à reparação civil, ora concedendo a integralidade do pedido (danos morais e materiais) ora entendendo pela improcedência, nos julgados acima, respectivamente. São dois panoramas, dois entendimentos polarizados. Não significa que se possa estender essa compreensão à totalidade de julgados dessa natureza, o que seria imprudente e temerário. Contudo, interessam como um parâmetro, como pontos de vistas divergentes e que enriquecem a abordagem.

Nota-se a cronologia dos julgamentos: o primeiro é de 2011 e o segundo, de 2019. Oito anos decorreram entre os dois entendimentos acerca do “tratamento jurídico do abandono”. A temporalidade é um fator interessante: as mudanças sociais impactam nas decisões judiciais. Entretanto, cabe uma breve reflexão acerca das consequências da rejeição e do desprezo pelo sentimento do outro independentemente do passar dos anos. Humilhação não deixa de ser o que é pelo decurso do tempo.

Vive-se em uma sociedade que valoriza a liberalidade das relações, no sentido de se iniciar e terminar relacionamentos quando e como se desejar. Contudo, a empatia tem sido palavra bastante dita e pouco refletida. Colocar-se no lugar do outro deveria ser a regra, não a exceção. Por mais que se compreenda que não é ato ilícito desistir de alguém, faz-se necessário um (re) pensar, no sentido do questionamento de até que ponto iludir outra pessoa e abandoná-la no dia de seu casamento, não deveria gerar uma compensação, a título de sanção civil. Expor alguém ao constrangimento não poderia ser acatado, pura e simplesmente, mediante o desrespeito aos sentimentos da outra pessoa que, um dia, fora conquistada e planejou uma vida em comum com o destinatário de seu afeto.

Condenar o nubente que “fugiu” no dia do casamento a uma quantia em dinheiro não significa patrimonializar relações ou colocar um preço no afeto. Representa a aplicação de uma punição diante do desrespeito ao outro, aos seus sentimentos e a um projeto de vida, expostos a um tratamento indigno, humilhante e vexatório.

CONCLUSÃO

Tema sempre atual, o casamento, em que pese o uso da tecnologia para aproximar (ou afastar) pessoas, ainda é uma instituição que desperta interesse, em que pesem, também, a modificação da compreensão de família e as mudanças sociais pelas quais a contemporaneidade têm testemunhado. O casamento tradicional, o cumprimento da palavra

ofertada ao pai da noiva, o respeito à virgindade, na espera da conjunção carnal após a celebração na Igreja ou no civil deram lugar a uma liberalidade e uma informalidade maiores no trato dessas questões, como o fato de “morar junto” (união estável) e as relações menos compromissadas, como os relacionamentos abertos.

Ocorre que as condutas de “pedir em casamento” e/ou de ofertar um anel de compromisso geram uma expectativa que, se não honrada, remete a um sentimento de frustração e humilhação. Ressalte-se que existem pessoas que, por convicções religiosas, valorizam o casamento, não como meio de ascensão e respeitabilidade sociais, mas como uma forma de constituição de uma família.

Defende-se que o comportamento de abandonar a noiva no dia do casamento, dependendo da situação, pode ser irradiado para a esfera penal, na modalidade de estelionato sexual, comumente identificado pelo crime de violação sexual mediante fraude, o qual atinge a dignidade sexual da vítima. A fraude é o engano, o fato de conquistar, de ludibriar para a obtenção do prazer, da vantagem sexual, com o fim da satisfação da lascívia do agente, sem qualquer compromisso com a vítima. Entretanto, para ela (ofendida), a promessa existe e será cumprida. Casar pode não ser uma promessa irrevogável para quem não o quer, contudo, para quem o espera (com data marcada) e deseja, pode ser devastador quando não realizado (por um não querer unilateral), e os juízes não podem estar alheios a essa problemática sensível e real.

Tutelar juridicamente o abandono é uma aposta na efetividade do Direito no sentido do respeito às regras de convivência e na proteção das relações interpessoais. A expectativa e a promessa quebradas geram indiscutível sofrimento, o qual não merece ser ignorado.

Assim como a sociedade atual é percebida como consumista, consomem-se coisas e sujeitos. Entretanto, as coisas servem para isso, os indivíduos não. O poder de barganha, de uso e gozo sobre coisas não se aplica ao ser humano. Ver o outro como “objeto de uso” é inferiorizá-lo e coisificá-lo, ignorar sua dignidade e ser indiferente a seus sentimentos.

Porisso, em que pesem as alegações de que cada caso é particularizado, é necessário que os magistrados tenham a sensibilidade de perceber que o que está em “jogo” não é a patrimonialização das relações ou do afeto, mas a quantificação da humilhação. O fato de se ter empatia com o sofrimento real do outro não afeta a imparcialidade: humaniza o julgador.

Os “dissabores” são sentidos de acordo com as suscetibilidades de cada sujeito e podem ser devastadores. Abandonar uma noiva no dia do casamento é uma prática que merece ser reprimida pelo Poder Judiciário. O abalo com a notícia da rejeição e o sentimento de inadequação podem causar traumas em quem os sofreu. É tarefa do juiz punir o noivo que agiu desconsiderando o sofrimento de quem fora constrangida a se submeter a seu desprezo. Nesse caso, cabe a reparação pecuniária, pois o tempo não volta, e os impactos causados por ele podem ser eternos.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Marcio; BARBOSA, Rafaelly Rocha Lima. O amor nos tempos do Tinder: Uma análise dos relacionamentos amorosos na contemporaneidade a partir da compreensão de adultos e jovens adultos. **Revista Estudos e Pesquisas em Psicologia**. Rio de Janeiro v. 17 n. 1, p. 161-180, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 15ª Câmara Cível. Relator Des. Maurílio Gabriel. Apelação Cível nº 1.0479.14.020557-2/001. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumero>

roCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhas-PorPagina=10&numeroUnico=1.0479.14.0205572%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 nov 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 6ª Câmara Cível. Relatora Des. Cláudia Pires. Processo nº 0000813-45.2010.8.19.0075. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2915175/noiva-sera-indenizada-por-ter-sido-abandonada-no-dia-do-casamento>. Acesso em: 27 nov 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOULET, Jean. La protection juridique de l'amour. **Les Cahiers de droit**. v. 7, n. 2. abril 1965–1966. Disponível em: <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1965-v7-n2-cd5001040/1004233ar.pdf>. Acesso em: 18 nov 2020.

GUEDES, Cristiano. Sociabilidade e sociedade de risco: um estudo sobre relações na modernidade. **Revista Physis**. v. 15, n. 2. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S0103-73312005000200009. Acesso em: 18 nov 2020.

JOHNSON, Ruth Lee. Can You Really Sue Someone for Breaking Up With You? Laws you may have thought were long off the books may be very much alive. **Psychology Today**. Disponível em: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/so-sue-me/201508/can-you-really-sue-someone-breaking-you>. Acesso em 18 nov 2020.

LARRATÉA, Roberta Vieira. O dano moral e a dissolução da promessa de casamento. **Revista Direito & Justiça**. v. 35, n. 1, p. 78-94, jan./jun. 2009.

LIMA, Maria Juliana Vieira; FREIRE, José Célio. O lugar do outro nas relações amorosas contemporâneas: uma leitura levinasiana. **Estudos Interdisciplinares em Psicologia**. Londrina, v. 8, n. 2, p. 85-99, dez. 2017.

RISO, Walter. **Guía práctica para vencer la dependencia emocional**. Disponível em: http://www.institutointegra.com/wpcontent/uploads/2017/05/guia_practica_para_vencer_la_dependencia.pdf. Acesso em: 18 nov 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e a Constituição Federal de 1988**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Sabine; IMBELLONI, Michelle. Relações amorosas na sociedade contemporânea. **Revista Psicologia.pt**. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0583.pdf>. Acesso em: 18 nov 2020.

SUECKER, Betina Heike Krause. **Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil por quebra de promessa de casamento. **Revista do IBDFAM**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1234/Responsabilidade+civil+por+quebra+de+promessa+de+casamento+>. Acesso em: 19 nov 2020.

THE (UN) FEASIBILITY OF INDEMNITY TO THE BRIDE WHO WAS LEFT ON THE WEDDING DAY

ABSTRACT

This text deals with the wedding that did not happen even though it had a date already scheduled. The frustration as a result of the man giving up, at the moment of the religious or civil ceremony, matters to the Law. The breach of promise can generate civil liability for the fiance, who, in spite of arguments related to the non-mandatory alteration of his marital status, culminated in the expectation of the woman with the wedding celebration and the shared life that was to come. In addition to the suffering caused by public rejection, it is important to highlight the patrimonial issue, related to the financial investment on the wedding and the celebrations that would follow it, such as the party and the honeymoon. For this reason, the judges have divided understandings about the concessions of moral and material damages when deciding on situations like these, which can be motivated, for example, by the illusion of initial affection or by the resurgence of a fiance's old passion for another woman, among other things.

Keywords: Marriage. Breach of promise. Abandonment. Civil repair.

MEDIAÇÃO E DIPLOMACIA: UMA ABORDAGEM ACERCA DO PAPEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NA GUERRA CIVIL SÍRIA

Gabriela Gurgel Medeiros¹
Vitor Emmanuel Viana Antunes Dantas²
Mário Savéri Liotti Duarte Raffaele³

RESUMO

Neste artigo científico, buscou-se realizar uma análise a respeito da utilização da mediação como método alternativo à resolução de conflitos internacionais, dando o devido enfoque à atuação dos mediadores representantes da Organização das Nações Unidas no contexto da Guerra Civil na Síria. Ademais, para pormenorizar o entendimento acerca do tema,

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

E-mail: gabrielagurgelm@hotmail.com

2 Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC – MG)

E-mail: vitor_emmanuel1@hotmail.com

3 Orientador. Pós-Doutor em Direito Econômico Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Doutor em Econometria e Métodos Quantitativos pela Faculdade de Economia da Universidade de Messina (Itália). Doutor em Direito Econômico Internacional pela Universidade Deusto de Bilbao (Espanha) Professor adjunto IV da pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC – MG). Economista e Advogado.

E-mail: mariosaveri@pucminas.br

realizou-se uma breve explanação a respeito do instituto da mediação, como também do panorama vivenciado na República Árabe Síria. Nesse sentido, pretendeu-se comentar e avaliar o desempenho das três tentativas infrutíferas dos enviados especiais da ONU, em se realizar uma mediação envolvendo os atores do conflito, explicitando, sob a ótica doutrinária, as razões de não terem sido bem sucedidas, além de ponderar a eficiência do instituto da mediação nesse contexto e a forma como foi utilizada.

Palavras-chave: Mediação. Guerra civil Síria. Organização das Nações Unidas. Solução diplomática de conflitos.

1. INTRODUÇÃO

Até o início do século XX, a guerra era uma opção legítima de resolução de conflitos entre os Estados. Com o estabelecimento dessa ilegitimidade no cenário internacional, devido à preocupação de preservar a paz entre as nações, começam a se desenvolver técnicas de resolução pacífica dos conflitos entre Estados. Nesse contexto, novos meios diplomáticos surgem, como a mediação, bons ofícios, investigação e conciliação. No cenário internacional pós-Guerra Fria, a mediação ganha destaque por se adequar a um contexto de ausência de ordem mundial em que os conflitos sofrem alterações significativas e os Estados, por si sós, não são capazes de controlá-los e, dessa forma, necessitam estabelecer uma cooperação mais eficiente com outras instituições.

Nesse ínterim, a Organização das Nações Unidas (ONU), enquanto instituição global de extrema relevância que atua na segurança e paz internacionais, passa a exercer um papel primordial nos conflitos

entre Estados, o de mediar acordos políticos entre as partes, com o intento de garantir o equilíbrio internacional e reduzir as consequências das disputas bélicas.

Nessa conjuntura, em 2011, inicia-se a Guerra Civil Síria, dentro do contexto da Primavera Árabe, quando houve uma série de protestos contra o governo de Bashar al-Assad, o qual ordenou às forças de segurança que abrissem fogo contra os manifestantes causando várias mortes. Os desdobramentos desse confronto, que persiste até os dias de hoje, já causaram a morte de mais de meio milhão de pessoas. Perante essa trágica realidade, a ONU estabelece uma mediação no conflito, com o objetivo de promover uma solução política capaz de avançar na possibilidade de fim da guerra civil.

Diante do explicitado, o presente artigo, em um primeiro momento, busca expor o funcionamento da mediação no cenário internacional, analisando os conceitos que perpassam tal instituto e sua aplicabilidade. Ademais, visa demonstrar a atuação da ONU enquanto mediadora nos conflitos mundiais e os desafios enfrentados por essa organização perante a realidade dos confrontos. Por conseguinte, aborda-se o caso concreto da Guerra Civil da Síria, de início, através da explicitação das raízes históricas do conflito e do seu contexto atual e, por fim, mediante a análise da mediação realizada pela ONU na guerra civil e dos motivos que causaram o insucesso dessa atuação diplomática no caso em questão.

Portanto, espera-se concluir que os meios diplomáticos de resolução de conflitos - sobretudo, a mediação - e as organizações internacionais - em especial, a ONU - possuem um papel fundamental no contexto internacional e devem ser valorizados, mas também precisam ser aprimorados, haja vista o caso antitético exposto neste artigo. Por fim, busca-se inferir os desafios enfrentados na mediação promovida pela ONU no caso concreto sob análise como meio de hipotetizar câmbios necessários para futuras mediações.

2. A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS INTERNACIONAIS

Os meios diplomáticos de resolução de conflitos sinalizam que os Estados devem fazer prevalecer uma solução encontrada no campo político, ou seja, na manifestação de vontade soberana de colocar um fim a um litígio pelo diálogo diplomático (BICHARA; CARREAU, 2015, p. 659).

Nessa linha de raciocínio, tem-se a mediação como um dos meios diplomáticos de resolução de conflitos consagrados internacionalmente. A mediação internacional é bastante antiga, tendo se desenvolvido e consolidado no âmbito das relações internacionais no pós-Guerra Fria. Nos anos 90, a ausência de uma ordem mundial bipolar e de um compromisso internacional em impor normas e limites fez com que os contextos dos conflitos mudassem⁴. Nesse ínterim, como o cenário internacional do pós-Guerra Fria era instável e bastante sujeito a mudanças, a mediação foi de extrema importância para administrar essa nova realidade, fato que justifica o crescimento de tal atividade (DUARTE; MESSARI, 2003, p. 33). Segundo Jacob Bercovitch:

No atual ambiente internacional, onde a sofisticação e a capacidade destrutiva de armas podem tornar os conflitos tão onerosos, onde não há aderência a um conjunto de regras geralmente aceito nem uma autoridade central que possa regular padrões de comportamento internacional; além disso, o poder é difundido entre muitas unidades que guardam zelosamente sua soberania, a mediação oferece uma maneira eficaz de lidar com as diferenças

4 A partir dos anos 90, a natureza dos conflitos mudou com relação aos das décadas anteriores da segunda metade do século XX. Os confrontos no período da Guerra Fria foram substituídos. Em seu lugar, os conflitos passaram a ser internos, assimétricos, étnicos, com lutas de poder dentro dos países.

entre Estados antagonistas (BERCOVITCH, 1991, p.149-150).

Tal instituto é uma forma de gerenciamento de conflitos em que terceiros - no Direito Internacional, geralmente, países ou organizações - ajudam duas ou mais partes concorrentes a encontrar uma solução sem recorrer a meios de resolução mais graves, como conflitos armados (SOUZA, 2009, p. 459). Nesse sentido, acerca da utilização da mediação em contendas, Fernanda Tartuce (2018) preleciona:

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. A mediação configura um meio consensual porque não implica a imposição de decisão por uma terceira pessoa; sua lógica, portanto, difere totalmente daquela em que um julgador tem autoridade para impor decisões (TARTUCE, 2018, p. 203).

Nesse diapasão, o mediador é um participante ativo que apresenta proposições, interpreta e transmite as propostas de uma parte à outra, contudo, não impõe qualquer tipo de decisão às partes envolvidas. Além disso, ele pode ser um indivíduo escolhido em razão de suas qualidades ou funções, porém, no Direito Internacional, é mais frequente que essa função de mediação seja desempenhada por um Estado ou uma organização internacional (BICHARA; CARREAU, 2015, p. 665)

Outrossim, ele usa instrumentos políticos como a diplomacia para levar os negociadores de cada lado da disputa à conversação. Desse modo, o mediador é de suma importância no processo tendo em vista que ele deve propor as bases de um acordo para o litígio, participando diretamente das negociações entre as partes em conflito. Ademais, a

mediação pode ser procurada pelas partes ou oferecida espontaneamente por atores de fora do conflito. Entretanto, é necessário que haja um consenso entre os disputantes para que o processo seja realizado, ou seja, trata-se de um processo voluntário (SOUZA, 2009, p. 460 - 461). Celso D. de Albuquerque Mello define a mediação entre Estados como:

Ato pelo qual um ou vários Estados, seja a pedido das partes em litígio, seja por sua própria iniciativa, aceitam livremente, seja por consequência de estipulações anteriores, se fazerem intermediários oficiais de uma negociação com a finalidade de resolver pacificamente um litígio, que surgiu entre dois ou mais Estados (MELLO, 2000, p. 1346).

