JUSTIÇA & CIDADANIA®

ISSN 1807-779X
Edição 188 - Abril de 2016
R$ 16,90

PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, MINISTRO DO STJ

O ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

EDITORIAL: E agora, José?

OAB NACIONAL

EM DEFESA
DA **ADVOCACIA**
E DA **CIDADANIA**

CLUBE DE SERVIÇOS
AOS ADVOGADOS

Conheça os benefícios que preparamos para você.
clubedeservicos.oab.org.br

AGORA CHEGA
DE CARGA TRIBUTÁRIA
#NãoàCPMF

Assine, é muito fácil!
agorachega.org.br
Use a hashtag: #NãoàCPMF

Sumário

Foto: Arquivo STJ

8 *Capa* –O arbitramento da indenização por dano moral e a jurisprudência do STJ

6 *Editorial* – E agora, José?

18 O STJ, o transporte público e a reparação dos danos nas relações de consumo

24 O uso das redes sociais nas eleições e nos processos eleitorais: o sistema brasileiro

27 Sociedade se mobiliza por menos tributos

28 A Justiça Militar da União e a defesa do espaço aéreo brasileiro: uma análise sobre o tiro de destruição

30 Novo Marco Legal para a Primeira Infância

34 No meio do caminho tinha um cachorro

37 Dissimulação, não!!!

38 Crimes contra a ordem tributária: Pagamento e extinção da punibilidade do agente, uma interpretação ampla

44 Seminário discute rumos do meio ambiente na Alerj

49 *Em foco* – Justiça em alerta

52 Identidade de gênero: análise de sua pertinência e aplicabilidade das normas constantes na Lei Maria da Penha

57 Considerações acerca da prisão domiciliar em face da Lei nº 13.257/16

62 A hora é esta

64 Novas regras eleitorais

editora JC

Av. Rio Branco, 14 / 18º andar
Rio de Janeiro – RJ CEP: 20090-000
Tel./Fax (21) 2240-0429
editorajc@editorajc.com.br
www.editorajc.com.br

ISSN 1807-779X

Orpheu Santos Salles
Editor

Tiago Salles
Editor-Executivo

Erika Branco
Diretora de Redação

Diogo Tomaz
Coordenador de Produção

Mariana Fróes
Coordenadora de Arte

Amanda Nóbrega
Assinatura e Expedição

Ada Caperuto
Jornalista colaboradora

Correspondentes:

Brasília
Arnaldo Gomes
SCN, Q.1 – Bl. E / Sl. 715
Edifício Central Park
Brasília – DF CEP: 70711-903
Tel.: (61) 3710-6466
Cel.: (61) 9981-1229

Manaus
Julio Antonio Lopes
Av. André Araújo, 1924-A – Aleixo
Manaus – AM CEP: 69060-001
Tel.: (92) 3643-1200

CTP, Impressão e Acabamento
Edigráfica

Edição 188 • Abril de 2016 • Capa: Sergio Lima SCO/STJ

Conselho Editorial

Bernardo Cabral
Presidente

Orpheu Santos Salles
Secretário

Adilson Vieira Macabu
Alexandre Agra Belmonte
André Fontes
Antônio Augusto de Souza Coelho
Antônio Souza Prudente
Aurélio Wander Bastos
Benedito Gonçalves
Carlos Antônio Navega
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário Velloso
Cláudio dell'Orto
Dalmo de Abreu Dallari
Darci Norte Rebelo
David Ribeiro Salles
Enrique Ricardo Lewandowski
Erika Siebler Branco
Ernane Galvêas
Fábio de Salles Meirelles
Gilmar Ferreira Mendes
Guilherme Augusto Caputo Bastos
Henrique Nelson Calandra
Humberto Martins
Ives Gandra Martins
João Otávio de Noronha
José Geraldo da Fonseca
José Renato Nalini
Julio Antonio Lopes
Lélis Marcos Teixeira
Luis Felipe Salomão
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
Luís Inácio Lucena Adams
Luís Roberto Barroso
Luiz Fux
Marco Aurélio Mello
Marcus Faver
Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Maurício Dinepi
Mauro Campbell
Maximino Gonçalves Fontes
Nelson Tomaz Braga
Ney Prado
Paulo de Tarso Sanseverino
Paulo Dias de Moura Ribeiro
Peter Messetti
Ricardo Villas Bôas Cueva
Roberto Rosas
Sergio Cavalieri Filho
Sidnei Beneti
Siro Darlan
Sylvio Capanema de Souza
Thiers Montebello
Tiago Salles

ERRATA:

O artigo "Inovações trazidas pelo NCPC relativas à Apelação Cível e ao Agravo de Instrumento", de autoria da Desembargadora Maria Inês da Penha Gaspar, publicado na última edição, teve como colaboradoras as senhoras Aline Carvalho dos Reis Calôba e Fatima Denise Botelho Ludwig. A íntegra do material encontra-se disponível em: http://goo.gl/GrXf2f

Para acessar o site da Editora, baixe o leitor de QR code em seu celular e aproxime o aparelho do código ao lado.

facebook.com/editorajc

twitter.com/editorajc

Apoio

Associação dos Magistrados Brasileiros

CONSELHO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Instituto JUSTIÇA & CIDADANIA

NR NASCIMENTO & REZENDE ADVOGADOS

Inovar com primazia.
Atuando em soluções
jurídico-empresariais.

Rua da Ajuda, nº 35, 17º andar, Centro - RJ | CEP: 20040-915 | Tel (55 21) 2242-0447 / 2507-1271| nraa.com.br

E agora, José?

"Nós temos uma Suprema Corte totalmente acovardada, nós temos um Superior Tribunal de Justiça totalmente acovardado, um parlamento totalmente acovardado"

LULA, em conversa com a presidente Dilma depois da condução coercitiva

Os ultrajantes acontecimentos políticos e sociais ocorridos no País, além da ultrajante perplexidade dos fatos envolvendo destacadas figuras da política e do governo, deixam à mostra as tentativas que se processam para a desmoralização das instituições.

As desabusadas, impróprias e infamantes acusações proferidas pelo ex-presidente Lula contra o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, e as palavras de calão proferidas contra os titulares do Senado Federal e da Câmara dos Deputados refletem o descalabro de seu destempero e irresponsabilidade.

A pronta resposta do presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski: "O Supremo jamais esteve acovardado. A história do Supremo é de coragem e de protagonismo respeitando a Constituição nos momentos de crise. Eu acho que a República tem uma Constituição que está em vigor, as instituições estão funcionando. Nós temos que ter confiança nas instituições. Os constituintes de 1988 atribuíram a esta Suprema Corte a missão de manter a supremacia da Constituição e a manutenção do Estado Democrático de Direito. Tenho certeza de que os juízes desta Casa não faltarão aos cidadãos brasileiros com o cumprimento desse elevado múnus".

A fala de Lula exasperou o decano do STF, ministro Celso de Mello, que reforçou a irritação dos ministros com contundente pronunciamento apoiado pela Corte, especialmente contra o trecho em que Lula diz que o STF era uma Corte "totalmente acovardada", afirmando: "Esse insulto ao Poder Judiciário traz, no presente contexto da profunda crise moral que envolve os altos escalões da República, reação torpe e indigna. Além de não admitir privilégios, repudia a outorga de favores especiais e rejeita a concessão de tratamentos diferenciados aos detentores do poder ou a quem quer que seja. Por isso, cumpre não desconhecer que o dogma da isonomia a todos iguala, governantes e governados, sem qualquer distinção, indicando que absolutamente ninguém está acima da autoridade das leis e da Constituição. Condutas criminosas perpetradas à sombra do poder jamais serão toleradas, e os agentes que as houverem praticado, posicionados, ou não, nas culminâncias da hierarquia governamental, serão punidos na exata medida e na justa extensão de sua responsabilidade criminal".

No Superior Tribunal de Justiça o ministro João Otávio de Noronha, em discurso, reagiu à altura à acusação de que a Corte estaria acovardada, afirmando: "Esta Casa não é Casa de covardes, é de juízes íntegros, que não recebem doação de empreiteiros. Não se alinha a ditaduras da América do Sul, concedendo benefícios a ditadores e amigos políticos que estrangulam as liberdades (...) Me envergonho de ter algumas lideranças políticas que o País tem".

O procurador federal Deltan Dallagnol, coordenador da força-tarefa da Lava Jato, disse que o Ministério Público brasileiro e a Justiça não se amedrontarão e darão fiel cumprimento à Constituição e às leis. Dallagnol leu manifesto

afirmando: "Os procuradores da República do caso Lava Jato têm dever de esclarecer que as interceptações telefônicas foram legalmente determinadas pelo juiz da 13ª Vara Federal".

A Ordem dos Advogados do Brasil, em decisão tomada em reunião realizada no dia 18, em Brasília, por seu Conselho Federal, presidido pelo novo titular, o advogado Cláudio Pacheco Prates Lamachia, aprovou apoio ao processo de impeachment da presidente pelo voto de 26 bancadas contra dois. O relator, conselheiro Erick Venâncio, apontou quatro atos que se configurariam como crimes de responsabilidade: as pedaladas fiscais; as isenções fiscais concedidas para a organização da Copa do Mundo; a tentativa de atrapalhar as investigações, denunciadas pelo Senador Delcídio Amaral; e a nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o ministério da Casa Civil como forma de mudar o foro em que ele é investigado.

O presidente da OAB, Cláudio Lamachia, disse que será examinado ainda pela direção da entidade se haverá um novo pedido de impeachment ou se a entidade apoiará a ação já em trâmite na Câmara. Ele destacou que o fato de 26 seccionais terem aprovado a proposta mostra a união da entidade. "Não temos uma divisão na advocacia brasileira. Não queremos o confronto do Brasil, queremos o encontro, a união". O presidente da seccional do Rio Grande do Sul, Ricardo Ferreira Breier, defendeu que o impeachment é uma tentativa de manter a democracia. "Os pilares da Justiça, do estado democrático de direito, estão ruindo no país por aqueles que têm poder", afirmou Breier.

Igualmente, a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) também decidiu apoiar o impeachment, processo que, segundo a entidade, deve ter "rigor e celeridade". "O impeachment é necessário, sob os aspectos ético e político, muito embora a renúncia fosse preferível, por ser menos traumática. Sob o aspecto democrático, é sempre ruim afastar uma presidente eleita pelo povo", diz Leonardo Sica, presidente da maior entidade de advogados da América Latina, com mais de 90 mil associados.

Nos socorremos da decantada frase de Drumond, "E agora, José?", para concluir com tristeza, decepção e amargura as considerações de fazemos.

Os laudatórios apontamentos que fizemos sobre a presidente Dilma Rousseff, desde a sua posse na presidência da República, em janeiro de 2011, até o momento em que se deslocou de Brasília, como Chefe de Governo, para solidarizar-se com o conhecido cidadão, Luiz Inácio Lula da Silva – menosprezado pela sociedade face os atos indignos e reprováveis ações praticadas no constante uso de palavreado chulo, torpe, indigno e infamante, além de acusado de graves e consistentes acusações criminosas – lamentavelmente perderam-se, por desrespeito ao alto mandato que lhe foi outorgado pelo povo, bem como a consideração e o conceito de dignidade imposto para o exercício do cargo de presidente.

Quanto ao boquirroto ex-presidente da República, o seu julgamento está sendo feito nas ruas pelo povo, que em passado recente, enganado pela demagogia falaciosa, o louvou e o engrandeceu, mas agora o vê nu, despido das mentiras que propalou e ciente das falcatruas e deslizes praticados na chefia de uma corja de bandidos que se apossaram do erário, surrupiando bilhões e bilhões das verbas públicas dos hospitais carentes de leitos e medicamentos, e das escolas desprovidas de meios, mestres e até da merenda escolar.

O descalabro em que se encontra a Nação, estagnada de progresso, com um desemprego que já atinge 10% da população, com indústrias se decompondo pela falta de produção, com inflação já galopante denoda um futuro incerto pelas consequências desastrosas do sem governo que está aniquilando as riquezas conquistadas, motivando a falta de trabalho e a fome que já se manifesta nos lares humildes.

E AGORA, JOSÉ? Cabe à Justiça, com a atuação da Polícia Federal, do Ministério Público e especialmente do Poder Judiciário encontrar o começo do caminho.

Orpheu Santos Salles
Editor

CAPA

O arbitramento da indenização por dano moral e a jurisprudência do STJ

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino
Membro do Conselho Editorial
Ministro do STJ

Foto: STJNotícias

O dano moral constitui um dos temas mais importantes e controvertidos, na atualidade, no plano da responsabilidade civil não apenas pelos seus aspectos jurídicos, mas pelo interesse prático despertado em toda a sociedade.

A controvérsia estabelecida no Direito brasileiro deriva, em boa parte, da demora no pleno reconhecimento da indenizabilidade do dano moral, o que ocorreu apenas a partir da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, no Brasil, até 1988, havia grande polêmica entre a doutrina e a jurisprudência acerca da indenizabilidade do dano extrapatrimonial, pois, apesar da ampla aceitação doutrinária, havia uma grande resistência do Supremo Tribunal Federal, que somente admitia a reparação dos danos morais nos casos expressamente previstos em lei.

O STF, em acórdão de 1948, explicitava esse entendimento, afirmando que "nem sempre o dano moral é ressarcível, não somente por não se poder dar-lhe valor econômico, por não se poder apreciá-lo em dinheiro, como ainda porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas pelo manto nobilíssimo dos sentimentos afetivos", admitindo apenas a indenização nos casos especificados em lei (STF, 2ª T., RE 12.039/AL, Rel. Min. Lafayette de Andrada, p. m., j. 6/8/1948, RT 244/629).

Registre-se, nesse ponto, que o CC/16 previa a indenizabilidade do dano moral puro nos casos de ofensas à honra sem prejuízos materiais (art. 1.547, parágrafo único) e de ofensas à liberdade (art. 1.550) também sem prejuízos econômicos, enquanto leis especiais também contemplavam a sua indenização, com destaque para a revogada Lei de Imprensa (Lei 5250/67).

A resistência do STF foi superada pela Constituição Federal de 1988, ao estatuir expressamente a indenizabilidade de determinados danos morais no seu artigo 5º, incisos V e X, sendo seguida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, editando um dos seus primeiros enunciados sumulares (súmula 37) acerca de uma das questões mais polêmicas, na época, relativas ao dano extrapatrimonial concernente à possibilidade de sua cumulação com danos materiais oriundos do mesmo fato.

Consagrada a sua indenizabilidade a partir da década de noventa, o foco da discussão acerca dos danos extrapatrimoniais deslocou-se para outras questões, como a sua caracterização e os critérios para o arbitramento da respectiva indenização.

O tema do presente trabalho é o exame dos critérios de arbitramento da indenização do dano moral a partir das disposições do Código Civil de 2002, em face da jurisprudência do STJ.

A exposição será desdobrada em duas partes, sendo a primeira dedicada ao exame da configuração do dano moral no Direito brasileiro, enquanto a segunda versará acerca do arbitramento equitativo da indenização por dano moral.

1. Configuração do dano moral

A caracterização do dano extrapatrimonial permite vislumbrar a evolução da sua concepção na doutrina, passando-se de um conceito negativo para as tentativas de construção de uma definição substantiva.

Os danos extrapatrimoniais foram inicialmente caracterizados pela doutrina como os prejuízos sem conteúdo econômico ou patrimonial sofridos pela vítima do evento danoso, procurando-se apenas distingui-los dos danos patrimoniais.

Alfredo Minozzi explicava que "a distinção do dano em patrimonial e não patrimonial não se refere ao dano em sua origem, mas ao dano em seus efeitos", caracterizando os danos não patrimoniais como aqueles "que não lesam o patrimônio da pessoa" (MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale:* danno morale. Milano: Società Editrice Libraria, 1917, p. 40).

Na mesma linha, José de Aguiar Dias afirmava que o dano moral não é a lesão ou a violação de um direito, mas efeito dessa lesão (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 775).

Os Mazeaud qualificam como dano moral "o prejuízo que constitui um atentado contra um direito extrapatrimonial, ou seja, não pecuniário" (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Leciones de dercho civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – América, 1962. p. II. v. II., p. 56).

Esse conceito negativo, porém, é passível de crítica, pois, em verdade, pouco diz acerca da essência do instituto, apenas permitindo estabelecer a característica que o dano extrapatrimonial não detém: conteúdo econômico ou patrimonial.

Nas hipóteses de danos corporais graves, como os provocados por homicídio ou a incapacidade permanente decorrente de lesão corporal, em que a sua ocorrência é manifesta, são facilmente perceptíveis as diferenças entre os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais derivados de um mesmo fato.

Entretanto, em situações de menor gravidade, essa definição deixa de ser satisfatória, pois, frequentemente, não permite estabelecer, no caso concreto, a configuração, ou não, de dano extrapatrimonial, servindo de exemplo os prejuízos decorrentes de um

registro negativo indevido nos cadastros restritivos de crédito ou os problemas ocorridos no transporte aéreo como os transtornos ensejados pelos atrasos de vôos ou pela ocorrência de "overbooking".

A insuficiência da concepção negativa de dano extrapatrimonial tem determinado que se tente alcançar um conceito positivo ou substantivo de dano moral, acrescentando-se mais elementos para a sua caracterização.

Uma das primeiras tentativas de construir um conceito substantivo de dano extrapatrimonial foi desenvolvida por Roberto Brebbia, procurando estabelecer a ligação do instituto com os direitos da personalidade ao afirmar que o dano moral deriva da "violação de um ou vários direitos inerentes à personalidade de um sujeito de direito" (BREBBIA, Roberto. *El dano moral*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950, p. 84). Partindo da classificação dos prejuízos conforme a natureza do direito subjetivo violado, Brebbia explica que os danos patrimoniais são consequência da violação de direitos patrimoniais (bens suscetíveis de valoração pecuniária), enquanto os danos extrapatrimoniais ou morais são decorrentes de violações a direitos inerentes à personalidade. Considerando esse o único critério certeiro e eficaz para individualizar o dano moral, conceitua-o como derivado da "violação de um ou vários direitos inerentes à personalidade de um sujeito de direito".

Essa definição substantiva apresenta como principal vantagem em relação à concepção negativa a inclusão de um elemento caracterizador do instituto, permitindo uma maior clareza na identificação da sua ocorrência. Com isso, somente são considerados danos extrapatrimoniais os prejuízos sem conteúdo econômico derivados de uma ofensa a direitos da personalidade (vida, integridade físico-psíquica, liberdade, honra, privacidade).

A principal crítica a essa concepção positiva é que ela seria excessivamente reducionista, pois restringiria o alcance do instituto, não abrangendo alguns danos extrapatrimoniais, como os prejuízos de afeição resultantes da morte de parente próximo, que não se enquadrariam entre os direitos da personalidade.

A objeção é exagerada, resultando de uma concepção restritiva da noção de direitos da personalidade, que, na realidade, deve ser ampliada para abranger o mais importante deles, que é a tutela da vida humana.

Os direitos da personalidade, por serem direitos inerentes à própria personalidade, apresentam como características a instransmissibilidade, a indisponibilidade e a irrenunciabilidade, consoante expresso no art. 11 do CC/2002. Constituem "direitos essenciais", sem os quais a personalidade restaria uma suscetibilidade completamente irrealizada e sem os quais os demais direitos subjetivos perderiam interesse para o indivíduo, tendo sido qualificados como direitos inatos ou naturais pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Modernamente, os direitos da personalidade passaram a ser regulados, de forma crescente, pelas principais codificações europeias, como os estatutos civis da Áustria (§ 16), Alemanha (§ 12), Suíça (§ 28) e Itália (arts. 5º a 10).

Especial destaque merece o CC português de 1966, que, em seus artigos 70 a 81, conferiu-lhes uma ampla proteção, iniciando-se por uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, estatuindo, em seu art. 70 (n. 1), que "a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral".

Não tendo sido suficiente essa regulamentação no seio das codificações civis para a sua efetiva proteção, como evidenciaram as atrocidades cometidas ao longo da Segunda Guerra Mundial, foram elevados para o patamar constitucional, passando a ser arrolados entre os direitos fundamentais nas principais constituições contemporâneas, com especial destaque para Itália (1947) e Alemanha (1949), que, no pórtico de suas cartas constitucionais, estabelecem a exigência de respeito à dignidade da pessoa.

No Brasil, nessa nova perspectiva, Maria Celina Bodin de Moraes estabelece a correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o dano moral, anotando que "o dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade, que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana)" (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132).

Analisando o CC/2002, Paulo Luiz Netto Lôbo, de forma ainda mais específica, sustenta que não existem danos morais fora das violações aos direitos da personalidade, desenvolvendo o seu raciocínio a partir da história dos dois institutos, que tiveram grande resistência de parte da doutrina e que obtiveram reconhecimento expresso no mesmo dispositivo legal (art. 5º, X) da CF/88 (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direito da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 2, n. 6, abr./jun. 2001). Afirma que os direitos da personalidade, como atributos inerentes à condição humana, consagrados como modalidades de direitos fundamentais, constituem autênticos direitos subjetivos não patrimoniais previstos e tutelados pelo direito objetivo (Constituição, Código Civil). Após catalogar os principais direitos da personalidade das pessoas naturais (vida, integridade físico-psíquica, liberdade, honra) e jurídicas, com ênfase na sua consagração constitucional, conclui com a afirmação de que "a rica casuística que tem desembocado nos tribunais permite o reenvio de todos os casos de danos morais aos tipos de direitos da personalidade" e arremata com a observação de que "nenhum dos casos deixa de enquadrar-se em um ou mais de um dos tipos, conforme acima analisados."

O cuidado, porém, com essa noção restritiva de dano extrapatrimonial é que ela não contempla algumas modalidades, que têm surgido com freqüência cada vez maior na nossa vida em sociedade, como aqueles fatos que afetam os interesses de pessoas jurídicas e aqueles que atingem interesses coletivos ou difusos, como o chamado dano moral coletivo por ofensas ao meio ambiente.

Judith Martins-Costa, embora demonstre simpatia por uma concepção mais restritiva de dano extrapatrimonial, procura resolver essa questão, identificando três modalidades distintas, que são os danos à esfera existencial da pessoa humana, prejudicando interesses ligados aos direitos da personalidade; os danos à esfera da socialidade da pessoa humana, afetando interesses transindividuais não patrimoniais, como os danos ao meio ambiente; os danos à honra objetiva de pessoa jurídica (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t.1-2. Comentários ao art. 403, n. 2.1.2.2, p. 339).

Essa orientação mais flexível mostra-se a mais correta, pois, ao mesmo tempo em que inibe a vulgarização do instituto jurídico, abre espaço para novas modalidades de danos extrapatrimoniais por ofensas a interesses jurídicos relevantes, como os danos ao meio ambiente, que, cada vez mais, estão a exigir ampla proteção.

2. Arbitramento da indenização do dano moral

A principal questão controvertida, na atualidade, relativamente aos danos extrapatrimoniais, situa-se em torno do arbitramento da correspondente indenização.

O arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais deve ser feito de forma equitativa, conforme aludido pelo legislador do Código Civil de 2002 nas hipóteses de ofensas contra a honra (art. 953, parágrafo único) ou contra a liberdade pessoal (art. 954, parágrafo único).

Relembre-se a discussão existente acerca da natureza da indenização e dos critérios para sua quantificação (tarifamento legal ou arbitramento judicial).

A identificação da natureza da indenização por dano extrapatrimonial guarda íntima relação com a própria função da responsabilidade civil (ressarcimento do ofendido ou punição do ofensor), constituindo um tema sempre controvertido.

No caso específico dos danos extrapatrimoniais, a questão é particularmente interessante, pois as duas funções estão presentes na respectiva indenização.

Foto: STJNotícias

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, ministro do STJ

A função fundamental da responsabilidade civil é naturalmente a ressarcitória, voltada à remoção dos efeitos danosos de uma injusta lesão sofrida por uma pessoa decorrente de ato praticado por outra (ALPA, Guido et alli. *Obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali*. Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 981).

