

# Prática FORENSE

www.zkeditora.com

ano III

dezembro/2019

nº 36



 zakarewicz  
editora

## Assédio processual do poder público nas ações de improbidade administrativa e nas investigações disciplinares



Prática de Processo

O problema das demandas  
massificadas frente a  
uma Justiça Artesanal

Reis Friede

Direito e Ficção

Joker  
A canastra suja da vida

Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

Direito e Literatura

Resenha – Escrito sobre a  
Liberdade – Volume 4 – Liberdade,  
Intimidade, Informação e Expressão

Luís Rodolfo Cruz e Creuz

# ASSINE conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



# prática FORENSE

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nas-sif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georganor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Diretor Geral:** André Luis Marques Viana

**Revisão:** ZK Editora

**Arte e Diagramação:** Charles Design

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3263-1362

Home-page: [www.zkeditora.com/pratica](http://www.zkeditora.com/pratica)

**Redação e Correspondência**

[artigos@zkeditora.com.br](mailto:artigos@zkeditora.com.br)

**Revista Conceito Jurídico** é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

[comercial@zkeditora.com.br](mailto:comercial@zkeditora.com.br)

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR  
EM SINTONIA COM AS  
TENDÊNCIAS DO  
MUNDO JURÍDICO



  
zakarewicz  
editora



---

POR MÁRCIA DESSEN

---

ARQUIVO PESSOAL

## Ano novo, vida nova

*Reúse, reduza, recicle, repense, invista mais em você, simplifique a vida e suas finanças!*

**T**á faltando tempo, dinheiro, paciência, esperança? Não adianta culpar a crise, a política, o salário baixo, está na hora de rever comportamento e escolhas que justificam parte ou todos os problemas que precisam de solução.

Trace novas metas para 2020, faça diferente, comece a fazer coisas que você não faz e pare de fazer coisas que geram impacto negativo em você, na sociedade, no ambiente. Grande parte dos problemas que nos aflige depende exclusivamente de nossas atitudes e decisões.

Temos 24 horas todos os dias para usar como bem entendermos. Dizem os especialistas da área da saúde que 8 horas de sono são sagradas. Se formos

produtivos, não precisamos de carga superior a 8 horas para desempenharmos o trabalho ao qual nos dedicamos. Restam 8 horas para convívio com a família, amigos, lazer, estudo, atividade física ou com o necessário descanso.

Para os que vivem em grandes cidades, o tempo de deslocamento de casa para o trabalho ou para a escola deve, infelizmente, ser colocado nessa conta. Perda de tempo e de paciência.

Reavalie como você está usando o seu tempo e encontre uma forma de melhorar sua saúde, seu humor, sua qualidade de vida.

E as finanças, como vão? Tomou a decisão de mudar a forma como se relaciona com o dinheiro, mas não sabe por onde começar? Mudar hábitos de consumo, abrir mão de pequenos prazeres, cortar excessos, pensar antes de gastar, são etapas de um processo necessário para recomeçar.

O primeiro passo é mudar comportamento. Procure identificar o que está errado. Mesmo que você acredite que está tudo bem, repense, não está. Pare de transferir riqueza para o mercado e priorize a si mesmo. Passeios ao ar livre substituem visitas ao shopping; restaurantes perdem espaço para a boa e saudável comida caseira; cancele os cartões e pague tudo em dinheiro; simplifique e aprenda a viver com menos.

Mude a forma de gastar o seu dinheiro, avalie as escolhas feitas em 2019, quais faria de novo e de quais se arrepende, repense, o exercício de escolha é permanente. Estabeleça limites, não avance o sinal, não gaste com coisas banais que não geram impacto positivo na sua vida.

Só existem duas formas de recuperar o equilíbrio financeiro, gastando menos ou ganhando mais. Se for possível combinar as duas coisas, o resultado virá bem mais rápido. Outra forma de aumentar o caixa é vender coisas que tenham valor. Vender o carro, por exemplo, pode proporcionar o dinheiro para se livrar das dívidas além de reduzir muito o orçamento da família a partir do mês seguinte. O dinheiro que antes faltava, vai começar a aparecer.

O esforço é coletivo, os fatos precisam ser compartilhados com todos os membros da família. Muitas vezes, a tentativa de poupar os entes queridos acaba agravando a situação, e patrocina a percepção de uma falsa realidade. Aprender a viver dentro dos limites, éticos e financeiros, é um aprendizado valioso.