Há vários casos de mediação realizados por Estados registrados pela história diplomática. Exemplifique-se a mediação realizada pela Inglaterra, entre o Brasil e Portugal, para o reconhecimento da independência política brasileira, consagrado no Tratado de Paz e Amizade celebrado no Rio de Janeiro em 1825. Ademais, em 1978, os Estados Unidos fizeram o mesmo para encerrar o conflito entre Israel e o Egito, realizando o acordo *Camp David* entre os Estados (BICHARA; CARREAU, 2015, p. 665).

Assim como os Estados, frequentemente as organizações internacionais também assumem o papel do mediador diante de conflitos internacionais. Dessa forma, dentre tais organizações, destaca-se a Organização das Nações Unidas, a qual já promoveu a mediação de inúmeros embates no cenário internacional. Nesse viés, como exemplos de disputas em que a ONU atuou enquanto mediadora recentemente, podem ser citados o conflito entre Sudão e Sudão do Sul e a Guerra Civil na Síria, ambos iniciados em 2011 (FREITAS; LACERDA, 2016, p. 90). A atuação da ONU enquanto mediadora nos conflitos internacionais e, sobretudo, na Guerra Civil da Síria será exposta e aprofundada no decorrer do presente artigo.

3. A POSTURA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS COMO ÓRGÃO MEDIADOR

As organizações regionais, sub-regionais e organizações internacionais desempenham um papel de extrema importância na prevenção, gerenciamento e resolução de conflitos (UNITED NATIONS PEACEMAKER, 2019a). Nesse sentido, a ONU é uma organização internacional, sendo conceituada pela Carta das Nações Unidas como uma associação de Estados reunidos com o propósito declarado de:

Manter a paz e a segurança internacionais; desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos; conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário. (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Diante de tal conceito, notabiliza-se a relevância da atuação da ONU no que concerne aos conflitos e guerras civis, pois se tratam de fenômenos capazes de desestabilizar a harmonia internacional e que, em muitos casos, os Estados, por si sós, não conseguem controlá-los. Também é certo que o Direito Internacional Público não pode ser apenas política internacional, foro de discussões que não chegam a um fim, sob risco de colocar sua própria efetividade em questão. Os Estados são soberanos, mas há limites à soberania: matar cidadãos, por exemplo, não está entre os direitos do Estado. Assim, a mediação em casos de guerra civil com participação do próprio Estado como ator ativo do conflito deve se submeter não a Teorias Voluntárias, mas sim às Objetivistas. O professor Mazzuoli, em irrepreensível magistério, explica-as:

A legitimidade e obrigatoriedade do Direito Internacional Público devem ser procuradas fora do âmbito de vontade

dos Estados, ou seja, na realidade da vida internacional e nas normas que disciplinam e regem as relações internacionais, que são autônomas e independentes de qualquer decisão estatal (MAZZUOLI, 2018. p. 58).

Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas, enquanto uma entidade considerada neutra em suas atuações no cenário internacional, passa a agir como mediadora em acordos políticos com o intento de pôr fim aos conflitos entre Estados e, conseqüentemente, garantir a manutenção da paz e segurança (FREITAS; LACERDA, 2016, p. 95). Nessa linha de raciocínio, as mediações realizadas pela ONU são extremamente necessárias, entretanto, enfrentam uma série de desafios tendo em vista os níveis de conflitos com que a organização lida e a postura que deve ser adotada pelos mediadores da organização (UNITED NATIONS PEACEMAKER, 2012). Acerca de tais desafios, Gutenberg Teixeira, professor de Relações Internacionais e doutorando em Responsabilidade Jurídica, pontua:

Mediar conflitos é difícil. Sobretudo quando envolve países, facções políticas ou grupos religiosos, que em disputas por poder colocam em risco populações inteiras. Essa é a responsabilidade que têm os mediadores designados pela Organização das Nações Unidas (ONU) para buscar soluções pacíficas para alguns dos confrontos mais violentos do planeta. Apesar do esforço da diplomacia, não raro o trabalho termina sem grandes avanços (GONÇALVES, 2014).

Ainda de acordo com o professor, muitas vezes, apesar da efetividade do mediador nos conflitos entre Estados, eles acabam sem solução porque os envolvidos apresentam uma resistência e não se dispõem a entrar em consenso. Sobre essa constatação, é válido ressaltar, por exemplo, o caso da Crimeia em 2014, região de influência russa que declarou a separação da Ucrânia, em que o enviado especial da ONU para mediar o conflito cancelou sua atuação após ter sido detido por homens armados (GONÇALVES, 2014).

Frente a tais dificuldades, a ONU promoveu algumas medidas com o intento de estimular o uso da mediação e garantir sua aplicação corretamente pelos mediadores da organização. Dessa forma, a primeira ação de maior visibilidade e alcance realizada pela ONU foi a publicação em 2012 de um documento intitulado “Diretrizes das Nações Unidas para uma mediação eficaz”, criado após a realização de uma Assembleia Geral em 2009⁵ (UNITED NATIONS PEACEMAKER, 2012).

Como resposta a uma solicitação realizada na Assembleia Geral, publicou-se o manual supracitado, em que há a apresentação dos critérios aplicados pela ONU em um processo de mediação. Tais critérios são a preparação do mediador; o consentimento das partes envolvidas – por se tratar de um processo voluntário – ; a imparcialidade do mediador durante todo o processo; a inclusão das opiniões e necessidades das partes; a implicação nacional, ou seja, a mediação deve se basear nos parâmetros estabelecidos pelas regras e normas escolhidas, dentro do marco do direito internacional que envolve a situação; a coerência nos acordos realizados; a complementaridade, isto é, a necessidade de divisão de funções entre os agentes; e o acordo de qualidade, que é o objetivo da mediação (UNITED NATIONS PEACEMAKER, 2012). Sobre a imparcialidade supramencionada, importante ressaltar a lição de Sidney Guerra, que assevera:

5 Tal Assembleia adotou por consenso sua primeira resolução especificamente sobre mediação intitulada “Fortalecendo o papel da mediação na solução pacífica de controvérsias, prevenção e resolução de conflitos”, a qual reconheceu o aumento do uso da mediação, refletido nos desafios atuais da comunidade internacional em seus esforços para mediar. Além disso, solicitou que o secretário-geral, em consulta aos Estados-membros e outros atores relevantes, desenvolvesse orientações para uma mediação mais eficaz, que levassem em consideração, entre outros aspectos, as lições aprendidas com experiências passadas e em andamento (UNITED NATIONS PEACEMAKER, 2019b).

Nesse propósito, importante registrar que, apesar de tomar conhecimento de todos os fatos pertinentes à problemática que envolve os Estados litigantes, os mediadores não apresentam opiniões e/ou pareceres sobre a questão analisada e sim caminhos que podem ser seguidos para a solução da contenda apreciada (GUERRA, 2017).

Ainda sobre as medidas tomadas pela ONU para melhor utilização da mediação nos conflitos entre Estados, ocorreu, em 2019, o relançamento de uma plataforma on--line da organização chamada *Peacemaker*⁶. Nesse viés, trata-se de uma ferramenta de apoio à mediação on-line desenvolvida pelo Departamento de Assuntos Políticos e de Construção da Paz da ONU. Tal ferramenta é destinada a profissionais da mediação e possui um extenso banco de dados de acordos de paz, material de orientação e informações sobre os serviços de apoio à mediação da ONU e faz parte dos esforços gerais desta para apoiar iniciativas de mediação tanto da própria organização quanto de outras nações (UNITED NATIONS PEACEMAKER, 2019b).

Portanto, medidas como as supracitadas notabilizam o esforço da ONU, enquanto organização que realiza mediações, em promover e efetivar o uso do instituto. Ademais, tais medidas visam reduzir o número de casos como o da Síria, em que a mediação não gerou um acordo entre as partes, como será exposto no presente artigo.

4. A SITUAÇÃO DE GUERRA CIVIL NA SÍRIA

Este tópico irá tratar a respeito da conjuntura que precedeu e motivou a Guerra Civil Síria, além de abordar acerca das particularidades

6 Essa ferramenta foi inicialmente lançada em 2006, entretanto, foi suspensa após um breve período.

deste conflito armado. Nesse sentido, pode-se dizer que o contexto histórico da República Árabe Síria é marcado por situações de instabilidade política e democrática. Assim sendo, para facilitar o entendimento, necessário se faz retornar ao período pós-Primeira Guerra Mundial, ocasião em que o Império Otomano foi esfacelado e a sua região foi dividida em diversos países. Nesse cenário, França e Reino Unido – vencedores da guerra – celebraram o Acordo de Sykes-Picot, que dividiu e estabeleceu as fronteiras do território sírio⁷ (REDE ANGOLA, 2014).

Sob o domínio francês, a Síria foi dividida em diversos Estados com o objetivo de enfraquecer o sentimento do Pan-Arabismo⁸ e, dentre as diversas tentativas de se tornarem independentes, finalmente, em 1946, após a Segunda Guerra Mundial, os sírios libertaram-se da França. Contudo, as instabilidades políticas, ideológicas⁹ e religiosas, dentre elas, as rivalidades entre sunitas, xiitas e alauítas¹⁰, permaneceram fazendo com que a região passasse por sete golpes de Estado até que Hafez Al Assad assumisse o governo em 1971 (REDE ANGOLA, 2014).

Com Hafez Al Assad no poder, os opositores eram reprimidos violentamente, o Estado era centralizado e havia o culto à figura do

7 Tal acordo foi formalizado em 1920 pela Liga das Nações e o mandato da República Árabe Síria foi atribuído à França (REDE ANGOLA, 2014).

8 O Pan-Arabismo é um movimento de valorização ao povo, língua e Estado Árabe. Ganhou força no pós-Segunda Guerra Mundial, contudo, desde o fim do domínio do Império Otomano observou-se o crescimento do sentimento nacionalista árabe.

9 Nesse cenário de instabilidades, o crescimento de ideais socialistas, nacionalistas e anti-imperialistas contribuíram para o surgimento de partidos como o Baath que teve grande influência à época.

10 A princípio, os sunitas acreditam que o sucessor do profeta Maomé deveria ser originado do mesmo clã de origem. Já os xiitas creem em Ali, primo de Maomé, como sucessor escolhido por Deus. Ademais, têm-se os alauítas como corrente derivada do xiismo, porém mais moderada e é a corrente da família Assad. Tais vertentes possuem uma certa rivalidade histórica (SOUZA et al, 2017, p. 03). Além disso, na Síria, as rivalidades se intensificaram, pois 80% da população era sunita e a minoria era de alauítas, que estavam no poder (VASCONCELLOS, 2018, p. 02).

presidente, tornando-se, desde logo, um regime autoritário. Por outro lado, além da violência estatal como forma de garantir a sua autoridade, Hafez estimulou a criação de milícias armadas pró-governo, facilitando assim a manutenção do seu posto, de modo que, em 1982, a Irmandade Muçulmana¹¹ liderou uma revolta contra seu regime, e o número de mortos chegou a 20 mil (REDE ANGOLA, 2014). Além do mais, a Síria, sob o regime de Hafez, passou por momentos de crise econômica, recessão, corrupção e participação em guerras, o que fez com que diversos movimentos eclodissem contra seu governo de modo que, por vezes, sofreu até tentativas de deposição (SOUZA et al, 2017, p. 04).

No ano 2000, com a morte de Hafez, Bashar Al Assad assume o poder com aprovação popular, pois era sinônimo de esperança para a Síria. No início do seu mandato, Assad libertou presos políticos, prometeu reforma política, crescimento econômico e trouxe internet para a região (SOUZA et al, 2017, p.03). No entanto, com o passar do tempo, a população notou que não houve mudanças significativas como prometido, pelo contrário, Bashar passou a mitigar os movimentos pró-reforma política, censurar e limitar a liberdade de expressão, pois seu objetivo se tornou a manutenção do poder, assim como o do seu pai, o que deixou a população ainda mais insatisfeita e motivou a onda de protestos no país (REDE ANGOLA, 2014).

Nessa perspectiva, em 2011, emergiu na Tunísia e no Egito um movimento denominado de Primavera Árabe, que consistia em manifestações populares a favor da democracia, liberdade de expressão, erradicação da pobreza e do fim do desemprego (AL JAZEERA, 2011, tradução nossa). Com o sucesso desse movimento, centenas de milhares de sírios resolveram também demonstrar suas insatisfações

11 A Irmandade Muçulmana é um movimento político iniciado no Egito que possui um caráter radical. Seu objetivo seria a luta pela implantação da Sharia, ou leis islâmicas, nos países árabes. Tal movimento se espalhou por diversos outros territórios árabes.

com os abusos praticados pelo governo, com a corrupção, com a crise econômica e a seca enfrentada entre 2006 e 2010.

Então, os protestos tiveram início na cidade de Daara e se espalharam rapidamente por todo o país, ocasião em que o governo sírio reagiu utilizando tanques de guerra, artilharia e aeronaves, tornando-se, portanto, uma guerra civil (FORD, 2019, p. 03, tradução nossa). Dessa forma, é imprescindível trazer o entendimento de Robert S. Ford (2019):

A natureza do conflito mudou, tornando-se uma batalha não só por prestação de contas, mas por poder absoluto. A luta também ficou mais dividida com o crescimento da presença de extremistas sunitas contra os mais moderados da oposição. Após os ganhos iniciais em 2012, a oposição armada, com escassez de suprimentos e dinheiro, perdeu força e um impasse foi criado (FORD, 2019, p. 03, tradução nossa)

Isso significa, que a ideia inicial de se realizar protestos pacíficos se transformou, na verdade, em uma verdadeira luta armada segmentada pelos interesses diversos dos grupos envolvidos. Mas não só isso, o derramamento de sangue observado preocupou as nações vizinhas, além dos Estados Unidos e da União Europeia, que impuseram embargos à Síria¹². Dessa maneira, verificou-se que os interesses externos influenciaram de maneira exponencial a magnitude do conflito, afinal, com tal problemática, surgiu o impasse dos refugiados nos países

12 Considerando a seriedade da situação, Estados Unidos e União Europeia impuseram sanções à Síria, com congelamento de ativos de oficiais do governo e embargo de armas.

vizinhos, incluindo a questão entre os curdos e a Turquia (FORD, 2019, tradução nossa)¹³.

Por outro lado, o Estado Islâmico do Iraque e do Levante invadiu e tomou uma parte do território sírio¹⁴, enquanto a Rússia, o Irã e a China tomaram partido a favor do governo local, e a Turquia, o Catar e a Arábia Saudita foram acusados de financiar os grupos rebeldes de oposição (VASCONCELLOS, 2018)¹⁵. Nessa toada, mesmo com a participação de tantos agentes externos, crise de refugiados, violações aos direitos humanos pelas diversas partes do conflito e sofrimento do povo sírio, o governo insiste em controlar todas as instituições e rejeita a divisão de poder com a oposição, além de não se esforçar para uma solução negociada (FORD, 2019, tradução nossa).

Ademais, o governo sírio foi acusado de se utilizar de armas químicas, mais especificamente o gás sarin, contra a própria população, mesmo tendo assinado, em 2013, um tratado para a não utilização, produção e eliminação das reservas existentes. Tal acontecimento, resultou em uma intensificação da guerra com o bombardeamento de

13 Os curdos são uma comunidade unida por raça, cultura e linguagem, que estão estabelecidos majoritariamente nos territórios entre Síria, Turquia, Iraque, Irã e Armênia. Contudo, não são reconhecidos como um Estado soberano e essa pauta se estende há anos. Sobre a temática específica, Soares aponta (SOARES et al, 2017): “Para o governo turco, os curdos sírios e o presidente Bashar al-Assad são ameaças maiores do que o próprio Estado Islâmico. Ou seja, os turcos perceberam que oferecendo suporte aos curdos sírios estariam ajudando o PKK, que é considerado um inimigo terrorista que tenta fragmentar o país há mais de 30 anos”.

14 O Estado Islâmico tem por objetivo a criação de um território próprio para que possa ser regido segundo a lei islâmica ou “sharia”.

15 Os principais grupos rebeldes envolvidos no conflito são: Comando Militar do Exército Sírio Livre, Irmandade Muçulmana do Egito, Frente Al-Nusra (“Frente de Suporte para o Povo da Síria”), Estado Islâmico do Iraque e do Levante, uma milícia islâmica e jihadista que visa instaurar um Califado nos territórios do Iraque e da Síria (VASCONCELLOS, 2018)

algumas localidades pelos EUA, Reino Unido e França (THE NEW YORK TIMES, 2019).

Para além disso, as tentativas de se determinar uma intervenção debatidas no âmbito do Conselho de Segurança das Nações Unidas não surtiram efeito e, apesar de todas as consequências oriundas da guerra, da participação de inúmeros atores contra o governo sírio e das tentativas de negociação, que serão abordadas no capítulo posterior, o governo permanece resiliente, com o domínio das principais cidades e prevalecendo no conflito com o apoio dos aliados, fazendo com que grupos rebeldes se rendam (VASCONCELLOS, 2018). Portanto, o conflito ainda se encontra longe do fim, mas certamente não envolve somente os interesses do governo e da oposição, assim, para que seja feita uma reconciliação deve-se levar em conta os interesses dos diversos agentes externos ligados à Guerra Civil Síria, os quais exercem grande influência sobre essa preocupante situação (FORD, 2019).