Nos danos extrapatrimoniais, em que não é possível uma mensuração precisa da indenização pecuniária, sua finalidade é satisfatória, buscando ser um lenitivo ao sofrimento do sujeito lesado.

Judith Martins-Costa, comentando o disposto no art. 402 do CC/2002, lembra que, "a rigor, não é possível falar em 'indenização' do dano não patrimonial", pois "nesses casos, a entrega de uma soma em dinheiro tem uma função ao mesmo tempo satisfativa à vítima e compensatória do prejuízo sofrido" (MARTINS-COSTA, 2003)

Além disso, particularmente na indenização do dano extrapatrimonial, mostra-se ainda possível vislumbrar alguns traços da função sancionatória ou punitiva eventualmente reassumida pela responsabilidade civil.

Esses traços da natureza da indenização do dano extrapatrimonial aparecem com muita nitidez no momento do seu arbitramento, constituindo um dos problemas mais delicados da prática forense na atualidade, em face da dificuldade de fixação de critérios objetivos.

Antes da análise dos critérios desenvolvidos pela jurisprudência para o arbitramento judicial, deve-se observar a possibilidade de reparação natural do dano extrapatrimonial, bem como de tarifamento legal da respectiva indenização.

A reparação natural ou *in natura* é a tentativa de se recolocar o lesado no mesmo estado em que se encontrava antes da ocorrência do evento danoso, restituindo-lhe um bem semelhante ao subtraído, destruído ou danificado para recomposição do seu patrimônio. Os prejuízos extrapatrimoniais, em geral, por sua própria natureza, por não terem conteúdo econômico ou patrimonial, não se coadunam, em regra, com a reparação *in natura*, embora, em algumas situações, a doutrina entenda que ela se mostre viável.

Pontes de Miranda, após anotar que "a reparação natural é, quase sempre, impossível", afirma que o dano moral ou se repara pelo ato que o *apague* (retratação do caluniador ou do injuriante) ou pela prestação do que foi considerado reparador. Reconhece como reparação específica as medidas para retificação ou reconhecimento da honorabilidade do ofendido e a condenação à retificação ou à retratação, exemplificando com "a ação para que se retire o cartaz injurioso é ação de reparação natural" (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1955-1972, v. 54, § 5536, p. 61).

> "Um critério que tem sido utilizado no direito brasileiro para a quantificação da indenização por dano extrapatrimonial é o tarifamento legal, consistindo na previsão pelo legislador do montante da indenização correspondente a determinados eventos danosos."

Um critério que tem sido utilizado no direito brasileiro para a quantificação da indenização por dano extrapatrimonial é o tarifamento legal, consistindo na previsão pelo legislador do montante da indenização correspondente a determinados eventos danosos.

O CC/16 continha duas hipóteses de tarifamento legal, em seus artigos 1.547 (injúria e calúnia) e 1.550 (ofensa à liberdade pessoal), correspondentes aos atuais arts. 953 e 954 do CC/2002, estatuindo, que, quando não fosse possível comprovar prejuízo material, a fixação de indenização deveria corresponder ao "dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva". Esses dois casos de indenização por dano moral puro por ofensas à honra e à liberdade são particularmente importantes, pois desfazem a falsa ideia de que o CC/16 não continha hipóteses de indenização por dano moral. O CC/16 não possuía efetivamente uma cláusula geral de dano moral, contendo apenas a sua previsão para casos especialmente tipificados, o que representou um obstáculo para a jurisprudência, especialmente do STF, admitir a possibilidade de reparação dos prejuízos extrapatrimoniais nas hipóteses de dano-morte (art. 1.537) e de danos à integridade corporal (arts. 1.538 e 1.539), pois, apesar de mais graves, os respectivos tipos legais não contemplavam essas parcelas indenizatórias.

Esses dois casos previstos no CC/16 (arts. 1.547 e 1.550) eram hipóteses de tarifamento legal indenizatório, já que a indenização deveria ser fixada no dobro do grau máximo da multa criminal correspondente. Essa remessa à legislação criminal, confundindo as noções de ilícito civil e delito penal no que concerne aos danos extrapatrimoniais, tornou-se especialmente problemática a partir de 1984, quando o Código Penal de 1940 foi reformado pela Lei 7.209/84 e as multas criminais, cujo montante era até então inexpressivo, tiveram significativa valorização. Com isso, a cifra das indenizações por danos morais por atentados à honra e à liberdade, antes irrisória, calculada de acordo com o critério de remessa à legislação penal, passou a alcançar a expressiva soma de dez mil e oitocentos salários mínimos.

O Superior Tribunal de Justiça, em função do valor absurdo alcançado, firmou entendimento, com fundamento nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, no sentido da inaplicabilidade desse tarifamento legal indenizatório, inclusive porque a remessa feita pelo legislador do CC/16 à legislação penal era anterior ao próprio Código Penal de 1940, mais ainda em relação à reforma penal de 1984.

A orientação da jurisprudência do STJ passou a ser no sentido de que os juízes deveriam proceder ao arbitramento equitativo da indenização, sendo seguida pelo legislador do CC de 2002 ao redigir o parágrafo único do art. 953: "Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso".

A principal hipótese de tarifamento legal indenizatório encontrada no Direito brasileiro era a prevista pela Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que, em seus artigos 49 e segs., regulava a responsabilidade civil daquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, causar danos materiais e morais. Em relação aos danos materiais, estabelecia, em seu art. 54, que a indenização tinha por finalidade restituir o prejudicado ao estado anterior ao ato ilícito, acolhendo, assim, expressamente o princípio da reparação inte-

gral. Porém, em relação aos danos morais, fixava, no art. 51, um limite indenizatório, que, para o jornalista profissional, variava entre dois e vinte salários mínimos, conforme a gravidade do ato ilícito praticado. Em relação à empresa jornalística, o valor da indenização, conforme indicado pelo art. 52, poderia ser elevado em até dez vezes o montante indicado na regra anterior. Com isso, o valor máximo da indenização por danos morais por ilícitos civis tipificados na Lei de Imprensa podia alcançar até duzentos (200) salários mínimos.

Passou a ser discutida, a partir da vigência da CF/88, a compatibilidade desse tarifamento legal indenizatório da Lei de Imprensa de 1967 com o novo sistema constitucional, que, entre os direitos e garantias individuais, em seu art. 5º, logo após regular o princípio da livre manifestação do pensamento, assegurou "o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" (inciso V), bem como estabeleceu que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (inciso X).

Inicialmente, a jurisprudência do STJ, após longo debate, a partir do disposto nessas normas do art. 5º, incisos V e X, da CF/88, firmou o seu entendimento no sentido de que foram derrogadas todas as restrições à plena indenizabilidade dos danos morais ocasionados por atos ilícitos praticados por meio da imprensa, deixando de aplicar tanto as hipóteses de tarifamento legal indenizatório previstas nos artigos 49 a 52, como também o prazo decadencial de três meses estatuído pelo art. 56 da Lei 5.250/67.

Consolidada essa orientação, houve a edição pelo STJ da Súmula 281 em que fica expressa a posição firme da Corte no sentido de que "a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista pela Lei de Imprensa".

A jurisprudência do STJ consagrou, assim, a reparação integral dos danos materiais e morais causados pelos veículos de comunicação social.

Posteriormente, em 2009, o Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento da ADPF nº 130, considerou que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (STF. ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30/4/2009).

Com isso, o melhor critério para quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio do Direito brasileiro, é o arbitramento equitativo pelo juiz.

Na reparação dos danos extrapatrimoniais, conforme lição de Fernando Noronha, segue-se o "princípio da satisfação compensatória", pois "o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um preço", mas "será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física" (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 569).

Diante da impossibilidade de uma indenização pecuniária que compense integralmente a ofensa ao bem ou interesse jurídico lesado, a solução é uma reparação com natureza satisfatória, que não guardará uma relação de equivalência precisa com o prejuízo extrapatrimonial, mas que deverá ser pautada pela equidade.

> "Outro critério bastante utilizado na prática judicial é a valorização do bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra), consistindo em fixar as indenizações por danos extrapatrimoniais em conformidade com os precedentes que apreciaram casos semelhantes."

Na Itália, Valentina di Gregório, a partir do enunciado normativo do art. 1.226 do Código Civil italiano, estatuindo que, "*se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice com valutazione equitativa* (art. 2056)", ressalta a presença da equidade integrativa, pois a norma confere poderes ao juiz para proceder equitativamente à liquidação do dano (lucros cessantes, danos futuros – art. 2.056), inclusive dos danos morais (GREGORIO, Valentina di. *La valutazione eqüitativa del danno.* Padova: Cedam, 1999, p. 4). Refere a autora que a Corte de Cassação italiana deixa claro que não se trata de decidir por equidade, conforme autorizado pelo art. 114 do CPC italiano para alguns casos, mas de liquidação equitativa do dano, considerando os seus aspectos objetivos, a sua gravidade, o prejudicado, a condição econômica dos envolvidos. Deixa claro que, embora a avaliação seja subjetiva, deve ser pautada por critérios objetivos.

Em Portugal, Almeida Costa chama também a atenção para aspecto semelhante, afirmando, com fundamento no disposto no art. 496, n. 3, do CC português, que a indenização correspondente aos

Foto: STJNoticias

danos não patrimoniais deve ser pautada segundo critérios de equidade, atendendo-se "não só a extensão e a gravidade dos danos, mas também ao grau de culpa do agente, à situação econômica deste e do lesado, assim como todas as outras circunstâncias que contribuam para uma solução equitativa" (COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direito das obrigações.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 554).

No Brasil, embora não se tenha norma geral para o arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial semelhante ao art. 496, n. 3, do CC português, tem-se a regra específica do art. 953, parágrafo único, do CC/2002, já aludida, que, nas hipóteses de ofensas contra a honra, não sendo possível provar prejuízo material, confere poderes ao juiz para "fixar, equitativamente, o valor da indenização na conformidade das circunstâncias do caso", Na falta de norma expressa, essa regra pode ser estendida, por analogia, às demais hipóteses de prejuízos sem conteúdo econômico (LINDB, art. 4º).

Menezes Direito e Cavalieri Filho, a partir desse preceito legal, manifestam sua concordância com a orientação traçada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior de que "a equidade é o parâmetro que o novo Código Civil, no seu artigo 953, forneceu ao juiz para a fixação dessa indenização" (DIREITO e CAVALIERI FILHO, 2004, p. 348). Retomando o conceito aristotélico de equidade, afirmam que se está a tratar da equidade integradora a ser utilizada pelo juiz para complementar o vazio da lei.

Esse arbitramento equitativo deve ser pautado pelo postulado da razoabilidade, transformando-se em um montante econômico a agressão a um bem jurídico sem essa dimensão.

O próprio julgador da demanda indenizatória, na mesma sentença em que aprecia a ocorrência do ato ilícito, deve proceder ao arbitramento da indenização.

Ressalte-se apenas que a autorização legal para o arbitramento equitativo não representa a outorga pelo legislador de um poder arbitrário ao juiz, pois a indenização, além de ser fixada com razoabilidade, deve ser devidamente fundamentada com a indicação dos critérios utilizados.

A doutrina e a jurisprudência têm encontrado dificuldades para estabelecer quais são esses critérios razoavelmente objetivos a serem utilizados pelo juiz nessa operação de arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial.

No arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais, as principais circunstâncias valoradas pelas decisões judiciais, nessa operação de concreção individualizadora, têm sido a gravidade do fato em si, a intensidade do sofrimento da vítima, a culpabilidade do agente responsável, a eventual

culpa concorrente da vítima, a condição econômica, social e política das partes envolvidas.

Esses elementos objetivos e subjetivos de concreção, a serem levados em consideração pelo juiz, podem ser identificados na legislação brasileira, como os previstos pela revogada Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), em seu art. 53, quando estabelecia algumas circunstâncias relevantes a serem consideradas, estatuindo que, "no arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta notadamente: I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II – a intensidade do dolo e o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido."

Maria Celina Bodin de Moraes catalagou como "aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral": o grau de culpa e a intensidade do dolo (grau de culpa); a situação econômica do ofensor; a natureza a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); a intensidade do seu sofrimento (MORAES, 2003, p. 295).

Assim, as principais circunstâncias a serem consideradas como elementos objetivos e subjetivos de concreção são: a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); d) a condição econômica do ofensor; e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

A semelhança dessas circunstâncias com a previsão do art. 59 do Código Penal não é mera coincidência, o principal problema enfrentado pelo juízo penal na fixação da pena por um crime é semelhante ao do juízo cível na quantificação da indenização por danos morais. O juízo penal transforma ofensas a bens jurídicos diversos (vida, integridade psicofísica, patrimônio, liberdade, honra) em restrições ao direito de liberdade do réu, enquanto o juízo cível converte os efeitos de agressões a interesses jurídicos sem dimensão patrimonial em indenização pecuniária. A principal diferença é que, na esfera penal, há a indicação pelo legislador de limites mínimos e máximos para as penas restritivas de liberdade, o que não ocorre na responsabilidade civil.

Outro critério bastante utilizado na prática judicial é a valorização do bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra), consistindo em fixar as indenizações por danos extrapatrimoniais em conformidade com os precedentes que apreciaram casos semelhantes.

Na doutrina, esse critério foi sugerido por Judith Martins-Costa, ao observar que o arbítrio do juiz na avaliação do dano deve ser realizado com observância ao "comando da cláusula geral do art. 944, regra central em tema de indenização". Anota que os juízes devem compreender a função das cláusulas gerais de molde a operá-las no sentido de viabilizar a ressistematização das decisões, que atomizadas e díspares em seus fundamentos, "provocam quebras no sistema e objetiva injustiça, ao tratar desigualmente casos similares". Sugere que o ideal seria o estabelecimento de "grupos de casos típicos", "conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio decidendi*, em torno destes construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que possam atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial". Ressalva que esses "tópicos reparatórios" dos danos extrapatrimoniais devem ser flexíveis de modo a permitir a incorporação de novas hipóteses e evitar a pontual intervenção do legislador (MARTINS-COSTA, 2003, *Comentários ao art. 403*, n. 2.1.2.2, p. 351 e segs.).

Esse critério, bastante utilizado na prática judicial brasileira, embora não seja expressamente reconhecido pelos juízes e tribunais, valoriza o bem ou interesse jurídico lesado (vida, integridade física, liberdade, honra, privacidade) para fixar as indenizações por danos morais em conformidade com os precedentes que apreciaram casos semelhantes.

A vantagem desse método é a preservação da igualdade e da coerência nos julgamentos pelo juiz ou tribunal, assegurando isonomia, porque demandas semelhantes recebem decisões similares, e coerência, pois as sentenças variam na medida em que os casos se diferenciam.

Outra vantagem desse critério é permitir a valorização do interesse jurídico lesado (v.g. direito de personalidade atacado), ensejando que a reparação do dano extrapatrimonial guarde uma razoável relação de conformidade com o bem jurídico efetivamente ofendido.

Esse método apresenta alguns problemas de ordem prática, sendo o primeiro deles o fato de ser utilizado individualmente por cada unidade jurisdicional (juiz, câmara ou turma julgadora), havendo pouca permeabilidade para as soluções adotadas pelo conjunto da jurisprudência.

Outro problema reside no risco da excessiva rigidez em sua utilização, conduzindo a um indesejado tarifamento judicial das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, ensejando um engessamento da atividade jurisdicional e transformando o seu arbitramento em uma simples operação de subsunção, e não mais de concreção.

Em suma, a valorização do bem ou interesse jurídico lesado é um critério importante, devendo-se apenas ter o cuidado para que não conduza a um engessamento excessivo das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, caracterizando um indesejado tarifamento judicial com rigidez semelhante ao tarifamento legal.

Por isso, o método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados, valorizando-se tanto as circunstâncias, como o interesse jurídico lesado.

Assim, o arbitramento equitativo da indenização por prejuízos sem conteúdo patrimonial deve ser desdobrado em duas etapas.

Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (técnica do grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se da indenização básica, esse valor deve ser elevado ou reduzido de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo.

Com a utilização desse método bifásico, procede-se a um arbitramento efetivamente equitativo, respeitando-se as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso concreto.

Chega-se, desse modo, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. Alcança-se, de um lado, uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obtém-se um montante correspondente às circunstâncias do caso. Finalmente, a decisão judicial apresenta a devida fundamentação acerca da forma como arbitrou o valor da indenização pelos danos extrapatrimoniais.

No STJ, a Ministra Nancy Andrighi, fez utilização desse método bifásico para quantificação da indenização por danos morais derivados da morte de passageiro de transporte coletivo em demanda indenizatória proposta pelos pais e uma irmã. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixara a indenização por danos morais em vinte mil reais para cada um dos pais e dez mil reais para a irmã, ensejando recurso especial. A relatora, após anotar que, em hipóteses semelhantes, o STJ tem fixado as indenizações por danos morais em valores que variam entre 200 e 625 salários mínimos, fazendo referência a um grupo de sete precedentes, passou a analisar as peculiaridades do caso, arbitrando, então, a indenização em sessenta mil reais para cada um dos três demandantes (STJ, 3ª T., REsp. nº 710.879/MG, rel.: Ministra Nancy Andrighi, j. 1º/6/2006, DJ 19/6/2006, p. 135).

Em 2011, este autor foi relator de alguns casos de responsabilidade civil por morte da vítima em que foi possível aplicar o método bifásico, sendo o primeiro deles um recurso especial em que se discutia o valor da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que fora arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais. O recurso especial foi provido, com a aplicação do método bifásico, elevando-se o valor da indenização por dano moral para os patamares fixados na jurisprudência da Corte (STJ, 3ª T., REsp. 959.780/ES, rel. Min. Paulo Sanseverino, j. 26/4/201). Aplicou-se o mesmo método em hipóteses de morte de criança em acidente de trânsito ocorrido durante transporte escolar (STJ, 3ª T., REsp 1.197.284/AM, Rel. Min. Paulo Sanseverino, j. 23/10/2012) e de morte de passageiro em estação de trem (STJ, 3ª T., REsp 1.197.284/AM, Rel. Min. Paulo Sanseverino, j. 23/10/2012).

O método bifásico de quantificação da indenização por dano moral foi também aplicado a hipóteses de danos morais de pequena monta, como casos de inscrição indevida em cadastros de devedores inadimplentes (STJ, 3ª T., REsp 1.152.541/RS, Rel. Min. Paulo Sanseverino, j. 13/9/2011) ou de recusa de cobertura securitária por plano de saúde (STJ, 3ª T., REsp 1.243.632/RS, Rel. Min. Paulo Sanseverino, j. 11/9/2012).

Enfim, o método bifásico é o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, pois, além de estar pautado em critérios razoavelmente objetivos, permite que seja ela fixada de acordo com as circunstâncias do caso concreto como exige a equidade.

O STJ, o transporte público e a reparação dos danos nas relações de consumo

Luis Felipe Salomão
Membro do Conselho Editorial
Ministro do STJ

Foto: Sergio Lima SCO/STJ

1. Introdução

Durante a elaboração da Constituição de 1988, houve muita discussão sobre o volume de recursos no Supremo Tribunal Federal, na época já assoberbado. Falava-se em crise da Suprema Corte e crise do recurso extraordinário. A solução encontrada pelo constituinte – dentre tantas analisadas, como por exemplo criar mais cargos de ministros, ampliar o número de servidores ou gerar filtros – foi a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O novo Tribunal foi idealizado para ser o guardião da legislação federal e do próprio direito infraconstitucional. Assim, o destino estabeleceu que o STJ, desde sua implantação, em 1989, vem sendo o grande intérprete dos diplomas legais surgidos após a redemocratização do nosso país, a partir daí conhecido como o Tribunal da Cidadania.

Nesse particular, dentre as três seções do STJ, a Segunda Seção, encarregada do direito privado, vem interpretando o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Recuperação Judicial e Falência, o Código de Propriedade Industrial e, especificamente em relação ao transporte, a Lei das Concessões e a Lei da Mobilidade Urbana, que é recente, de 2012. No caso do transporte, quando se fala em responsabilidade civil, há de fato interseções entre as competências das Primeira e Segunda Seções do Tribunal. Enquanto esta (Segunda) trata da responsabilidade civil no âmbito do direito privado, a Primeira Seção cuida da responsabilidade civil quando a questão envolve entes públicos. Há muitas situações em que elas são convergentes e outras em que a jurisprudência diverge.

Só para ilustrar, a Segunda Seção do STJ trata de vários outros assuntos relevantes, como superendividamento, previdência pública, contrato eletrônico, *internet*, bioética e novos temas que vieram a ser discutidos a partir da grande janela aberta pela *internet*. O Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (Nurer) aplica as teses repetidas aos processos da Segunda Seção e, com isso, vem diminuindo muito a sobrecarga da Corte. A conclusão é de que o trabalho aumentaria perto de 50% se não houvesse esse filtro da admissibilidade. Em 1989, foram distribuídos 6.103 processos e, no ano passado, 315 mil. Há, em regra, trinta magistrados julgando no STJ – três estão na Administração da Corte, e outro, desde a Emenda 45, atua como Corregedor do Conselho Nacional de Justiça. Considerando 300 mil recursos divididos por 30 juízes, por dez meses (excluindo meses de recesso), por 20 dias úteis em cada mês e pelas 24 horas de cada dia, tem-se mais de dois processos por hora para cada juiz. É surreal.

O recurso especial – recurso nobre do Superior Tribunal de Justiça – tem uma técnica toda própria que, só após algum tempo, começa-se a dominar melhor. Mais ainda, passa-se a ter uma visão mais ampliada sobre o papel de um tribunal de precedente como o STJ, de superposição em uma federação como a nossa, amplíssima, com centenas de tribunais aplicando a mesma lei federal. Não temos Estados fortes, mas temos uma União forte. É por isso que o STJ tem um papel central na democracia brasileira, porque os precedentes de segurança jurídica são fatores determinantes para o avanço civilizatório. É preciso ponderar os interesses, equilibrar as regras do jogo, justamente para proteger a parte mais fraca sem cercear a livre iniciativa.

Embora muitas vezes o exame da prova seja importante para formar melhor o convencimento do juiz, este, no STJ, fica adstrito às matérias de Direito, o que acontece por ser um tribunal de superposição. Na verdade, o triplo ou quádruplo grau de jurisdição é algo fora de propósito e não existe nos sistemas jurídicos mais avançados do mundo.

Ademais, antes de chegar ao STJ, a matéria precisa ter sido discutida no tribunal local até o exaurimento de instância, pois, do contrário, o Tribunal se transformaria em nova e simples instância revisora.