Dívidas? Procure os credores para uma conversa séria, afinal, o problema é deles também. O credor tem todo o interesse de receber de volta ao menos parte do dinheiro que emprestou, e vai cooperar para que, juntos, encontrem uma saída.

Planejamento financeiro é o caminho! Pague a você em primeiro lugar e separe parte da sua renda para formar uma reserva financeira, necessária para emergências. Nunca gaste mais do que você ganha e entenda que o limite do cartão de crédito e do cheque especial não fazem parte de sua renda. Gaste somente com coisas que têm significado na sua vida. Feliz 2020! 🍀

---

**MARCIA DESSEN** é Planejadora financeira com a certificação CFP®, autora do livro *Finanças Pessoais: o que fazer com seu dinheiro*, diretora da Planejar, Associação Brasileira de Planejadores Financeiros.

## 3

### Primeira Página

Ano novo, vida nova

*Márcia Dessen*

## 35

### Destaque

Livres, independentes,  
o mundo e o Brasil  
sobreviverão

*Amadeu Garrido de Paula*

## 44

### Gestão de Escritório

Conflitos judiciais em  
aquisição de *softwares*

*Andrea Modolin*



## 52

### Direito e Literatura

Resenha – Escrito sobre  
a Liberdade – Volume 4  
– Liberdade, Intimidade,  
Informação e Expressão

*Luís Rodolfo Cruz e Creuz*



## 68

### Questões de Direito

Lei de drogas. Qual a  
medida penal adequada?

*Wiliam Dias*



## 7

### Especial

Assédio processual  
do poder público nas  
ações de improbidade  
administrativa e nas  
investigações disciplinares

*Mauro Roberto Gomes de Mattos*



## 36

### Painel Universitário

A necessidade de nomeação  
de curador especial na  
citação ficta

*Laudicena Rodrigues Hipólito,  
Patrícia Joyce de Sousa Carvalho e  
Rodrigo de Lima Leal*



## 46

### Direito e Ficção

Joker  
A canastra suja da vida

*Sergio Ricardo do Amaral Gurgel*



## 59

### Know How

A inconstitucionalidade da lei  
que cria o fundo eleitoral e o  
estado democrático de direito

*Anderson Couto do Amaral*



## 70

### Vade Mecum Forense

Os riscos de ser servidor  
público. Um paralelo com  
os contratos

*Ivan Barbosa Rigolin*



76

## Expressões Latinas



*Ab intestato – I*

*Vicente de Paulo Saraiva*

79

## Visão Jurídica



**Possibilidade de candidaturas avulsas no sistema eleitoral brasileiro**

*Renée do Ó Souza e  
Leonardo Yukio D. S. Kataoka*

84

## Saiba Mais



**Airbnb: violação das regras condominiais ou simples uso do direito de propriedade?**

*Daniel Ferreira Martins*

86

## Questões de Ordem



**Dia 2 de Dezembro – Dia do Advogado Criminalista!**

*Luiz Flávio Borges D'Urso*

88/90

## Enfoque



**A legislação do jogo**  
*Ives Gandra da Silva Martins*

**Em nome da verdade e contra a jogatina**  
*Paulo Fernando Melo da Costa*

94

## Casos Práticos



**Meio humano, meio máquina**

*Eudes Quintino de Oliveira Júnior*

92

## Como Decidem os Tribunais



**A responsabilidade da empresa é objetiva em acidentes de trabalho de profissionais em atividade de risco**

*João Badari*

96

## Prática de Processo



**O problema das demandas massificadas frente a uma Justiça Artesanal**

*Reis Friede*

98

## Prática de Processo



**Nota sobre prisão preventiva à luz da Lei do Pacote Anticrime**

*Carlos Eduardo Rios do Amaral*

102

## Espaço Aberto

**O comprimento da saia de uma advogada pode impedi-la de exercer sua profissão?**

*Adriana Filizzola D'Urso*

# Assédio processual do poder público nas ações de improbidade administrativa e nas investigações disciplinares

por MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

**“O “assédio processual” é algo nefasto que agride ao direito e ao princípio da dignidade humana, não sendo admitido perante o ordenamento jurídico. É necessário uma reflexão sobre o tema, em especial para que o Poder Público tenha todo o cuidado jurídico necessário quando exercer a sua persecução, quer no âmbito disciplinar, quer na esfera civil, com o ajuizamento das ações de improbidade administrativa.”**



O assédio em bom vernáculo corresponde a insistência impertinente, a perseguição, verificada nas relações humanas. O ajuizamento de ações sem fundamento para atingir objetivos maliciosos é considerado assédio processual. Em recente julgamento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ.<sup>1</sup>

Portanto, considerou a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ ato ilícito o abuso do direito de acionar.