5. A ATUAÇÃO DA ONU MEDIANDO O CONFLITO NA SÍRIA

Como já foi explicitado anteriormente, tem-se a mediação como um dos mecanismos mais importantes de resolução de conflitos internacionais, pelo fato de ser um estímulo a pacificação por meio do diálogo e da negociação entre os interesses em disputa. Não obstante, o Secretário Geral das Nações Unidas, António Guterres, enfatizou, na 6ª Conferência de Istambul para Mediação, a importância da utilização do instituto, especialmente na Síria, como mecanismo de redução do sofrimento:

“Mediação é uma das ferramentas mais importantes para reduzir e acabar com o conflito”. O Sr. Guterres expressou sua esperança de que isso poderia ser o primeiro avanço real em busca da solução política, para terminar com esse trágico capítulo nas vidas dos sírios e criar oportunidades para um voluntário e seguro retorno

de todo o povo sírio para seus lugares de origem (UN NEWS, 2019, tradução nossa).

Após a eclosão da Guerra Civil na Síria, o Conselho de Segurança das Nações Unidas realizou, em 2012, reunião com o escopo de propor medidas para superar a situação, contudo, China e Rússia vetaram as propostas (SECURITY COUNCIL, 2012). Sendo assim, a Resolução 66/253 estabelecida pela Assembleia Geral ratificou a importância de se iniciar uma solução dialogada entre governo e oposição e, além disso, requisitou ao Secretário-Geral das Nações Unidas a indicação, com participação da Liga Árabe, de um enviado especial para mediar a situação, nos seguintes termos (GENERAL ASSEMBLY, 2012):

Requisita, nesse contexto, o Secretário-Geral e todos os corpos relevantes das Nações Unidas a prover suporte para os esforços da Liga dos Estados Árabes, ambos através dos bons ofícios almejando a promoção de uma solução pacífica para a crise Síria, incluindo a nomeação de um enviado especial e assistência técnica e material, em consulta com a Liga dos Estados Árabes (GENERAL ASSEMBLY, 2012, tradução nossa).

Nesse sentido, o Secretário-Geral da ONU, Ban-Ki Moon, nomeou o ex-Secretário-Geral Kofi Annan como o primeiro mediador da ONU e da LEA para solucionar o caso. Isto posto, Annan elaborou um plano de cessar-fogo para que assim as negociações pudessem transcorrer e para que fosse possível uma reformulação do processo político liderado pela própria Síria. Todavia, os opositores revogaram após um tempo o acordo de cessar-fogo, além de ter ocorrido divergências por parte dos EUA e Rússia a respeito da reconstrução liderada pelo próprio Assad (LUNDGREN, 2016, p. 4).

Dessa maneira, Annan ficou no cargo por menos de 6 meses, tendo em vista a falta de apoio internacional dentro do Conselho de Segurança e a negativa de Assad ao seu plano de paz, haja vista o seu

entendimento de que a oposição esperava obter ganhos militares com tal solução (ASSEBURG, LACHER, TRANSFELD, 2018, p.35). Com isso, Lakhdar Brahimi, diplomata argelino, foi nomeado como segundo enviado especial para a crise. Sobre a atuação dele, Magnus Lundgren (2016) versa:

Comparado com seu predecessor, Brahimi adotou uma abordagem mais cautelosa e consultiva, pelo menos inicialmente, tentando convencer as partes acerca da futilidade em continuar com a guerra e enfatizando repetidamente os tremendos custos humanitários que eles impuseram à população (LUNDGREN, 2016, p.4).

Apesar das mudanças, Brahimi adotou alguns dos planos de Annan, como, por exemplo, o cessar-fogo com monitoramento internacional, dentre outras medidas. Por outro lado, após um tempo, Brahimi foi perdendo a confiança dos dois lados; do governo, pois fazia sempre referências à *Geneva Communiqué*¹⁶; e da oposição, pois buscou envolver o Irã nas consultas, além de não necessariamente ser a favor da queda de Assad. Para além disso, ao final de seu mandato, em 2014, as negociações se tornaram mais pragmáticas, com a aproximação dos EUA e da Rússia, em decorrência da ascensão do Estado Islâmico e dos ataques envolvendo armas químicas, que quase resultaram em uma intervenção, em Ghouta, no ano de 2013. Após inúmeras tentativas, as partes permaneceram inflexíveis e os avanços alcançados foram quanto à ajuda humanitária, mas não referente às temáticas centrais. (LUNDGREN, 2016, p.5).

16 Comunicado emitido em 30 de junho de 2012, após uma reunião na cidade suíça de Genebra do Grupo de Ação para a Síria apoiado pela ONU. Afirmava que qualquer acordo político deveria proporcionar uma transição que ofereça uma perspectiva para o futuro que pode ser compartilhada por todos na Síria.

Isto posto, a dúvida que pairava era se o melhor para as negociações seria uma renúncia de Assad - o que beneficiaria a oposição - ou integrá-lo nas negociações como representante do governo - o que beneficiaria seus apoiadores¹⁷. Nesse diapasão, após a saída de Brahimí, nomeou-se Staffan de Mistura¹⁸, que assumiu uma postura diferente dos seus predecessores. Nesse sentido, de Mistura, ao invés de propor um cessar-fogo abrangente e vertical em toda a Síria, passou a investir em tréguas limitadas em cada região de conflito, dessa forma, acreditava que poderia adquirir uma confiança gradativa das partes. Todavia, a tentativa fracassou (LUNDGREN, 2016, p. 5).

Além do mais, de Mistura buscou consultar o governo sírio e os opositores, além da sociedade civil, outros grupos rebeldes e de mulheres, o que fez com que trouxesse um pouco de esperança para o povo sírio (ASSEBURG; LACHER; TRANSFELD, 2018, p.36). Nesse cenário, um grupo de 20 países e organizações se reuniram em Viena para novas tratativas e negociações em busca de um plano de paz para a Síria, denominado de ISSG¹⁹. Dessa reunião, resultou um documento que foi formalizado pelo Conselho de Segurança como Resolução 2254, que possuía como essência:

Para assegurar a transição política liderada pela própria Síria baseada na *Geneva Communiqué* em sua integridade, e enfatizando a urgência de todas as partes na Síria cooperarem diligentemente e construtivamente em busca desse objetivo. [...] Com um prazo de seis meses, estabelecer uma governança legítima, inclusiva e única na Síria. Além de programar e estabelecer uma nova

17 China e Rússia não eram a favor da renúncia de Assad, nem de uma intervenção coercitiva, sob o receio de ocorrer o mesmo que aconteceu na Líbia (ASSEBURG, LACHER, TRANSFELD, 2018, p.36).

18 Staffan de Mistura é um diplomata Italiano-Sueco que atuou em missões no Iraque e no Afeganistão.

19 ISSG - International Syria Support Group (Grupo de Apoio Internacional a Síria).

constituição, e ainda, expressar seu suporte por eleições livre e justas, respeitando a nova constituição, para ser feito em 18 meses sob supervisão da ONU [...] (SECURITY COUNCIL, 2015, tradução nossa).

Contudo, os termos desta resolução não se traduziram em consenso, o que acarretou a realização de outra reunião, desta vez em Munique, na qual EUA e Rússia aderiram e propuseram uma “cessação de hostilidades” e que foi ratificada pelo Conselho de Segurança na Resolução 2268. Dentre os signatários dessa resolução, estavam o governo sírio e mais de 40 grupos rebeldes que acordaram participar das negociações, cessar ataques militares, permitir ajuda humanitária e abster-se de tomar territórios de outros signatários (LUNDGREN, 2016, p. 6).

Nessa toada, após o estabelecimento deste acordo, os índices de vítimas foram os mais baixos desde 2011, ano em que se iniciou o conflito. Assim, de Mistura convocou nova reunião para formar um governo de transição em seis meses. Porém, os envolvidos no conflito se recusaram a negociar conjuntamente sobre os assuntos relativos à Síria, mesmo com o mediador conversando separadamente com as partes. Assim, em setembro de 2016, EUA, Rússia e ISSG desfizeram o pacto, após os EUA bombardearem bases militares do governo e acusarem a Rússia de realizar um ataque aéreo a uma base de ajuda humanitária (ASSEBURG, LACHER, TRANSFELD, 2018).

Sendo assim, após uma esperança de que as negociações fossem gerar resultados positivos, em virtude dos acontecimentos relatados, não houve progressos substanciais e a situação continua sem uma resolução definitiva. Portanto, é possível observar que, diante da imensa complexidade do conflito sírio e da participação de inúmeros atores externos que influenciam direta e indiretamente a contenda, restaram-se infrutíferas todas as tentativas de se lidar com o conflito através dos métodos diplomáticos de resolução.

CONCLUSÃO

O estímulo à utilização dos meios diplomáticos de resolução de conflitos no Direito Internacional encontra-se regulamentado, desde a Convenção de Haia, em um grande número de convenções internacionais de teor universal ou regional. Nessa ótica, a Organização das Nações Unidas possui um papel relevante na solução dos conflitos internacionais. Tal atuação configura-se não só por estimular a aplicabilidade dos meios diplomáticos pelos Estados e demais organizações internacionais, mas também por recorrer a tais métodos, frequentemente, para intervir nos conflitos armados com o objetivo de pôr fim às violações aos direitos humanos que ocorrem em tais contextos.

Ainda nesse cenário, a mediação apresenta vantagens significativas no que diz respeito à aproximação negociada entre as partes, sobretudo, quando se trata de Estados. Entretanto, apesar dos esforços, o caso da Guerra Civil Síria comprova que a mediação internacional de conflitos ainda enfrenta resistência e inúmeros obstáculos para a sua devida eficiência.

No caso em análise, os enviados da ONU tiveram de lidar com interesses não só das partes envolvidas diretamente no conflito, como também com a presença dos atores externos na contenda. Desse modo, o insucesso das tentativas de mediação promovidas pela instituição perpassa por uma série de fatores: o nível de confronto bélico e conquistas territoriais em que já se encontrava o conflito; a ausência de vontade das partes em ceder e encarar a proposta da mediação de forma integral; e a quantidade de atores envolvidos no conflito com diversos interesses distintos.

Portanto, diante das análises realizadas no presente artigo, evidencia-se que a mediação do conflito na Síria necessita, sobretudo, romper paradigmas e eliminar o status quo vigente. Para isso, é necessário que se superem inúmeros desafios, quais sejam, uma melhor capacitação dos mediadores, a não intervenção de grandes potências no conflito e no processo de mediação, a utilização de especialistas que vivenciem aquela realidade para que possam atuar com mais propriedade e a confiança das partes na mediação. Pois, apenas através de tais mudanças, avanços serão

obtidos no que concerne à tentativa de apaziguar a Guerra Civil Síria, sobretudo, com a utilização do instituto da mediação.

REFERÊNCIAS

ABOUT UN Peacemaker. United Nations Peacemaker, 2019b. Disponível em: <https://peacemaker.un.org/about-peacemaker>. Acesso em: 17 fev. 2020.

ASSEBURG, Muriel; LACHER, Wolfram; TRANSFELD, Mareike. **Mission impossible?** UN mediation in Libya, Syria and Yemen. Stiftung Wissenschaft und Politik German Institute for International and Security Affairs. Berlin, 2018. Disponível em: https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2018RP08_Ass_EtAl.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

BERCOVITCH, Jacob. **International mediation.** Journal of Peace Research, Oslo: International Peace Research Institute, 1991. v.28, n.1, p.3-6.

BRASIL. **Cartas das Nações Unidas.** Nova Iorque: ONU, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DIRETRIZES das Nações Unidas para uma mediação eficaz. United Nations Peacemaker, 2012. Disponível em: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Guidance_EffectiveMediation_UNDPA2012_pt_Jun2015correction_0.pdf. Acesso em: 17 fev. 2020.

DUARTE, Barbara Sampaio Vieira; MESSARI, Nizar. **O comportamento do mediador no conflito entre árabes e israelenses.** Dissertação de Mestrado

– Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/4236/4236_3.PDF. Acesso em: 10 fev. 2020.

FORD, Robert. **The Syrian civil war: a new stage, but is it the final one?** Middle East Institute Blog. Washington, 2019. Disponível em: https://www.mei.edu/sites/default/files/2019-04/Ford_The_Syrian_Civil_War.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

FREITAS, Jeane Silva de; LACERDA, Jan Marcel de Almeida Freitas. **A mediação facilitadora das organizações internacionais na resolução de conflitos: uma análise da atuação da ONU e a da UA no conflito entre o Sudão e o Sudão do Sul.** Relações Internacionais [on-line], 2016, n.51, p. 89-106.

GENERAL ASSEMBLY. **Resolution 66/253.** Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 2012. Disponível em: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Syria%20A%20RES%2066%20253.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público.** 11a. ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2017.

LUNDGREN, Magnus. **Mediation in Syria: initiatives, strategies, and obstacles.** Contemporary Security Policy, Stockholm, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/303312425_Mediation_in_Syria_Initiatives_strategies_and_obstacles_2011-2016. Acesso em: 03 mar. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 11a. ed. São Paulo, Ed. Forense, 2018.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000. v. 2.

REGIONAL Organizations. United Nations Peacemaker, 2019a. Disponível em: <https://peacemaker.un.org/regional-organizations>. Acesso em: 17 fev. 2020.

SECURITY COUNCIL. **Resolution 2268 (2016)**. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 2016. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2268.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

SÍRIA - O retrato de um país em guerra civil. Rede Angola, 2014. Disponível em: <http://www.redeangola.info/especiais/siria-retrato-de-um-pais-em-guerra/>. Acesso em: 03 mar. de 2020.

SOARES, João Vítor Scomparim et al. **A questão curda**. Série Conflitos Internacionais, São Paulo, v.4, n.1, p. 1-2, 2017. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/#oci>. Acesso em: 04 mar. 2020.

SOUZA, Carlos Eduardo Cardoso et al. **A Guerra Civil na Síria: atores internos, jogos de poder e possíveis reflexos para o Brasil a partir da situação dos refugiados desse conflito**. Rio de Janeiro, 2017. Trabalho apresentado 14º Congresso Acadêmico sobre Defesa Nacional. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/artigos/xiv_cadn/a_guerra_civil_na_siria.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

SOUZA, Salmo Caetano. **A natureza dos bons ofícios e da mediação**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009, v. 104, p. 449-475.

SYRIA'S civil war explained from the beginning. Al Jazeera, 2018. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2016/05/syria-civil-war-explained-160505084119966.html>. Acesso em: 03 mar. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Método, 2018.

VASCONCELLOS, Ricardo. **A situação da Síria frente à ordem jurídica internacional**. Faculdade de Direito: Artigos de periódicos. Pelotas, 2018. Disponível em: <http://guaiaca.ufpel.edu.br:8080/handle/prefix/3940>. Acesso em 03 mar. 2020.

MEDIATION AND DIPLOMACY: AN APPROACH TO THE UNITED NATIONS OPERATIONS ON THE SYRIAN CIVIL WAR

ABSTRACT

On this paper, sought to make an analysis concerning about the utilization of the mediation as an alternative method for international dispute resolutions, focusing on the operations of the special envoys of the United Nations on the context of the Syrian Civil War. Besides, to facilitate understanding about the theme, a brief explanation about the Mediation Institute, as well as the panorama experienced in the Syrian Arab Republic. In this sense, it is intended to comment and evaluate the performance of three unsuccessful attempts of UN special envoys, in case of realize a mediation with the conflict actors, explaining from a doctrinal point of view, the reasons for

not being considered successful, and ponder the efficiency of the institute of mediation in this context and the way it was used.

Keywords: Mediation. Syrian Civil War. United Nations. Diplomatic conflict resolution.



O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A IMPORTÂNCIA DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES

Alanna Siqueira Simonetti Oliveira¹

RESUMO

O presente artigo objetiva abordar o acordo de não persecução penal (ANPP), perpassando por uma breve evolução histórica do direito de punir, abarcando as resoluções e leis que balizaram o referido acordo, as benesses trazidas pelos institutos despenalizadores, por meio da discussão sobre transação penal, suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal. Além disso, este artigo apresenta uma reflexão sobre a reprodução de desigualdades nos sistemas prisionais e uma reflexão a respeito do que o ANPP representa para o direito penal, destacando a necessidade de se criar um novo paradigma para o direito penal.

Palavras-chave: ANPP. Encarceramento. Política Criminal. Despenalização.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o acordo de não persecução penal (ANPP), instituto relativamente novo no Brasil, que veio para aliar-se aos demais mecanismos despenalizadores, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos, já

previstos na Lei n.º 9.099, de 1995, ensejando um novo paradigma para a justiça criminal e buscando a redução do modelo penal encarcerador.

Não é de hoje que se busca uma mudança no estigma que, há muito, é carregado pelo direito penal na perspectiva da política criminal nacional. O referido ramo conserva um status de excessivamente punitivo, não resolutivo, moroso e burocrático, que é fomentado pelo sufocamento pelo qual passa a Justiça Criminal. A demasia de demandas, o modelo repressor excessivo, não raras vezes por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça e de menor potencial ofensivo, nos permite enxergar como a nossa sociedade opta pela solução de contendas morosa e estigmatizante através da judicialização fechando as portas à negociação.