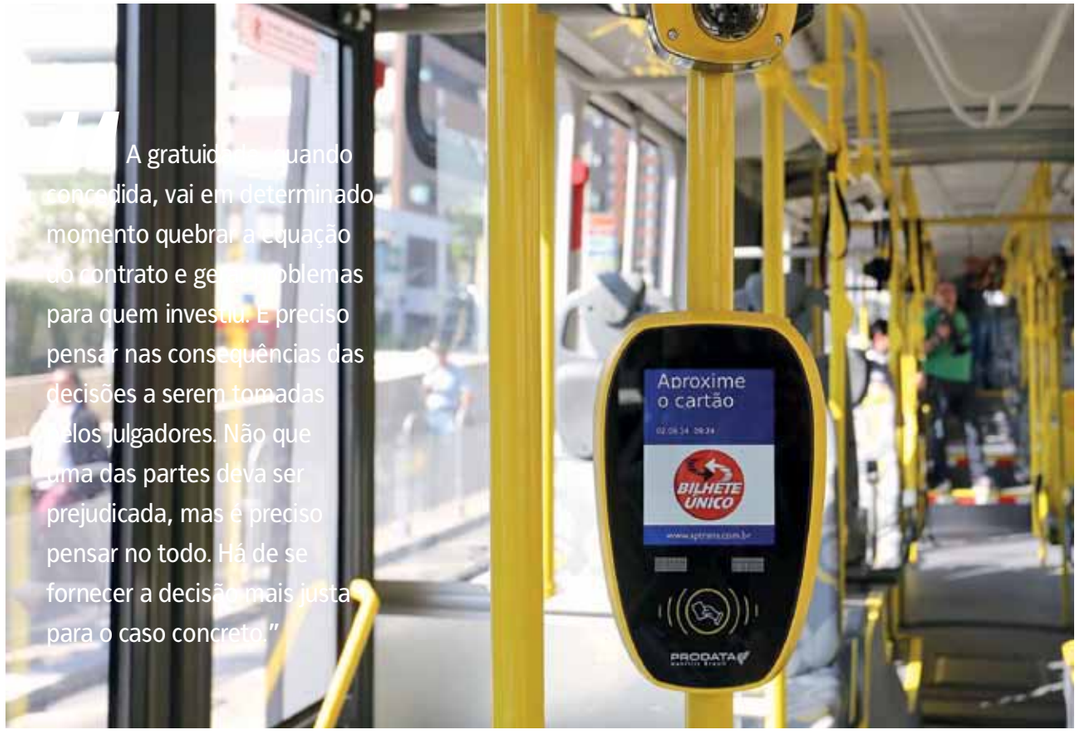
2. Contrato de transporte e legislação aplicável

Especificamente no que tange ao transporte, neste está embutido o sonho humano de viajar no tempo. Jorge Luís Borges, que fez um exame de todas essas teorias hoje em voga, como a *teoria das cordas*, a *teoria do buraco negro* e outras que os cientistas examinam – no livro *História da Eternidade*, em 1936, no qual são examinadas, do ponto de vista filosófico, essas ideias da dimensão do tempo –, afirma:

> Em todas as ficções, cada vez que um homem se defronta com diversas alternativas, opta por uma e elimina as outras; na do quase inextrincável Ts'ui Pen (imperador chinês que tratava o tempo de maneira absoluta), opta – simultaneamente – por todas. Cria, assim, diversos futuros, diversos tempos, que também proliferam e se bifurcam.

No transporte, há a condução de uma pessoa para outro país, outro tempo, outra cultura, e isso afeta esse sonho transcendental do ser humano.

O contrato de transporte tem as seguintes características: é bilateral, pois requer a declaração de vontade das pessoas que dele participam; é oneroso, e a Súmula 145/STJ, em contrapartida, trata do transporte desinteressado, exigindo dolo ou culpa em relação ao transportado para ensejar a responsabilidade do transportador; é comutativo, já que as prestações de ambas as partes são conhecidas de antemão, guardando entre si relativas equivalências de valores; em regra é feito por adesão; e são contratos de resultados.



A solução de qualquer problema nesse contrato é intrincada, porque existe um cipoal de legislação, com várias regras esparsas sobre o transporte. De fato, para o intérprete, a primeira pergunta que surge é qual a lei aplicável ao caso. Até o advento do Código do Consumidor – CDC, o sistema era limitado ao direito comum, o que dificultava muito a prova e a obtenção dos direitos do usuário em juízo. A partir do CDC e do Código Civil, passou a haver uma interligação, o chamado diálogo das fontes, entre o Código Civil – que passou a conter as regras gerais da matéria – e o CDC. Uma exceção são as muitas relações que envolvem transportes, sobretudo o transporte de carga, e que não tem a ver com relação de consumo. Nessa matéria ainda se aplica uma parte do Código Comercial de 1850 e regras gerais do direito comum.

Além disso, no caso do transporte ferroviário, existe o Decreto 2.681. No transporte aéreo internacional, há a Convenção de Varsóvia, substituída em 2006 pela Convenção de Montreal. No transporte aéreo interno, há o Código Brasileiro de Aeronáutica. No transporte rodoviário de carga, há a Lei 11.442, de 2007. A Política Nacional de Mobilidade Urbana surgiu com a Lei 12.587, de 2012.

No Enunciado 369, nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, sedimentou-se a ideia de que, quando o contrato de transporte constituir relação de consumo, aplicam-se as normas do CDC que forem mais benéficas a este.

3. A questão tarifária e gratuidades concedidas

No caso do contrato de transporte, como se frisou, há relação jurídica bastante complexa, de vários matizes, que pode ser dos transportadores em relação aos seus empregados, a terceiros, aos passageiros ou cargas e em relação ao poder concedente.

Nesse passo, um outro aspecto interessante é a questão tarifária.

As diretrizes para a política tarifária vieram bem explicitadas no artigo 8º da Lei de Mobilidade Urbana e têm origem, justamente, nos princípios gerais que a doutrina menciona, estabelecidos na Constituição, e nos diversos pontos das diversas leis esparsas que tratam do tema. Os incisos do referido dispositivo remontam a esses princípios básicos: universalidade, continuidade e modicidade tarifária.

O artigo 9º, § 5º, trata, justamente, do subsídio tarifário e, nesse particular, distingue-se, em certa medida, do que se denomina repasse orçamentário

para a empresa pública, de empresa de poder público para empresa pública, que explora ela própria o serviço público.

A gratuidade, quando concedida, vai em determinado momento quebrar a equação do contrato e gerar problemas para quem investiu. É preciso pensar nas consequências das decisões a serem tomadas pelos julgadores. Não que uma das partes deva ser prejudicada, mas é preciso pensar no todo. Há de se fornecer a decisão mais justa para o caso concreto.

4. Precedentes

Existem vários precedentes interessantes no tocante ao tema da reparação dos danos decorrente do transporte.

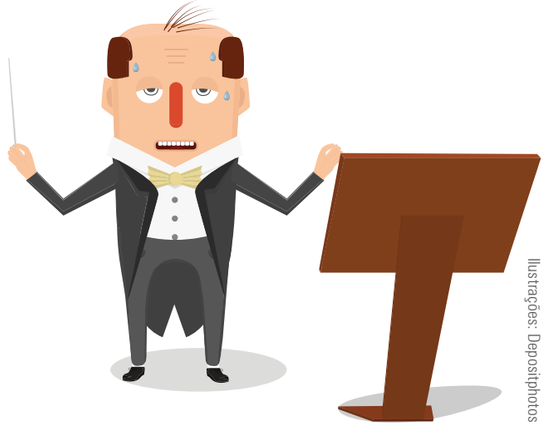
Eis alguns poucos apenas para ilustrar.

Um deles, bastante controvertido, diz respeito à prescrição da responsabilidade. Havia dúvida se o prazo de prescrição é de três ou cinco anos. Três anos pelo art. 206 do Código Civil, que prevê o prazo nas ações de reparação de dano, ou cinco anos pelo art. 27 do CDC. Assim chegou a discussão ao STJ. Como o CDC prevê a aplicação da regra mais favorável ao consumidor, no art. 7º, a orientação que acabou prevalecendo no Tribunal foi exatamente a de fixar o prazo de cinco anos, o que vem sendo seguido nas decisões mais recentes do STJ. Como decorrência lógica, os contratos de transporte de pessoas ficaram sujeitos ao prazo prescricional do art. 27, deixando de ser aplicado o prazo genérico do Código Civil anterior.

Outra questão é a da prescrição para cobrança das despesas de sobre-estadia de contêineres, também conhecida como *demurrage*. Nesse caso, o Tribunal fez uma diferenciação. Quando se trata de transporte unimodal de cargas em que a taxa de sobre-estadia objeto da cobrança é oriunda de disposição contratual que já estabelece os valores, o prazo será o quinquenal do art. 206 do Código Civil. Caso contrário, quando não há previsão contratual, o prazo de prescrição é o geral, de dez anos.

Outra situação muito interessante é a do consumidor por equiparação. Foi o caso de um maestro russo contratado para reger a Orquestra Sinfônica de São Paulo. Ele se utilizou de vários tipos de transporte até chegar a São Paulo. De forma imprudente, despachou todas as partituras na mala. Entre tantos

> “Situação muito interessante é a do consumidor por equiparação. Foi o caso de um maestro russo contratado para reger a Orquestra Sinfônica de São Paulo. Ele se utilizou de vários tipos de transporte até chegar a São Paulo. De forma imprudente, despachou todas as partituras na mala. Entre tantos diferentes meios de transporte, em determinado momento, as partituras se perderam.”



Ilustrações: Depositphotos

diferentes meios de transporte, em determinado momento, as partituras se perderam. Quando desembarcou no Brasil, precisou cancelar a apresentação, ao argumento de que, sem as partituras, não iria reger a orquestra. Foi movida ação indenizatória pela empresa que o havia contratado, pelo grande prejuízo que sofrera. Naquela situação, debateu-se quem tinha a legitimidade para ingressar com a ação indenizatória, quem se estabelecia como consumidor. A primeira discussão foi saber se o contratante poderia ser considerado consumidor por equiparação, estendendo-se a aplicação do art. 17. Definiu-se que, em caso de defeito ou vício, não cabe a aplicação do referido artigo, pois este incide para fato do produto ou fato do serviço, que é aquele a gerar dano de natureza psíquica ou pessoal para o consumidor. Nesse caso, além do CDC, a autora também invocou a teoria geral da responsabilidade civil. Foi nessa linha que a tese vencedora acabou prevalecendo, no sentido de ser possível a indenização não pelas regras do CDC, mas do direito comum.

O caso do empréstimo de veículos é outro tema que surge frequentemente nos tribunais. O cidadão que empresta o carro ao filho, ou a terceiros, e suscita a discussão sobre a responsabilidade. O STJ hoje vem considerando muito a questão do risco social, do avanço da modernidade para se entender que o automóvel é instrumento perigoso, cuja inserção na sociedade pós-moderna deve vir acompanhada de prudência em relação ao risco. Há precedente de 2010, segundo o qual o proprietário de veículo automotor que o empreste ao seu filho menor de idade pode responder pelos danos causados a outrem, tanto por ser genitor do causador, quanto por ser o proprietário do automóvel. Pelos arestos do STJ, cada vez mais o simples fato de ser o proprietário de um automóvel gera riscos se não forem tomados cuidados em relação ao empréstimo, seja ele autorizado ou não.

Nesse sentido, um caso muito interessante é o do trabalhador rural que pediu carona a um caseiro na concha de uma retroescavadeira. Totalmente bêbado, ele caiu e foi esmagado. Como o preposto agira manifestamente com culpa, a discussão era decidir se o caso gerava responsabilidade para o empregador. Em vários momentos, quanto à aplicação da responsabilidade civil em caso de transportes, uma teoria só não basta. É necessário utilizar várias conjugadas, e ainda identificar a legislação correta para o caso em julgamento. Muito citado em quase todos os julgados que tratam de responsabilidade civil, o desembargador Sérgio Cavalieri Filho disse, em doutrina mencionada naquele julgamento, que o preposto não poderia ser considerado guarda da coisa, pois, "embora tenha sua detenção material, a conduz sob as ordens ou direção do preponente". Mais à frente, acrescentou que, "para estabelecer a responsabilidade pelo fato da coisa, portanto, cumpre apurar quem tinha o efetivo poder de comando ou direção sobre ela no momento em que provocou o dano". O Código Civil abandonou a ideia de culpa presumida em relação ao empregador. Agora a responsabilidade é objetiva. Nessa hipótese, foi necessário analisar várias teorias. Primeiro, se a responsabilidade do empregador era objetiva ou não. Depois, se o caseiro poderia pegar a escavadeira, se estava no desdobramento natural do trabalho dele. Concluiu-se que somente a culpa exclusiva da vítima, equiparada a fortuito externo, poderia excluir a responsabilidade pela guarda. Havia culpa recíproca, pois, mesmo que o empregador não tivesse autorizado o uso do trator, ele não cuidou de exercer totalmente a vigilância para que seu empregado não o utilizasse.

Outro precedente é um recurso repetitivo sobre responsabilidade em se tratando de atropelamento em via férrea. Embora seja verdade que os trens provoquem altos ruídos, por outro lado, em todo país civilizado do mundo que conta com travessia em linha férrea, esta é cercada e conta com passarelas para que os pedestres possam passar, estabelecendo formas de evitar ou minimizar o risco. Fez-se uma ponderação de valores. Quando a pessoa vai para a beira da linha férrea bêbada, dorme e é atropelada, obviamente isso não gera responsabilidade para o transportador. Julgou-se o caso utilizando-se a mesma técnica do sistema alemão, expondo duas situações. No primeiro, foi excluída a responsabilidade do transportador por ter sido caso de exclusiva culpa da vítima, que, embriagada, deitou na linha férrea e foi atropelada. No outro caso, pelo contrário, não havia nenhuma passarela e a vítima foi atropelada quando cruzou a linha férrea sem que houvesse um mínimo de cautela por parte do operador.

Há ainda uma série de outros casos, como a freada brusca que ocasiona a queda do passageiro, a bagagem mal acondicionada, a pessoa que machuca o cotovelo apoiado na janela, uma sequência de precedentes que analisam a questão da responsabilidade do prestador de serviço do transporte público.

Cabe dizer, por fim, que o fator determinante no julgamento de todos esses casos é a situação concreta. É o bom senso do julgador que vai examinar a legislação aplicável e identificar a tese jurídica a incidir em cada hipótese.

Palestra proferida no 8º Seminário "Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo", realizado pelo Instituto dos Magistrados do Brasil, Mangaratiba/RJ, em 7 de novembro de 2015.

O uso das redes sociais nas eleições e nos processos eleitorais

O sistema brasileiro

José Antonio Dias Toffoli | Ministro do STF

Foto: SCO/STF

As novas tecnologias de informação e comunicação estão transformando sociedades, governos e sistemas políticos no mundo contemporâneo. O desenvolvimento da infraestrutura digital e seu impacto nos processos eleitorais exige bastante atenção por parte de governos, autoridades eleitorais, partidos, candidatos e da sociedade em geral, na medida em que o uso crescente da internet, especialmente das mídias sociais como *Youtube, Facebook, Twitter, blogs,* entre outros, vem aumentando a participação popular na tomada de decisões, o que resulta no fortalecimento das democracias.

No âmbito das campanhas eleitorais, há certo consenso quando se considera o "Fenômeno Obama" um divisor de águas no uso da Internet como ferramenta de marketing político, constatando-se que as mídias digitais superam obstáculos criados pela burocracia partidária e pelos grandes veículos de comunicação.

As informações difundidas pela internet já atingem parcela significativa da população e conferem uma nova dinâmica às democracias contemporâneas, privilegiando a liberdade de informação com difusão mais horizontalizada, rápida, econômica e democrática. E, como todo fenômeno social, as relações e as consequências decorrentes dessa nova realidade devem ser disciplinadas de forma harmoniosa com os princípios e os valores tutelados pela ordem constitucional de cada país.

Estudo divulgado no site do Jornal Correio Braziliense revela que o Brasil deve alcançar em 2015 o posto de quarta maior população ligada à rede. Impulsionado pelos tablets e smartphones, esse público chegará a 126 milhões até 2018. O uso de aparelhos celulares como forma de acesso à internet já compete com o uso por meio de computadores ou notebooks, 66% e 71%, respectivamente.

Abordaremos, a seguir, neste ensaio alguns aspectos da legislação e das práticas adotadas no Brasil a fim de contribuir para o intercâmbio de experiências sobre esse importante tema.

Considerando que o uso das redes sociais vem ampliando o espaço público para o exercício da participação direta do cidadão em mais discussões e deliberações de interesse geral, não há como negar sua influência nos processos eleitorais e, por conseguinte, sua importância como objeto do direito.

A legislação eleitoral brasileira contempla, de forma expressa, diversos mecanismos de propaganda eleitoral por meio das novas mídias sociais, disciplinando o uso dessas ferramentas em prol da lisura do pleito, do esclarecimento do eleitor, da lealdade entre os candidatos e do aprimoramento da democracia.

De acordo com a Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), **é permitida** a propaganda eleitoral na internet nas seguintes modalidades: I – em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de Internet estabelecido no País; II – em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de Internet estabelecido no País; III – por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação; IV – por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.

A campanha eleitoral realizada pela internet, assim como nos meios tradicionais, inicia-se após o dia 15 de agosto do ano da eleição, conforme alteração recentemente introduzida pela Lei nº 13.165/2015 (minirreforma eleitoral), pela qual foi reduzida a duração da campanha de 90 para aproximados 45 dias, podendo haver alguma variação considerando que as eleições ocorrem a cada dois anos (eleições gerais separadas das municipais) sempre no primeiro domingo de outubro e, caso haja segundo turno, no último domingo.

Não obstante a propaganda seja regida pelo princípio da liberdade de expressão, o ordenamento jurídico brasileiro contempla algumas limitações instituídas para garantir a legitimidade do processo eleitoral, como se verá a seguir.

Segundo a Lei das Eleições, é **proibida** a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga; e, ainda que gratuitamente, a publicidade em sítios: I – de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos; II – oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A violação a esses preceitos sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa. É **proibida** também a venda de cadastros de endereços eletrônicos.

A divulgação de mensagem caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica que atinja partido ou candidato, gera **direito de resposta** e, além das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais. Quem realizar propaganda eleitoral na Internet, atribuindo indevidamente sua autoria a terceiro, inclusive a candidato, partido ou coligação, poderá ser punido com multa, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

É tipificada como **crime** a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade especí-

fica de emitir mensagens ou comentários na Internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação, punível com detenção de 2 a 4 anos e multa. As pessoas contratadas igualmente incorrem em crime, punível com detenção de 6 meses a 1 ano, com alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa.

Caso haja requerimento de candidato, partido ou coligação, a Justiça Eleitoral pode determinar a suspensão, por vinte e quatro horas, do acesso a todo conteúdo informativo dos sítios da Internet que deixarem de cumprir as disposições legais.

Verifica-se, portanto, que a legislação brasileira contém balizas essenciais para que o uso da Internet não comprometa o equilíbrio entre os candidatos e a lisura do processo eleitoral. Tais medidas são importantes para garantir o revigoramento do espaço democrático conquistado a partir do avanço das tecnologias digitais.

No Brasil, o órgão competente para determinar a cessação das práticas ilegais e aplicar as penalidades cabíveis é a **Justiça Eleitoral**, cuja organização abrange o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), 27 Tribunais Regionais Eleitorais (um em cada Estado da federação) e os Juízes Eleitorais. Compete a este ramo do Poder Judiciário exercer o **poder de polícia** no âmbito da propaganda eleitoral e apreciar as representações que lhes forem dirigidas por candidatos, partidos políticos, coligações e pelo Ministério Público Eleitoral, bem como as ações criminais. Além disso, o TSE possui **poder normativo**, podendo expedir atos regulamentares necessários para a execução da legislação eleitoral.

Já existem, no TSE, diversos precedentes jurisprudenciais sobre o tema em questão. Conforme entendimento firmado no Respe nº 29-49, "a utilização dos meios de divulgação de informação disponíveis na Internet é passível de ser analisada pela Justiça Eleitoral para efeito da apuração de irregularidades eleitorais, seja por intermédio dos sítios de relacionamento interligados em que o conteúdo é multiplicado automaticamente em diversas páginas pessoais, seja por meio dos sítios tradicionais de divulgação de informações". No mesmo julgado, contudo, ficou assentado que a interferência da Justiça Eleitoral no Facebook deve ser mínima. "A propaganda eleitoral antecipada por meio de manifestações dos partidos políticos ou de possíveis futuros candidatos na Internet somente resta caracterizada quando feita ostensivamente, com pedido de voto e referência expressa a futura candidatura".

Nessa linha, já se decidiu pela proibição da divulgação, em página pessoal do Facebook, de propaganda eleitoral antes da data prevista na Lei nº 9.504/97 (AgR-Respe nº 125-76 e AgR-Respe nº 220-52). Em outro julgado, o TSE entendeu que a proibição quanto à veiculação de propaganda paga na internet tem como objetivo evitar a interferência do poder econômico e a introdução de interesses comerciais no debate eleitoral e não viola o princípio constitucional da liberdade de expressão. Ficou estabelecido que os eleitores são livres para expressar opinião sobre os candidatos na internet mas não podem "valer-se de mecanismos que, por meio de remuneração paga ao provedor de serviços, potencializam suas mensagens para atingir usuários que, normalmente, não teriam acesso ao pensamento". (Rp nº 946-75). Por fim, vale destacar a concessão de direito de resposta por ofensa veiculada no *Twitter* (Rp nº 3618-95) e a imposição de multa à empresa Google Brasil Internet Ltda. por descumprimento de ordem judicial visando à retirada de propaganda irregular (AgR-Respe nº 89-82).

Por outro lado, a jurisprudência do TSE tem assentado que,

> em regra, as limitações impostas à propaganda eleitoral na internet são voltadas aos candidatos, partidos políticos e coligações, não atingindo a livre expressão do pensamento do eleitor, que, como verdadeiro componente da soberania popular, não pode ter suas manifestações censuradas. A regra geral, contudo, sofre exceção quando a manifestação do pensamento do eleitor extrapola para o campo da ofensa à honra de terceiros, bem jurídico tutelado pela Constituição da República (CF, art. 5º, V e X). A liberdade de manifestação do pensamento encontra restrição no próprio dispositivo constitucional que, ao trazer essa garantia, veda o anonimato (CF, art. 5º, IV). No âmbito eleitoral, o art. 57-D da Lei nº 9.504, de 1997, prescreve que 'é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores – internet'. O eleitor que cria página anônima no Facebook para fomentar críticas à atual administração municipal e aos candidatos da situação responde por seu conteúdo, não sendo possível invocar a garantia constitucional relativa à livre manifestação do pensamento, em razão do anonimato empreendido. Além disso, o direito de crítica não é absoluto e, portanto, não impede a caracterização dos crimes contra a honra quando o agente parte para a ofensa pessoal... (REspe nº 1868-19).

Esses são alguns dos aspectos normativos e institucionais que caracterizam o sistema brasileiro quanto ao uso das redes sociais nas campanhas eleitorais, pelo qual se busca compatibilizar, de um lado, o princípio da liberdade de expressão e os benefícios das novas tecnologias e, de outro, as restrições necessárias ao bom desenvolvimento do processo eleitoral.

Sociedade se mobiliza por menos tributos

Assessoria de Imprensa, Conselho Federal da OAB

As dez propostas apresentadas pelo movimento Agora Chega de Carga Tributária: Não à CPMF!, campanha formada pela OAB e mais uma centena de entidades representantes de trabalhadores e empresários, objetivam que o Estado cumpra seu papel de gerar saúde, educação, segurança e justiça de qualidade sem aumentar a já exaustiva carga tributária.

Trata-se de uma iniciativa de entidades ligadas historicamente à defesa da sociedade, por uma política pública que devolva ao contribuinte serviços compatíveis com uma das mais altas cargas tributárias do planeta.

"O Brasil precisa de um movimento com todos os segmentos da sociedade, que representam entidades variadas, dando sinal claro para os cidadãos que não aceitamos mais carga tributária e soluções simples para resolver problemas que não foram criados por nós", afirma Claudio Lamachia, presidente nacional da OAB. Ele ressaltou que o movimento não tem donos, sendo a união dos esforços de cada entidade que trará sucesso à empreitada.

A carga tributária aplicada aos brasileiros está entre as maiores do mundo. Cerca de 35% da riqueza produzida no país segue para os cofres do Estado. Apesar disso, a percepção geral é de que os serviços públicos devolvidos para a população são precários, mesmo nas áreas mais básicas, que representam os direitos fundamentais.