No campo do Direito Público o “assédio” vem corporificado na perseguição que o poder estatal exerce “falsamente” quando instaura seu poder persecutório desmotivadamente ou com insistência, na ânsia de acusar o agente público até a exaustão, mesmo ausente uma causa justa ou legítima.

Isso ocorre quando se promove investigações desprovidas de plausibilidade jurídica, ou quando existe uma repetição de acusações sobre o mesmo fato sem a mínima consistência ou base empírica.

Se de um lado o poder público possui o dever de investigar as irregularidades funcionais que lhes são de conhecimento, do outro lado possui o dever de não importunar os agentes públicos que cumprem o seu *munus* com dignidade e ética, não infringindo o código de conduta no que pertine as suas obrigações e deveres funcionais previstos em lei.

Essa tem sido uma das maiores lutas dos agentes públicos no campo sancionatório, onde a Administração Pública ou o próprio Ministério Público, como parte acusadora, levam o agente público à “exaustão” com acusações repetidas ou desfundamentadas, sem mínimos indícios de autoria ou de materialidade devidamente caracterizadas.

Apesar de ser poder discricionário da Administração Pública apurar as irregularidades funcionais que identifica, também é dever de todos, inclusive do Poder Público, o exercício da boa-fé subjetiva e objetiva nas relações jurídicas em que ela participa.

A boa-fé subjetiva é verificada pela boa-intenção ou, no mínimo, ausência de má-intenção, quando da prática de determinado ato ou conduta.

A má intenção é incompatível com ela e, por isto, a exclui, abrindo espaço para que se identifique um quando de má-intenção, que nada mais é do que a consequência de uma atuação desprovida de boa-fé subjetiva.

A boa-fé possui total correlação com o asseio processual, uma vez que o art. 5º do CPC<sup>2</sup> trata exatamente da boa-fé objetiva aplicada ao processo civil,<sup>3</sup> ultrapassando o entendimento que a boa-fé objetiva é inerente às relações do direito privado.

Portanto, o Ministério Público ao ajuizar ação de improbidade sem lastro viola o dever de lealdade processual, está entendida como boa-fé objetiva processual que lastreia ainda mais o assédio processual.

Por isto, a formação de um juízo de valor quando a avaliação de que determinado agente atuou com boa-fé no plano subjetivo exige perquirição a respeito da intenção que o motivou a praticar o ato.

No campo da persecução estatal, ela é de fundamental importância, pois as investigações se iniciam por atos praticados por aqueles que possuem o poder correccional. Se mal utilizado esse poder persecutório, de forma açodada ou desproporcional, ou a “simples” renovação de acusação ilegítima contra agentes públicos, acarretará no “assédio processual”.

Como já dizia Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda Nazista de Adolf Hitler: “Uma boa mentira repetida centenas de vezes, acaba se tornando uma verdade.”

Assim, a mentira contada por agentes públicos ou por membros do Ministério Público, geralmente trás resultados danosos e, às vezes, como no caso de Goebbels, catastróficos.

No âmbito da ação de improbidade administrativa ou na instauração do processo administrativo, a acusação mentirosa, reforçada pela argumentação apelativa, com eco na mídia, intimida e possui idoneidade para gerar primazia cognitiva no julgador e, assim, dar aparência de veracidade a um fato irreal.

A utilização da esfera correcional para dar suporte a fatos irreais, iniciando ou eternizando investigações, reforça a tese do “assédio processual” onde transcende a busca de direito do órgão acusador, pelo excesso de poder de investigar.

Se de um lado o poder público possui a faculdade de exercer o seu dever de investigar, não se lhe é dado o direito de abusar desta prerrogativa.

Em situações em que o Poder Judiciário absolve determinado agente público na esfera criminal, têm-se verificado um verdadeiro “assédio processual” do Ministério Público, que aciona a esfera disciplinar do órgão competente e ainda propõe ação de improbidade administrativa correlata, eternizando demandas sobre os mesmos fatos (ilícito único), mesmo que o servidor seja reconhecidamente inocente.