Nesse contexto, imperiosa se faz a mudança de paradigma em busca da conscientização da sociedade acerca de quão importante se perfaz a solução consensual dos conflitos que pode se efetivar mediante os institutos despenalizadores que em muito contribuem para o desafogamento da Justiça Criminal, permitindo que a atuação dos magistrados se volte para os crimes de grande monta.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PUNIR

É imprescindível o estudo da história do direito penal para que haja uma plena compreensão da conotação assumida por esse ramo do direito. Inicialmente, o direito penal foi aliado à vingança penal cuja doutrina mais aceita a divide em três ramos: *vingança privada*, *vingança divina* e *vingança pública*.

Nesse contexto de vingança privada, faz-se imperioso um paralelo com Beccaria, autor da riquíssima obra “Dos delitos e das penas”, do século XVIII, que faz parte do processo filosófico humanitário cujas lições parecem antecipadas ao seu tempo, mantendo-se sobremaneira atuais até os dias de hoje. Corroborando com o exposto, destaca-se o seu combate à vingança privada, à desumanidade e à crueldade das penas, bem como a sua busca incessante pela humanização. Influenciado por Montesquieu,

Beccaria desenvolve a ideia de limitação do direito de punir do Estado que se dará quando da circunscrição do seu exercício aos limites da lei inserido nos parâmetros concebidos pela sociedade e que se tornam conhecidos com a feitura da norma jurídica (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 59).

Registre-se que a pena, em sua origem distante, representava o simples revide à agressão sofrida pela coletividade, absolutamente desproporcional, sem preocupação com qualquer conteúdo de Justiça (BITENCOURT, 2017, p. 82). Esse início da aplicação de penas sem balizamento com o justo ou com o proporcional ensejou um estigma que até hoje repercute na Justiça Criminal.

Nessa perspectiva histórica, imperioso se faz enfatizar o direito romano, que, segundo Bitencourt, oferece um ciclo jurídico completo e constitui, até hoje, a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Destaque para a Lei das XII, tábuas, que inicia a lei dos diplomas legais agindo na limitação da vingança privada, admitindo a composição e efetivando a Lei de Talião.

Enfatize-se, ainda, o direito penal canônico, ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, berço de características relevantes que influenciaram sobremaneira o direito penal hodierno. Frise-se que, em um primeiro momento, o referido ramo do direito teve caráter disciplinar; quando da ampliação do poderio exercido pela Igreja Católica, estendeu-se a religiosos e a leigos desde que os fatos tivessem significação religiosa.

Desse modo, conforme asseverado por Bitencourt, o direito canônico influenciou sobremaneira tanto o surgimento como os princípios os quais balizam a prisão moderna. Dentre eles, destacamos os ideais de fraternidade, redenção e caridade os quais foram transmitidos ao direito punitivo almejando possibilitar a reabilitação dos delinquentes. É valoroso asseverar que, até os dias atuais, tal reabilitação não se fez de forma eficiente, o sistema prisional brasileiro e suas mazelas terminam por impossibilitar a restauração dos circunscritos ao sistema carcerário nacional.

O referido caminhar sobre breve evolução histórica do direito de punir faz-se necessário para que se alcance a necessidade premente de políticas despenalizadoras, as quais permeiam a Justiça Criminal atual

protegendo a liberdade do indivíduo e visando à consolidação do Estado Democrático de Direito. Impende registrar que, a despeito da evolução da forma de punir, hoje, todos os sistemas jurídicos orbitam tendo como base efetiva a prisão, que se perfaz palco de críticas ferrenhas, haja vista o tratamento desumano e degradante dispensado àqueles que ocupam as celas dos cárceres, os quais são vítimas de humilhações e das mais diversas agressões físicas e mentais (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 21).

3. INSTITUTOS DESPENALIZADORES

Foram muitos os anos de encarceramento e de uma justiça voltada para o punitivismo, o que findou por ensejar um “afogamento” da Justiça Criminal e o excessivo encarceramento², que quase dobrou em dez anos. Destarte, busca-se a efetivação de um viés garantista lançando um olhar mais humano e desencarcerador para aqueles que possam vir a ser julgados por essa seara, considerando que a simples abertura de um processo criminal já acarreta o surgimento do estigma independente do resultado alcançado.

Do exposto, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro busca, há tempos, uma justiça processual penal negocial, tendo os institutos despenalizadores, de constitucionalidade reconhecida, trazidos pela Lei n.º 9.099/95, significado o passo inicial para fomentar essa pretensão. Nessa perspectiva, assevera-se que o acordo de não persecução penal e os demais institutos despenalizadores se perfazem imprescindíveis para a efetivação do Estado Democrático de Direito, haja vista propiciar uma celeridade na resolução das contendas quando

2 Segundo dados do site da Agência Brasil (disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/populacao-carceraria-quase-dobrou-em-dez-anos>), a população carcerária do Brasil “quase dobrou em dez anos, passando de 401,2 mil, de 2006 a 2016”.

possibilita o não oferecimento de denúncia em face do cometimento de crimes com pena mínima não superior a quatro anos, corroborando para firmar o sistema de prevenção em contraposição ao de punição.

Dessa forma, o acordo de não persecução penal, que amplia sobremaneira as possibilidades de resolução consensual, surge em completude aos institutos já existentes, visando abranger um efetivo maior de delitos contribuindo, de forma relevante, para mitigar o excesso de demandas da Justiça Criminal, reduzir os custos expressivos dos processos penais, bem como contribuir para que a justiça preste um serviço mais célere, atendendo às expectativas da sociedade e fazendo jus ao princípio da duração razoável do processo.

3.1 Transação Penal

Os recursos despenalizadores foram abrangidos pela Lei n.º 9.099/95, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e abarca os crimes de menor potencial ofensivo que são aqueles cuja pena máxima – consoante a Lei n.º 10.259/01 – é não superior a dois anos ou multa. Dentre os institutos abrangidos, temos a transação penal, a qual possibilita, desde que preenchidos os requisitos, ao suposto infrator o não enfrentamento de um processo criminal e de todas as consequências e estigmas trazidos pelo referido processo.

Impende frisar que há uma discussão acerca da natureza jurídica da transação penal no tocante a ser direito subjetivo do acusado ou ato consensual do *Parquet*. A esse respeito, Badaró (2015, p. 629) posiciona-se no sentido de que a transação, por ser um espaço de consenso, quando presente o pressuposto de infração de menor potencial ofensivo, se o Promotor entender que não é cabível, far-se-á necessária a justificação acerca da razão da não formulação da proposta. Caso não haja a formulação tampouco a justificação, entende o autor referido que a denúncia deverá ser rejeitada.

Assim, frise-se as exigências legais da transação penal, para além do seu pressuposto de crime de menor potencial ofensivo, as quais

são requisitos negativos que impedem a propositura da transação: não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente à adoção da medida.

Das exigências elencadas, é importante fazer duas ressalvas: o termo “sentença definitiva” deve ser interpretado como “sentença condenatória transitada em julgado” sob pena de violar a garantia constitucional da presunção de inocência; e, ainda, a reincidência fica circunscrita à reincidência por crime, com pena privativa de liberdade. No tocante aos requisitos listados no último item, destaca-se a relevante subjetividade a qual enseja uma grande margem de discricionariedade o que, segundo Badaró, não isenta o Promotor da necessidade de motivação quando da decisão pela não formulação da transação.

Em relação ao conteúdo da proposta, ressalte-se que há limitação de atuação:

O conteúdo da proposta deve ser exposto e especificado, indicando a natureza da pena, isto é, se multa ou restritiva de direito. Além disso, devem ser explicitados o valor da multa ou a espécie da pena restritiva, o seu tempo de duração e forma de cumprimento. Não é possível a proposta genérica ou imprecisa (BADARÓ, 2015, p. 631).

Registre-se, ainda, que o Ministério Público deve basear o tempo da pena restritiva de direito considerando o tempo que seria imposto quando da aplicação de pena privativa de liberdade, bem como que prevalecerá a decisão do autor em relação à aceitação do instituto da transação penal mesmo que em detrimento do acatamento pelo defensor. Caberá, quando da recusa da homologação pelo magistrado,

a despeito de o autor e o *Parquet* concordarem com a transação penal, impetração de mandado de segurança pelo órgão ministerial e habeas corpus pelo autor do fato.

3.2 Suspensão condicional do processo

Segundo Badaró (2015, p. 635), pressuposto para suspensão condicional do processo é que se trate de contravenção penal ou de crime cuja pena mínima não seja superior a um ano, enfatizando que caberá a aplicação também aos casos de procedimento sumaríssimo do JECrim se não tiver havido transação penal e for oferecida denúncia ou queixa.

Assim, o artigo 89 da Lei n.º 9099/95 prevê as condições de aplicação da suspensão condicional do processo, quais sejam: o condenado não ser reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal (substituição da pena privativa de liberdade).

Impende enfatizar, ainda, segundo o mesmo autor, a Súmula n.º 243 do Superior Tribunal da Justiça (STJ), a qual estabelece que “o benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja no somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano”. Outra Súmula a qual merece destaque é a 337 do STJ, que estabelece ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva, o que significa que será aplicado o instituto quando do excesso de acusação em decorrência da imputação de crime mais grave ou de delito do qual o acusado restou absolvido desde que reconhecido tal excesso em sentença (BADARÓ, 2015, p. 637).

Nesse sentido, é mister enfatizar o parâmetro trazido por Bitencourt (2017, p. 722), no tocante à identificação do instituto mais vantajoso quando analisada a suspensão condicional do processo frente à substituição da pena privativa de liberdade, asseverando o autor ser a suspensão processual o recurso que enseja mais benesses, pois, além de inexistir decisão condenatória, também inexistem processo, antecedentes criminais ou pressupostos de reincidência, concluindo o penalista, portanto, que se trata de instituto mais liberal, devendo, em princípio, a sua aplicação requerer mais exigências.

Tal parâmetro se perfaz importante para ressaltar uma questão paradoxal: a possibilidade de aplicação da suspensão processual – cuja pena cominada tem limite mínimo abstrato não superior a um ano – a crimes que não poderiam ter suas penas substituídas – cuja pena aplicada é não superior a 4 anos – em razão da gravidade (violência ou grave ameaça), haja vista a suspensão condicional do processo não fazer menção ao *modus operandi*.

3.3 Acordo de não persecução penal

Um instituto como o ANPP muito tem a contribuir quando se fala em nova roupagem para o direito penal; foi uma modificação significativa para o sistema criminal brasileiro que, apesar de ser classificado como misto, possui um Código de Processo Penal com viés ditatorial cuja elaboração se deu na época da ditadura e até hoje continua em vigor, tendo sido modificado por meio de algumas reformas tópicas.

A possibilidade de solução consensual e negociação que baliza o direito civil, quando inserida no âmbito do direito penal, representa um grande avanço que, progressivamente, apresentou-se, primeiramente, de forma mais contida, por meio das já explanadas transação penal e suspensão condicional do processo e, posteriormente, de forma mais abrangente, através do ANPP que finda por abarcar grande parte dos crimes, considerando a larga limitação da pena mínima.

Trata-se de mais um instrumento de ampliação do espaço negocial, pela via do acordo entre MP e defesa, que pressupõe a confissão do acusado pela prática de crime sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos (limite adequado à possibilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade), que será reduzida de 1/3 a 2/3 em negociação direta entre acusador e defesa (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 314).

Ainda conforme o renomado jurista, o percentual de tipos penais cabíveis de negociação ou acordo pode ultrapassar, atualmente, o índice de 70%, o que propiciará o já referido “desentulhamento” da Justiça Criminal, além disso, ele destaca a necessidade de reordenamento da postura por parte dos atores judiciários, a julgar pela necessidade de abertura para uma lógica negocial que não se perfaz comumente na seara criminal.

Nessa perspectiva, o ANPP ensejará, além do desentulhamento da justiça criminal, a necessidade de uma nova forma de pensar o direito penal que seja balizada pela negociação, mitigando anos de um punitivismo exacerbado, devendo os operadores do direito estarem aptos a essa forma negocial que tantas benesses trará ao direito penal.

No tocante aos requisitos cumulativos, enfatizamos, segundo Aury Lopes Júnior: não deve ser caso de arquivamento, devendo estar presentes as condições de admissibilidade da acusação; o imputado deve confessar formal e circunstancialmente a prática de crime, podendo essa confissão ser feita na investigação ou mesmo quando da realização do acordo; o crime praticado deve ter pena mínima inferior a quatro anos e ter sido praticado sem violência ou grave ameaça. Para aferição dessa pena, deve-se levar em consideração as causas de aumento e de redução, devendo incidir no máximo nas causas de diminuição e no mínimo em relação às causas de aumento, pois o que se busca é a pena mínima cominada; o acordo e suas condições devem ser suficientes para reprovação e prevenção do crime, ou seja, adequação e necessidade (proporcionalidade).

Do exposto, merece ênfase a incidência máxima das causas de diminuição em detrimento da mínima, quando das causas de aumento, bem como o último item que, a despeito de configurar o princípio da proporcionalidade, se produz sobremaneira subjetivo tendo em vista a necessidade de avaliação da suficiência do acordo proposto no tocante à reprovação e prevenção do delito.

Assim, é imperioso destacar as causas impeditivas que são de natureza alternativa, bastando a existência de um dos requisitos para não ser cabível o ANPP: a) quando do cabimento de transação penal por ser essa mais benéfica; b) quando as circunstâncias pessoais do imputado não recomendarem por ser ele reincidente ou sua conduta se configurar habitual, reiterada ou profissional – exceto quando forem insignificantes as infrações penais anteriores – devendo haver elementos probatórios para tal; c) quando já tiver havido a concessão do benefício de transação penal, suspensão condicional do processo ou ANPP nos últimos cinco anos; d) quando se tratar de violência doméstica ou familiar ou o crime constituir violência de gênero.

Destacamos o item “b” por sua subjetividade em decorrência da imprecisão do enunciado. O que seria, efetivamente, uma conduta criminosa profissional ou insignificante? Tal abertura dá ao MP um espaço muito largo de discricionariedade, o qual necessita de um controle efetivo por parte do magistrado mitigando a possibilidade de não feitura de acordos por livre deliberação do *Parquet*. Evidenciamos, ainda, a ampliação da salvaguarda à vulnerabilidade da mulher no item “d” que veda a propositura de ANPP quando da inserção em um cenário de violência doméstica, familiar ou de gênero fazendo jus à luta dessa classe e alargando a proteção dada pela Lei n.º 11340/2006, a Lei Maria da Penha.

Além disso, elencamos as condições a serem acordadas, as quais podem ou não ser cumulativas: reparação do dano ou restituição do objeto à vítima, salvo impossibilidade; renúncia (para perdimento) de bens e direitos que sejam instrumentos, produto direto ou adquirido com os proventos da infração, a serem indicados pelo MP; prestação de serviços

à comunidade ou à entidade pública, pelo tempo correspondente ao da pena mínima cominada ao delito, que será reduzida de um a dois terços conforme negociação entre MP e imputado; pagamento de prestação pecuniária, que reverterá, preferencialmente, à entidade pública ou de interesse social que tenha como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos atingidos pelo delito; cumprir, por prazo a ser negociado e determinado, outra condição indicada pelo *Parquet*, desde que proporcional e compatível com o crime imputado.

Tais condições abarcam inúmeras possibilidades que podem ser utilizadas pelo *Parquet* com o objetivo de ensejar uma efetiva reprimenda em virtude do crime cometido. Ressaltamos a reparação do dano ou restituição que será de grande valia no tocante aos crimes contra o patrimônio, assim como o perdimento de bens e dos direitos. Além disso, destaca-se o item que propicia liberdade ao MP para indicar condição diversa, proporcional e compatível que sirva para conscientizar o investigado acerca do crime cometido, buscando, dessa forma, uma ressocialização e o evitamento da incidência em nova infração.

No tocante ao procedimento do acordo, impende registrar que o legislador silenciou em vários aspectos, devendo ser aplicados, por analogia, os trâmites utilizados quando da transação penal, bem como da suspensão condicional do processo. Conforme enfatizado por Aury Lopes Júnior (2020, p. 322), muitas questões foram discutidas anteriormente no âmbito desses institutos já consagrados e amplamente debatidos as quais guardam similitude com o ANPP.

4. LEI N.º 13.964/2019

A Lei Anticrime trouxe modificações significativas para a Lei Penal e Processual com o intuito de combater a corrupção, o crime organizado e a criminalidade à violência. Relevantes foram as alterações atinentes ao Código Penal, dentre as quais destacamos: o tempo de

cumprimento da pena privativa de liberdade, que passou de 30 para 40 anos, o conceito de legítima defesa, as normas para a concessão do livramento condicional e as disposições atinentes à prescrição.

Adentrando na seara do Código de Processo Penal, modificações substanciais foram perpetradas. A despeito de nos atermos, neste escrito, à consolidação do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público, enfatizamos a criação do Juiz das Garantias, que ensejou significativas mudanças em uma busca incessante pelo controle da legalidade da investigação criminal, bem como pela salvaguarda dos direitos fundamentais.

O acordo de não persecução penal representa uma conquista para o direito penal brasileiro, pois possibilita, a uma grande quantidade de crimes, a possibilidade de uma solução consensual mediante condições impostas pelo Ministério Público, as quais serão devidamente homologadas pelo magistrado. Tal modificação propiciará à justiça criminal a possibilidade de se ater aos crimes de grande monta.