Para saber mais sobre a campanha acesse www.agorachega.org.br

Confira as propostas do movimento:

1. Combater publicamente qualquer tentativa de aumento de impostos, principalmente a recriação da CPMF;
2. Exigir uma imediata reforma tributária, que racionalize a cobrança de impostos no país, permitindo a realização de um novo pacto federativo, compatível com os anseios da Nação;
3. Demandar a eliminação de gastos públicos desnecessários e a liberação integral de recursos destinados constitucionalmente à educação, à saúde e à segurança;
4. Buscar apoio de instituições representativas da sociedade civil, federações, sindicatos, centrais de trabalhadores e associações em geral;
5. Combater incansavelmente a impunidade e a sonegação;
6. Combater a corrupção;
7. Cobrar a aplicação correta do dinheiro arrecadado dos cidadãos, principalmente no que se refere à aplicação no Fundo Partidário e em campanhas eleitorais;
8. Fortalecer as instituições democráticas, com especial atenção aos Estados e municípios;
9. Reduzir ao mínimo indispensável o número de ministérios, secretarias e cargos de nomeação política em todas as esferas da administração pública;
10. Conclamar todos os brasileiros e brasileiras para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, razão da existência de uma nação efetivamente livre, soberana, digna de um povo ordeiro, trabalhador, que tanto deseja a paz e a prosperidade permanentes.

A Justiça Militar da União e a defesa do espaço aéreo brasileiro

Uma análise sobre o tiro de destruição

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha | Ministra do STM

Foto: Arquivo STM

O abate da aeronave civil da Malaysia Airlines por um míssil russo que matou 298 inocentes em julho de 2014, grandes eventos que foram e serão sediados no Brasil como a Copa do Mundo, o encontro dos Brics, da Unasul e as Olimpíadas em 2016, trouxeram à tona uma questão pouco cogitada: o tiro de destruição, a merecer tratamento específico e aprofundado.

Situação muito explorada nas produções hollywoodianas, a utilização de aeronaves para fins diversos do previsto passou a ser realidade, mormente devido ao recrudescimento do terrorismo em nível global e das atividades criminosas que ganharam foros transnacionais.

Compreendendo a grave situação de risco do espaço aéreo brasileiro, a Lei nº 9.614, de 1998, incluiu o parágrafo terceiro ao art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, para indicar hipóteses em que aeronaves podem ser abatidas.

A normativa estabeleceu as diretrizes permissivas à destruição de aviões que descumprirem as medidas coercitivas determinadas previamente pela autoridade. Todavia, o regramento legal não desceu às minúcias, fazendo-se indispensável que um decreto presidencial fosse editado. O Decreto nº 5.144, de 2004, definiu os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.

Segundo o Decreto, diante de situações de ameaça à segurança pública revela-se imperioso o atendimento do seguinte protocolo: adoção de medidas coercitivas de averiguação; posteriormente de intervenção e, em seguida, de persuasão, de forma progressiva e sempre que o ato anterior for inócuo.

Inicialmente, busca-se o reconhecimento da aeronave. Nesse momento, a equipe de interceptação tenta o contato com o aeromotor suspeito por meio de comunicação via rádio ou sinais visuais, de acordo com as regras estabelecidas internacionalmente e de conhecimento obrigatório.

Caso a aeronave suspeita permaneça desobediente, a equipe de interceptação determina a modificação da rota, com o fito de forçar o pouso para ser submetida à inspeção de controle no solo.

Permanecendo recalcitrante, serão disparados tiros de advertência, com munição traçante, sem, contudo, atingi-la.

Acaso todo esse trâmite reste infrutífero, o aeromotor será considerado hostil, autorizando-se como medida extrema o abate. Urge assinalar que tal recurso somente poderá ser utilizado como derradeiro, após a observância de todas as determinações prévias com o fito de se tentar prevenir a perda de vidas humanas.

O Decreto elenca, outrossim, os condicionantes que a destruição deve se submeter: i) emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro – Comdabra; ii) registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos; iii) execução por pilotos e controladores de Defesa Aérea qualificados, segundo os padrões estabelecidos pelo Comdabra; iv) execução sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; e v) autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada.

Apesar de o Brasil não possuir divergências políticas ou religiosas que gerem grandes embates, deve-se levar em consideração ser seu espaço aéreo rota de narcotraficantes, bem como ter a globalização e o progressivo desenvolvimento ocorrido com o passar dos anos inserido o país de maneira expressiva no cenário geopolítico internacional, elevando-o a palco de importantes eventos, reuniões e encontros nos quais participam autoridades estrangeiras, a demandar maior preocupação com a segurança interna da nação e de seus visitantes.

Exemplos recentes no ano de 2014 foram a Copa do Mundo, a reunião dos Brics e a Reunião de Cúpula do Brasil-China-Quarteto da Celac-Países da América do Sul-México, onde estiveram presentes 19 Chefes de Estado e de Governo, a saber: Rússia, Índia, China, África do Sul, Antígua Barbuda, Argentina, Bolívia, Cuba, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guiana, México, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

Na oportunidade, não só devido à importância dos eventos e dos participantes envolvidos, mas, principalmente, em função da necessidade de uma atuação especializada para a garantia da segurança, a presidente Dilma Rousseff, pelo Decreto nº 8.265, de 11 de junho de 2014, sem revogar o Decreto nº 5.144/2004, delegou ao Comandante da Aeronáutica a competência para autorizar a aplicação do tiro de destruição de aeronave prevista no § 2º do art. 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica, asseverando, ainda, que uma Portaria daquele Comando regulamentaria os procedimentos a serem adotados para a hipótese de abate, no período de 12 de junho a 17 de julho de 2014.

Para tanto, a Portaria nº 941-T/GC3, de 12 de junho de 2014, com vigência excepcional e temporária, oriunda do Comando da Aeronáutica, reforçou os passos a serem seguidos com relação às aeronaves suspeitas ou hostis, já previstos pelo Decreto. Estavam elas sujeitas às mesmas medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão estabelecidas pelo Decreto nº 5.144/2004 e reiteradas na mencionada Portaria.

Dessa forma, a aeronave seria considerada hostil e estaria, por consequência, sujeita à destruição, somente quando as coercitivas mostrarem-se impraticáveis, em razão do contexto e da ameaça. Cumpre esclarecer que, diferentemente do que assinala o Decreto nº 5.144/2004 que autoriza a execução somente em locais desabitados, o abate durante o Mundial de Futebol e o Encontro com os Estados estrangeiros, passou a ser permitido também sobre áreas densamente povoadas, observando-se o dever de proteção.

Por último, a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civis em ações militares relacionadas à abordagem e eventual abate de aeronaves passou para o foro castrense, cabendo desde então à Justiça Militar da União processá-los e julgá-los a teor da Lei 12.432/2011.

Está-se diante de panorama que reivindicou a real necessidade de a matéria ser analisada por órgão judicial especializado, ocasionando a alteração de jurisdição anteriormente deferida ao Tribunal do Júri.

Nesse sentido, em face do atual contexto sócio-político nacional e mundial, sobreleva-se a essencialidade da Justiça Militar Federal que, a despeito de ser a mais antiga do Brasil, revela-se a adequada para solver casos atualíssimos, por força da sua especialidade e expertise no resguardo da regular atuação das Forças Armadas, a resvalar-se na defesa da soberania do Estado Nacional.

Foto: Tomaz Silva/ABr

Novo Marco Legal para a Primeira Infância

Siro Darlan | Membro do Conselho Editorial
Desembargador do TJRJ

No dia 8 de março, Dia Internacional da Mulher, a presidenta da República, Dilma Rousseff, sancionou a Lei nº 13.257, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal); a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008; e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012.

A lei cria a Política Nacional Integrada para a Primeira Infância e amplia a atenção às crianças, apoiando o desenvolvimento infantil de forma integrada. O novo marco legal reforça o caráter intersetorial da Ação Brasil Carinhoso, iniciativa do Plano Brasil Sem Miséria lançado em maio de 2012 para combater a extrema pobreza nessa parcela da população.

O Brasil Carinhoso reforçou a perspectiva de atenção integral para a primeira infância ao desenvolver políticas de acesso à renda, à educação e à saúde. Com ele, as famílias com crianças e adolescentes de até 15 anos foram beneficiadas com um complemento de renda do Bolsa Família, que garante que 8,1 milhões de crianças se mantenham fora da extrema pobreza.

Por esse marco legal, as prefeituras foram estimuladas a ampliar as vagas em creches públicas e conveniadas para as crianças de baixa renda. Entre 2011 e 2015, houve crescimento de mais de 56% de beneficiários do Bolsa Família com até 3 anos de idade matriculados em creches, chegando a 755,8 mil crianças no ano passado. Além delas, há mais 79,9 mil que estão na pré-escola, totalizando 833,7 mil crianças do Bolsa Família recebendo alimentação, cuidados e estímulos para uma vida mais plena.

Através desse Marco Legal da Primeira Infância adotou-se a proposta que determina um conjunto de ações para o início da vida, entre zero e seis anos de idade. Uma novidade auspiciosa é o aumento do tempo para os pais cuidarem dos recém-nascidos. O texto legal aumenta, por meio do Programa Empresa-Cidadã, para 20 dias a licença-paternidade. A atual legislação já estipula em seis meses a duração da licença-maternidade e os mesmos direitos estão assegurados a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

O projeto amplia e regulamenta as medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e estabelece como questões prioritárias a serem cuidadas na primeira infância a saúde, a alimentação, a educação, a convivência familiar e comunitária, a assistência social, a cultura, o lazer, o espaço e o meio ambiente; fixa regras de proteção para as gestantes e as famílias com crianças na primeira infância que deverão receber orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis, aleitamento materno, alimentação complementar saudável, crescimento e desenvolvimento infantil integral, prevenção de acidentes e educação sem uso de castigos físicos, como prevê o inciso IV do artigo 129 do ECA. A ideia é a formação e a consolidação dos vínculos afetivos e o estímulo ao desenvolvimento integral na primeira infância.

A lei ainda expande a educação para as crianças de zero a três anos. As instalações e os equipamentos devem obedecer aos padrões de infraestrutura estabelecidos pelo Ministério da Educação. Além disso, o Poder Público deverá organizar e estimular a criação de espaços lúdicos em locais onde há circulação de crianças.

O Marco Legal também obriga a União a manter registros com os dados do crescimento e desenvolvimento da criança. Além disso, a União deverá informar à sociedade quanto gastou em programas e serviços para a primeira infância. As mesmas obrigações terão os Estados e Municípios.

Essa medida legal vem suprimir uma lacuna de políticas e ações voltadas à primeira infância no Brasil e o projeto é um reconhecimento dessa fase como base para todas as aprendizagens. Como é sabido, a neurociência classifica esse período como fundamental na estruturação do ser humano, por ser o período em que pelo menos 80% das conexões dos neurônios se formam. Estudos demonstram que a qualidade de vida de uma criança entre o nascimento e os seis anos de idade pode determinar ou não as contribuições que ela trará à sociedade quando adulta.

> “Como é sabido, a neurociência classifica esse período como fundamental na estruturação do ser humano, por ser o período em que pelo menos 80% das conexões dos neurônios se formam. Estudos demonstram que a qualidade de vida de uma criança entre o nascimento e os seis anos de idade pode determinar ou não as contribuições que ela trará à sociedade quando adulta.”

Trata-se de uma legislação muito avançada por estender o olhar sobre todos os direitos da criança na primeira infância e na sua relação com a família. Essa é mais uma lei de altíssima relevância e qualidade, mas resta saber se seremos capazes de proteger a nossa infância. Alguém já disse que se pode reconhecer o valor de um país pelo modo como trata suas crianças, portanto, é disso que trata o projeto de lei.

Destinar verbas do orçamento público para o desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes não significa gastar na primeira infância. Não é despesa, mas sim investimento. Cada criança que não é bem cuidada nessa fase é um pedaço do futuro que é consumido no Brasil inteiro. Por essa razão, o Marco Legal da Primeira Infância pode impactar, inclusive, na melhoria da segurança pública.

O projeto sancionado abre caminho para o fortalecimento da profissão dos educadores da primeira infância, o que também é algo tratado de maneira improvisada no Brasil, embora seja um setor da área educacional extremamente complexo.

O legislador definiu como primeira infância o período que abrange os primeiros seis anos completos ou 72 meses de vida da criança e ampliou o conceito de prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei

Foto: Depositphotos

nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

A lei fixou as regras através das quais as políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância devam ser elaboradas e executadas visando:

> I – atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;
> II – incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;
> III – respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais;
> IV – reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;
> V – articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância;
> VI – adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;
> VII – articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado;
> VIII – descentralizar as ações entre os entes da Federação;
> IX – promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.

Estabeleceu ainda o protagonismo infantil firmando que a participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil.

Para fins de execução das políticas públicas fixou as prioridades para a primeira infância como sendo: a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

Estabeleceu normas para a implementação da Política Nacional Integrada para a primeira infância que deverá ser formulada e implementada mediante abordagem e coordenação intersetorial que articule as diversas políticas setoriais a partir de uma visão abrangente de todos os direitos da criança na primeira infância.

Descentralizou e compartilhou responsabilidades de todos os entes federativos estabelecendo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir, nos respectivos âmbitos, comitê intersetorial de políticas públicas para a primeira infância com a finalidade de assegurar a articulação das ações voltadas à proteção e à promoção dos direitos da criança, garantida a participação social por meio dos conselhos de direitos.

O legislador ampliou o texto do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana para aplicá-lo a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

A lei também deu nova redação ao artigo 8º do ECA para fixar que todas as mulheres terão acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e às gestantes nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde, nos seguintes termos:

> § 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária;
> § 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher;
> § 3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação;
> .....
> § 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade;
> § 6º A gestante e a parturiente têm direito a um acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato;
> § 7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança;
> § 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos;
> § 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto.
> § 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

A nova lei ampliou as responsabilidades dos pais e determinou que os agentes que trabalham nas diversas áreas de atenção à primeira infância sejam capacitados com especialização e formação continuada, incluindo os conhecimentos sobre os direitos da criança e do adolescente e sobre desenvolvimento infantil.

Finalmente, a Lei nº 13.257/16, publicada no dia 9 de março, alterou o art. 318 do Código de Processo Penal para acrescentar mais duas hipóteses em que será possível a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, além de deixar de exigir que este direito somente possa ser usufruído pela mulher gestante em risco ou acima do sétimo mês de gravidez.

Desse modo, com a alteração, deverá o Juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante; mulher com filho de até doze anos de idade incompletos; ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos.

Essa modificação foi extremamente salutar e põe em relevo a importância do princípio da dignidade da pessoa humana (especialmente das mulheres e das crianças) dando especial relevância ao princípio do interesse superior da criança e do adolescente.

No meio do caminho tinha um cachorro

José Geraldo da Fonseca | Membro do Conselho Editorial
Desembargador do TRT 1ª Região

Imagine que você é um motoqueiro e trabalhe com sua moto entregando pizzas, documentos, gás, água, flores, qualquer coisa. Lá um dia, ao dobrar uma esquina, você atropela um cachorro. O vira-latas safa-se e vai cuidar da vida. Você cai, quebra o pé, submete-se a uma cirurgia para corrigir a fratura e fica doze meses em casa num *dolce far niente* por conta do INSS. Corrijo: por nossa conta, porque é com os nossos caraminguás que o INSS vai custear esse seu ano sabático. Após a alta médica, você se reapresenta à empresa e é dispensado, sem justa causa, recebendo tudo direitinho. Insatisfeito, ajuíza ação trabalhista pedindo indenização por dano moral alegando que o acidente de moto lhe deixou sequelas físicas e emocionais.

De quem é a culpa pelo atropelamento do vira-latas?

O TST julgou um caso igualzinho e decidiu que a culpa era da empresa[1]. No entendimento da Corte, atropelamento de animais "insere-se no risco da atividade econômica do patrão" e, "mesmo não provada a sua culpa no acidente", a empresa tinha o dever de reparar porque "se beneficia da mão de obra exercida pelo empregado".

Se a decisão admite que mesmo sem ter culpa no acidente a empresa tinha obrigação de indenizar porque se beneficia da mão de obra do empregado, então toda empresa está antecipadamente condenada,

Foto: Arquivo pessoal

tenha ou não culpa em acidentes, porque, afinal, se beneficia da mão de obra dos seus empregados. Essa é, aliás, a lógica do contrato de trabalho: aquele que explora um negócio paga para que outro lhe preste um serviço e isso, na ótica do TST, é beneficiar-se de mão de obra.

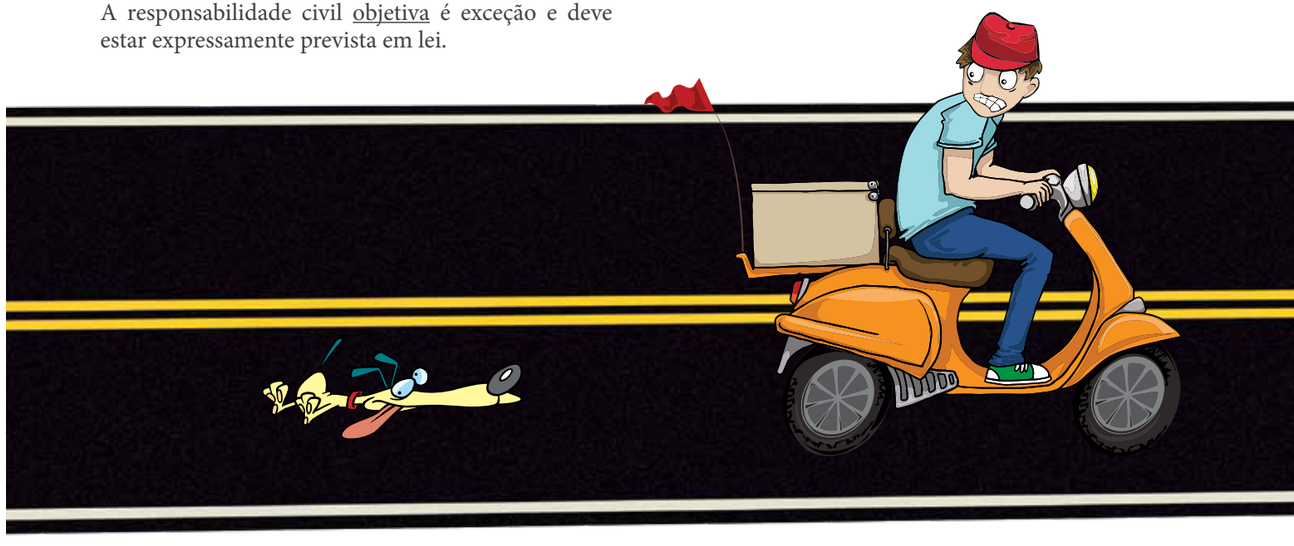
Para facilitar o raciocínio, consideremos que o TST fundamentou a condenação em duas premissas:

1ª – atropelar vira-latas em via pública é risco da atividade econômica;

2ª – embora sem culpa no acidente, a empresa responde pela obrigação de indenizar porque se beneficia da mão de obra do empregado.

Separemos o joio.

O sistema de direito positivo brasileiro admite dois tipos de responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva. A responsabilidade civil subjetiva é a regra e exige prova da culpa. Como regra geral do sistema, aquele que alega ter sofrido um dano tem de provar que esse dano decorreu da prática de um ato ilícito (culpa) de alguém, em qualquer das suas modalidades (negligência, imperícia, imprudência). A responsabilidade civil objetiva é exceção e deve estar expressamente prevista em lei.



Na responsabilidade civil objetiva, não se fala em culpa porque a lei, antecipadamente, diz em quê casos se presume a culpa do causador do dano. Ou, quando não o diz, expressamente, presume a culpa do agressor "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"[2]. Trata-se de um dever genérico *in re ipsa* de indenizar porque a obrigação de reparar decorre da coisa mesma, do fato em si, da própria atividade do agressor.

Se a prova da culpa é indispensável nos casos em que a responsabilidade do agressor é subjetiva, na responsabilidade objetiva o agressor, presumivelmente culpado do dano, tem de provar que não houve o fato, não houve o dano, tratou-se de caso fortuito ou de força maior ou de culpa exclusiva da vítima.

Se o TST diz que a culpa da empresa não foi provada, admite, implicitamente, que se tratava de responsabilidade civil subjetiva. Fosse outro o tipo de responsabilidade, não falaria em culpa. Se se tratava de responsabilidade civil subjetiva, mas não fora provada a culpa da empresa, não havia razão jurídica para nenhuma condenação.

Embora o TST tenha admitido não ter havido prova da culpa da empresa no acidente, e, portanto, que não havia dever de indenizar, o acórdão entendeu que o atropelamento do cão se inseria na atividade econômica da empresa.

Isso, também, não é correto.

Como não há nenhuma lei dizendo que atropelar cachorros vadios em via pública atrai a responsabilidade civil objetiva do empregador, a empresa não poderia ser condenada por ilação.

O TST também disse que a empresa respondia sem ter tido culpa no acidente pelo "risco da atividade". Ao tratar da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade econômica, o art.927, parágrafo único, do Código Civil, diz:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o

> dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O *caput* do art. 927 fala em dano decorrente de ato ilícito. Atropelamento de animal em via pública não é, necessariamente, ato ilícito. Pode decorrer de ato lícito, se, por exemplo, o motorista atropela o animal para evitar o atropelamento de uma criança, ou de pessoas num ponto de ônibus. Mas pode configurar caso fortuito, ou de força maior. Como a Corte disse que atropelamento de animais em vias públicas é risco da atividade, o fundamento legal para a condenação só pode ter sido o parágrafo único, do art. 927, do Código Civil, mas esse parágrafo diz que, independentemente de culpa, também pode haver obrigação de reparar "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Notem que não é qualquer atividade que atrai responsabilidade objetiva de indenizar, mas apenas aquela normalmente desenvolvida pelo autor do dano. Ora, a atividade de uma empresa que se serve de motociclistas para entregar produtos ou prestar serviços não cria normalmente o risco. Pode ser que haja algum risco eventual.

A teoria do risco – convenhamos – não serve de fundamento à condenação.

Já que a culpa não fora provada nem era caso de responsabilidade objetiva pelo do risco da atividade, o único recurso possível para julgar a lide seria examinar se o evento lesivo (atropelamento do cão, do qual teria decorrido a sequela emocional alegada pelo empregado) decorrera de caso fortuito, ou de força maior.

O art. 393, do Código Civil brasileiro, não faz diferença entre "caso fortuito" ou "força maior". Diz, apenas, que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Para completar o raciocínio, seu parágrafo único diz que o caso fortuito ou de força maior se verifica no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Explico melhor: se os efeitos do fato necessário (aquele que é a causa do evento danoso) não podiam ser evitados, ou impedidos, há caso fortuito, ou força maior, e não é possível imputar a alguém a sua culpa. Dou exemplo para aclarar o conceito: se alguém, em condições normais de tráfego, dirige um carro em meio a uma tempestade, e esse veículo é atingido por um raio e, por conta disso, se desgoverna e atinge outro veículo, não há culpa nem indenização. O raio é um fato natural cuja ocorrência danosa era impossível evitar ou impedir.

Refinando o conceito de caso fortuito, a moderna doutrina processual já fala em fortuito interno e fortuito externo. A obrigação de indenizar somente deixaria de existir nos danos decorrentes de fortuito externo, mas subsistiria nos de fortuito interno. No fortuito interno, o evento danoso é previsível e evitável. É o caso, por exemplo, de clientes assaltados no interior de um banco. É do senso comum que o dinheiro circula com maior intensidade no interior de um banco do que em qualquer outro estabelecimento comercial. Sabendo disso, o estabelecimento bancário deve prevenir-se para evitar assaltos e roubos à clientela, inclusive no seu estacionamento e nas áreas próximas de suas agências. Trata-se de fortuito interno porque esses eventos são correlatos à atividade bancária, previsíveis e evitáveis com um pouco mais de diligência. Mas, se um cliente saca certa quantia em dinheiro e é assaltado no ônibus, a caminho de casa, não há responsabilidade do banco porque esse evento era impossível de prever e de evitar. Trata-se de fortuito externo.

O STJ confirma esta afirmação, *verbis*:

> Processo civil. Recurso especial. Indenização por danos morais, estéticos e material. Assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo. Caso de fortuito externo. Exclusão de responsabilidade da transportadora.
>
> 1. A Segunda Seção desta Corte já proclamou o entendimento de que o fato inteiramente estranho ao transporte em si (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo) constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora.
>
> 2. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp 726.371/RJ, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 5/2/2007)

O atropelamento do cachorro era um caso de fortuito externo que a empresa não tinha condições de prever ou de evitar.