Ora, é um verdadeiro martírio para o agente público, que se não sucumbir ao tempo, sofrerá um grande desgaste emocional, no âmbito pessoal, familiar e profissional.

Essa situação tem acontecido com certa frequência, em especial quando o Ministério Público investiga magistrados ou Auditores Fiscais mesmo que o magistrado ou agente público investigado tenha sido absolvido da imputação que lhe foi direcionada na esfera penal, sobre os mesmos fatos, o membro do *parquet* aciona o poder disciplinar correspondente e também propõe ação de improbidade administrativa, com o único intuito de eternizar as demandas contra ele.

Apesar desses atos, em *sumaria cognito*, possam parecer normais, pelo fato das instâncias serem independentes entre si, elas se comunicam para fins de procedibilidade e o excesso ou o abuso do direito de investigar deve ser coibido, logo de plano.

Em sendo assim, este tipo de “assédio processual” se compraz em prática de ato ilícito, onde a perseguição estatal é capaz de *prima facie*, encobrir o abuso de direito de investigação.

As sucessivas investigações ou eventuais ações judiciais, nessas circunstâncias, se transmudam em prática de atos ilícito por parte do poder público.

Assim sendo, constitui desvio de poder o exercício anormal de faculdades administrativas ou judiciais para fins distintos dos fixados pelo ordenamento jurídico.

Deve o intérprete utilizar o seu poder de investigação em prol do interesse público, buscando sempre elucidar fatos que sejam realmente objeto de lícita apuração, através de uma investigação séria e proba, sem interesses escusos ou com a finalidade de prejudicar o agente investigado.

O membro do *parquet* ou o representante legal da esfera correcional interna dos órgãos públicos são dotados de poderes para exercitá-los de forma legítima e não abusiva.

A eternização de investigações judiciais ou disciplinares já é uma forma de assediar o agente investigado.

Por essa razão, é dever tanto da doutrina como do Poder Judiciário não permitirem que sob uma “falsa” perseguição estatal, seja o agente público “assediado processualmente”, por sucessivos e ilegítimos atos do poder persecutório estatal.

Como “uma exigência de ordem político jurídica essencial ao Regime Democrático”, o Min. Celso de Mello, no MS nº 23.452-1/RJ,<sup>4</sup> trouxe as seguintes percucentes considerações sobre o tema, de alta relevância:

“O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. – O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. – Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).”

Com efeito, em qualquer investigação, cível, administrativa ou criminal, demandam fundamentação (motivação) idônea, não sendo admitido que se assentem em fatos vagos ou genéricos, que deixam de ser individualizados para permitirem de qualquer forma, uma devassa na vida do investigado, no afã de algo que possa ser utilizado em uma futura ação.

Também existe a possibilidade de haver o pré assédio processual, quando o Ministério Público ameaça propor ações temerárias. Mas tal situação será abordada em outro estudo.

---

## **DO ASSÉDIO PROCESSUAL**

---

No julgamento do REsp nº 1.817.845/MS, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, pode assentar que o abuso de direito de acionar se qualifica como assédio processual.

Mesmo sendo inédito no direito brasileiro, o termo “assédio processual”, utilizado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, veio em boa hora, e pode ser utilizada também nas relações com o poder público, visto o assédio em questão é o resultado de um abuso processual da parte.

Podendo se utilizar dessa regra também no caso do direito administrativo sancionador, o de o poder correicional dos órgãos públicos, ou até mesmo o Ministério Público, quando se utilizam de forma demasiada de seus poderes persecutórios, abusivamente e imotivadamente, estão fomentando o “assédio processual”.

Isto porque, a figura do abuso do direito material, inicialmente previsto no âmbito do direito privado (art. 187 do Código Civil), segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites

impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, é plenamente aplicável na esfera pública.

O abuso de direito da esfera cível é aquele corporificado no Direito Administrativo como abuso de poder.

A noção do abuso de poder da autoridade pública (equivalente ao *excess de pouvoir* do direito francês) é uma modalidade de abuso de direito<sup>5</sup>, onde é verificada uma atuação desproporcional e injusta<sup>6</sup> do agente, contrária à lei e ao interesse público.