5. REPRODUÇÃO DE DESIGUALDADES NOS SISTEMAS PRISIONAIS

Faz-se necessário perpassar dados do sistema prisional brasileiro para corroborar com a ideia da necessidade de institutos despenalizadores. Nesse ínterim, é importante fazer um paralelo com o sistema prisional americano, que é considerado o berço da justiça negocial e tem em seu sistema criminal variados tipos de acordo, os quais permitem buscar um ajustamento do conteúdo das sentenças.

Inicialmente, imperioso se faz adentrar no documentário 13ª Emenda, da Netflix, o qual escancara uma política americana de encarceramento em massa, que tem como bojo a discussão racial e permite, haja vista uma “brecha” contida na referida emenda, segregar, criminalizar e encarcerar a raça negra, fomentando todo um esquema político e financeiro por trás desse aprisionamento em massa que

movimenta milhões, considerando a disponibilização da mão de obra dos presidiários às grandes indústrias por um preço irrisório.

Segue redação da 13ª Emenda, cuja “brecha” se perfaz em destaque:

“Emenda XIII”

‘Seção 1’ “Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, *salvo como punição de um crime* pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado”.

‘Seção 2’ “O Congresso terá competência para fazer executar este artigo por meio das leis necessárias”.

Tal encarceramento segregacionista também é uma realidade no Brasil. Negros e pobres são maioria nos presídios brasileiros, corroborando para enfatizar a parcialidade da política criminal a qual enseja, não raras vezes, aplicações diversas do direito penal tendo em vista as “características” do autor do delito. Outrossim, frise-se quanto o poder se efetua imprescindível nesse cenário de segregação tendo em vista permitir ao grupo que o detém a capacidade de impor o controle social sobre a coletividade mais fraca fomentando a estigmatização e a segregação.

Corroborando com o exposto, trazemos informações do INFOPEN, sistema do Ministério da Justiça e Segurança Pública que fornece dados e estatísticas do sistema prisional brasileiro. No tópico 5 do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, que abarca o perfil da população prisional, são trazidos dados referentes à faixa etária, etnia/cor, escolaridade, estado civil, pessoas com deficiência, estrangeiros, entre outros.

Nesse sentido, impende ressaltar, frente aos dados disponibilizados, que a maior parte das pessoas privadas de liberdade no Brasil são jovens, totalizando 54% da população carcerária os presos de até 29 anos. No tocante à etnia/cor, frise-se que 46,2% são pardos, 35,4% são brancos e 17,3% são de cor/etnia preta. Destarte, configura-se uma representação efetiva da população preta e parda no sistema prisional brasileiro totalizando 55,4%.

Aliado a esse cenário, merece relevo o grau de escolaridade dos apenados, dos quais 51,3% possuem o Ensino Fundamental Incompleto; 14,9% o Ensino Médio Incompleto e 13,1% o Ensino Fundamental Completo, sendo de apenas 0,5% o índice daqueles que possuem o Ensino Superior Completo. Sendo assim, resta clara a parcialidade da política criminal quando do encarceramento de pretos e pobres de baixa escolaridade similar ao que ocorre no sistema carcerário estadunidense. Diante do exposto, salientamos quão importante é essa política de despenalização que tem aumento efetivo com a aplicação do ANPP.

6. DISCUSSÕES A RESPEITO DO ANPP

Muitas são as polêmicas e discussões em torno do ANPP. Inicialmente, questionou-se a sua constitucionalidade – que já foi explanada neste artigo – por haver sido normatizado através de resolução do CNMP, tendo tal controvérsia sido dirimida efetivamente quando da entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019.

A despeito de ter havido elucidação no tocante à constitucionalidade, é mister enfatizar os posicionamentos distintos. Aury Lopes Júnior (2020, p. 314) considerou a inconstitucionalidade tendo em vista a previsão ter se dado por meio de resolução, asseverando que, quando da entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019, ingressara o ANPP pela via legislativa adequada. Em contrapartida, destacamos a leitura feita pela Procuradora da República Andréa Walmsley, a qual afirma que, por paridade de estatura e conformação constitucional, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer, quando do julgamento da ADC n.º 12, o caráter normativo primário às resoluções do Conselho Nacional de Justiça também o faz frente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Em outro momento, os questionamentos versaram sobre o grande poderio dado ao *Parquet* ao possibilitar a feitura de um acordo independente da atuação do magistrado, o que não se configura de

fato, haja vista a possibilidade de o juiz não homologar ou modificar o acordo, solicitar alterações caso considere a condição imposta pelo órgão ministerial desproporcional ou incompatível, propiciando um controle da atuação do MP e evitando a celebração de acordos leoninos. Enfatize-se, ainda, o quesito da voluntariedade por parte do investigado, que pode, por quaisquer motivos – até mesmo por estratégia de defesa –, recusar o acordo, bem como a análise da legalidade que, se ausente, impossibilita a homologação do convenicionado.

Outra discussão em relevo refere-se à possibilidade de o ANPP ser proposto no curso do processo ou até mesmo em sede recursal, sendo diversos os posicionamentos. Merece destaque a decisão unânime da 8ª Turma do TRF 4ª Região, que negou provimento à correição parcial do órgão ministerial cuja alegação era de que o ANPP só teria aplicabilidade quando não tivesse havido propositura da ação, bem como que o referido instituto teria sido concebido para a fase pré-processual.

Dessa maneira, é preciso frisar o posicionamento do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto no tocante à possibilidade de propositura quando do processo em curso, considerando a não persecução ser sobremaneira mais benéfica que a condenação criminal devendo, portanto, ampliar-se a referida aplicação do ANPP consubstanciada no preconizado no art. artigo 5º, XL, da Constituição Federal, ensejando a capacidade de propiciar ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta pelo cumprimento dos termos convenicionados.

Assim, impende registrar decisão similar da mesma Turma em sede recursal na qual se posicionou o referido Desembargador pela possibilidade de suspensão do processo e da prescrição da pretensão punitiva, ordenando a remessa da ação ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do ANPP. Ressaltou, ainda, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual preconiza ser possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal.

Merece relevo a apreciação de Aury Lopes Júnior, que afirma ser possível o oferecimento do acordo quando do processo em curso,

haja vista ser uma norma mista e, em assim sendo, há a retroação em benefício do réu. Corroborando com o exposto, ventila-se a possibilidade de fazê-lo, conforme Andréa Walmsley, enfatizando que a capacidade de retroação para benefício do réu pode dar-se, inclusive, em relação à coisa julgada, sendo um contrassenso opor-se quando da feitura do acordo de não persecução penal.

A despeito de todo o exposto, e elucidando a discussão, merece relevo o entendimento já pacificado no STJ oriundo de decisão recente da 6ª Turma, a qual se posicionou no sentido de não admitir retroação para propositura do ANPP quando já tiver havido o recebimento da denúncia. Nessa toada, se posiciona a Ministra Laurita Vaz balizando a decisão na ponderação dos princípios *tempus regit actum* e na retroatividade da lei penal benéfica, enfatizando que o fundamento do referido acordo se perfaz no evitamento do desgaste oriundo da instauração do processocrime que afeta tanto o agente do delito quanto a máquina estatal.

Frise-se um ponto sobremaneira polêmico, que é a necessidade de confissão formal e circunstanciada, sendo deveras questionada por não haver condenação e, sobretudo, em decorrência da impossibilidade de o Ministério Público efetivar prisão quando do descumprimento, podendo o *Parquet*, nesse caso, somente ajuizar a ação penal. Sobre o exposto, posiciona-se Rodrigo Cabral (2020) no sentido de ser perfeitamente cabível, uma vez que há o consentimento livre e informado ensejando voluntariedade quanto à decisão de confessar visando à obtenção do benefício do ANPP, o que, segundo o autor, possibilita ao investigado o seu reconhecimento como sujeito de direitos dotado de dignidade, liberdade e autonomia para decidir sobre o seu destino.

A esse respeito, destaque-se haver controvérsias acerca da possibilidade de utilização dessa confissão quando do descumprimento do acordo sobre o qual assevera o autor supracitado ter a confissão duas razões muito importantes, senão vejamos: a *função de garantia* de não estar sendo praticada uma injustiça contra um inocente reforçando uma justa causa já existente para o oferecimento da denúncia; e a *função processual*, a qual fornece ao MP – em caso do descumprimento do acordo – um

elemento de vantagem processual que ensejará consequências quando do descumprimento injustificado, evitando, dessa forma, a inutilização da movimentação da máquina estatal bem como o atraso na persecução penal poderiam se perfazer em decorrência do simples descumprimento do acordo pelo investigado sem que isso lhe trouxesse quaisquer ônus ou desvantagem no processo penal (CABRAL, 2020, p. 275). Do exposto, opina-se pelo cabimento da utilização da confissão em decorrência de descumprimento *quando injustificado*, objetivando impedir a má utilização da máquina pública, que, conforme já explanado, além do alto custo, está abarrotada de demandas impossibilitam uma prestação de serviço célere.

CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, a despeito das discussões acerca do instituto, resta cristalina a necessidade de mudança e a criação de um novo paradigma para o direito penal. Sociedade e operadores do direito necessitam ter uma visão mais humana e menos punitivista dessa seara. O encarceramento em massa não pode mais condizer com a realidade do sistema prisional do nosso País.

A possibilidade de aplicação de institutos despenalizadores, ampliada com o acordo de não persecução penal, deve permear o caminhar daqueles que fazem a Justiça Criminal. Imprescindível se faz prender menos e melhor e deixar para a criminalidade violenta o seguimento do curso da ação penal, possibilitando, dessa forma, a diminuição da população carcerária e, em consequência disso, a busca da manutenção do status de liberdade dos cidadãos e uma democracia menos encarceradora. Ademais, merece destaque o alto custo do Processo Penal, o qual é sobremaneira minorado quando da utilização do ANPP – que vem sendo aplicado desde o início de 2020 – pois, conforme já exposto, os possíveis acordos e negociações na seara penal alcançam o patamar de 70%.

Ao optar pela solução negocial, promovendo a redução da quantidade das ações penais, alcança-se uma justiça mais democrática, efetiva, célere e eficiente, ensejando a diminuição da população carcerária e viabilizando a possibilidade de construção de uma sociedade mais livre quando da implementação de condições diversas ao encarceramento ,que, como é sabido, além de não propiciar um recomeço às pessoas privadas de liberdade, finda por mantê-las encurraladas em um sistema que aprisiona cada vez mais.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Adi. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do Encarceramento**: Os jovens do Brasil. Brasília, 2015. Disponível em: https://drive.google.com/viewerng/viewer?url=https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/bitstream/192/89/1/SNJ_mapa_encarceramento_2015.pdf. Acesso em: 8 ago. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. *In*: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2020.

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de Não Persecução Penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. **DELICTAE**, v. 4, n. 7, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/102/71>. Acesso em: 20. ago. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. **TRF4 profere primeiras decisões no âmbito da sua jurisdição sobre a possibilidade de Acordo de Não Persecução Penal em ações criminais**. 19 maio 2020. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15197. Acesso em: 4 ago. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Helena. População carcerária quase dobrou em dez anos. **Agência Brasil**, 23 jun. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/populacao-carceraria-quase-dobrou-em-dez-anos>. Acesso em: 4 nov. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-geral da República. **Parecer SFCONST/PGR Nº 136792/2020**. Ações diretas de inconstitucionalidade 5.790/DF e 5.793/DF. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Derrogação parcial de dispositivos questionados. Perda parcial do objeto. Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Consonância com poder regulamentar do CNMP. Inexistência de afronta à legalidade e à competência privativa da união para legislar sobre direito processual. Poder investigatório do MP. Requerente: Associação dos Magistrados do Brasil – AMB. Advogados: Alberto Pavie Ribeiro e outros. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogada: Lizandra Nascimento

Vicente. Interessado: Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgt/documentos/ADI005790e005793Res181CNMPInvestigaoMPCD.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **A Novíssima Lei nº 13.964 de 2019 e o Pacote Anticrime**: modelo jurídico inédito de combate ao crime. Bondade Social? 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78728/a-novissima-lei-n-13-964-de-2019-e-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 20 ago. 2020.

SILVA, Marcos Vinicius Moura (org.). **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-ver-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes Da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. 2. ed. rev. e ampl. Natal: Editora Jurídica OWL, 2015.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes Da. **Execução Penal no sistema penitenciário federal**. Natal: Editora Jurídica OWL, 2020.

6ª TURMA do STJ não admite retroação do ANPP após recebimento da denúncia. **Revista Consultor Jurídico**, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-19/turma-stj-nega-retroacao-anpp-recebimento-denuncia>. Acesso em: 15 abr. 2021.

THE TRADE OF NO CRIMINAL PROSECUTION AND THE RELEVANCE OF THE DESCRIMINALIZATION INSTITUTES.

ABSTRACT

The following article intends to approach the no criminal prosecution, going through a law's historical evolution of punishing, with the resolutions and laws which trivialized the trade, the blessings brought by the depenalizers institutes, as well as the mainly discussions of the subject, reflecting an opinion about what the ANPP represents to criminal law.

Keywords: ANPP. Incarceration. Criminal politics. Decriminalization.



O DIREITO A ALIMENTOS DAS ESPOSAS/COMPANHEIRAS DE MILITARES NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

Vinicius Floripo Chaffin Vieira¹

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise do direito à prestação de alimentos a ex-cônjuge/companheira de militares, devido à específica peculiaridade desta carreira de ter que se movimentar por diferentes localidades, fazendo com que esposas/companheiras abram mão de suas vidas profissionais. Para isso faz uma pequena exposição sobre o histórico do direito a alimentos de maneira geral, depois sobre os decorrentes de divórcio/dissolução de união estável e, por fim, analisa o caso do grupo em questão. Faz uso de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pelo método indutivo. Conclui que, para se chegar a resultados satisfatórios na tutela desse direito, deve-se atentar para todas as minúcias de cada caso concreto, abstando-se de qualquer concepção que possa existir sobre a mulher e o trabalho doméstico, especialmente aquelas jovens e saudáveis.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
E-mail: vfcv17@hotmail.com

Palavras-Chave: Família. Alimentos. Cônjuge. Companheira. Militares.

1. INTRODUÇÃO

O século XX foi um século de profundas transformações no Direito de Família, que continua em evolução ao longo do século XXI. Sociedade patriarcal; o homem como o centro da família; a proibição do divórcio; casamento como a única forma de família; a necessidade de se provar culpa na separação; a proibição de se reconhecer filhos fora do casamento; tudo isso são normas que foram, aos poucos, sofrendo modificações radicais e se adaptando às transformações e necessidades da sociedade moderna.

No âmbito do assunto da prestação de alimentos não é diferente. Cada mudança no direito das famílias reflete na dogmática das obrigações alimentares. Nesse contexto, pode-se afirmar que as principais alterações foram o tratamento igualitário para obrigações alimentares decorrentes de parentesco e as de dissolução do casamento/união estável, dada pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1694², e a abolição da necessidade de se buscar o culpado pelo insucesso da relação conjugal, que refletia diretamente na obrigação de alimentos, pois somente o culpado deveria prestá-los ao declarado inocente.

Sendo a sociedade brasileira fundada na prevalência do homem sobre a mulher até há muito pouco tempo, quando se fala em prestação de alimentos decorrentes de dissolução da sociedade conjugal não há como não pensar na pensão alimentícia prestada pelo homem à mulher. Sem dúvida é a grande maioria dos casos. O homem como o responsável

2 Art. 1.694. 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.

pelo sustento do lar, e a mulher como a responsável pela casa e pelos filhos. Em muitos lares ainda é essa a regra predominante, seja por cultura, seja por necessidades profissionais, como por exemplo, carreiras que exigem frequentes transferências de localidade, o que faz com que as esposas tenham que abdicar de sua vida profissional. Percebe-se, portanto, o quão importante são essas normas, e a sua evolução, para a tutela dos direitos das mulheres quando da dissolução da sociedade conjugal.

Este trabalho tem como objetivo estudar o direito a alimentos das mulheres acompanhantes de seus maridos ou companheiros militares quando da dissolução do relacionamento conjugal, analisando se, e em que medida, ele tem sido reconhecido. Para isso, faz uma reflexão acerca do conceito e um breve histórico sobre a obrigação alimentar; passando por uma explanação sobre as regras gerais, até que se possa analisar especificamente o caso de mulheres que abrem mão de suas profissões para acompanhar seus maridos em suas carreiras. Para atingir o objetivo, buscou-se amparo na literatura sobre o tema, com pesquisa bibliográfica, de forma qualitativa, valendo-se do método dedutivo, partindo das disposições gerais para o caso particular em estudo.

2. CONCEITO E BREVE HISTÓRICO

O vocábulo “alimentos” não possui uma definição específica determinada pela legislação. O conceito de alimentos é extraído do seu conteúdo e da sua finalidade. O Art. 1694³ do Código Civil é o ponto de partida para sua compreensão. Nele, pode-se extrair que alimentos é tudo aquilo que é necessário para que o alimentando (aquele que recebe a prestação alimentar) possa viver de modo compatível com sua

3 Art. 1.694. 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.

condição social, incluindo a necessidade de educação. Logo, percebe-se que, embora o vocábulo possa levar a uma ideia de alimentação, não se limita a isso, abrangendo também a educação, o vestuário, assistência médica, moradia, lazer.