Assim:

a) e não foi provada a culpa da empresa;
b) se não era caso de responsabilidade civil objetiva;
c) se atividade da empresa não cria normalmente o risco;
d) se atropelar cachorro não se insere na sua atividade econômica; e
e) se não há fortuito interno:

alguém pode me explicar por qual fundamento a empresa foi condenada?

Notas

[1] Processo nº RR-227-78.2014.5.03.0102
[2] Código Civil, art.927, parágrafo único.

Dissimulação, não!!!

Luiz Felipe Francisco | Desembargador do TJRJ

O Poder Judiciário brasileiro vem resgatando, diariamente, em razão dos recentes acontecimentos na política nacional, a credibilidade que jamais poderia, em parte, ter perdido.

Muitos são ainda os questionamentos que, caso venham a ocorrer no caminhar das horas, exigirá posicionamento ainda mais rígido da magistratura, para que possamos seguir firmes, no resgate da respeitabilidade e da ordem jurídica em nosso país.

Os noticiários passaram a registrar, nos últimos dias, informações a respeito da possibilidade do ex-Presidente Lula vir a assumir um cargo de ministro no combalido Ministério da Sra. Dilma Roussef, como forma de, alcançando foro privilegiado, ver ações penais contra ele dirigidas, julgadas por Tribunais superiores e não mais por juízes de primeiro grau de jurisdição, fugindo, assim, daqueles julgadores que hoje lhe tiram, por óbvio, a tranquilidade.

O foro privilegiado, também conhecido como foro por prerrogativa de função, dá àqueles que o exercem condições especiais de serem julgados por órgãos superiores da justiça que, no entender do legislador, teriam maior isenção e independência para decidir quanto ao destino daqueles considerados pela lei como altas autoridades.

A Constituição Federal dispõe que o foro privilegiado submeterá a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, o presidente da República, o Vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, enquanto que, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais superiores, do Tribunal de Contas da União e chefes de Missão Diplomática de caráter permanente.

Ainda pelo texto constitucional foi atribuído aos Tribunais de Justiça o julgamento dos Prefeitos, dos Juízes de Direito e Promotores de Justiça, Secretários de Estado e outras autoridades, na forma de suas Constituições Estaduais.

Estupefata, a sociedade vê anunciar-se o nome do Sr. Lula da Silva como provável futuro ocupante de um Ministério, no já derrotado desgoverno da atual presidente

Foto: Arquivo pessoal

da República, objetivando escapar do julgamento do juiz Sérgio Moro, que a cada dia mais rápido se anuncia.

Mas seria isso possível, perguntam alguns milhões de cidadãos?

O tema, a nosso sentir, não comporta qualquer dúvida.

Registre-se, inicialmente, que o primeiro aspecto a ser observado na edição de qualquer medida nesse sentido estará, obrigatoriamente, vinculado à sua finalidade, verificando-se, de imediato, que o ato administrativo de nomeação estará eivado de nulidade, a caracterizar fim diverso da intenção, num verdadeiro simulacro de interesse público.

Importante dizer que o ato administrativo assim erigido, ou seja, praticado com desvio de finalidade, é nulo, não podendo produzir qualquer efeito, alvo, certamente, de possível ação civil pública.

Nas circunstâncias atuais, a simples referência a um eventual convite já inquina de dissimulada a pretensão.

Sua aceitação, uma escabrosa tentativa de receber da autoridade administrativa vergonhosa proteção, que não pode ser admitida, respaldada, nem jamais referendada pelo Poder Judiciário.

Verdade é que a sociedade brasileira está em franca mudança e atitudes como tais não são mais placidamente recebidas pelo povo, sem contestação.

Parece, enfim, que o gigante que se encontrava adormecido dentro de cada brasileiro despertou e quer retomar as rédeas da dignidade e da respeitabilidade, para que possamos, todos juntos, construir um novo país.

Crimes contra a ordem tributária

Pagamento e extinção da punibilidade do agente, uma interpretação ampla

Otávio de Almeida Toledo | Desembargador do TJSP

Foto: TJSP

1. Breve análise do histórico legislativo

No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, listados pela Lei nº 8.137/60, e outros delitos com características comuns a estes, uma questão jurídica recorrente no dia-a-dia e foco de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais diz respeito ao pagamento da dívida tributária e seus efeitos penais.

Quanto às consequências do adimplemento do débito tributário, não há dissenso. Desde 1965[1] com a Lei nº 4.729 faz parte da nossa tradição legislativa, influenciada por razões de política criminal e pela preferência pela arrecadação, pelo saldo positivo nos cofres públicos, prever a extinção da punibilidade dos autores de crimes desta natureza que voluntariamente (o que *não* significa dizer de modo sempre espontâneo, já que são pressionados a tanto) saldem a dívida tributária.

Sob esta orientação, a aplicação de sanção penal ficaria relegada a segundo plano. Incidiria apenas se o agente não fosse *convencido* a pagar ou efetivamente não dispusesse de recursos para tanto. Uma fala do Ministro Sepúlveda Pertence, do STF, em comentário à Lei nº 11.941/09, traduz síntese desta inspiração: "a nova lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos 'crimes contra a ordem tributária' é apenas uma forma reforçada de execução fiscal" (HC nº 81.929/RJ).

Sem exagero, este ideal, conforme descrito pelo Ministro ("forma reforçada de execução fiscal"), aproximaria a ação penal da execução indireta, em abandono à base principiológica sobre a qual aquela, ordinariamente *indisponível* e *obrigatória*, se funda. Diz-se execução indireta porque, em vez do que ocorre na execução direta (por sub-rogação) – marcada pela substituição da vontade do devedor pela força do Estado (que, por exemplo, expropria bens) –, na execução indireta o mesmo Estado, assumindo papel menos incisivo, exercerá pressão psicológica para convencê-lo a pagar o que deve ao credor. Adaptando estas noções transportadas da doutrina processualística, a ação penal nos crimes tributários faria vezes de *pressão psicológica* e seu produto final e eventual, a pena, de uma *ameaça de piora* na situação jurídica do devedor, mas absolutamente *evitável pelo pagamento*.

Nossa tradição legislativa, conquanto entrecortada por alguns períodos durante os quais o pagamento não foi aceito ou foi restringido, adota uma linha penal arrecadatória, preferindo os interesses extrapenais aos interesses penais.

Luiz Regis Prado identifica dois enfoques que fundamentam o instituto ressuscitado em 1995: o político-fiscal e o jurídico-penal. Na visão do estudioso, aquele atua como estímulo ao retorno do contribuinte à honestidade fiscal, agindo em prol da exação. O segundo teria raízes na própria teoria penal, especificamente na desistência voluntária e reparação do dano [2].

Esta digressão, entretanto, tem menor relevância que a análise, ainda que sucinta e livre da pretensão de exaurir o tema, da sucessão de leis dedicadas ao problema.

Como dito, sabido que o pagamento do tributo extingue a punibilidade, esta "mera condicionante ou pressuposto da consequência jurídica do delito"[3]. Não são grandes as dificuldades em fixar as consequências do ato jurídico pagamento. Por outro lado, fomentada a cada edição legislativa acerca do tema, a maior problemática reside na delimitação do momento aceito pela Lei para que o cumprimento da obrigação tributária, sob ameaça de pena, produza este efeito interessante ao devedor que é a extinção de sua punibilidade.

O legislador, neste campo, foi tão fértil quanto infeliz em elaborar de tempos em tempos Leis nem sempre uniformes. Pecou sobremaneira na edição da Lei nº 12.382/11, abordada mais adiante.

A Lei nº 8.383/91, autêntica *lex gravior*, revogando dispositivos então em vigência, através de seu art. 98 momentaneamente aboliu do universo jurídico a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida tributária.

Anos depois, com a Lei nº 9.249/95, resgatou-se esta possibilidade, nos moldes que se seguem:

> Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Dignos de destaque dois aspectos importantes do texto legislativo de 1995: a) o pagamento precisaria ocorrer antes que o Juiz recebesse a denúncia e, ultrapassado este momento, poderia, perfeitamente, gerar um cálculo de penas menores; b) esta norma é nascedouro de dúvidas, porque silencia a respeito de parcelamento da dívida, lacuna que o legislador se ocupou de preencher nos anos seguintes.

Nascida da conversão da Medida Provisória nº 2.004-5, a Lei nº 9.964/00 instituiu o Programa de Recuperação Fiscal (Refis) e dispôs que, com a adesão do devedor ao Programa, suspendia-se a pretensão punitiva do Estado e, enquanto o parcelamento estivesse em curso e regularmente adimplido, esta situação mantinha-se, ou seja, não poderia a ação penal avançar na direção do devedor que bem estava cumprindo suas obrigações. A suspensão, que atingia a pretensão punitiva do Estado, enfim era resolvida com a extinção da punibilidade, mediante o pagamento integral do débito.

Harmônica ao que dispunha a Lei nº 9.249/95, a Lei do Refis apegou-se a um limitador temporal para

que a adesão ao programa suspendesse a pretensão estatal de punir, na esteira de seu art. 15:

> É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal

A princípio restrito aos aderentes do Refis, o cabimento deste verdadeiro benefício, que impregnava de efeitos penais a composição entre devedor e Fisco, veio a ser significativamente ampliado para abranger outras situações com a Lei Federal nº 10.684/03.

A Lei Federal nº 10.684/03 concebeu o parcelamento especial de débitos junto à Procuradoria da Fazenda Nacional, à Secretaria da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social. Ela conferiu base para a interpretação pró-arrecadatória que veio a ser agasalhada pelo Supremo Tribunal Federal.

2. A Lei nº 10.683/03 – Ampliação do momento de admissibilidade do pagamento

Nos meios jurídicos ganhou fôlego – e respaldo nos Tribunais – a corrente interpretativa segundo a qual, com o advento da Lei nº 10.684/03, que irradiaria *efeitos retroativos*, exclui-se por completo a limitação temporal constante das Leis antecessoras. Prestigiou-se o resgate à honestidade fiscal e ao crédito tributário, pagável a qualquer tempo durante o processo criminal, quer iniciado quer não, aproximando-o de uma "execução reforçada" como definido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em detrimento da imposição de sanção penal, a *ameaça* (e não certeza) *de piora* que paira sobre o devedor, mas é evitável por ele.

Bastante salutar a transcrição do texto legal:

> Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.
>
> § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
>
> § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

À época, artigo jurídico da autoria da advogada Heloísa Estellita, publicado no IBCCRIM-SP logo em setembro de 2003 sob o título "Pagamento e Parcelamento Nos Crimes Tributários: A nova disciplina da Lei 10.684/03" nos advertiu que uma análise mais apressada e guiada pela disciplina do antigo Refis poderia trazer a crença de que este artigo 9º ordena, cronologicamente (§§ 1º e 2º), os efeitos do parcelamento referido no *caput*. Assim, obtido o parcelamento seria suspendida a pretensão punitiva (*caput*) e a prescrição (§ 1º) e, saldada a dívida em sua integral extensão (§ 2º), a punibilidade perece. Esta leitura é verdadeira, porém incompleta, dizendo menos que a Lei quer dizer, pontuou a respeitada autora.

Primeiro, note-se que foi excluída qualquer expressão, outrora evidente nas Leis antecessoras, que desloque para antes do recebimento da denúncia o ensejo para o devedor conseguir parcelamento e com ele a potencial extinção da punibilidade. Via reflexa, silente a Lei, não poderia o intérprete desprezar a leitura mais benéfica e prestigiar a mais rigorosa. Então, admite-se que o parcelamento, deferido a qualquer tempo sob a égide da Lei nº 10.684/03, estanque o curso da ação penal e, com o adimplemento, extinga a punibilidade do agente.

E se o parcelamento é aceito sem ressalvas temporais, o pagamento também o é. Ora, seria um descompasso, afrontoso à isonomia, recrudescer à margem da dicção legal a disciplina do pagamento integral, admitindo-o *desde que antes da denúncia*, ao mesmo tempo que se é leniente diante do pagamento em parcelas, aceitando-o a qualquer tempo.

A conclusão inevitável é que a Lei nº 10.684/03 é compatível com o pagamento do tributo omitido a qualquer tempo, entendimento que a doutrina já preconizava e que acabou sendo confirmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, por ser evidente a dedicação do dispositivo a matéria de natureza penal, revela-se sua retroação para favorecer o réu, já que assim determina nossa Constituição Federal (art. 5º, inciso XL).

Confira-se a ementa do *habeas corpus* nº 81.829/RJ do STF, citado no início deste trabalho, que faz coro a esta linha de pensamento e, releva notar, destaca a retroatividade da Lei nº 10.864/03:

> Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário (HC 81929, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 16/12/2003).

O art. 9º da Lei nº 10.864/03 foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3002) ajuizada pelo Procurador-Geral da República, que veio a ser julgada prejudicada em razão da perda superveniente de seu objeto, o que teria se operado graças à Lei nº 11.941/09, que ao disciplinar em seu art. 68 a mesma matéria abordada pelo art. 9º teria revogado tacitamente este último. Esta decisão do Supremo, prejudicando a ADI, despertou dúvidas na comunidade jurídica no tocante à sobrevivência ou não do § 2º do art. 9º da Lei nº 10.864/03, vez que regula pagamento direto (não fracionado em parcelas), hipótese mais ampla que o parcelamento referido nos termos estritos da "nova" Lei nº 11.941/09.

Pode-se ter tal dúvida, não obstante, como superada, e pelo próprio Supremo. Recentemente, o Plenário da Corte Superiora, por maioria de votos, entendeu que a Lei nº 11.941/09, tal como a Lei nº 10.684/03, não faz restrição relativa ao instante ideal para o devedor efetuar o pagamento (art. 69). Em ação penal (nº 516/DF) pertencente à sua competência originária, o Supremo condenou réu deputado federal pelos crimes descritos no art. 168-A, § 1º, inciso I e art. 337-A, inciso III, c/c o art. 71, *caput* e art. 69, todos do Código Penal.

A sessão plenária aconteceu em setembro de 2010. Antes que publicado o texto final do acórdão condenatório, o réu pagou o tributo e arguiu tal fato em embargos de declaração. Julgados os embargos, prevaleceu no Pleno, pelo voto do Ministro Luiz Fux, que o pagamento, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário.

Não se ignora que não faltam interpretações que dão contornos mais dilatados ainda ao instituto, consentindo que o pagamento seja causa de extinção de punibilidade ao alcance até do condenado que já cumpre a pena criminal (vide no STF, o HC nº 111.868, em que tal entendimento, de passagem, é admitido pelo Relator Dias Toffoli).

3. A Lei nº 12.382/11: salário mínimo (!) e a tentativa de ruptura da orientação anterior

As interpretações da Lei nº 10.684/03, da Lei nº 11.941/09 e amplitude com que esses diplomas foram tratados pelo Supremo Tribunal Federal, que fez do *trânsito em julgado da condenação* o limitador temporal que substituiu o recebimento da denúncia, resolviam a questão do pagamento do tributo, mas o legislador não permitiu que esta repousasse inalterada por muito tempo.

Veio à tona com a Lei nº 12.382/11, que tratou do salário mínimo naquele ano (!) e, de maneira sub-reptícia, aproveitou-se do ensejo para modificar o art. 83 da Lei nº 9.430/96 e novamente *pretender* a restrição da oportunidade para regularização da situação perante o Fisco.

Reformulada pela Lei nº 12.382/11, a redação do dispositivo passou a ser a seguinte:

> Art. 83. É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no *caput*, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

Adiante, o § 6º da Lei, que abriga o texto do antigo parágrafo único, agora renumerado, continuou a dizer que

> As disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

Atente-se que o art. 34 da Lei nº 9.249/95, objeto da remissão feita pelo § 6º, é aquele que, presente na Lei de 1995 reintrodutora do pagamento à listagem de causas extintivas da punibilidade, exigia que o pagamento precedesse a admissão da denúncia.

Para o doutrinador Luiz Flávio Gomes[4], certamente não isolado em sua interpretação, reforçada pela exegese em idêntico sentido tecida pelo Ministro do STF Dias Toffoli (no citado HC nº 111828/SP), o art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03[5] não teve sua aplicabilidade subtraída pela Lei nº 12.382/11 e ainda admite o pagamento integral a qualquer tempo, recebida ou não a denúncia.

Nas palavras do doutrinador: "A nova lei não tem a força de repristinar o antigo art. 34". Vale esclarecer que repristinação é a restauração da vigência de uma Lei revogada pela perda da vigência da Lei que a havia revogado, fenômeno que não acontece no Direito brasileiro, salvo se expressamente declarado, conforme art. 2º, § 3º, da LINDB.

O parágrafo único do art. 83 da Lei nº 9.430 estava revogado. A nova lei o renumerou, transformando-o no § 6º, com a mesma redação, que fazia remissão ao trecho da Lei nº 9.249/95 que limitava o momento para o pagamento. O legislador pretendeu resgatar a antiga disciplina, mas pecou na técnica empregada.

Não tendo, ao menos não expressamente, reavivado a disposição que exigia a anterioridade do pagamento em relação ao recebimento da denúncia criminal, muitos julgados nos Tribunais passaram a entender que o efeito prático da inovação foi apenas a renumeração de dispositivo revogado, que revogado permaneceu, sem ser repristinado. Por conseguinte, a única restrição expressa e eficaz que o legislador introduziu atingiu o parcelamento, ao passo que o art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, continuou a disciplinar o pagamento, admitindo-o, como visto, a qualquer tempo.

A adoção desta respeitável tese por Ministro da Corte Superiora já reverte em julgados que afastam a restrição temporal ao pagamento sob a vigência da Lei mais recente:

> O pagamento integral de débito – devidamente comprovado nos autos – empreendido pelo paciente em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta é causa de extinção de sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio. Precedente. 4. Entendimento pessoal externado por ocasião do julgamento, em 9/5/13, da AP nº 516/DF-ED pelo Tribunal Pleno, no sentido de que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo. 5. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente (HC 116828, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 13/8/2013).

Em idêntico sentido, decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação nº 0035460-52.2012.8.26.0576 (rel. Des. Francisco Bruno), HC nº 0075004-63.2011.8.26.0000 (rel. Des. Péricles Piza). Também há precedentes da Justiça Federal (no TRF da 3ª Região, HC 54139, rel. Des. Peixoto Junior, no TRF da 2ª Região, ACR nº200951018055267, rel. Des. Messod Azulay Neto).

4. Conclusão

Com efeito, parece-me que foi mal executada a intenção do legislador de resgatar, aparentemente pela repristinação, dispositivo gravoso da Lei nº 9.249/95. Inclinaram-se as interpretações de variados Julgadores, porque a redação falha assim o permitiu, a prosseguir aceitando o pagamento sem limite no tempo. O art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, de cuja já benignidade aflorava efeito retroativo, acata a extinção da punibilidade a qualquer átimo, permissão não afetada pela Lei nº 11.941/09, nem pelo julgamento da ADI 3002, menos ainda pela via da repristinação e da Lei nº 12.382/11.

Então, até regra outra emane do processo legislativo, embora possa se ter por válida a necessidade de o parcelamento suspender a ação penal e a prescrição desde que antes do recebimento da denúncia, o acusado pode, até antes do trânsito em julgado da condenação ou, segundo alguns entendem, mesmo na execução das penas, obter a extinção da punibilidade relativamente aos crimes contra a ordem tributária pelo pagamento do valor que devia ao Fisco.

Notas

[1] QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Direito Penal Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 140.

[2] PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*: parte especial. Volume, 8, direito penal econômico. São Paulo: Editora. RT, 2014, p. 327.

[3] Ibidem, p. 327.

[4] "Os crimes tributários e a extinção de punibilidade", publicado no sítio "*Consultor Jurídico*", acessado em 11/7/14.

[5] O que implicaria em reconhecer que a Lei nº 11.941/09 que levou o STF a prejudicar a ADI 3002 não afetou o art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03.

editora JC

PARTICIPE!
PUBLIQUE SEU LIVRO

A Editora JC está investindo no formato de auto-publicação, processo que consiste basicamente na publicação de livros com a vantagem da impressão por demanda.

São disponibilizados aos autores os serviços de revisão dos originais, criação artística da capa, diagramação, impressão e venda por demanda.

Interessado?
Envie um email para:
livros@editorajc.com.br

Preços diferenciados para acadêmicos e magistrados

Esse livro é fruto de sua dissertação de mestrado na University of Connecticut School of Law, nos Estados Unidos. A obra lança novas luzes no estudo do mais importante instrumento criado pelo legislador brasileiro nos últimos anos. Unindo pesquisa empírica, trabalhando com dados seguros e comprovados e acrescendo uma sólida teoria neoprocessual, o autor apresenta o atual cenário desses organismos judiciais.

Antônio Aurélio Abi-Ramia
Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Ministra Eliana Calmon
Ministra aposentada do STJ

Ministro Guilherme Caputo Bastos
Ministro do TST

Autores Diversos
Ministros dos Tribunais Superiores e Juristas

Seminário discute rumos do meio ambiente na Alerj

Por Luísa Borges Pontes

Tema recorrente no noticiário atual – vide a cobertura recente do desastre ecológico de Mariana, no Espírito Santo, em decorrência do rompimento das barragens da mineradora Samarco, bem como a divulgação de estudos periódicos da Organização das Nações Unidas (ONU), acerca dos impactos ambientais globais a longo prazo –, o meio ambiente se tornou objeto de estudo e prática do Direito, sendo resguardado como princípio constitucional de interesse difuso, isto é, transcende o interesse individual para abarcar todos os cidadãos. Com o intuito de criar uma perspectiva ampla sobre o assunto, o seminário "Meio Ambiente em Debate", promovido pela Associação dos Juízes Federais do Rio de Janeiro e Espírito Santo (Ajuferjes), no dia 18 de março de 2016, reuniu especialistas nacionais e internacionais, além de figuras relevantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no Plenário do Palácio Tiradentes, sede da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ).

Presidindo a mesa de abertura, o deputado estadual Carlos Minc, deu início aos debates, juntamente com os demais participantes, entre os quais o presidente da Ajuferjes, juiz federal Wilson José Witzel; o secretário Estadual de meio ambiente, André Correa; o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e diretor do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Og Fernandes; o desembargador federal do Tribunal Federal Regional da 2ª Região (TRF2) André Fontes; o promotor de justiça e presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj), Luciano Oliveira Mattos de Souza; e o prefeito de Itaguaí, Weslei Pereira. Em sua apresentação, o deputado Carlos Minc criticou a falta de empenho do Poder Público no Brasil em relação às questões ambientais e mencionou a isenção do chamado Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) ecológico, cuja finalidade é incentivar as prefeituras a implementarem políticas públicas protetivas. Já o juiz federal Wilson José Witzel explanou sobre o processo de "judicialização" da política no Brasil, isto é, há uma tendência de simbiose entre a justiça brasileira e as políticas públicas do Estado. "Há uma necessidade de reflexão acerca do papel do Poder Judiciário sobre as demandas atuais, pois os magistrados estão tendo, cada vez mais, uma visão plural sobre o exercício do cargo, nos aspectos políticos, sociais, ambientais, etc. Estamos trocando debates ideológicos e políticos por agressões verbais, levando as questões relevantes para longe de onde deveriam estar, já que o Poder Judiciário serve para pacificar conflitos, e não o contrário" – afirmou.