A teoria do abuso não é aplicada somente no campo do Direito Privado, mas em todo o ordenamento jurídico, podendo ser aplicada nos diversos ramos do Direito, incluindo-se nesse contexto o Direito Administrativo.<sup>7</sup>

Apesar de haver um ponto de conexão entre a figura jurídica do abuso de direito e o desvio de poder, por ambos decorrerem do exercício anormal de uma faculdade, contrário à lei, elas são distintas entre si.<sup>8</sup>

O abuso de direito é caracterizado pelo exercício de um direito além dos limites fixados pelo princípio da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico social.

Atribui-se ao filósofo chinês Confúcio (551-479 a.C), que fez várias reflexões há mais de dois mil anos, a conclusão de que “se é humano antes de ser justo”, pensamento reconhecido por Vauver Marques quando afirmou que “não se pode ser justo quem não é humano”<sup>9</sup> expressão que deixa claro que o Autor vincula a ideia de justiça e a natureza de sustentabilidade da natureza humana.

Posto isto, como a Administração Pública é composta por seus agentes, a teoria do abuso de poder não ofusca a configuração do abuso de direito pelo Estado. As citadas teorias não se excluem, se completam, pois o abuso de direito nada mais é do que o uso anormal de uma faculdade jurídica. Apesar de ser “aparente” a sua legalidade, por ter sido praticado por autoridade competente, o abuso de direito se insere na ausência de padrões éticos de probidade, de decoro e boa-fé.

A autoridade pública para agir se submete a lei, ou seja, para praticar o ato administrativo seja ele vinculado ou discricionário, está obrigado a respeitar os limites estabelecidos pela norma administrativa, pois caso venha a ultrapassá-los, estará cometendo abuso de poder.

Segundo Etewaldo de Oliveira Borges,<sup>10</sup> “o abuso do direito é mais amplo do que abuso de poder, eis que todo abuso de poder é abuso de direito, mas nem todo abuso de direito é o de poder.”

Analisando o termo desvio de poder, precisa é a definição de José Cretela Júnior:<sup>11</sup>

“Entendido o desvio de poder, de um modo geral, como o uso indébito que o agente faz do poder para atingir um fim diverso do que a lei lhe confere.”

No âmbito do poder disciplinar, aplica-se subsidiariamente o disposto da Lei nº 9.784/99, onde o seu art. 2º estabelece:

“Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I – atuação conforme a lei e o Direito;

(...)

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

(...)

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;”

Os deveres da boa-fé, da ética e da probidade são ínsitos para toda a persecução estatal, aí incluída a atuação do poder disciplinar e a forma de proceder do Ministério Público,<sup>12</sup> como parte ativa na relação processual da improbidade administrativa.

Como dito pela Min. Nancy Andrighi, Rel p/ acórdão no REsp nº 1.817.845/MS, “essa característica fica evidente no âmbito do processo judicial.”

Isso porque, a parte que utilizar-se de forma abusiva, o seu direito de acionar terá contra si o que vem estabelecido nos arts. 77 a 81 do NCPC/15.

Assim sendo, as chicanas, tramóias, acusações infundadas, mesmo não estando abrangidas de forma clara, implicitamente possuem assento em nosso ordenamento jurídico, com a finalidade de coibir e punir a parte que se utiliza de uma faculdade legal, em prol do “assédio processual” contra outrem.

O controle jurisdicional da atividade investigatória do Ministério Público é uma realidade e possui o condão de qualificar a sua atuação, sem desvios ou abusos.

Nesse sentido, extraem-se as seguintes lições:<sup>13</sup>

“(…)

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O PONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO “PARQUET”, O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL.

– O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova “ex propria auctoritate”, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (“nemo tenetur se detegere”), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). (...)”

Essa lição inicialmente extraída da persecução penal, se corporifica quando o Ministério Público exerce o seu poder persecutório perante a ação de improbidade administrativa, tendo em vista que é dever promover uma acusação fundada em indícios da prática do ato ímprobo.

Isso porque, o abuso de poder do direito de se iniciar a jurisdição não se configura pelo que se revela, mas pelo que se esconde.

Ou como dito pela Ministra Nanci Andrighi no REsp nº 1817.845/MS:

“É por isso que é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo.”