Observa-se que a lei traz expressamente que a finalidade é que o alimentando viva de modo compatível com sua condição social, a qual pode ter sido alcançada na constância da relação conjugal. Portanto, embora deva ser observado a capacidade da pessoa obrigada, conforme a parte final do parágrafo 1^o do aludido artigo, não se deve perder de vista que também deve ser levado em consideração as necessidades do reclamante, conforme a parte inicial do mesmo dispositivo, mas seguindo o anunciado no caput, ou seja, não apenas no seu direito à alimentação, o mais básico, mas no conjunto de suas carências de acordo com a condição social da família.

Mas o direito a alimentos nem sempre foi disciplinado da mesma forma em que se encontra atualmente. Ao contrário do caso acima, o parágrafo 2^o do artigo 1694 preleciona que, caso a situação de necessidade seja por culpa da própria pessoa, então os alimentos devidos são apenas os indispensáveis à subsistência, ou seja, não para manter o mesmo nível social. Este dispositivo não possui mais eficácia entre cônjuges/companheiros desde a promulgação da emenda constitucional 66/2010, que extinguiu do ordenamento a separação judicial e qualquer lapso de tempo ou causa necessários para o divórcio, tornando-o um direito potestativo dos cônjuges, não exigindo nenhuma comprovação sobre os motivos da separação, o que excluiu qualquer discussão sobre a culpa no término da relação conjugal. Conforme Maria Berenice Dias (2016, p. 936):

4 § 1^o-Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

5 § 2^o-Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Com o fim da separação (EC 66/10), foi eliminado de vez o instituto da culpa no âmbito do direito das famílias. O divórcio, como única forma de pôr fim ao casamento, não comporta qualquer referência a causas ou identificação de responsabilidades.

O Código Civil de 1916 trazia ainda outras diferenças quanto à disciplina das obrigações alimentares em relação ao Código atual. Fortemente influenciado pelos costumes da época, em uma sociedade extremamente patriarcal e conservadora, o homem era o responsável pelo sustento da família, e esta era formada apenas pelo casamento legítimo, que não poderia ser dissolvido, pois o divórcio era proibido. Filhos fora do casamento não poderiam ser reconhecidos e, portanto, não podiam pleitear alimentos. Sendo o matrimônio indissolúvel, o vínculo entre o casal não era desfeito, e então o dever de alimentar permanecia sobre o homem.

Com a lei do divórcio em 1977, a obrigação de assistência passou a ser recíproca, porém apenas o cônjuge culpado pela separação é quem deveria pagar alimentos ao consorte inocente. Mais tarde surgiu a lei que regulamentou a união estável, em 1994 e 1996. Esta, porém, não trazia o elemento culpa como requisito para a prestação alimentícia, o que fez com que surgissem discussões acerca da diferença de tratamento conferido em relação ao casamento. A EC 66/2010 acabou, portanto, com essa diferença legal entre os dois institutos, ao extirpar de vez esse elemento do ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, o Código Civil de 1916 enunciava apenas o direito a alimentos decorrentes das relações de parentesco, já que não existia a possibilidade de divórcio. A pensão entre cônjuges era disciplinada pela lei do divórcio, surgida em 1977, e a da união estável pela sua respectiva lei, criada na década de 90. O Código Civil de 2002 unificou essa matéria, conforme Gonçalves (2012, p. 439), “O art. 1694 do Código Civil de 2002, contudo, ao dispor sobre a obrigação de prestar alimentos, engloba os parentes e os cônjuges ou companheiros, estendendo sua aplicação a todos eles”.

3. OBRIGAÇÕES ALIMENTARES DECORRENTES DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

São dois os princípios basilares que norteiam o direito à prestação de alimentos: o da solidariedade e a dignidade da pessoa humana. O primeiro decorre da solidariedade humana que deve existir entre os membros da família, do afeto, da cooperação e compreensão que, em regra, deve existir no seio familiar. Pode ser observado no Art. 1511⁶ do Código Civil, quando prevê que “o casamento estabelece comunhão plena de vida”. Ora, não há como haver comunhão plena de vida sem solidariedade. Se esta não decorre do afeto, deve decorrer, então, da própria lei.

O segundo princípio está estampado no Art. 1º da Constituição Federal de 1988 como fundamento que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro, em qualquer um de seus ramos. No tema em questão, alimentos, urge com grande importância, tendo em vista que o direito alimentar visa assegurar ao alimentando, pelo menos, as condições mínimas de subsistência (indo além, como já visto anteriormente).

No entanto, há de se fazer uma distinção entre dever familiar e obrigação alimentar. No primeiro há uma obrigação de sustento e mútua assistência que existe entre pais e filhos menores e entre cônjuges e companheiros, mas isso decorre do próprio dever familiar, estabelecido no Art. 1566⁷, incisos III e IV do Código Civil. No segundo, a obrigação alimentar, também prevista em lei, é fundada no parentesco.

Essa distinção é importante pois os deveres familiares devem ser prestados incondicionalmente, ou seja, não há a obrigatoriedade de o alimentando provar a sua necessidade, como ocorre com a obrigação

6 Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

7 Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

familiar de parentesco, a qual deve respeitar o binômio necessidade x possibilidade, prevista no Art. 1694, parágrafo 1º, da lei civil.

Conforme Gonçalves (2012, p.439),

Não se deve, realmente, confundir a obrigação de prestar alimentos com certos deveres familiares, de sustento, assistência e socorro, como as que tem o marido em relação à mulher e os pais para com os filhos, enquanto menores – deveres que devem ser cumpridos incondicionalmente. A obrigação de prestar alimentos “stricto sensu” tem pressupostos que a diferenciam de tais deveres. Ao contrário desses deveres familiares, é recíproca, depende das possibilidades do devedor e somente se torna exigível se o credor potencial estiver necessitado.

Aduz, ainda, que esse dever familiar entre os cônjuges/companheiros se transforma em obrigação de alimentos quando a união se desfaz. Nesse caso, o vínculo conjugal entre o casal é de suma importância, pois é ele quem garante o direito aos alimentos, ou seja, realizado o divórcio, desfaz-se o vínculo, e, conseqüentemente, desaparece o dever de assistência. Portanto, observa-se que o pedido de alimentos entre os cônjuges deve ser feito anteriormente ou no momento do divórcio/dissolução da união estável, sob pena de perdê-lo. Tendo, porém, sido determinada (ou acordada em instrumento particular) a prestação alimentícia, a decretação do divórcio ou de dissolução da união estável não encerra a referida prestação, que continuarão sendo devidas até ulterior determinação judicial ou acordo particular.

Para Maria Berenice Dias (2016, p. 961), no entanto, não há qualquer limitação à possibilidade de serem buscados alimentos depois

8 § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

de decretado o divórcio. Sérgio Gisckow (citado por DIAS, 2016, p.961) diz:

Acho sério equívoco absolutizar a asserção de que, após decretado o divórcio, não mais é lícito pedir alimentos. Trinta, quarenta, cinquenta anos de casamento não podem ser reduzidos à eficácia zero apenas porque foi decretado o divórcio.

No entanto, a jurisprudência se consolidou conforme a primeira visão.

Tendo em vista as observações feitas, vê-se que é admitida a pensão alimentícia a ex-cônjuge ou ex-companheira. A partir da dicção do art. 1694 do Código Civil tem-se que se aplicam à união estável as mesmas regras aplicáveis ao casamento. Para tanto, devem ser observados 3 requisitos: 1) deve haver o vínculo conjugal entre as partes; 2) deve o reclamante estar necessitado de meios para prover o próprio sustento; e 3) deve o reclamado ter possibilidade de prestar os alimentos. Os dois últimos são essenciais para a determinação do valor dos alimentos, e devem ser analisados em conjunto. Porém, não se deve esquecer o comando legal do mesmo dispositivo de que os alimentos devem permitir a manutenção da mesma condição social vivida pelo casal na constância do relacionamento, inclusive quanto ao lazer, à saúde e à educação, não se limitando apenas ao indispensável à subsistência.

Diante disso, tem o Superior Tribunal de Justiça consolidado o entendimento de que a prestação alimentar entre os cônjuges é possível, mas não deve ser permanente, e sim em caráter temporário, até que a reclamante tenha condições de se reestabelecer no mercado de trabalho, especialmente quando se trata de mulheres jovens e saudáveis. São chamados de alimentos transitórios. É o que se observa nas decisões abaixo:

Ementa: Civil e Processo Civil. Alimentos devidos ao ex-cônjuge. Pedido de exoneração. Possibilidade. 1. Cinge-

se a controvérsia a determinar se o recorrente deve ser exonerado da pensão paga a sua ex-cônjuge, desde a época da separação, ocorrida há quase dez anos, tendo em vista que a recorrida exerce já tinha formação profissional à época da separação. 2. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo certo, suficiente para, levando-se em conta as condições próprias do alimentado, permitir-lhe uma potencial inserção no mercado de trabalho em igualdade de condições com o alimentante. 3. Particularmente, impõe-se a exoneração da obrigação alimentar tendo em vista que a alimentada tem condições de exercer sua profissão, tem uma fonte de renda e recebeu pensão alimentícia por nove anos, tempo esse suficiente e além do razoável para que ela pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge. 4. Recurso especial conhecido e provido”⁹.

Ementa: Processual Civil e alimentos transitórios. Agravo interno. Inovação, em sede de agravo interno. Impossibilidade. Decisão restabelecendo o decidido na sentença. Não significa restabelecimento da sentença, para substituição da decisão desta corte, pela sentença. [...] 2. Entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, desfeitos os laços afetivos e familiares, a obrigação de pagar alimentos é excepcional, de modo que, quando devidos, ostentam, ordinariamente, caráter assistencial e transitório, persistindo apenas pelo prazo necessário e suficiente a propiciar o soerguimento do alimentado, para sua reinserção no mercado de trabalho ou, de outra forma, com seu autossustento e autonomia financeira. (REsp 1.454.263/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 08/05/2015) 3. A afirmação de restabelecimento da sentença – que exonerou o ora recorrente da obrigação alimentar -, evidentemente,

⁹ (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp nº 1.616.889/RJ/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 13.12.2016/ Publicado no DJe em 01.02.2017).

não significa a substituição da decisão desta Corte pela sentença. 4. Agravo interno não provido”.¹⁰

Assegura a jurisprudência, no entanto, certas condições excepcionais que exigem que a prestação se dê em caráter permanente, seja por motivos de idade avançada, por doença ou pela incapacidade de reinserção no mercado de trabalho, conforme se observa a seguir:

Ementa: Recurso Especial. Direito Civil. Família. Alimentos entre ex-cônjuges. Caráter transitório. Ação de exoneração. Possibilidade do alimentante inalterada. Incapacidade laboral da alimentada. Recurso não provido. 1. Nos termos da jurisprudência atualmente consolidada no STJ, os alimentos entre ex-cônjuges devem ser fixados, como regra, com termo certo, somente se justificando a manutenção por prazo indeterminado do pensionamento em face de situação excepcional, como a incapacidade permanente para o trabalho ou a impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho. 2. Hipótese em que as instâncias de origem, soberanas na análise da prova, concluíram pela improcedência do pedido de exoneração, em face das possibilidades do alimentante e da incapacidade da alimentada de prover o próprio sustento, dada sua idade avançada e doenças diversas de que padece. Situação excepcional que não justifica a exoneração da obrigação alimentar. 3. Recurso especial não provido”.¹¹

10 (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ AgInt no AREsp 833.448/SP/ Relator: Ministro Luís Felipe Salomão/ Julgado em 27.09.2016/ Publicado no DJe em 07.10.2016).

11 (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp nº 1.558.070/SP/ Relator: Ministro Marco Buzzi/ Relator para o Acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti/ Julgado em 25.10.2016/ Publicado no DJe em 01.12.2016).

Observa-se a preocupação do tribunal em não permitir que a mulher jovem, saudável, faça mal uso de seu direito a alimentos, aproveitando-se de sua condição para viver permanentemente sendo sustentada por seu ex-marido ao invés de buscar seu próprio sustento.

Problema surge quando, ao se tentar com tanta rigidez coibir certo comportamento indesejável, acaba-se retirando da mulher um direito que lhe é assegurado pela lei civil em tantos dispositivos e princípios. É o caso de quando se tenta, por exemplo, estabelecer um prazo fixo segundo o qual se acha razoável que a pessoa deveria conseguir se reestabelecer, conforme aduz Gonçalves (2012, p. 468),

Admite-se a fixação de alimentos transitórios, devidos por prazo certo, a ex-cônjuge. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu válida a fixação de pensão alimentícia mensal *por dois anos* (grifo nosso), a contar do trânsito em julgado da decisão que a fixou, em favor de ex-cônjuge (ex-esposa) que, embora não tenha exercido atividade remunerada na constância do casamento, tem idade e condições para o trabalho.

Não é possível essa determinação a priori, pois é necessário analisar cada caso concreto, as condições do reclamante, do reclamado, incluindo a história do casal, se a mulher abriu mão de seu emprego/estudo em prol do marido e da família, os motivos pelos quais ela pode ter maior ou menor facilidade de realocação profissional.

Tem-se, ainda, a obstrução dos direitos da mulher quando, observadas as circunstâncias do caso concreto, fixam-se os alimentos por um prazo muito curto, que não condiz com o realmente necessário para a sua adequada reestruturação econômica. Exemplo hipotético seria uma decisão que fixa alimentos por doze meses à ex-esposa que, ao invés de se aprimorar profissionalmente, de estudar, se dedicou por anos a cuidar da casa e da família, ou seja, trabalhando em casa, enquanto o esposo trabalhava fora. Será que após todos esses anos, sem aperfeiçoamento, sem experiência, essa mulher consegue se inserir no

mercado em condições de manter as condições sociais que possuía na constância do casamento, em apenas doze meses? Sem dúvida, deve-se observar todas as circunstâncias do caso, mas de antemão já se pode imaginar o quão difícil seria essa tarefa.

4. O CARÁTER COMPENSATÓRIO DOS ALIMENTOS A EX-CÔNJUGES/COMPANHEIROS

Alguns autores classificam os alimentos prestados a ex-cônjuges/companheiras como alimentos compensatórios. É o caso de Gonçalves (2012, p. 434), para quem esta prestação visa “evitar o descomunal desequilíbrio econômico-financeiro do consorte dependente, impossível de ser afastado com modestas prestações mensais e que geralmente ocorre quando um dos parceiros não agrega nenhum bem em sua meação”.

Rolf Madaleno (citado por GONÇALVES, 2012) afirma que “o propósito da pensão compensatória é de indenizar por algum tempo ou não o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação”.

É de salientar que este trabalho não considera a nomenclatura escolhida (compensatórios) a mais adequada. Primeiro, pela proximidade do conceito da compensação devida de uma parte à outra pelo uso de um bem comum do casal. Segundo, pelas expressões “indenizar”, “indenização”, “indenizatório”, que normalmente surgem para defini-la, o que poderia deslocar o assunto para o âmbito do direito das obrigações, ou para responsabilidade civil.

Malgrado essas observações, observa-se que o conceito dado a esse instituto se alinha com o defendido por este trabalho: o de proporcionar à mulher uma prestação que lhe possibilite se reestruturar e se reestabelecer no mercado de trabalho, ao ponto de poder manter o padrão de vida compatível com o do casal.

Há, no entanto, pontos que merecem cuidado. Primeiro, entendendo-se que os alimentos compensatórios seriam uma espécie de indenização, não dependeriam eles da demonstração da necessidade do consorte para sua aplicação, diferentemente da pensão alimentícia do direito de família que a exige. Acontece que, existindo essa necessidade, é imprescindível que ela seja considerada na fixação dos alimentos, para que a indenização pautada no desequilíbrio econômico, que, nas palavras de Gillielson Maurício Kennedy de Sá (2017), “não se objetiva à satisfação das necessidades básicas ou à sobrevivência do credor”, não seja fixada aquém das necessidades do consorte em desvantagem. Os dois conceitos devem, então, “andar” juntos, em harmonia, um complementando o outro.

Há de se registrar, ainda, que a sua aplicabilidade não pode ficar restrita apenas quando o cônjuge não obteve bens em sua meação, pois podem existir situações em que, mesmo com repartição de um ou mais bens, ainda reste a necessidade dos alimentos.

5. O CASO DAS ESPOSAS E COMPANHEIRAS DOS MILITARES

O motivo da escolha desse recorte social para a pesquisa em questão se deve ao fato de serem os militares uma carreira que, sabidamente, exige de seus integrantes frequentes movimentações pelo país e, às vezes, pelo mundo. No entanto, pode-se utilizar o mesmo raciocínio para situações que se assemelhem por qualquer motivo.

O fato de ter que mudar de cidade com certa frequência faz com que as esposas desses militares, muitas vezes, se vejam diante de um desafio muito grande profissionalmente. Cada vez que há uma mudança, deve-se começar do zero em um novo emprego, em uma nova situação, um novo empreendimento, um novo projeto. Essa situação é agravada nos casos em que o casal decidiu ter filhos, pois a carreira militar, além das movimentações de cidade, também provoca frequentemente a ausência

do esposo, seja nos plantões, chamados de “serviço”, seja em viagens, que podem durar de dias a meses, acarretando mais sobrecarga da mulher.