Para o secretário estadual de meio ambiente, André Correa, é necessário que haja uma construção de novas formas de se conduzir as questões ambientais. "Sou a favor da implementação de mecanismos jurídicos de segurança privada para preservação ambiental, com o apoio do legislador e da justiça brasileira. Estamos implementando parcerias público-privadas, mas ainda temos que superar questões passadas como a (da despoluição) da Baía de Guanabara, que hoje é fruto do descrédito popular" – desenvolveu. O ministro do STJ Og Fernandes, discursou brevemente sobre os desafios enfrentados pelas novas gerações. "É preciso olhar o futuro, afinal, somos todos sujeito e objeto de nossas ações" – concluiu. O promotor de justiça Luciano Mattos destacou o trabalho do Ministério Público contra os crimes ambientais, mas criticou a legislação que altera os paradigmas de atuação da instituição, em casos em que são configurados riscos de danos, em face dos direitos difusos. "Deve-se prosseguir nas realizações em âmbito ambiental, social e de cidadania. Porém, há entraves, como a proposição da Lei nº 233/2015, que dispõe sobre o inquérito civil, e impõe uma série de restrições à atuação do Ministério Público. Penso que o inquérito civil tem que ser pensado como instrumento de solução de conflitos, para desafogar o Judiciário e, por isso, o texto da lei deve ser aperfeiçoado. Um exemplo seria a fixação de prazo de encerramento das investigações, que passou de seis meses para um ano. Como investigar neste tempo?" – indagou.

Foto: Antonio Kämpffe

O prefeito de Itaguaí, Weslei Pereira; o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e diretor do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Og Fernandes; o presidente da Ajuferjes, juiz federal Wilson José Witzel; o deputado Carlos Minc; o secretário estadual de meio ambiente, André Correa; o desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) André Fontes; e o promotor de Justiça e presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Luciano Oliveira Mattos de Souza

Abordando o tema "Direito Fundamental ao Meio Ambiente", a primeira palestra teve como porta-voz o desembargador Ingo Wolfgang Sarlet, do TJ/RS. Segundo ele, há uma tendência de consolidação dos conceitos de meio ambiente e da justiça social nas constituições mundiais, através de instrumentos e garantias legitimadas. "A Constituição Federal de 1988 trouxe aspectos novos e importantes neste aspecto, embora a realidade doméstica seja complexa. O Estado socioambiental está centrado na questão ideológica, e não trilha esse caminho, porque não se estabelece uma hierarquia em termos de prioridades. Não existe, por exemplo, o direito ambiental do trabalho, pois o foco está apenas no trabalhador. A consequência disto acaba sendo o exagero, isto é, uma responsabilização exagerada do empregador. Não é questão de semântica, mas implica numa concordância prática da lei, ao se adequar demandas simultâneas. A judicialização da proteção do meio ambiente no Brasil é uma questão pré-constitucional: envolve a positivação para sua adequação. A subjetivação ou não do direito fundamental parece um limite quase irrelevante, pois, para a sua admissão e eficácia, existem os atos normativos, que determinam sua aplicação. Para o jurista, não é fácil lidar com essa questão, pois a riqueza dos programas normativos é heterogênea. O juiz pode até exigir o estudo de impactos ambientais, mas não pode ser fundamentalista, porque nenhum magistrado é super-herói, apenas cumpre o seu trabalho. A exigência de restrição ao direito fundamental, seja qual for, deve ser feita por lei, no sentido formal e material. A proteção ambiental não pode ser feita às custas do Estado Democrático de Direito, nem seguindo regras de instituições como o Ibama. No

entanto, cada vez menos, as causas ambientais são patrocinadas pela sociedade civil. Quantas ações populares e ambientais foram propostas até hoje?" – questiona.

O tema "Defeitos de Regulação e a Tragédia de Mariana" foi abordado na segunda palestra, que contou com a participação dos juízes federais Érico Teixeira e Isabela Ferrari, além do desembargador federal do TRF2 André Fontes. Em sua fala, Isabela chamou a atenção para os riscos ao meio ambiente, associados ao progresso e ao desenvolvimento tecnológico e industrial, cujos efeitos, segundo ela, seriam desconhecidos e preocupantes. "O calor excessivo do Rio de Janeiro, por exemplo, é reflexo das mudanças climáticas, considerado um dos riscos globais. Já o risco na fonte pode se propagar de várias formas, devido à mobilidade pessoas, comércio, transferência de tecnologia, dentre outros. A regulação do risco depende da intervenção do Poder Público, para controlar as consequências adversas relativas a áreas como saúde pública, etc., atingindo todos os setores, como ocorreu na tragédia ambiental de Mariana. São três os tipos de atuação: através da avaliação, administração e gerenciamento destes riscos, com a isenção da ciência, cujo aspecto não é só jurídico, mas fundamental; da administração ou gerenciamento de risco, através de políticas públicas e decisões administrativas, com carga política; e, por fim, da comunicação de riscos à população, para minorar as consequências. No caso de Mariana, os meios de comunicação foram insuficientemente informados, embora as notícias tenham sido veiculadas em âmbito internacional, em países como os da Arábia Saudita, Indonésia, EUA, configurando um dano de grande repercussão. Essas questões são regidas pelo Decreto-Lei nº 227/67, e a fiscalização de barragens está a cargo do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Pergunto: houve falhas? Faltou fiscalização? Qualquer conclusão seria precipitada, embora o dano seja incomensurável"– atestou. Na opinião do Desembargador Federal André Fontes, a prevenção da sistematização é importante, e, para tal, é fundamental enfrentar o problema *in loco*. "O Direito ambiental no Brasil ainda está em concepção, se continuarmos a utilizar a visão antropológica não chegaremos a lugar algum, porque a necessidade do ser humano é múltipla. O primeiro erro é achar que o meio ambiente é um só, que direito ambiental é uma coisa só. No Brasil há vários biomas, não adianta ser especialista em direito ambiental e achar que vale para qualquer coisa; há uma premissa de que devemos oferecer tutela diferenciada em um verdadeiro 'biocentrismo'. Deve-se evitar a absoluta falta de comunicação, pois, na minha opinião, ambientalistas, engenheiros e biólogos não se comunicam quando fazem pareceres. Não vejo nenhum debate, por exemplo, sobre outras possíveis 'Marianas' que possam acontecer" – arguiu.

Na terceira palestra, foi debatido o tema "Responsabilidade do Estado e Sustentabilidade". A jornalista e diretora do Fórum Permanente de Desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro, Geiza Rocha, se disse preocupada com o panorama mundial, em meio aos conflitos de territórios globais e aos impactos dos fenômenos naturais, apresentando como alternativas o reforço do caráter educativo das instituições, bem como a criação de novas competências, tecnologias e padrões de comportamentos, a serem desenvolvidos em curto e longo prazos. "A agenda ambiental não pode se restringir a um único setor. Mas, para que ela avance, o Poder Público tem uma grande responsabilidade, não só porque regula, regulamenta e fiscaliza os setores produtivos, mas também pelo tamanho que possui. O Estado é um dos maiores contratantes permanentes de produtos, serviços e obras. Estima-se em R$ 320 bilhões o valor total de contratos celebrados por órgãos e entidades estatais e paraestatais na economia do Brasil. Já existe uma série de mecanismos que permitem a adoção de critérios sustentáveis nas compras públicas. Mas a adoção desse parâmetro requer a revisão do nosso modelo de compra, e de nossos hábitos e serviços. Por isso é tão importante a criação e a gestão de programas socioambientais e educativos nas instituições, que possam aliar na prática o que se fala, até que isso se transforme em um hábito e se torne natural" – desenvolveu.

Em seu discurso, o professor e presidente do Conselho de Desenvolvimento Sustentável da Associação Comercial do Estado do Rio de Janeiro (ACRJ), Haroldo Mattos de Lemos, fez uma apresentação, através de slides, da conjuntura atual do meio ambiente no mundo. "Por que aconteceu a explosão populacional do planeta Terra? Deve haver uma questão especial. Afinal, não foi por conta da revolução tecnológico-industrial. Antes, se usava carvão mineral para aquecimento das casas durante o inverno. Agora, a humanidade deixou de depender de energia solar e entrou na era dos combustíveis fosseis, por isso temos que desenvolver energias novas, para atender as necessidades das gerações futuras. Mas há problemas graves, como o aquecimento global e os eventos climáticos extremos mais intensos. Em 2010, a ONU publicou um relatório, chamado 'Vision 2050', que previa que o mundo teria nove bilhões de habitantes até 2050. Na Rio + 20, sediada no Rio de Janeiro, esperava-se que os governos adotassem novas iniciativas. Trabalho com conceitos como o da pegada ecológica – que serve para medição da

Foto: Antonio Kämpfe

O prefeito de Itaguaí, Weslei Pereira; o ministro do STJ Og Fernandes; e o presidente da Ajuferjes, juiz federal Wilson José Witzel

área necessária para se produzir recursos e absorver resíduos, a partir do uso de tecnologia disponível –, e o da biocapacidade, que é utilizado para se medir a capacidade de produzir recursos, sendo que o Brasil tem a maior biocapacidade do mundo, calculando o saldo e o déficit ecológicos" – finalizou.

"Direito ao Desenvolvimento" foi o tema da quarta palestra, ocasião em que o professor Juarez Freitas, da Pontifícia Universade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), reiterou a importância do texto da Constituição Federal de 1988, que assegurou os direitos fundamentais às gerações presentes e futuras. "Houve o reconhecimento do valor intrínseco da natureza, do antropocentrismo escrito, e da dignidade humana, e, atualmente, há o debate da satisfação das necessidades das gerações, mas este conceito é pobre demais, pois é preciso trabalhar mais intensamente para as gerações presentes, não só as do futuro. O mote dos economistas: 'quanto mais se consumir, mas se impulsiona a economia', não condiz com o desenvolvimento sustentável. As instituições públicas precisam atentar para problemas como a descarbonização: no decorrer dos anos, milhões de pessoas morreram pela contaminação do ar, da água, do solo, e, ainda assim, o Brasil continua permitindo agrotóxicos que, segundo a OMS, são cancerígenos. Em São Paulo, as pessoas vivem em média dois anos a menos por conta da poluição. Onde estão os medidores públicos de qualidade do ar? Isto demanda um controle de uma nova análise de custos e benefícios, de custos diretos e indiretos, sociais, ambientais e econômicos. Responsabilidade de consumo não é uma faculdade, é um dever, que nasce da constituição e não pode ser desconsiderada no âmbito das contratações públicas e privadas. O movimento energético é defasado, temos que trocar os combustíveis fósseis por mais sustentáveis, há energias renováveis como a solar, mas só agora é que as coisas estão sendo regulamentadas" – afirmou.

De acordo com o professor Luiz Henrique Alochio, da Universidade Vila Velha (UVV-ES), o saneamento é um direito humano, com reflexos jurídicos. "Há, no país, a ocorrência do esgotamento sanitário, quando uma ínfima parte do esgoto é coletado e tratado. O Poder Judiciário valida a tarifação mesmo na ausência de tratamento. A coleta, o transporte, deveriam ser ambientalmente adequados. Não poupamos o político, mas a população tem a sua parcela de culpa, por exemplo, ao proibir a instalação de unidade de aterro sanitário em seu bairro, transferindo a responsabilidade ao morador de outra cidade. No Brasil, 97% da população tem abastecimento de água potável, mas apenas 63% dos domicílios são devidamente atendidos. O esgotamento sanitário alcança 52% da população, enquanto a coleta e o tratamento atingem 20%. A falha no serviço de drenagem de águas fluviais, que é o primo pobre do saneamento ambiental, é um problema recorrente. O prestador de serviços de esgoto é co-partícipe da poluição das águas fluviais. Uma das possíveis soluções com reflexos processuais seria a federalização das causas ambientais mas, para tal, o STJ precisaria definir se elas poderiam entrar direto na Justiça Federal" – verbalizou.

> “Estamos trocando debates ideológicos e políticos por agressões verbais, levando as questões relevantes para longe de onde deveriam estar, já que o Poder Judiciário serve para pacificar conflitos, e não o contrário.”

A quinta palestra debateu o “Direito ao desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas”, cujo presidente da mesa foi o desembargador federal do TRF2 Aluísio Mendes. Em sua fala, o juiz federal Gabriel Wedy, membro da mesa, arguiu que o desenvolvimento econômico deve ser aliado à promoção de políticas públicas, de modo ambientalmente sustentável e socialmente responsável, através da promoção da saúde e da educação, em consonância aos princípios constitucionais. “Há um dever de proteção que vincula estados e municípios, já que o desenvolvimento é objetivo do Estado. Apesar de sermos a nona economia mundial, assumimos a 80ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), e estamos em 115º lugar no ranking de proteção das florestas. Na era das mudanças climáticas, as emissões de dióxido de carbono e a temperatura do planeta aumentaram; o ano de 2015, por exemplo, chegou a ser o mais quente da História. A ‘Agenda 2030’ da ONU delimitou objetivos globais, como por exemplo, diminuir a temperatura do planeta, até 2100, em cerca de 2 graus Celsius. Para tal, é preciso haver a tributação do carbono, além de iniciativas para se motivar a produção de energias renováveis. Nos EUA, processos de grande repercussão têm discutido o assunto, é um avanço. Mas, no Brasil, a questão ambiental não é um conto de fadas, vide o caso da Amazônia. A presidente não vetou incentivos à indústria fóssil, e a lei criada não tratou da tributação do carbono, da comercialização de licenças para os poluidores, e tampouco da análise do custo-benefício para se analisar as questões ambientais. Mas o ministro do STJ, Herman Benjamin, adotou medidas progressistas, como a restrição às queimadas, a partir da interpretação extensiva da lei: hoje em dia, o adquirente da propriedade tem obrigação de reestruturar o meio ambiente, por exemplo. Deve haver uma redução e captura das emissões, a partir de adoções de medidas efetivas pelo Estado brasileiro” – sentenciou.

A sexta e última palestra do evento foi mediada pelo juiz federal Luis Eduardo Bianchi Cerqueira, tendo como convidado especial o professor da Columbia University, dos EUA, Michael Gerrard. O palestrante explicou como funciona o sistema de litigação norte-americano. “Há uma quantidade muito grande de ações ambientais sendo processadas nos EUA. No governo do presidente George W. Bush não houve nenhuma alteração formal, mas, na gestão do presidente Barack Obama, o tema passou a ser abordado de uma forma diferente, com maior repercussão. Casos importantes estão concentrados em Massachusetts, contra uma agência ambiental americana. Novas regulamentações foram feitas para emissões de gás carbônico, ocasião em que mais de cem ações judiciais foram apresentadas, contestando a regulamentação da agência ambiental, e houve o surgimento de novas leis. Atualmente, há contenciosos derivados do sistema da *common law*, impondo penas e multas financeiras, nos casos em que a mudança climática ocasionou prejuízos, então a responsabilidade da agência é estabelecer os níveis permitidos. À medida que a consciência for crescendo, a responsabilidade civil será acionada. Precisamos impedir as mudanças climáticas mais perigosas” – considerou.

O ministro do STJ Herman Benjamin, compareceu ao seminário e foi convidado para integrar a mesa e finalizar as considerações. Para Herman, o quadro de instabilidade política atual não pode ser superior à da crise ambiental global, que, segundo ele, seria a ‘mãe de todas as crises’. “O Rio de Janeiro é muito especial, porque simboliza o que há de melhor e pior no País, tendo papel importante na nossa história. A cidade serviu também como prisão na época colonial, e foi o principal porto por onde vieram os escravos. O movimento ambientalista é muito forte aqui e em São Paulo. O Rio é uma cidade global, não vejo lugar melhor para que eventos como o “Meio Ambiente em Debate” sejam sediados, vide o histórico da capital fluminense, que sediou a Rio 92 e, duas décadas depois, a Rio + 20. “ – arrematou.

Justiça em alerta

Os cortes no orçamento do Poder Judiciário estão repercutindo em todas as especialidades e instâncias da Justiça. Nesta reportagem você confere as opiniões dos presidentes do TRT da 15ª Região / Coleprecor, Ajuferjes e Anamatra.

Em dezembro, o Congresso Nacional aprovou a Lei Orçamentária Anual (LOA) para 2016. O texto final traz cortes de gastos em diversos órgãos públicos e programas sociais. Todos os três Poderes, além do Ministério Público, foram afetados, sendo um dos casos mais extremos o Judiciário Trabalhista, que sofreu corte de 90% nas despesas de investimento e de 29,4% nas de custeio. De acordo com o desembargador Lorival Ferreira dos Santos, presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e do Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho (Coleprecor), para driblar essa drástica redução os TRT´s estão adotando medidas de contenção de despesas, como alteração de horário de funcionamento, renegociação de contratos de prestação de serviços, entre outros.

“Aqui, no TRT da 15ª Região, o impacto chega a R$ 49 milhões no orçamento de custeio, o que levou o Tribunal a alterar o horário de atendimento ao público em 1ª e 2ª instâncias das 12 às 18 horas para o período das 11 às 17 horas, desde o dia 15 de fevereiro. Os magistrados, servidores e prestadores de serviços também se adequaram a um novo horário de trabalho, das 9h30 às 17h30 horas, período em que a taxa de energia elétrica por Kw/h é mais baixa. No caso da 15ª Região, em alguns locais a taxa é mais de 800% maior. Adotamos medidas ainda para a contenção do uso de água, telefonia, serviços postais e aquisição de material de consumo. Os contratos de prestação de serviços de vigilância, limpeza, condução de veículos, entre outros, estão sendo renegociados, com redução de pelo menos 25%.”

O presidente do TRT-15 lembra, ainda, que o cenário de crise em que o País se encontra exige que todos se envolvam e deem a sua contribuição. “Tenho convicção de que se trata de uma situação transitória e iremos superar as adversidades, pois a

Justiça do Trabalho possui magistrados e servidores abnegados e comprometidos. Precisamos também do apoio e compreensão da nobre classe dos advogados, por meio da OAB e suas subseções, do sindicato dos servidores, da Anamatra e suas regionais, bem como sensibilizar toda a população jurisdicionada, para enfrentar esse período turbulento."

Ele revela que, no âmbito da 15ª Região, foi registrado um aumento do número de processos no ano passado, cerca de 10 mil a mais do que 2014. E a perspectiva para este ano não é das melhores. Dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged) divulgados em fevereiro pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) apontam redução de 99.694 empregos formais no País em janeiro, sendo 27.056 em nossa jurisdição, o Estado de São Paulo. São 599 municípios paulistas atendidos pelo TRT da 15ª Região. Em 2015, foram fechadas 1,5 milhão de vagas formais de emprego no Brasil, segundo o órgão.

Apesar das medidas de contenção de custos, não haverá interferência nas audiências já designadas. Porém, o presidente lembra que, independentemente do corte orçamentário, o TRT da 15ª Região já registra déficit histórico de cerca de 1.000 servidores. O corte no orçamento esvaziou os recursos para o preenchimento de vagas oriundas de aposentadorias ou de exonerações neste ano. Até agora, no âmbito da 15ª Região, já são cerca de 50 vagas a serem providas decorrentes de aposentadoria. Até o final do ano a perspectiva é que esse número suba para 300. "Há no Congresso Nacional, em comissões específicas, dois projetos de lei para a criação de 973 cargos e 33 varas no âmbito da 15ª Região, mas, diante da crise, não vislumbramos tramitação a curto prazo. Com relação aos recursos destinados a investimentos, o corte determinado pelo Parlamento foi de 'impensáveis' 90%, impactando nas obras de construção de fóruns e varas trabalhistas, que foram suspensas", diz Santos.

O magistrado comenta que o corte – extremamente superior na Justiça Trabalhista na comparação com as demais especialidades – é considerado pelo Coleprecor como uma manobra política com o objetivo de comprometer a prestação jurisdicional da Justiça do Trabalho, reconhecidamente a mais célere e efetiva do País. "O corte imposto é discriminatório. O deputado federal Ricardo Barros, relator do Orçamento da União, criticou o caráter protetivo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em seu parecer, e justificou os índices sob a alegação de estimular a reflexão sobre a necessidade de mudanças. Há leis elaboradas para proteger o lado mais fraco, considerado hipossuficiente. É assim com o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Estatuto do Idoso, entre outros. Convenhamos, não é esse o caminho natural para propor alteração das leis. Trata-se de uma atitude dissonante, que fere os preceitos da República, de independência e harmonia entre os Poderes da União", declara, acrescentando que, devido ao fato de ser a Justiça do Trabalho superavitária, a perplexidade aumenta. "Em 2015, somando-se o primeiro e o segundo graus e o TST, a Justiça do Trabalho recolheu mais de R$ 3,3 bilhões aos cofres públicos. A meu ver, é um contrassenso."

Justiça Federal

Um corte de quase 30% no orçamento, o que representa algo em torno de R$ 485 milhões. Este foi o quinhão destinado à Justiça Federal em âmbito Nacional. E isto já está mostrando seus resultados negativos, fazendo com que as administrações dos tribunais tenham que cortar os serviços de limpeza, vigilância, reduzir o consumo de ar-condicionado e sua manutenção, bem como iluminação, e fornecimento de materiais de consumo, como impressoras e papel. "Ainda temos muitos processos físicos, mas mesmo no caso dos processos eletrônicos a digitalização e manutenção dos sistema de informática também podem ser comprometidos", revela o juiz federal Wilson José Witzel, presidente da Associação dos Juízes Federais do Rio de Janeiro e Espírito Santo (Ajuferjes).

Witzel comenta que as reduções impactam diretamente na permanência dos juízes e servidores nas dependências da Justiça Federal, em razão do calor e da baixa luminosidade. "O corte de pessoal reduz nossa capacidade de trabalho, comprometendo o cumprimento de metas estabelecidas pelo CNJ e, consequentemente, na celeridade da prestação jurisdicional. Isso prejudica o jurisdicionado, em especial o que utiliza o sistema dos juizados especiais, que trata em sua grande maioria de processos previdenciários, como auxílio-doença, benefícios assistenciais a pessoas com deficiência e aposentadoria por invalidez."

Em janeiro, a Ajufe Nacional lançou um manifesto relativo aos cortes no orçamento, que foi assinado em conjunto por todas as Regionais. "Esperamos que as providências sejam tomadas pelo presidente do Supremo Tribunal Federal para que os cortes sejam revistos e assegurada a independência do Poder Judiciário, porque se olharmos a arrecadação federal não tivemos redução de 30% nas receitas públicas, que segundo fontes econômicas está próximo de 10%. Por fim, cabe a cada um dos Poderes fazer a devida adequação de seus orçamentos em razão da receita, conforme suas prioridades", opina Witzel.

Em 17 de março, a Ajuferjes realizou um ato de protesto contra os cortes orçamentários e denunciou que a postura do Executivo e de parcela do Legislativo, que compactuou com isso, aprovando a Lei Orçamentária Anual, teve a aparência de retaliação. "A Justiça Federal, considerando o que arrecada por suas varas de execução fiscal é superavitária em alguns bilhões, além de atualmente ser bastante equilibrada em razão das aposentadorias serem geralmente próximas dos 70 anos, agora 75. Mas tudo isso, na verdade, não deve ser levado em consideração porque o Poder Judiciário não tem o propósito de ser lucrativo, é uma das funções essenciais da democracia e precisa existir", comenta o presidente.

Witzel lembra, ainda, que, nos termos do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), "se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias", ressalvadas "as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias".

Campanha Nacional da Anamatra

Em manifestação contra os cortes orçamentários impostos à Justiça do Trabalho por meio da Lei Orçamentária Anual de 2016, a Anamatra lançou Campanha Nacional "A Justiça do Trabalho é eficiente e deve continuar assim", a partir de campanha regional encabeçada pela Amatra 8 (Belém/PA). Em diversas peças, a associação alerta para as ameaças sofridas pelo Judiciário Trabalhista desde os cortes orçamentários de 90% no investimento e de cerca de 30% no custeio dos tribunais, comprometendo o funcionamento dos órgãos de primeiro e segundo graus.

O objetivo é chamar a atenção para os prejuízos que vêm sofrendo não apenas os órgãos da Justiça do Trabalho, mas principalmente todos os que demandam a Justiça do Trabalho, que predominantemente recebe ações de trabalhadores reclamando de obrigações não cumpridas pelo empregador. Construções e aluguéis de fóruns comprometidos, vagas abertas de desembargadores, juízes e servidores que não se podem preencher, horários de atendimento aos jurisdicionados indesejavelmente reduzidos em praticamente todas as 24 Regiões do Trabalho (ante as reais dificuldades para fazer face às despesas de funcionamento da estrutura) são apenas alguns dos resultados da intervenção no orçamento do Judiciário Trabalhista. Além das peças hoje divulgadas, outras ainda serão produzidas.