Realmente é preciso repensar processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, pois no caso da improbidade administrativa, as ações são admitidas, em sua grande maioria, em face do interesse da sociedade (*in dubio pro societate*), segundo vem decidindo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Sucedem que apesar de em determinadas situações serem concebidas artificialmente, onde o Ministério Público constrói acusações sob o prisma intelectual do seu subscritor, o fundamento de um pseudo interesse público agride a boa fé processual, pois somente deve-se utilizar a jurisdição sancionadora quando presentes indícios da prática de ato ilícito é que, em tese, devem ser acionadas as respectivas investigações.

Sem plausibilidade jurídica, instala-se o excesso de poder investigatório.

O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo.

Nessa vertente, o *indubio pro societate* deve ser revisto principalmente em nome das novas legislações em vigor (LINDB) e as que irão entrar em vigor (LGPD).

Pela LINDB<sup>14</sup> não há responsabilização do agente público por mera culpa, mas sim quando emite decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28).

Não há como se especular o interesse da sociedade na admissibilidade de uma ação de improbidade administrativa, ou de uma investigação disciplinar ou penal, se ausentes indícios de violação à dever ou obrigação funcional, capitulado como ilícito funcional.

É do interesse da sociedade amedrontar os agentes políticos ou agentes públicos no exercício de suas funções? Será que essa sanha persecutória não inibe o ingresso de pessoas bem intencionadas ao Poder, ou pior, criam uma rede de pessoas que realmente só se interessam por conta do proveito que podem tirar?

Além de infringir a presunção de inocência que milita em favor de todos (art. 5º, inciso LVII, da CF), o princípio do *in dubio pro societate*, de certa forma encontra obstáculo também no art. 5º da LINDB: “Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Assim, o Juiz deve cotejar os bens colocados em jogo com a dignidade da pessoa como defende, o princípio da boa-fé objetiva, da vedação ao assédio processual e da própria continuidade do serviço público, pois uma aceitação preliminar açodada serve como ato inibidor para a prática das verdadeiras atividades públicas por receio de punição.<sup>15</sup>

Desta maneira, nas esferas controladora, administrativa e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que se considere as consequências práticas da decisão.<sup>16</sup>

As decisões de imputações não devem ser abstratas e assim tanto o Ministério Público, como a esfera correccional e o Poder Judiciário devem avaliar o caso concreto sob o ângulo da verdade real, e dos obstáculos e das dificuldades reais do gestor público.<sup>17</sup>

Dentro dessa nova realidade jurídica, como por exemplo, fora dos casos comprovados de corrupção, quando o Ministério Público questiona uma licitação alegando improbidade, pode dar azo, inclusive, à paralização de uma obra, com consequências gravosas para a sociedade. Não menos, o juiz ao acolher a pretensão cautelar da inicial tem a obrigação de prever as possíveis consequências danosas do ato, também para a sociedade.<sup>18</sup>

Abra-se parênteses para registrar as felizes colocações de Thalita Braz Bernardinho:<sup>19</sup>

“A forma como a instituição foi prevista e a percepção que a sociedade tem dele permitem-se que as ações inconsequentes e desproporcionais do Ministério Público, em algumas ocasiões, tenham a aparência de legítimas.

Acreditamos que esse abuso de poder ocorre resumidamente por três razões, sendo elas: (i) a concessão de amplas prerrogativas e competências ao órgão pela lei e pela jurisprudência; (ii) a previsão de poucos limites e instrumentos de controle hierárquico na atuação do Ministério Público; e (iii) a concepção distorcida de seu papel institucional pela sociedade e por membros.”

Não é possível proteger-se a ação de improbidade natimorta, como por exemplo, aquela que é gerada por capricho ou por “assédio processual”, onde o membro do *parquet* a todo custo quer punir o agente público probo e honesto.

O *in dubio pro societate* no presente contexto nada mais é do que a vontade do subscritor da peça sem substrato jurídico, que traz um apelo em nome da sociedade para camuflar o “assédio processual”.

Logo, para se exercer e instaurar a ação de improbidade administrativa, ou a persecução disciplinar, é indispensável juízo rigoroso e fundamentado de controle da legitimidade desse exercício.

Daí que para acusar tanto o Ministério Público, como as corregedorias disciplinares, possuem o dever de ter prova obtida de modo lícito, que demonstre, com relativo grau de certeza, a existência material do fato, aparentemente ilícito e típico, e, com certo grau de probabilidade, a existência de, ao menos, indícios de autoria, coautoria, ou participação, do ato ilícito, no exercício da função pública ou em decorrência dela.