Diante disso, é comum que as esposas de militares decidam abrir mão de suas vidas profissionais em prol da carreira militar do marido, ou seja, elas se tornam apoiadoras de seus cônjuges cuidando da casa e dos filhos. Muito importante ressaltar que essa decisão não pode ser imputada apenas à mulher. Trata-se de uma decisão da família, do homem e da mulher em conjunto. Não cabe, portanto, a alegação de que a esposa o fez porque quis, tendo em vista que, como preceitua o Art. 1511¹² do CC, o casamento estabelece comunhão plena de vida, compartilhando as decisões, certas ou erradas.

Tampouco é válido o argumento de que ela já sabia dos desafios da carreira militar quando se casou, e então não poderia reclamar. Primeiro, porque não deve o Estado, na figura do poder judiciário, tentar valorar o amor de uma pessoa para com a outra, o afeto existente entre os membros da família, estabelecendo que a mulher, mesmo amando, não deveria se casar com o militar se não estivesse disposta a abrir mão de sua vida profissional e arriscar necessitar de alimentos. Até porque, ninguém casa (ou se une) pensando em se divorciar, logo não se imagina que no futuro haverá uma separação. Segundo, porque, assim como foi extinta a discussão da culpa na separação, não há que se discutir se a mulher é culpada pela situação em que se encontra.

Diante disso, podem surgir inúmeras situações em que o simples olhar para a baixa idade e boa saúde da mulher, concluindo que ela poderia se inserir no mercado de trabalho de forma célere e eficiente, não é suficiente.

Observe, por exemplo, o caso de uma mulher que se formou em um curso de graduação, possuía um bom emprego na sua área de formação, mas parou de trabalhar para acompanhar seu cônjuge em

12 Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

suas movimentações e cuidar da casa e dos filhos. Passados dez anos, seu cônjuge decide que não quer manter o relacionamento e os dois se divorciam. A esposa fica, então, com os filhos do casal, e sem a carreira profissional que deixou para trás. Não é correto afirmar que esta mulher consegue facilmente voltar ao mercado de trabalho, do ponto de onde parou, mantendo a mesma condição social que possuía.

Após dez anos, sem o aperfeiçoamento que o mercado exige, sem a experiência, com as responsabilidades que são exigidas para cuidar dos filhos sem a presença do pai, e competindo com uma geração mais jovem, as barreiras impostas a esta ex-esposa são enormes. Não é razoável achar que doze, quinze, dezoito meses, ou que sejam vinte e quatro, são mais que suficientes, em qualquer hipótese, para que se possa garantir a esta mulher o aperfeiçoamento profissional de que precisa, para que ela possa alcançar um trabalho que lhe permita manter a condição social outrora existente, inclusive no que diz respeito a plano de saúde.

Outra situação é a mulher jovem, sem filhos, que trabalhava e ainda cursava curso de graduação quando, devido à carreira do esposo, o casal muda de cidade, e, então, a mulher abandona o emprego e tem a graduação interrompida. Na nova cidade, recomeça os estudos quando, novamente, devem se mudar. Morando em um outro estado, longe da cidade natal da mulher, o esposo decide se separar. A ex-esposa é obrigada, então, após anos de matrimônio (ou união estável), voltar a morar com os pais, sem plano de saúde, sem ter concluído a graduação, sem ter uma carreira e sem emprego.

Ora, o Art. 1694 do CC é claro quando afirma “inclusive para atender às necessidades com sua educação”. Neste caso, a mulher interrompeu os estudos para atender às necessidades profissionais do marido. É razoável admitir que, baseado na lei civil, o ex-esposo deveria custear a graduação que fora interrompida, além de permitir à ex-esposa uma condição digna até que se estabeleça. Logo, como uma graduação dura, pelo menos, quatro anos, não se pode afirmar que a limitação da pensão a dois anos seria o suficiente.

Deve-se observar que há nesses casos, inclusive, um dano existencial, configurado pela frustração das expectativas que o indivíduo possuía em relação à sua vida, sua existência, sonhos, planos e metas, prejudicando seu desenvolvimento pessoal. Esse fato merece ser levado em consideração na compensação que fora mencionada no tópico anterior.

Quanto ao valor da pensão, é indispensável observar todos os aspectos da condição de necessidade da mulher, como saúde, educação, moradia, lazer, como também da possibilidade do homem, se possui nova família, se possui doenças que exigem grande dispêndio de recursos. Ressalta-se, ainda, que a manutenção do mesmo padrão de vida que possuíam não é regra absoluta. Caso se afigure que tal condição onere excessivamente o alimentante a ponto do seu padrão ficar prejudicado, não terá o alimentado como manter esse direito intacto. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 436), “se a vida que o alimentante poderia ter com seu patrimônio e renda ficar injustificadamente prejudicada, desconstitui-se o direito do alimentado à manutenção do mesmo padrão de vida”.

Os exemplos citados são apenas dois dentro de um universo ilimitado de situações que a vida real pode apresentar à apreciação do poder judiciário. De forma que não há como defender conceitos prévios como “a jurisprudência tem aceitado pensão à ex-esposa por dois anos” ou qualquer tabelamento de prazos de alimentos à ex-cônjuge/companheira.

É relevante ressaltar que o valor fixado a título de pensão alimentícia pode ser revisado a qualquer tempo caso tenham se modificado as condições iniciais, ou até mesmo ser o alimentante exonerado dessa obrigação, caso demonstre as situações fáticas que o legitimem. Portanto, pode o magistrado fixar a prestação por um período que seja, de fato, suficiente para atender a todas as necessidades da reclamante, assegurando ao reclamado o direito de solicitar sua revisão, ou exoneração, quando essa prestação se tornar desproporcional ou desnecessária antes do término do prazo. É mais prudente garantir ao

alimentante o direito de pedir o fim da prestação do que ao alimentando o direito de solicitar mais prazo, pois os alimentos não podem esperar.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir, portanto, que, embora tenha havido grandes avanços na disciplina do direito a alimentos, é necessário dar especial atenção a cada caso concreto para que não se caia na tentação de tratar todos a partir das mesmas premissas, chegando às mesmas conclusões. É imprescindível que se observem todas as minúcias de cada caso, inclusive a história do casal, os sacrifícios pessoais que foram feitos, sempre tentando buscar a melhor solução para que a mulher não seja relegada a uma situação de desamparo. O recorte escolhido para este trabalho mostra situações que ilustram muito bem sacrifícios que muitas vezes as mulheres têm que fazer em prol do bem-estar da família e que devem ser considerados em uma futura ação de alimentos, mesmo que seja jovem e saudável.

Não se pode presumir que a ex-esposa esteja tentando se aproveitar da situação e querendo viver sob o sustento do ex-esposo permanentemente. Não se pode, também, imputar somente a ela as decisões, mesmo que sobre sua própria vida, pois, havendo casamento/união estável, e conseqüentemente, comunhão plena de vida, o que se busca é o bem maior para a família, mesmo que isso signifique fazer sacrifícios pessoais.

É preciso se desprender da ideia ultrapassada de que a mulher que cuida da casa e da família, popularmente conhecida como “do lar”, não esteja trabalhando e contribuindo para o sustento da casa, ou esteja somente vivendo às custas do marido. No contexto familiar este trabalho é tão importante para sucesso da família quanto o trabalho externo, mesmo que não esteja oficializado em uma carteira de trabalho.

Dessa forma, ao término do relacionamento, esse labor, árduo por sinal, merece reconhecimento, externado sob a forma de prestação

alimentícia, como forma de amparo para que se possa converter o sucesso na carreira “do lar” em sucesso no mercado de trabalho. Mas, para isso, esse apoio deve ser dado na medida certa e suficiente, considerando o valor e especialmente o prazo adequado, sem conceitos pré-estabelecidos, de forma a garantir a dignidade da mulher. Se assim não fosse, estar-se-ia retrocedendo o direito a alimentos à mera indenização por serviços domésticos prestados.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família. Sucessões**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice de. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Ricardo Celso de Magalhães Loureiro Carrez. A Emenda Constitucional nº 66/2010 e seus reflexos processuais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4278, 19 mar. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31950>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Obrigação alimentar entre ex-cônjuges: uma análise à luz do entendimento jurisprudencial do STJ. **Revista âmbito Jurídico**. 01 mar. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-158/obrigacao-alimentar-entre-ex-conjuges-uma-analise-a-luz-do-entendimento-jurisprudencial-do-stj/>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

SÁ, Gillielson Maurício Kennedy de. Alimentos compensatórios x pensão alimentícia: conceitos e diferenças básicas. **Revista Jus Navigandi**,

ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5243, 8 nov. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60013>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

THE RIGHT TO FOOD OF MILITARY WOMAN/COMPANIES IN DIVORCE/DISSOLUTION OF A STABLE UNION

ABSTRACT

The present work seeks to make an analysis of the right to provide food to military's ex-spouses/companions, due to the specific peculiarity of this career of having to move to different locations, causing wives / companions to give up their professional lives. For this, he makes a short presentation on the history of the right to food in general, then on those arising from divorce/dissolution of a stable union and, finally, analyzes the case of the group in question. It uses bibliographic and jurisprudential research, using the inductive method. It concludes that, in order to achieve satisfactory results in the protection of this right, one must pay attention to all the details of each specific case, abstaining from any preconceptions that may exist about women and domestic work, especially those young and healthy.

Keywords: Family. Foods. Spouse. Lifemate. Military.



PLANEJAMENTO FAMILIAR E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UMA ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA DESSE PROCEDIMENTO PELOS PLANOS DE SAÚDE

Ana Cecília Ferreira Duarte¹
Isabelle Cristinne Morais²

RESUMO

Com fundamento constitucional no art. 226, §7º, o planejamento familiar é um direito fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Diante dessa garantia e sabendo que o referido planejamento abarca o direito de ter filhos, o presente artigo busca elucidar acerca da obrigatoriedade de o plano de saúde custear os procedimentos de reprodução assistida. No intuito de satisfatoriamente fundamentar o trabalho, conta-se com o esforço interpretativo do aparato legal atinente a essa temática, bem como regulamentações, artigos e, por fim, uma pesquisa jurisprudencial para entender como o Judiciário vem se posicionando sobre o tema, o qual ainda é bastante controverso.

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
E-mail: anaceciliaf@hotmail.com

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
E-mail: isabellecmor@gmail.com

Palavras-chave: Planejamento Familiar. Garantia Constitucional. Planos de Saúde. Direito do Consumidor. Reprodução Assistida.

1. INTRODUÇÃO

Diante das mudanças sociais percebidas nas últimas décadas, as mulheres estão cada vez mais adiando os planos da maternidade a fim de priorizar seus demais projetos pessoais, sua realização profissional e seu planejamento financeiro. Com efeito, em razão de fatores biológicos, o avanço da idade acaba levando a uma queda da fertilidade e consequente dificuldade de engravidar no momento planejado. Além disso, outros fatores, como a endometriose e a síndrome do ovário policístico, podem levar ao diagnóstico da infertilidade.

Nesse cenário, independente do quadro que levou à dificuldade ou impossibilidade de a mulher engravidar naturalmente, ou, por outro lado, levando-se igualmente em consideração a pluralidade do conceito familiar, havendo mulheres solteiras e as que vivem em relacionamentos homoafetivos e possuem o desejo de engravidar, nem o Estado nem os planos de saúde poderiam se esquivar da responsabilidade de garantir o direito ao planejamento familiar, que, notadamente, inclui o direito de ter filhos, haja vista a previsão constitucional deste.

Assim sendo, o presente artigo busca elucidar sobre as controvérsias que permeiam esse tema e frisar a importância da garantia do planejamento familiar através de todos os meios e métodos existentes, sobretudo por se tratar de um direito constitucionalmente previsto. Além disso, o objetivo é atentar para a relevância e atualidade da pesquisa no âmbito jurídico, percebidas à medida que cada vez mais mulheres procuram e necessitam dos procedimentos de reprodução assistida e se veem desamparadas por seus planos de saúde, os quais, de forma inconstitucional, reiteradamente continuam negando a cobertura de tais procedimentos.

A metodologia do presente trabalho é de modo exploratório, realizando-se por meio de pesquisa bibliográfica de viés documental com uma abordagem qualitativa, dado que se pretende realizar exame dos trabalhos acadêmicos e das legislações ao fim referenciadas de forma analítica comparativa, bem como da jurisprudência pátria, a fim de sustentar os entendimentos formulados. Ademais, o método dedutivo se faz presente, dado que se parte da premissa da reprodução assistida estar enquadrada dentro da proteção constitucional ao planejamento familiar.

Para fazer frente a esta pesquisa, será abordado desde o conceito de planejamento familiar até as divergências jurisprudenciais acerca da obrigatoriedade de os planos cobrirem a realização dos procedimentos de reprodução assistida, passando pelos princípios que devem ser respeitados e pela análise do arcabouço normativo relativo a esse assunto.

2. O PLANEJAMENTO FAMILIAR E O DIREITO DE TER FILHOS

Conforme previsão constitucional do art. 226, § 7º³, o planejamento familiar é um direito fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Com vistas à regulamentação desse direito, foi publicada a Lei Federal nº 9.263/1996, a qual enquadra o planejamento familiar como um direito de todo o cidadão e o conceitua como um conjunto de ações

3 Art. 226, CF: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Desta feita, disciplina a referida Lei, em seu Art. 3º, que o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde, o qual inclui, entre outras, a assistência à concepção e contracepção. Sendo assim, o planejamento familiar abarca, entre outros, o direito de todo cidadão ter quantos filhos quiser. Partindo disso, com vistas a dar efetividade a esse direito, a lei impõe o dever de as instituições, sejam elas públicas ou privadas, exercerem as ações de planejamento familiar, conforme dispõe o art. 6º da mesma Lei.

Além do mais, o art 4º dessa Lei assegura a garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Inclusive, há disposição expressa no tocante ao dever de oferecer todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Com isso, emerge a discussão acerca da obrigatoriedade de os planos cobrirem os procedimentos relativos à reprodução assistida, havendo vontade e indicação médica para tanto. Isso porque, além de haver expressa garantia constitucional no sentido de que o planejamento familiar é um direito de todos – o que, conforme dito, inclui o direito de ter filhos –, a lei que regulamenta o Art. 226, § 7º, da Constituição é clara no sentido obrigar tanto o Estado quanto as instituições privadas a exercerem as ações de planejamento familiar, inclusive os procedimento de reprodução assistida, o que, por óbvio, inclui os planos de saúde.

No mais, é mister salientar que a garantia do planejamento familiar é intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, um direito fundamental, o que permite concluir que não pode haver restrição ou negativa de garantir esse direito por parte do Estado, tampouco de instituições privadas como o plano de saúde.

Ora, no âmbito da autonomia privada, a família não somente tem liberdade, como tem o direito de livremente planejar os seus arranjos

familiares (QUARANTA, 2010), o que está respaldado no art. 1.565, §2º do Código Civil (BRASIL, 2002), conforme se vê:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, *vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.* (grifo nosso)

Assim, cabe a qualquer cidadão a escolha de ter filhos e, na impossibilidade de tê-los de forma natural, a lei impõe o dever de as instituições públicas e privadas de garantir todos os procedimentos, métodos e técnicas disponíveis para tornar possível a concepção.

Com efeito, conclui-se que o planejamento familiar é um direito que possui tanto um cunho negativo – que impõe um não fazer ao Estado e às instituições privadas, no sentido de não intervir no planejamento familiar, já que este é de livre escolha do cidadão –, como uma visão positiva – posto que o Estado e as instituições privadas devem garantir o exercício desse direito em todas as suas nuances (QUARANTA, 2010).

Desse modo, conforme será profundamente detalhado neste trabalho de pesquisa, não há qualquer argumento apto a ensejar a negativa do plano de saúde de cobrir procedimentos de reprodução assistida, sobretudo porque, além de todo o respaldo legal e constitucional, a concepção é um direito fundamental.

3. O EMBASAMENTO LEGAL QUE SUSTENTA A TESE DE CUSTEIO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELOS PLANOS DE SAÚDE

A Constituição Federal sem dúvidas eleva ao patamar da dignidade humana o planejamento familiar – direito indistinto de todo o cidadão, que, segundo assegura o art 2º da Lei nº 9.263/1996, se traduz

como o conjunto de ações de regulação de fecundidade, e ao trazer em evidência a satisfação e exercício desse direito conforme direciona a Lei, há certa instrumentalização também do direito à vida, o qual pode ser reverberado até mesmo ao direito de ter filhos (SILVA, 2011).

De acordo com a interpretação do art. 6º da Constituição Federal, e ainda o art. 3º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990), é possível inferir que o direito social à saúde estabelecido pelo constituinte está consoante ao conceituado pela Organização Mundial de Saúde, a qual entende a saúde além da ausência de doença ou enfermidade, pois a enquadra como um estado de bem-estar físico, mental e social ligado à plenitude do ser humano, de modo que a possibilidade de desenvolver efetivamente outros direitos, como o direito de liberdade e garantia da igualdade, depende do grau de desenvolvimento e cautela do Estado para propiciar a realização de um completo bem-estar (SEGALLA; SILVEIRA, 2009).