Na avaliação do presidente da Anamatra, Germano Siqueira, a campanha é imprescindível, frente ao atual cenário em que se encontra a Justiça do Trabalho. "É mais uma forma que encontramos para sensibilizar os Poderes sobre os graves problemas que esse ramo do Judiciário está passando, após os inexplicáveis cortes orçamentários, além de alertar a sociedade para um assunto que influencia diretamente na obtenção dos direitos trabalhistas. Precisamos de todo apoio para assegurar a eficiência da prestação jurisdicional e impedir que a Justiça do Trabalho permaneça atingida por atos desproporcionais e discriminatórios".

A campanha será difundida por todos os canais de comunicação da Anamatra, bem como das Amatras espalhadas pelas regiões do País. Em cada peça, um objetivo único: conclamar a todos a aderir à luta pela recomposição do orçamento da Justiça do Trabalho. Magistrados, servidores, trabalhadores, advogados, parlamentares, sindicatos, além de outras associações e entidades, todos unidos em busca de providência capaz de restabelecer, para a Justiça do Trabalho e para os seus milhões de jurisdicionados, dignidade e justiça orçamentária.

O Coleprecor está apoiando a campanha. "Mantemos constante contato com o presidente Germano Siqueira, no sentido de unir esforços em defesa da Justiça do Trabalho, com vistas a sensibilizar os Poderes Legislativo e Executivo, e também a sociedade sobre o momento delicado que estamos vivenciando. Não podemos deixar que tome corpo um movimento depreciativo contra direitos trabalhistas adquiridos", afirma Lorival Ferreira dos Santos.

Identidade de gênero

Análise de sua pertinência e aplicabilidade das normas constantes na Lei Maria da Penha

Wagner Ribeiro Rodrigues | Juiz de Direito do TJBA

1. Introdução

Uma análise legislativa não se faz pela simples leitura da lei e sua tentativa de adaptação ao cotidiano, mas deve abranger seu estudo trazendo as contribuições, oriundas do texto legal para o próprio desenvolvimento humano, sua aplicação nas relações atuais e estabelecer suas consequências futuras.

Um dos primeiros contatos do ser humano com a educação, fora do seio familiar, é a escola, que ao desempenhar sua função social, caracteriza-se como um espaço democrático que deve oportunizar a discussão de questões sociais e possibilitar o desenvolvimento do pensamento crítico. Para isso, faz-se necessário que o(a) professor(a) traga informações e contextualize-as, além de contribuir, oferecendo caminhos para que o(a) discente adquira mais conhecimentos. É também um ambiente de sociabilidade entre as crianças, o que acarreta na difusão sócio-cultural, incluindo as relações de gênero.

Assim, interesses e formas de comportamento para cada sexo são estimulados desde o ambiente escolar. Por isso, é necessário perceber como são formados e legitimados, fazendo com que as pessoas, ainda que em tenra idade, se identifiquem ou diferenciem-se de acordo com as características socialmente valorizadas e/ou determinadas, não esquecendo que o processo educativo precisa ser desenvolvido visando à desmistificação das diferenças a respeito do gênero.

Foto: Arquivo pessoal

Por isso, é necessário perceber como são formadas e legitimadas as diferenças de gênero, fazendo com que as pessoas se identifiquem ou diferenciem-se de acordo com as características socialmente valorizadas e/ou determinadas, ressaltando o papel e o compromisso da escola para a desmistificação das diferenças e preconceitos em relação ao sexo.

Nosso principal enfoque é tentar trazer ao leitor os limites traçados pelo legislador, derivados da identidade gênero, com a análise da Lei Federal nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha.

2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como princípio do ser humano em sua existência, a dignidade humana há quer ser sempre respeitada e a identidade de gêneros, ou escolha de cada indivíduo sobre o gênero sexual que irá adotar, nos parece ser primordial para alcançarmos tão importante liberdade individual e respeito junto à coletividade.

Sobre o tema muitos artigos têm sido elaborados, contra ou a favor, como o texto da lavra de Anita Negri – *Estudiante de Comunicación Social en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNCuyo. Productora en radio Noticias y radio Universidad (UNCuyo). Creciendo y aprendiendo siempre. Apasionada por el análisis político* – publicado em 30 de maio de 2012 e a seguir transcrito.

> *La Ley de Identidad de Genero permite a las personas trans acceder a la rectificación de sus datos registrales mediante un procedimiento rápido y sencillo, sin pasar por una instancia judicial. Antes, las pocas personas trans que consiguieron un DNI con su nombre debían esperar años la sentencia de un juzgado, que muchas veces era negativa y obligaba a apelaciones costosas y de larga duración.*
>
> *Resulta que cuando la tintura finalmente llega a Mendoza vos necesitás alguien que te la coloque porque tiene muchos requisitos y pasos a seguir. Entonces vas a la peluquería y le pedís al peluquero que te tiña. Él te dice que no puede porque si vos andas con el pelo azul por la calle es algo de lo cual él debe hacerse responsable y no está de acuerdo con que lo hagas. Ahora vas a tener que conseguir un peluquero que se anime a hacerlo y ayudarte a sentirte mejor.*
>
> *Uno de sus 15 artículos, establece que "todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona".*
>
> *Tenés la tintura, tenés el peluquero y toda tu energía para finalmente hacer un cambio. De ahora en más la sociedad va a verte como vos siempre te viste, como vos querías que te vieran, como nadie nunca antes se ha visto. Intentaste de todo, te pintaste el pelo con tempera, te pusiste gorros para cubrirlo, hoy eso se terminó. Hoy sos lo que siempre quisiste. Ahora, con tu pelo azul, vos estás seguro de que podés salir a la calle a disfrutar de vos mismo y de los demás, por más que les cueste un poco dejar de mirar tu pelo y empezar a mirar tu corazón.*

Assim, a dignidade humana é tratada em seu coletivo, concebendo ao vocábulo humano um sentido maior que indivíduo, descrevendo-o dentro do aspecto de humanidade, coletividade, reunião de vários seres humanos. Mitiga-se o preceito indivíduo e amplia-se o conceito para ser humano, dentro do critério humanidade concedendo maior valor à raça humana.

3. Identidade de gênero e identidade sexual

Para uma melhor compreensão acerca dos termos identidade de gênero e identidade sexual, faz-se fundamental entendermos inicialmente o que se pensa sobre identidade. Desta forma, quando nos referimos à identidade pretendemos destacar que esta é de maneira geral um conjunto de aspectos individuais que caracteriza o indivíduo, estando diretamente ligada à forma como o ser humano se percebe, tanto individual quanto socialmente, podendo esta ser modificada ao longo da vida de acordo com as transformações pessoais do ser humano. (CIAMPA, 2001 apud MATOS, 2010).

No que tange à identidade de gênero, o psicólogo John Money (1921-2006) nos diz que esta vai além do sexo como marca genital englobando o ser masculino e feminino. Para ele, a criança aprenderia a ser menino ou menina como aprendia a falar. A natureza faria apenas a criação e a sociedade estabeleceria as normas, ou seja, ele inverte o sinal sexual, e estampa no corpo de meninos a noção de que "não se nasce homem" (TORRES, 2010).

Neste contexto, a formação da identidade pessoal serve como base para a formação de uma identidade sexual, visto que esta se fundamenta na percepção individual sobre o próprio sexo, evidenciado no papel de gênero assumido nas relações sexuais como pontua Heilborn (2004, p. 43) "[...] essa identidade opera

motivada por uma orientação erótica espontânea [...] ". Já os papéis sexuais vêm a ser as formas de agir, pensar, padrões de comportamento criados e regulados pela sociedade e suas instituições.

Deve-se compreender, portanto, o gênero como constituinte das identidades dos sujeitos, podendo então assumir várias identidades, como de raça, nacionalidade, etnia, idade, etc. Essas identidades não são fixas ou inatas, são construídas e reconstruídas nas relações sociais e de poder. Poder que é exercido por diversas instituições presentes na sociedade, moldando essas identidades.

De acordo com as relações sociais e culturais que são estabelecidas para as crianças desde o seu nascimento, elas vão identificando-se em determinado gênero, onde a família, a escola, a igreja e as demais instituições sociais vão influenciar nesse processo de construção de uma identidade de gênero.

Na identidade de gênero são estabelecidos pela sociedade diferentes valores, padrões de comportamento, características ditas como "naturais" ao sexo feminino. Esses estereótipos são histórico e culturalmente formados e modificados. Tudo que foge a essas características consideradas "ideais" sofre um processo, às vezes oculto, de discriminação.

Os estereótipos são crenças socialmente compartilhadas a respeito dos membros de uma categoria social, que se referem às suposições sobre a homogeneidade grupal e aos padrões comuns de comportamento dos indivíduos que pertencem a um mesmo grupo social. Sustentam-se em teorias implícitas sobre os fatores que determinam os padrões de conduta dos indivíduos, cuja expressão mais evidente encontra-se na aplicação de julgamentos categóricos, que usualmente se fundamentam em suposições sobre a existência de essências ou traços psicológicos intercambiáveis entre os membros de uma mesma categoria social.

Etimologicamente, o termo estereótipo é formado por duas palavras gregas, *stereos,* que quer dizer rígido, e *tupos,* que significa traço. Este termo era referente a uma placa metálica de características fixas destinada à impressão em série. Para o pesquisador Pereira (2002, p. 157), os estereótipos podem ser caracterizados:

> Como artefatos humanos socialmente construídos, transmitidos de geração em geração, não apenas através de contatos diretos entre os diversos agentes sociais, mas também criados e reforçados pelos meios de comunicação, que são capazes de alterar as impressões sobre os grupos em vários sentidos.

Dessa forma, entende-se por estereótipo a criação de rótulos, representações conceituais, simbólicas e institucionais, sobre o comportamento específico do homem e da mulher. Os estereótipos são identificados por sua irracionalidade, congelando aquelas características que são conjunturais e passíveis de serem compreendidos como acidentais, secundários, como se fossem naturais e determinantes.

4. Identidade de gênero e autonomia da vontade

Em primeiro lugar, incumbe-nos esclarecer o que é autonomia da vontade.

A autonomia da vontade poderia ser entendida como qualquer manifestação do paciente, seja verbal, ou escrita, acerca de se submeter a determinada intervenção médica, seja ela cirúrgica, terapêutica, experimental, comprovada, com base científica ou não.

Todavia, nos valemos das preciosas lições do Doutor Roberto Andorno, que descreve com clareza o significado do termo autonomia da vontade em sua obra, *Bioética e dignidad de la persona*:

> *En aquellos supuestos en los que el destinatario de la práctica biomédica es mayor de edad y posee pleno discernimiento entra en juego un criterio adicional en la toma de decisiones: el principio de autonomía. Este imperativo exige el respeto de la capacidad de autodeterminación de pacientes y sujetos de investigación, que deben tener el derecho de decidir por sí mismos si aceptan o rechazan un determinado tratamiento o investigación, después de haber sido debidamente informados acerca de su naturaleza, objetivos, ventajas y riesgos*. (obra citada, pg. 42).

Conclui-se que a autonomia da vontade reclama dois requisitos essenciais, quais sejam: maioridade civil e discernimento.

5. Autonomia da vontade e capacidade civil

Então, já estamos falando a respeito da própria capacidade civil do homem, assim entendida como capacidade plena, aquela onde o indivíduo pode usar, gozar e dispor de seus bens, e em um conceito amplo de sua própria vida ao se recusar a se submeter a determinado tratamento terapêutico ou intervenção cirúrgica.

O postulante à modificação cirúrgica de seu corpo deve possuir capacidade civil plena e estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, sendo certo que no caso dos menores ou incapazes a autonomia da vontade poderá ser suprida por intermédio da autorização concedida pelos pais ou responsáveis legais, tutores ou curadores.

O direito, por si só, não é capaz de estabelecer quais são os limites da intervenção médica-cirúrgica, tampouco assegura o Estado a total impossibildiade do indivíduo se submeter, de forma clandestina, a tratamentos médicos ou por conta própria, com o objetivo de mudança de sexo, sem que atenha atingido a maioridade civil.

Deve, desta feita, o Estado, tão somente regulamentar a forma de atuação dos profissionais de saúde, nesses casos onde estão envolvidos o direito à aparência do corpo e muitas vezes até a própria dignidade humana, mesmo porque ao legislador é impossível estabelecer regras instransponíveis e transcrever minuciosamente os casos de sua aplicação.

Assim, a autonomia da vontade, desde que aliada à capacidade civil do indivíduo, no tocante às alterações estéticas de seu corpo, deve prevalecer, ainda que o Estado não tenha regulado, por intermédio da atuação do Poder Legislativo, a edição de normas e limites de atuação dos profissionais de saúde com estabelecimentos de critérios fixos quanto às modificações pretendidas. A única ressalva que poderá restar quanto a essas modificações na aparência física do indivíduo são aquelas decorrentes da própria atuação decorrente da conduta médica e respeito à vontade do paciente.

6. Identidade de gênero e Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha cria, em seu artigo primeiro, mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Constituição Federal, normas infraconstitucionais, tratados e convenções internacionais, dispondo sobre os Juizados da Violência Doméstica e Familar Contra a Mulher e estabelece medidas de proteção e assistência às mulheres em situação de violência física ou familiar.

Toda a Lei, ao longo de vários dispositivos, faz referência no corpo de seu texto à mulher, sendo certo que aquela é descrita como sendo a pessoa do sexo feminino, assim definido pelo Código Civil Brasileiro.

Uma das perguntas que se faz hoje com gande ênfase é acerca da possibilidade de ampliação do termo "mulher", para aquelas pessoas que não ostentam o gênero civil feminino, mas assim se definem e comportam socialmente, seja pela aparência física ou pelo modo de agir dentro da sociedade. Seria assim possível aplicar a Lei Maria da Penha em favor dessas pessoas, identificadas civilmente como sendo do sexo masculino, mas que ostentam gênero social contrário, ou seja, feminino?

Essa indagação, como muitas outras, não possui resposta pronta ou direta, devendo para tanto, nos valermos da normas positivas de direito, para fundamentarmos a possibilidade de adoção das regras definidas na Lei Maria da Penha em favor dessas pessoas.

7. Dispositivos da Lei dos Registros Públicos

Importante fonte formal do direito, reguladora da identificação civil das pessoas perante a sociedade é a lei federal brasileira nº 6.015/73, que traz as regras inerentes aos Registros Públicos, possuindo os mesmos presunção de veracidade quanto à forma, autenticidade e segurança jurídica, definidoras das relações sociais, conforme deixa claro o próprio artigo 1º, § 1º, I da citada norma, *in verbis*:

> Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.
> § 1º Os Registros referidos neste artigo são os seguintes:
> I – o registro civil de pessoas naturais.

A identificação civil das pessoas é obrigatória nos termos da Lei de Registros Públicos e deve obedecer aos critérios ali estabelecidos para sua confecção, não sendo possível fazer o registro civil de pessoas sem que conste o sexo, conforme regra constante nos artigos 50 e 54 da mencionada Lei.

> Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.
> Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:
> 1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;
> 2º) o sexo do registrando.

Realizada a identificação civil do indivíduo, o próprio legislador previu e estabeleceu regras quanto à possibilidade de modificação do prenome e apelidos de família dos indivíduos, conforme resta descrito no artigo 58 da norma citada.

> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.
> Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público

8. Alcances da Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006 foi criada com o objetivo de proteger as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, não estabelecendo o legislador a possibilidade de ampliação de seu alcance para abranger outras pessoas que ostentem sexo diverso do feminino.

Pensamento contrário nos levaria a concluir que qualquer pessoa que se identifique como sendo: homossexual, bissexual ou transsexual, acaso adotassem

socialmente um comportamento próprio feminimo, poderia valer-se das proteções definidas na citada norma, aptas a postular a proteção estatal sob a égide da referida Lei.

Não podemos nos esquecer que a gênese da Lei é realmente restritiva, no tocante ao acolhimento somente de pessoas identificadas civilmente como sendo do sexo feminino, conforme exposição de motivos enviados ao Legislativo por ocasião da elaboração da proposta de edição da norma positiva, *in verbis*:

> 6. O projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres. Assim, busca atender aos princípios de ação afirmativa que têm por objetivo implementar "ações direcionadas a segmentos sociais historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram expostas.
> 7. As iniciativas de ações afirmativas visam "corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante e/ou legitimado nas sociedades democráticas modernas e um sistema de relações sociais marcado pela desigualdade e hierarquia". Tal fórmula tem abrigo em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro precisamente por constituir um corolário ao princípio da igualdade.
> 8. A necessidade de se criar uma legislação que coíba a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista tanto na Constituição como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, é reforçada pelos dados que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira.

Não se discute, nessa oportunidade, acerca dos requisitos exigidos pela Lei de Registros Públicos, necessários a modificação do prenome ou de todo o nome civil, mas o fundamento quanto a impossibilidade da adoção das regras contidas na Lei 11.340/2006, face à própria presunção de veracidade contida no Registro Civil, sendo aquela a norma que a identifica como a pessoa do sexo masculino, tornando impossível a aplicação da Lei Federal nº 11.340/2006 à qualquer pessoa identificada civilmente e com sexo definido como diverso do feminino.

Destarte, concluímos que somente é possível às pessoas que não possuem identificação civil como do sexo feminino, serem beneficiárias das regras estabelecidas pela Lei Maria da Penha após a modificação do seu Registro Civil de Nascimento, nos moldes do artigo 58 da Lei nº 6.015/73, passando a constar que a mesma ostenta o sexo feminino.

9. Conclusões

Concluímos que enormes avanços ainda necessitam da atuação do legislador, na tentativa de elaborar norma positiva de direito, seja ela fonte principal, como o caso de lei, ou secundária, derivada de resolução, buscando, no anseio da sociedade, atribuir ao ser humano o direito de escolher a sua identidade de gênero – sexo – podendo se submeter a tratamento médico, inclusive cirúrgico, estabelecendo uma verdadeira relação de confiança entre o médico e o paciente.

Do lado oposto, não nos parece encontrar argumentos fortes, aqueles relacionados a eventuais problemas biológicos decorrentes da impossibilidade de procriação humana, vez que as pessoas que são submetidas à mudança de sexo, não passam a pertencer, sob o aspecto biológico, ao novo sexo, mantendo as caracterísitcas genéticas que herdou de seus genitores.

Nos afeiçoa como impertinente a discriminação e verdadeira exclusão social das pessoas rotuladas como trans e afins, ou mesmo aquelas que se submeteram a mudança cirúrgica de sexo, vez que devemos sempre respeitar a vontade individual, na medida que aquela não se sobressaia ao coletivo.

Por fim, concluímos pela não aplicabilidade das normas constantes na Lei Maria da Penha a qualquer pessoa que ostente em seu Registro Civil de Nascimento sexo diverso do feminino.

Referências bibliográficas

RABINOVICH, Ricardo Berkman. *Trilhas abertas na história do Direito*, Buenos Aires.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, Sexualidade e Educação. *Uma perspectiva pós estraturualista*. 3º Edição, Petrópolis-RJ, Vozes, 1997

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*, 1. a vontade saber. 12 ª Edição, Tr. Maria Treresa da Costa Albuquerque, Rio de Janeiro, Graal, 1997.

Anita Negri, Ley de identidad de género. Opinión, http://mendozaacademica.com/2012/05/30/ley-de-identidad-de-genero.

Bioética Y dignidad de la persona, Segunda edición, versión Española ampliada y actualizada del texto original en francés, La bioéthique et la dignité de la personne, Presses Universitaires de France, París, 1997, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

Artículo: Reflexiones sobre la ley de muerte digna, Tinant, Eduardo Luís, Publicado en: *Sup. Esp. Identidad de género* – Muerte digna 2012 (mayo), 28/05/2012, 141.

Pesquisa na internet em http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100495477/projeto-de-lei-estabelece-direito-a-identidade-de-genero

* A íntegra deste artigo encontra-se no site da Editora JC (www.editorajc.com.br)

Foto: Eduardo Ferreira

Considerações acerca da prisão domiciliar em face da Lei nº 13.257/16

Rômulo Moreira | Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia

A Lei nº 13.257/16, publicada no dia 9 de março deste ano de 2016, alterou o art. 318 do Código de Processo Penal para acrescentar mais duas hipóteses em que será possível a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, além de deixar de exigir que este direito somente possa ser usufruído pela mulher gestante em risco ou acima do sétimo mês de gravidez.

Assim, com a alteração, deverá o Juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante; mulher com filho de até doze anos de idade incompletos ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos. A modificação foi extremamente salutar e põe em relevo a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente das mulheres e das crianças.

Esta nova lei soma-se à Lei nº 12.403/2011, que alterou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal que passou a ter a seguinte epígrafe: "Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória", estabelecendo que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se

um dos seguintes requisitos: a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (*periculum libertatis*).

Além destes requisitos (cuja presença não precisa ser cumulativa, mas alternativa), a lei prevê critérios que deverão orientar o Juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (*fumus commissi delicti*). Evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor.

Procurou-se, portanto, estabelecer os critérios justificadores para as medidas cautelares no âmbito processual penal, inclusive no que diz respeito às prisões provisórias, incluindo-se a prisão temporária, "pois são regras abrangentes, garantidoras da sistematicidade de todo o ordenamento."[1]

Assim, quaisquer das medidas cautelares de natureza penal só se justificarão quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (ou o *periculum in mora*, conforme o caso) e só deverão ser mantidas enquanto persistir a sua necessidade, ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua mantença, obedecerá à cláusula *rebus sic stantibus*.

Foto: Depositphotos

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente e serão decretadas pelo Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Somente poderão ser decretadas de ofício pelo Juiz durante a fase processual. Antes, no curso de uma investigação criminal, apenas quando instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia. Ainda que tenha sido louvável esta limitação, parece-nos que no sistema acusatório é sempre inoportuno deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias, mesmo durante a instrução criminal. É absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, *ex officio*, ainda que em juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade, etc.), pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo.

Claro que há efetivamente certo distanciamento dos postulados do sistema acusatório, mitigando-se a imparcialidade[2] que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, que não se coaduna com a determinação pessoal e direta de medidas cautelares. "*Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demonstrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales*", como bem acentua Alberto Binder.[3]

Como ensina Muñoz Conde, "*el proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido.*"[4]

Com efeito, não se pode, por conta de uma busca de algo muitas vezes inatingível (a verdade...) permitir que o Juiz saia de sua posição de supra partes, a fim de auxiliar, por exemplo, o Ministério Público a provar a imputação posta na peça acusatória. Sobre a verdade material ou substancial, ensina Ferrajoli, ser aquela "*carente de limites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida ´verdad sustancial´, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivismo ético sobre el que se basea el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal*". Para o mestre italiano, contrariamente, a verdade formal ou processual é alcançada "*mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo de cualquier hipotética ´verdad sustancial´*"[5].

Vê-se, portanto, que se permitiu um desaconselhável "agir de ofício" pelo Juiz. Não é possível tal disposição em um sistema jurídico acusatório, pois que lembra o sistema inquisitivo caracterizado, como diz Ferrajoli, por "*una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad*", ou seja, este sistema "*confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga*".[6]

Atendendo à exigência constitucional do contraditório, dispõe o § 3º do art. 282 que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (quando, então, será tomada *inaudita altera pars*, como, por exemplo, uma interceptação telefônica), o Juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias; neste caso, os autos devem permanecer em juízo. Parece-nos que mesmo no caso da medida ser determinada de ofício pelo Juiz, deve assim também se proceder, ou seja, ouvir-se a parte a quem a medida possa trazer algum prejuízo, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses de urgência ou de perigo para a eficácia da decisão. Não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais.