E coube ao Min. Gilmar Mendes, um dos maiores críticos à atuação incontrolada do Ministério Público, a fazer a devida reflexão, em seu voto vencedor no RE nº 593727/MG:<sup>20</sup>

“(...)

Em síntese, reafirmo que é legítimo o exercício do poder de investigar por parte do Ministério Público, porém essa atuação não pode ser exercida de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais:

(...)”

Nessa vertente, o Superior Tribunal de Justiça no citado REsp nº 1.817845/MS, reprimiu os abusos de direito material e processual, verificado no exercício desenfreado, repetitivo e desprovido de fundamentação séria e idônea, ainda que em caráter excepcional, para se caracterizar abuso do direito de ação.

Por analogia, essa posição é plenamente aplicável a persecução estatal, tanto do Ministério Público, como das Corregedorias disciplinares.

Por essa razão, extraem-se as seguintes lições da Ministra Nancy Andrichi, voto vencedor do REsp nº 1.817845/MS:

“(...)

A excepcionalidade de se reconhecer eventual abuso do direito de acesso à justiça deve ser sempre ressaltada porque, em última análise, trata-se um direito fundamental estruturante do Estado Democrático de Direito e uma garantia de amplíssimo espectro, de modo que há uma natural renitência em cogitar da possibilidade de reconhecê-lo

em virtude da tensão e da tenuidade com o próprio exercício regular desse direito fundamental.

Respeitosamente, esse não é um argumento suficiente para que não se reprima o abuso de um direito fundamental processual, como é o direito de ação. Ao contrário, o exercício abusivo de direitos de natureza fundamental, quando configurado, deve ser rechaçado com o vigor correspondente à relevância que essa garantia possui no ordenamento jurídico, exigindo-se, contudo e somente, ainda mais prudência do julgador na certificação de que o abuso ocorreu estreme de dúvidas.

(...)”

Ainda sobre o abuso de direito, identificado pela Min. Nancy Andrighi como abuso processual, ela cita Michele Tarufo<sup>21</sup> que abreviou tal excesso processual pela sigla ADP:

“Tais preocupações são relevantes e merecem atenção. Todavia, não parece que devam elas obstar que se tome em séria conta os problemas do ADP, somente porque o abuso pode ser cometido sob o rótulo de um “direito fundamental processual” e a aplicação de tais direitos não deva ser indevidamente limitada.”

Por um lado, pode-se dizer que não há contradição necessária em se falar de abuso de direitos. Um direito pode ser exercido em muitos modos diferentes e com diferentes propósitos. Por isso, há também a possibilidade de distinguir condutas processuais “justas” e “corretas” daquelas “injustas” e “abusivas”. Por exemplo, que eu esteja investido do direito fundamental de acesso à justiça não significa que eu esteja autorizado a propor qualquer demanda sem nenhum interesse legal (i.e., para perseguir alegações frívolas: ver Hazard), apenas com o intuito de perturbar outra pessoa. Em um caso tal, seria provavelmente dito que eu abuso de meu direito de acesso à justiça. Similarmente: eu estou investido com o direito de defesa em todos os seus aspectos, mas se eu requeiro dezenas de preliminares frívolas e infundadas apenas a fim de provocar atrasos e custos, ou para impedir a corte de tomar o caso em consideração, pode ser dito que estou abusando do direito de defesa (ver, e.g., o caso dos repetitivos pedidos de *habeas corpus* referido por Hazard).

Estes argumentos conduzem à conclusão de que não há contradição inerente entre garantias processuais e ADP. Direitos garantidos podem ser usados de formas incorretas e com propósitos inadequados e, portanto, eles podem ser objeto de abuso (ver, e.g., Oteiza). Por outro lado, garantias processuais não protegem e não legitimam práticas abusivas. Elas visam a proteger direitos, não a legitimar condutas injustas e nocivas. De certo modo, então, o discurso concernente à interpretação e aplicação das garantias constitucionais e o discurso sobre o ADP pertencem a diferentes contextos e – ao menos teoricamente – não devem nem se sobrepor nem conflitar um com o outro. Por assim dizer, a garantia termina quando o abuso começa (e vice-versa).