Apesar de comumente se entender que o planejamento familiar se refere unicamente à contracepção, a partir da definição dada pelo Ministério da Saúde tem-se que esse direito na verdade, conforme visto, possui maior amplitude com um viés positivo de possibilitar o acesso aos meios de concepção. Todavia, não basta a positivação desse direito, vige a necessidade de fornecer os meios para sua devida efetivação, inclusive se necessária a realização de procedimentos de reprodução assistida, seja por motivos de infertilidade, patologias diversas ou mesmo condições sociais que façam desse método sendo como praticamente único possível e viável a garantir seu direito, como é o que ocorre com casais homoafetivos e mulheres solteiras.

Nesse sentido, partindo da concepção de que o direito deve acompanhar as mudanças sociais, vale frisar que o trabalho que o constituinte começou em 1988 ao desconstruir a ideologia antiga da família patriarcal perdurou e, atualmente, a proteção constitucional da família abrange uma diversidade de arranjos familiares. Com isso, a família, cuja principal característica consiste nos vínculos de afeto, abarca tanto a monoparentalidade, como é o caso de mulheres solteiras

que possuam o desejo de ser mãe, quanto a família homoafetiva, sendo o planejamento familiar um direito independentemente do modo que se forma a entidade familiar, o que no caso será possibilitado por meio ou da adoção ou da reprodução assistida (MADALENO, 2020).

No tocante à assistência à saúde privada, a livre iniciativa da ordem econômica dada pelo constituinte deve se dar conforme os ditames da justiça social, assegurando a dignidade humana e respeitando o próprio CDC. Nesse contexto, não pode o Estado de modo algum conceder certo protecionismo aos grupos economicamente dominantes em detrimento de garantir o direito à procriação, incluso no direito do planejamento familiar, pois há, desse modo, mitigação do princípio da igualdade e afronta à dignidade humana (SEGALLA; SILVEIRA, 2009).

Dada recusa de cobrir procedimento para superar a questão da infertilidade – criando-se um risco à saúde da segurada, por exemplo – a mitigação do princípio de igualdade se dá a partir do momento em que o Estado não exerce seu poder intervencionista de equilibrar as relações econômicas privadas em nome da coletividade, de maneira a agir privilegiando a função social acima de interesses econômicos, assim como orienta o CDC – nesse sentido, a própria legislação especial orienta a realização de intervenções nas cláusulas contratuais, principalmente nas que se mostrarem mais onerosas ao consumidor (CAVALCANTE, 2018).

No que diz respeito à afronta à dignidade humana, observe-se que os direitos de personalidade e de saúde enquadram esse princípio, uma vez que esses sejam ameaçados a serem plenamente observados, vigora uma inobservância constitucional, pois tais direitos não podem de modo algum serem tratados como mero objeto de lucro. Logo, a atividade econômica relacionada à assistência à saúde produz um dever de assistência integral, baseando-se na Constituição e nas legislações subsequentes que devem estar em consonância devida com a Carta Magna, como o Código Civil e o CDC.

Com efeito, a importância de observar o CDC se dá pela expressa disposição do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998, que possibilita a

aplicação da lei consumerista subsidiariamente à relação contratual entre os planos de saúde e os segurados, assim como pela Súmula 469 do STJ, a qual reforça o entendimento da aplicabilidade do CDC aos contratos das operadoras de saúde (FREITAS, 2019).

4. A REFUTABILIDADE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CUSTEIO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELOS PLANOS DE SAÚDE

Infelizmente, a jurisprudência brasileira se mostra controversa quanto a essa temática, o que de alguns anos mais recentes tendeu a ser mais favorável aos pleitos dos planos de saúde. Isso ocorre porque mediante a diversidade de pensamentos doutrinários e a teórica grande discutibilidade entre os argumentos favoráveis e desfavoráveis à obrigatoriedade de os planos de saúde terem de custear os procedimentos de reprodução assistida, os magistrados dispõem de determinado arbítrio para julgar mediante a sua interpretação do direito e o caso concreto, desde que em sua fundamentação demonstrem que não violam princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Sabendo disso, tomando como base o Recurso Especial 1823077/SP do Relator Ministro Marco Buzzi da 4ª Turma⁴, julgado recentemente em fevereiro de 2020, colacionam-se os argumentos usados na decisão judicial a fim de discutir a refutabilidade dos argumentos levantados a favor de afastar a possibilidade de planos de saúde ofertarem cobertura de reprodução assistida. Dentre os argumentos fundantes do Acórdão, o Ministro trouxe questões normativas, contratuais, e principiológicas. Mister destacar a ementa do REsp para que se possa refutar o dito entendimento:

4 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 1.823.077/SP. Rel.: Min. Marco Buzzi. j. em 20/02/2020. DJe 03/03/2020.

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - REFORMA EM SEDE DE APELAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - INFERTILIDADE - TRATAMENTO POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO - NEGATIVA DE COBERTURA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL - RECUSA JUSTIFICADA. Cinge-se a controvérsia em definir se a negativa de cobertura médica, pelo plano de saúde, de tratamento de fertilização in vitro configura-se abusiva. 1. As questões postas em discussão foram dirimidas pelo Tribunal de origem de forma suficiente, fundamentada e sem omissões, devendo ser afastada a alegada violação ao artigo 1022 do CPC/15. Consoante entendimento desta Corte, não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela recorrente, decidindo de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: AgInt no REsp 1716263/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018; AgInt no AREsp 1241784/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 27/06/2018. 2. A interpretação de controvérsias deste jaez deve ter como norte, além da estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, o objetivo de contemplar, da melhor forma possível, tanto o efetivo atendimento às necessidades clínicas dos pacientes/contratantes, quanto o respeito ao equilíbrio atuarial dos custos financeiros a serem realizados pelas instituições de saúde suplementar. 3. A inseminação artificial e a fertilização in vitro são técnicas distintas de fecundação. A primeira, consiste no depósito do sêmen masculino diretamente na cavidade uterina. A segunda, realizada em laboratório, momento em que, após o desenvolvimento do embrião, este é transferido ao útero. Contudo, apesar de tais distinções técnicas, a rigor, ambas são tratamentos médicos que objetivam a reprodução humana. 4. A Resolução Normativa no 192 da ANS no sentido de que “a

inseminação artificial e o fornecimento de medicamentos de uso domiciliar, definidos nos incisos III e VI do art. 13 da Resolução Normativa - RN no 167, de 9 de janeiro de 2008, não são de cobertura obrigatória” está de acordo com o disposto nos incisos III e VI do art. 10 da Lei no 9.656, de 1998. 5. A interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimento que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa salvo expressa previsão contratual. 6. A fertilização *in vitro* não possui cobertura obrigatória de modo que, na hipótese de ausência de previsão contratual expressa, é impositivo o afastamento do dever de custeio do mencionado tratamento pela operadora do plano de saúde. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

Antes de tecer críticas, enuncie-se que bem colocado fora a questão contratual. Sabendo-se que a relação entre o beneficiário do plano de saúde e a própria operadora do plano é regida em respeito ao CDC, já que é uma relação consumerista, deve-se efetivamente haver respeito aos princípios do Direito das Relações de Consumo, o qual tem como princípio a informação segundo consagra o art. 6º, inciso III, *in verbis* (BRASIL, 1990):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

Desse modo, se levar em consideração a questão contratual, todos os procedimentos que não forem cobertos pelo plano de saúde

devem estar expressamente previstos no contrato, de modo que o beneficiário esteja completamente ciente do rol de coberturas médicas que está pagando.

Com efeito, não se pode olvidar da necessidade de haver equilíbrio nas relações, como também preconiza o Direito das Relações de Consumo, e, apesar da concepção do Ministro ter sido apontada em prol do equilíbrio econômico das operadoras dos planos de saúde, o CDC prevê no art. 51, § 1º, incisos I e II (BRASIL, 1990), nesses termos:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

Diante disso, considerando até mesmo a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC), observa-se que na realidade o que se pode observar é que ao as instituições de saúde complementar não disponibilizarem serviços de reprodução assistida a fim de possibilitar o planejamento familiar percebe-se ofensa ao próprio direito fundamental do planejamento familiar, assim como à dignidade humana e personalidade dos que esse direito estão a pleitear. Ainda, se o contrato de saúde tem como finalidade preservar e cuidar da saúde do contratante, restringir direitos fundamentais a esse se revela como incoerente, pois ameaça o objeto do contrato.

Por suposto, não vigora razoabilidade no argumento da indesejável repercussão no equilíbrio econômico dos planos, que traria prejuízos à própria higidez do sistema de saúde privado, pois esse é demasiadamente raso mediante o direito constitucional de planejamento familiar e de gerar uma vida. De todo modo, de nada é impossível a tentativa de, em prol de prover os dois em um mesmo aspecto, prezar pela

reformulação contratual de uma forma que seja viável economicamente a ambas as partes.

Prosseguindo, em que pese o arcabouço normativo, apesar de a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ratificar o que dispõe os incisos III e VI do art. 10 da “Lei dos Planos de Saúde” (Lei nº 9.656/1998) pelas Resoluções Normativas nº 192 e, posteriormente, a nº 428, isto é, que não são de cobertura obrigatória pelos planos de saúde procedimentos e ações de inseminação artificial e o fornecimento de medicamentos de uso domiciliar, como pílulas anticoncepcionais – e ainda mencionar que a Lei 11.935/2009 acrescentou o planejamento familiar como de cobertura obrigatória no art. 35-C –, não se pode deixar de atentar para a hierarquia dos atos normativos, isso pois um regulamento da ANS não tem poder para suprimir direito tutelado por norma constitucional, dado que é um ato normativo de hierarquia inferior⁵.

Isto posto, o conflito aparente dessas normas notadamente pode ser solucionado pela simples observância do critério hierárquico, de modo que a Constituição deve ser impreterivelmente aplicada e tida como parâmetro para que seus postulados sejam respeitados pelas normas infraconstitucionais. Assim sendo, é evidente que os direitos nela contidos, sobretudo os direitos fundamentais, não podem ser restringidos deliberadamente⁶, premissa essa que torna indevido o ato de recusa pelo sistema de saúde privado quanto à cobertura de despesas

5 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Negativa de custeio de fertilização “in vitro” por plano de saúde. 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/entendimentos-divergentes-no-TJDFT/direito-do-consumidor/negativa-de-custeio-de-fertilizacao-in-vitro-por-plano-de-saude>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

6 _____. Os direitos fundamentais podem sofrer restrições? Jusbrasil. 2007. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/20095/os-direitos-fundamentais-podem-sofrer-restricoes-ariane-wady>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

do tratamento de reprodução assistida, sob a justificativa arbitrária de comprometimento do equilíbrio econômico dos planos de saúde.

Nesse sentido, é necessário enfatizar o princípio da proibição do retrocesso, consagrado no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 da Organização das Nações Unidas, do qual o Brasil é signatário. Desse modo, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski (2018), esse princípio impossibilita que o Estado revogue direitos conquistados pelo povo, dado que corresponde ao conjunto de bens materiais e imateriais pelo qual se possibilita a vida com dignidade⁷.

Dentre os julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é possível observar diversas jurisprudências que corroboram com a descrita tese⁸, conforme se vê:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. MÉTODO DE CONCEPÇÃO INSERIDO NO CONCEITO DE PLANEJAMENTO FAMILIAR. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA OBRIGATÓRIA. SAÚDE SUPLEMENTAR. PREVISÃO LEGAL. REGULAMENTAÇÃO DA ANS. NORMATIVA DE HIERARQUIA INFERIOR. CLÁUSULA

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Proibição do Retrocesso. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/ArtigosJornais/1117223.pdf>>. Acesso em: 12/12/2020.

8 Cf. Acórdão 1180298, 07084035520188070020, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, Quinta Turma Cível, data de julgamento: 19/6/2019, publicado no DJE: 28/6/2019; Acórdão 1119083, 07188977020178070001, Relatora: MARIA DE LOURDES ABREU, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 22/8/2018, publicado no DJE: 30/8/2018; Acórdão 1180262, 07178953120188070001, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, Quinta Turma Cível, data de julgamento: 19/6/2019, publicado no DJE: 27/6/2019; Acórdão 1278202, 07099619520188070009, Relator: ARQUIBALDO CARNEIRO PORTELA, Sexta Turma Cível, data de julgamento: 2/9/2020, publicado no DJE: 17/9/2020.

CONTRATUAL DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Todos os métodos e técnicas de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida estão incluídos no conceito de planejamento familiar (Lei n. 9.263/96, art. 9º). 2. A fertilização in vitro, sendo método de concepção cientificamente aceito, inclui-se no conceito de planejamento familiar. 3. *As instituições de saúde suplementar são regidas pela Lei n. 9.656/98, que estabelece como obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar (art. 35-C)*; 4. *A regulamentação da Agência Nacional de Saúde não pode suprimir direitos garantidos por lei, por ser ato normativo de hierarquia inferior*. 5. É abusiva a cláusula contratual para seguro ou plano de saúde que prevê a exclusão de cobertura para tratamento de infertilidade. 6. Recurso desprovido. (grifo nosso)⁹

Aplicando esse entendimento à temática, uma vez que o planejamento familiar é tido como direito de todo cidadão na Constituição de 1988, deve-se buscar o que seja necessário e viável a promover a dignidade humana, visualizando de caso a caso, com devido e cauteloso exame, a necessidade de que o plano custeie os procedimentos cabíveis para possibilitar a concretização do planejamento familiar. Afinal, não há respaldo jurídico em aplicar no caso concreto uma norma genérica que padece de vícios, uma vez que vai de encontro aos preceitos constitucionais.

CONCLUSÕES

Conforme é possível depreender frente a toda discussão exposta no presente artigo, a partir da legítima compreensão acerca do

⁹ TJDFI. Apelação n. 0708403-55.2018.8.07.0020 – Acórdão 1180298. Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Rel. Josapha Francisco dos Santos. j. 19/06/2019. Dje 28/06/2019.

direito fundamental ao planejamento familiar e considerando as questões patológicas ou até mesmo sociais, as instituições de saúde suplementar privadas, as quais evidentemente tutelam a saúde do beneficiário, devem garantir os direitos destes, ao invés de restringi-los em prol do benefício econômico próprio.

Dentre os argumentos que sustentam a corrente da obrigatoriedade de o plano de saúde custear os procedimentos de reprodução assistida, destaque-se que, além do próprios direitos constitucionais, isto é, do planejamento familiar, direito de ter filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana, pôde-se observar outros postulados fundamentais, como a vedação ao retrocesso e a hierarquia das normas jurídicas – cujo topo dessa escala hierárquica é ocupado pela Constituição. De mais a mais, frise-se as diretrizes consumeristas, como o princípio da informação e do equilíbrio econômico observando a vulnerabilidade do consumidor.

Diante disso, uma vez apontadas as razões pelas quais subsiste a necessidade de cobertura dos procedimentos de reprodução assistida por parte dos planos de saúde, verificado todo o arcabouço normativo do nosso ordenamento jurídico e realizada a análise dos argumentos contrários a essa tese, com demonstrada refutabilidade das razões que sustentam entendimento diverso, o qual sobretudo se dispõe em questões primordialmente econômicas, é lúcida a percepção de que a doutrina e institutos de relevância como o IBDFAM devem buscar trazer uma maior discutibilidade dessa temática no afimco de nortear a percepção do órgão superior do judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, para consolidar enunciado ou súmula nessa perspectiva.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Resolução Normativa nº 192, de 27 de maio de 2009**. Disponível em: <<http://>

www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/consultas_publicas/cp_31_docapoio_rn192_planejamento_familiar.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

_____. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

_____. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

CAVALCANTE, Cristiano. **A necessária proteção dos consumidores ao planejamento familiar diante da infertilidade e em face dos Planos de Saúde**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2018. p. 76. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28188>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

FREITAS, Paula. **Maternidade tardia e o acesso às tecnologias reprodutivas: a (in)constitucionalidade da política dos planos de saúde em relação aos tratamentos de reprodução assistida e a perspectiva jurídica e familiar.** Dissertação apresentada à Universidade Federal de Viçosa. Viçosa: 2019, p. 73. Disponível em: <<https://locus.ufv.br/handle/123456789/27514>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1424.

QUARANTA, Roberta. **O direito fundamental ao planejamento familiar.** Âmbito Jurídico. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/o-direito-fundamental-ao-planejamento-familiar/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

SEGALLA, Juliana; SILVEIRA, Raphael. Reprodução assistida, planejamento familiar e saúde sob a constituição de 1988. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.** São Paulo. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2752.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2020.

SILVA, Flavia. **Gestação de substituição: direito a ter um filho.** Revista Ciências Jurídicas e Sociais-UNG-Ser, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914/894>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

**FAMILY PLANNING AND ASSISTED REPRODUCTION:
AN ANALYSIS OF THE LEGAL ENFORCEABILITY OF THE
COVERAGE OF THIS PROCEDURE BY HEALTHCARE PLANS**

ABSTRACT

With constitutional basis in article 226, §7 °, family planning is a right based on the principles of human dignity and responsible parenthood. Accordingly this guarantee and knowing that the referred planning encompasses the right to have children, this article aims to elucidate about the legal enforceability of the healthcare plan to afford assisted reproduction procedures. In order to satisfactorily substantiate this academic paper, there is an interpretative effort of the legal apparatus as regards this topic, as well as regulations, articles and, lastly, a jurisprudential research to understand how the Judiciary has been positioning itself on the subject, which it is still quite controversial.

Keywords: Family Planning. Constitutional Guarantee. Healthcare Plans. Consumer Law. Assisted reproduction.