Esta exigência do contraditório (prévio ou postergado) aplica-se, inclusive, quando se tratar da prisão provisória (temporária ou preventiva), pois típica medida cautelar, ressalvando-se, obviamente, a urgência e a possibilidade de sua ineficácia (prisão preventiva para aplicação da lei penal, por exemplo).

Caso haja descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o Juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal. Observa-se que a lei é expressa ao considerar a prisão cautelar (incluindo-se a temporária) como *ultima ratio*. É imposição legal a excepcionalidade da prisão provisória, que somente deverá ser decretada quando não for absolutamente cabível a sua substituição por outra medida cautelar. E na respectiva decisão, esta imprescindibilidade deve restar claramente demonstrada, nos termos do art. 93, IX da Constituição.

Como dissemos acima, a medida cautelar decretada poderá ser revogada ou substituída quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a ser decretada, se sobrevierem razões que a justifiquem (é a conhecida cláusula *rebus sic stantibus*). Aqui também, deve-se atender à exigência constitucional do contraditório, na forma do § 3º do art. 282.

Pois bem.

A prisão domiciliar é uma espécie de medida cautelar consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Não se trata de novidade em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista o art. 117 da Lei de Execução Penal[7]. A prisão domiciliar, portanto, pode ser decretada como uma medida cautelar autônoma.

Nada obstante, havendo prova idônea das exigências legais, esta medida cautelar também poderá servir como sucedâneo da prisão preventiva quando o agente for maior de oitenta anos. A prova desta condição, por evidente, só poderá ser feita pela respectiva certidão de nascimento ou documento de igual valor, à luz do art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Aqui faço uma observação: por que não se estabeleceu idade igual ou superior a sessenta anos, coerentemente com o disposto no art. 1º, da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso?

Também cabível a substituição quando o preso preventivamente estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave, a ser confirmada por

atestado médico ou, em caso de dúvida, por perícia oficial.

Igualmente exigível a substituição quando a presença (física, moral ou psicológica) do preso for imprescindível, independentemente de parentesco, aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade. Urge também neste caso perguntar por que não se estabeleceu a idade até doze anos incompletos, também coerentemente com o art. 2º, da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Outrossim, substituir-se-á a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando for imprescindível, também independendo de relação de parentesco, aos cuidados especiais de pessoa com deficiência. Já para a prova destas circunstâncias poderá o Juiz, além da respectiva certidão de nascimento para prova da idade, valer-se de profissionais de serviço social para atestar a imprescindibilidade dos cuidados, além de perícia médica em caso de dúvida fundada quanto à existência de deficiência.

Agora, por força da alteração legislativa, também tratando-se de gestante, independentemente do mês de gestação, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Como dito acima, sendo a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, preenchidas as exigências legais, um direito subjetivo público do indiciado ou acusado, é passível de ser garantido por meio de *habeas corpus*.

Importante ressaltar, repita-se, interpretando-se de maneira conjugada os arts. 317 e 318 que a prisão domiciliar não é meramente uma medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, podendo ser determinada de maneira autônoma, consoante os requisitos gerais previstos no art. 282.[8]

Por fim, impõe-se agora a seguinte indagação: esta nova lei deve ser aplicada retroativamente, ou seja, em relação aos réus ou investigados que supostamente cometeram infrações penais anteriormente à sua vigência? Ou, ao contrário, tão somente em relação aos fatos vindouros, tendo em vista tratar-se de uma lei processual penal?

Sabemos que há dois princípios que regem o direito intertemporal em matéria criminal: a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o acusado (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição da República) e a lei processual penal aplica-se imediatamente (art. 2º do Código de Processo Penal: *tempus regit actum*).

O princípio da irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica, insere-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, tendo força vinculante, "*no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos*", como afirma Perez Luño[9], tendo também uma conotação imperativa, "*porque dotada de caráter jurídico-positivo*"[10].

Logo, à vista desses dois princípios, haveremos de analisar o disposto no novo art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal. Desde logo, é preciso definir a natureza da norma contida neste dispositivo legal: seria ela de conteúdo processual ou penal? É certo que ela trata de uma medida cautelar, impondo a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em determinados casos. Neste aspecto, ela tem uma conotação claramente processual. Se admitirmos tratar-se de norma processual não há que se falar, obviamente, em retroatividade, fenômeno jurídico típico do direito intertemporal relativo às normas penais.

Porém, é preciso atentar que esta medida cautelar diz respeito ao direito de liberdade (provisória) do investigado/acusado, matéria, obviamente, de direito material, prevista no art. 5º, LXVI da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de uma norma processual material, ainda que tal diferença, em alguns casos, não seja tão perceptível. Klaus Tiedemann, por exemplo, "destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais."[11]

No Brasil, comentando a respeito de tais normas, Tucci entende que elas "deverão ser aplicadas, em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressalvando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, – estas excepcionais por natureza." [12]

No mesmo sentido é a opinião de Grandinetti Castanho de Carvalho: "Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual."[13] Atente-se "que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio."[14]

Assim, sendo uma norma processual penal material, é possível a sua aplicação a partir de uma visão mais benéfica para o suposto autor do fato, seja para fazer incidir a regra (do jogo) anterior (em uma espécie de "ultratividade"), seja proibindo a "retroatividade" da nova regra (do jogo) para casos passados.

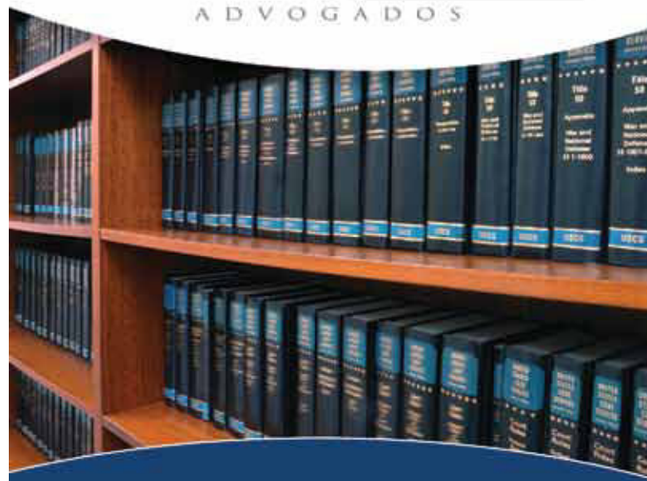
Saliente-se que por lei mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois "*en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es dicer, al todo el contenido que hace recaer sobre la conduta*, sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que "*la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto*, tal como ensina Zaffaroni.[15]

Concluindo: a partir de agora, é preciso que os juízes e tribunais revejam todos os casos em que réus (ou indiciados) estejam presos provisoriamente e em uma das situações indicadas nos três últimos incisos do art. 318, ora modificados. Neste sentido, devem fazê-lo de ofício, independentemente, portanto, de requerimento. Se não o fizerem, ou negarem o direito (subjetivo público do preso), cabível será a impetração de *habeas corpus*, tendo em vista a patente ilegalidade perpetrada.

Notas

[1] Pierpaolo Bottini. ob. cit., p. 457.
[2] Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, "*en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión*." (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).
[3] *Iniciación al Proceso Penal Acusatório*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43.
[4] *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma: 2000, p. 107.
[5] *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, pp. 44 e 45.
[6] Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 604.
[7] Art. 117 – Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.
[8] Neste mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini, "Medidas Cautelares – Projeto de Lei 111/2008", *in As Reformas no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 482.
[9] *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editora Tecnos, 1993, p. 67.
[10] *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2001, p. 62.
[11] *Apud* Taipa de Carvalho. *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 220.
[12] *Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 124.
[13] *O Processo Penal em Face da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.
[14] Eduardo J. Couture, Interpretação das Leis Processuais, Rio de Janeiro: Forense, 4ª, ed., 2001, p. 36.
[15] *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.

BERGQVIST & ALVAREZ
ADVOGADOS



O escritório tem sede na cidade do Rio de Janeiro, com filiais em São Paulo e Salvador, além de manter estreito relacionamento operacional com outros proeminentes escritórios de advocacia nas principais cidades do Brasil, tais como Brasília e Belo Horizonte.

Nossa equipe de profissionais possui rigorosa formação técnica e experiência adquirida em inúmeros casos, de modo a apresentar soluções para os mais diversos problemas trazidos pelos clientes.

O escritório atua intensamente na área do Direito empresarial, com grande ênfase no contencioso cível e fiscal. Nossos profissionais também estão aptos a prestar assessoria jurídica a pessoas físicas e jurídicas nas áreas societária, fiscal, trabalhista, previdenciária, comercial, administrativa, ambiental, imobiliária e defesa da concorrência, entre outras.

ÁREAS DE ATUAÇÃO

DIREITO TRIBUTÁRIO • DIREITO CIVIL
DIREITO COMERCIAL • DIREITO SOCIETÁRIO
DIREITO PREVIDENCIÁRIO • DIREITO DO TRABALHO

Rio de Janeiro: Rua Sete de Setembro, 99, 15º andar – Centro
Tel: (21) 2222-0107

São Paulo: Rua Padre João Manoel, 755, 15º andar, conj. 152
Cerqueira César • Tel: (11) 3896-1777

Bahia: Av. Tancredo Neves, 1.283, Sls. 403/404, Ed. Empresarial Ômega – Caminho das Árvores • Tel: (71) 3341-0707

www.ba-advogados.com.br

A hora é esta

Antonio Oliveira Santos | Presidente da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo

"O exame criterioso dos dados estatísticos atuais e sua projeção para os próximos 10 a 15 anos indica uma situação insustentável do sistema da Previdência Social. Em nome dos interesses fundamentais da classe trabalhadora, é importante regulamentar certos dispositivos legais, a fim de estabelecer uma idade mínima para aposentadoria, um prazo adequado de contribuição e uma igualdade de condições e tratamentos entre homens e mulheres."

De longa data, os empresários do comércio vinculados à Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo vêm se manifestando, coerentemente, sobre os grandes temas de interesse nacional que estão sendo negligenciados nos debates sobre as possíveis soluções para as dificuldades enfrentadas na conjuntura atual, principalmente no campo político e econômico. É nosso entendimento que a crise atingiu um perigoso ponto de rutura, que precisa ser corrigido com urgência, antes que possa desaguar em uma crise social de sérias consequências.

No campo das chamadas reformas de base, nossa convicção é de que o Governo, tanto o Poder Executivo, como o Legislativo, precisam coincidir nos esforços para concluir os diagnósticos da crise e a formulação das soluções.

Há um amplo consenso no mercado sobre a necessidade de serem adotadas medidas urgentes para corrigir as principais causas responsáveis pela séria crise econômica. De um modo geral, podemos destacar três áreas onde, visivelmente, se impõe uma reforma urgente:

Na área tributária, é evidente a necessidade de redução dos numerosos impostos e contribuições que pesam sobre o setor produtivo. Na atualidade, o Brasil ostenta uma carga fiscal que se aproxima de 38% do PIB, maior do que a de muitos países desenvolvidos, que ostentam serviços públicos de alta qualidade. Paralelamente, registra-se entre nós uma insuportável burocracia fiscal, que eleva substancialmente o peso da carga tributária e é responsável, em grande parte, pela baixa produtividade dos investimentos e pela insegurança jurídica, de que resulta a falta de confiança na política econômica do Governo e o baixo nível dos novos investimentos privados.

Foto: Arquivo CNC

Antes de qualquer outra providência, é essencial buscar por todos os meios a redução da atual carga tributária, em um período razoável de tempo. Ao mesmo tempo é imperioso concluir um diagnóstico amplo sobre a burocracia oficial e implementar as medidas adequadas para reduzi-la.

Um segundo problema crucial é o que se relaciona com a complexidade na área trabalhista, que onera a produção e cria sérios obstáculos para a contratação da mão de obra nacional. É de tal ordem o peso desse problema que muitas empresas industriais estão transferindo seus estabelecimentos fabris para outros países. É o caso específico do Paraguai, para onde, ao que consta, um grande número de empresas brasileiras está reorientando seus investimentos.

O Governo não pode negligenciar a adoção de medidas que visem dar maior flexibilidade às relações entre o capital e o trabalho, de regular adequadamente, e com base em sólida segurança jurídica, o processo de terceirização dos contratos empregatícios. Em complementação, é importante, sem quebra dos direitos adquiridos, dar sentido prático à sistemática de valorização dos acordos coletivos, a fim de assegurar que o negociado cuidadosamente no interesse dos trabalhadores e dos empregadores prevaleça sobre a rigidez da legalização. Nesse mesmo sentido, importa dar apoio necessário às empresas em dificuldades temporárias, que desejem fazer uso do PPE – Programa de Proteção ao Emprego.

Em terceiro lugar vem a questão da Previdência Social, cuja reforma interessa particularmente aos trabalhadores brasileiros e suas famílias. É sabido o desequilíbrio básico das contas do SGPS – Sistema Geral da Previdência Social, que abriga a previdência urbana e rural, além de vários programas de assistência social, como, principalmente, o programa baseado na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, que objetiva garantir um salário mínimo de benefício mensal aos idosos e às pessoas com deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de sua família.

O exame criterioso dos dados estatísticos atuais e sua projeção para os próximos 10 a 15 anos indica uma situação insustentável do sistema da Previdência Social. Em nome dos interesses fundamentais da classe trabalhadora, é importante regulamentar certos dispositivos legais, a fim de estabelecer uma idade mínima para aposentadoria, um prazo adequado de contribuição e uma igualdade de condições e tratamentos entre homens e mulheres. Isso, sem mencionar as inúmeras distorções e privilégios que vigoram para certas categorias de aposentados e pensionistas, que oneram substancialmente o desequilibrado orçamento do INSS.

A hora é esta.

Foto: Arquivo JC

Novas regras eleitorais

André L. M. Marques | Advogado

Em 29 de setembro do ano passado entrou em vigor a Lei nº 13.165, que alterou profundamente o processo eleitoral, ao "encurtar" a campanha, proibir a doação de pessoas jurídicas entre outras mudanças substanciais.

As mudanças foram substanciais em todas as fases do processo eleitoral e nos principais diplomas legais que o regem, notadamente a Constituição Federal e as Leis Federais nºs 4.737/65 (Código Eleitoral), 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) e a 9.504/97 (Lei das Eleições).

Isso importa em atenção redobrada de todos os operadores do Direito Eleitoral, principalmente aqueles que têm o hábito de transitar por este tema apenas nos anos pares e, vez por outra, acabam sendo traídos por uma leitura superficial do texto, por acreditarem ser ele muito simples e autoexplicativo, relegando para segundo plano o cotejo com as normas do direito anterior e a evolução tão mutante e dinâmica da jurisprudência das Cortes Eleitorais em todas as instâncias.

Portanto, atentemo-nos às novidades! Eis as novas regras para inscrição no pleito.

Convenção: o que, antes, a Lei 9.504/97 previa que fosse entre 12 e 30 de junho do ano em que se realiza as eleições, passou para o período compreendido entre 20 de julho e 5 de agosto, com a nova redação dada ao artigo 8º da Lei das Eleições.

Filiação: o que, antes, a Lei 9.504/97 estabelecia o prazo mínimo de um ano para o candidato estar filiado a um partido para que pudesse concorrer às eleições, agora foi reduzido para 6 (seis) meses antes da data do pleito, conforme nova redação do artigo 9º da Lei das Eleições.

Tal alteração trouxe a reboque a possibilidade de mudança de partido pelos políticos em exercício de mandato, de modo a não serem alcançados pelas regras de infidelidade previstas na Resolução 22.610/07 do TSE, a chamada "janela", mas que, com o advento da recente Emenda Constitucional nº 91, de 18/2/2016, acabou se transformando em duas "janelas". Vejamos.

Fidelidade partidária e as "janelas" para troca de partido: como dito, a Lei Federal nº 13.165/2015 provocou alterações na Constituição Federal, no Código Eleitoral (4.737/65), na Lei Orgânica dos Partidos Políticos (9.096/95) e na Lei das Eleições (9.504/97), tudo isto com a finalidade de "reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina". Esta, aliás, é a transcrição da ementa da própria Lei nova.

Todavia, para fins de analisar a questão da "janela" para troca de partido sem dar azo à perda do mandato eletivo pelos seus detentores, há que se levar em conta, também, a recentíssima Emenda Constitucional nº 91, de 18/2/2016.

Isto porque, tanto a reforma eleitoral aprovada em 29/9/2015, quanto a Emenda Constitucional 91 de 18/2/2016, trouxeram exceções à regra da fidelidade partidária pela qual, ressalvadas as hipóteses anteriormente conhecidas, aquele que se desligasse do partido pelo qual foi eleito perderia o mandato.

Confiram-se os novos dispositivos que passam a vigorar já para as Eleições de 2016:

> i. Lei 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos):
> "Art. 22-A - Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.
> Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:
> (...)
> III – mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente".
> (Artigo 22-A incluído pela Lei nº 13.165/2015, grifamos)
>
> ii. Emenda Constitucional 91/2016:
> "Art. 1o - É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão."

Numa primeira e rápida leitura, tais normas apresentam um aparente e possível conflito entre si e, como ainda não há jurisprudência sobre o tema, cumpre-nos interpretar sob o prisma da *mens legis*, da finalidade e do momento histórico que vivemos na política atual do Brasil.

Isto porque, as mudanças dos conteúdos programáticos de alguns partidos e dos seus alinhamentos mudaram radicalmente desde a entrada neles de vários de seus integrantes, que passaram a se sentir desconfortáveis com a permanência naquelas agremiações. Basta ler as notícias que se sucedem diariamente e que, no futuro, servirão de manancial para os mais jovens que quiserem entender a causa destas mudanças pontuais na Constituição Federal e na legislação das Eleições.

Ora, o legislador não editaria duas novas normas para, de pronto, desde os seus respectivos nascedouros, já se apresentarem contraditórias entre si. Logo, como a EC 91 foi promulgada em 18/2/2016, a "janela" de 30 dias ali prevista e que se encerrou em 19/3/2016, dirige-se aos parlamentares e demais detentores de cargo eletivo que não estão concorrendo nas eleições municipais de 2016.

Para os que concorrerão neste ano, vale o comando contido no inciso III do novel artigo 22-A da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que faz referência expressa à "mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente".

Portanto, lembrando que o término do prazo de filiação para concorrer às eleições passou a ser de seis meses anteriores ao pleito, que neste ano de 2016 dar-se-á em 2 de outubro, o período de 30 dias que antecede o término daquele prazo se iniciou em 3 de março e findará em 1º de abril, uma vez que os concorrentes à reeleição para os cargos de Prefeito, Vereador e Vice-Prefeito estão no curso de seus "mandatos vigentes".

Logo, podemos dizer que tais mudanças criaram dois períodos de "janela" para transferência de partido sem perda de mandato, isto é: um para os Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores candidatos à reeleição, o período compreendido entre 2/3/16 e 2/4/16; e outro para os demais detentores de mandato eletivo, cuja disciplina se dá pela Emenda Constitucional nº 91/2016, que foi promulgada em 18/2/16, iniciando-se nesta data e findando em 19/3/16.

Como as alterações são bem recentes, não havendo ainda jurisprudência ou doutrina consolidada sobre o tema, além do que aqui se expõe e se entende, merece leitura o competente artigo da lavra do Eminente Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante, publicado no sítio eletrônico "Dizer o Direito", que profere posicionamento no mesmo sentido.

> “As mudanças dos conteúdos programáticos de alguns partidos e dos seus alinhamentos mudaram radicalmente desde a entrada neles de vários de seus integrantes, que passaram a se sentir desconfortáveis com a permanência naquelas agremiações.”

Quantidade máxima de candidatos na nominata dos partidos (Lei nº 9.504/97, art. 10): a redação original do artigo 10 previa como número máximo de candidatos inscritos na nominata do partido o correspondente ao dobro de vagas a serem preenchidas. Com a reforma, passou a 150% (cento e cinquenta por cento).

Cota de gênero ou cota feminina (Lei nº 9.504/97, art. 10): apesar de a Lei estabelecer no seu art. 10 as proporções para cada sexo, na verdade, como a participação das mulheres é sempre menor no processo eleitoral, a prática convencionou tratar como “cota feminina” a razão de 30% (trinta por cento) das vagas de candidatos nos partidos políticos.

Na reforma trazida pela Lei nº 13.165/2015, insta salientar que a “cota feminina” continua mantida na proporção de 30%, sendo certo que, nesse cálculo, se a fração for igual a meio, será igualada a um, e se menor, deverá ser desprezada na forma dos § 3º e § 4º desse mesmo artigo 10.

Por exemplo, em um Município que eventualmente existam 29 cadeiras na Câmara de Vereadores, cada partido poderá inscrever até 73 candidatos, com 22 vagas destinada às mulheres.

Data limite de registro (Lei nº 9.504/97, art. 11): outra mudança deveras importante foi a fixação de nova data para o registro das candidaturas, que implicou no “encurtamento” da campanha eleitoral e do período de propaganda, com a finalidade clara de proporcionar a redução de custos e gastos eleitorais.

Na vigência da redação original do artigo 11 da Lei das Eleições, a data limite para o registro era às 19 horas do dia 5 de julho do ano do pleito. Com a reforma, passou a ser às 19 horas do dia 15 de agosto, ou seja, atrasou em 40 (quarenta) dias o prazo.

Da propaganda eleitoral em geral, no rádio e na televisão, inclusive por assinatura: em função das mudanças até aqui relatadas, a data de início da propaganda eleitoral também foi modificada. O que antes tinha início em 6 de julho do ano das eleições, agora começará ocorrer a partir do dia 16 de agosto, face à nova redação do artigo 36 da Lei nº 9.504/97.

Este “encurtamento” do prazo de propaganda tem a finalidade de, em tese, diminuir os custos da campanha eleitoral, seja com material gráfico (“santinhos”, bandeiras, etc.), gastos com pessoal, veículos (inclusive os chamados “carros de som”) e de produção dos programas de rádio e TV, como uma medida para diminuição de despesas que levam ao encarecimento das campanhas e toda sorte de mazelas que isso pode desencadear, em especial a utilização de recursos não contabilizados (conhecido como “Caixa 2”), cujas origens ilícitas vêm tomando conta do noticiário.

Entre as mais diversas alterações sobre a propaganda eleitoral, que demandariam não um artigo mas uma revista inteira sobre o tema, merece destacar a de maior alcance pois que invade as casas, os carros, os ônibus, os elevadores, enfim, as vidas de todos os brasileiros que queiram ou não participar do processo eleitoral, qual seja: a propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV.

Com o novo calendário, o horário eleitoral gratuito começa, portanto, no dia 26 de agosto de 2016, indo até 29 de setembro de 2016 e, se houver 2º Turno, reinicia em 48 (quarenta e oito) horas após a proclamação do resultado do 1º Turno, indo até a antevéspera da eleição, ou seja, se não houver nenhum fato anormal, de 4 a 28 de outubro de 2016.

Pela leitura dos novos dispositivos, vê-se que o horário eleitoral gratuito, da forma que estamos habituados, foi bem modificado e reduzido, dando-se maior destaque às inserções (ou “comerciais”, na linguagem dos “eleitoralistas”), que se dão ao longo da programação normal.

Com isso, encerramos esse breve apanhado da última Reforma Eleitoral trazida pela Lei nº 13.165/2015 e pela Emenda Constitucional nº 91/2016, fazendo votos (com bastante trocadilho!) pelo seu alcance efetivo, de depurar e aperfeiçoar o processo eleitoral brasileiro que, mesmo diante de tantos problemas e de tamanho desgaste da classe política, continua sendo a melhor forma de escolher aqueles que conduzirão os destinos do nosso povo.

Isto, porque, lembrando BRECHT, continuo acreditando que a democracia é o único caminho para banir “o pior de todos os bandidos, que é o político vigarista, pilantra, corrupto e lacaio das empresas nacionais e multinacionais.”

GONÇALVES COELHO

ADVOCACIA

SÃO PAULO
Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1478/1201 – Jardim Paulistano – (55) 11 3815 9475
www.gcoelho.com.br