É claro, entretanto, que o relacionamento entre o ADP e as garantias fundamentais é multifacetado. Garantias devem prevenir abusos processuais, mas elas mesmas podem ser objeto de abuso: a afirmação de uma garantia não é suficiente, infelizmente, para prevenir abusos. Por outro lado, abusos devem ser prevenidos justamente a fim de tornar efetivas as garantias, haja vista que procedimentos em que ocorrem abusos não correspondem aos padrões de lealdade e devido processo. Assim sendo, garantias e ADP não se excluem. A questão é muito mais complexa e lida com o grau de realização de garantias e o grau de prevenção de abusos em diversos sistemas legais.

Um problema diferente diz respeito à possibilidade de o risco de abusos serem usados como um argumento contra o completo desenvolvimento das garantias constitucionais. Em

alguns casos, isto pode representar um perigo real, mas é um problema de tática (se não de política). Este problema surge quando alguma pessoa está tentando bloquear ou limitar a realização de garantias constitucionais e ela está em busca de argumentos para sustentar tal prática. Mas se o perigo do ADP é utilizado “contra” a completa implementação das garantias, este é um argumento errado e ruim: utilizá-lo pode ser definido como um “abuso do argumento”. Uma análise cuidadosa das garantias e do ADP deve ajudar evitando o uso incorreto do perigo do ADP como um obstáculo para a aplicação das garantias processuais.”

Tais fundamentos se projetam para as situações aqui enfrentadas, entre a luta do agente público probo e honesto, que não infringiu no Código de Conduta e mesmo sendo inocente, em tese, recebe contra si investigações disciplinares ou participa do polo passivo de ação de improbidade administrativa, fruto de “assédio processual”.

Situação que, pela ótica do “fiscal de lei” é normal, para o outro lado, o mais frágil e desprotegido, o agente público, a falsa ou imotivada imputação é dessa “condenação”, que somente será revertido após alguns anos de desgastes financeiros e emocionais.

Para esses casos, abre-se o oportuno questionamento decidido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no REsp nº 1817845/MS, que teve como ilícito o “assédio processual”.

A leitura de parte do v. acórdão do REsp citado,<sup>22</sup> se pode sintetizar o assédio processual:

“(…) ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E DE DEFESA. RECONHECIMENTO COMO ATO ILÍCITO. POSSIBILIDADE. PRÉVIA TIPIFICAÇÃO LEGAL DAS CONDUITAS. DESNECESSIDADE. AJUIZAMENTO SUCESSIVO E REPETITIVO DE AÇÕES TEMERÁRIAS, DESPROVIDAS DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E INTENTADAS COM PROPÓSITO DOLOSO. MÁ UTILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE AÇÃO E DEFESA. POSSIBILIDADE.

(…)

1 – Ação ajuizada em 08/11/2011. Recursos especiais interpostos em 15/08/2014 e 19/08/2014.

2 – Os propósitos recursais consistem em definir: (I) se houve omissão ou obscuridade relevante no acórdão recorrido; (II) se o ajuizamento de sucessivas ações judiciais pode configurar o ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa; (III) se o abuso processual pode acarretar danos de natureza patrimonial ou moral; (IV) o termo inicial do prazo prescricional da ação de reparação de danos fundada em abuso processual.

3 – Ausente omissão ou obscuridade no acórdão recorrido que se pronuncia, ainda que sucintamente, sobre as questões suscitadas pela parte, tornando prequestionada a matéria que se pretende ver examinada no recurso especial, não há que se falar em violação ao art. 535, I e II, do CPC/73.

4 – Embora não seja da tradição do direito processual civil brasileiro, é admissível o reconhecimento da existência do ato ilícito de abuso processual, tais como o abuso do direito fundamental de ação ou de defesa, não apenas em hipóteses previamente tipificadas na legislação, mas também quando configurada a má utilização dos direitos fundamentais processuais.

5 – O ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo

que se revela, mas pelo que se esconde. Por esses motivos, é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não pelo que se revela, mas pelo que se esconde. Por esses motivos, é preciso repensar o processo à luz dos basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo ao nobre albergue do direito fundamental do acesso à Justiça.”

Não há que se confundir a liberdade de atuação que possui o Ministério Público, em verificar a existência de fato-infração e seus demais elementos autorizadores para a propositura da ação ou da instauração da investigação, com a obrigação de promover a acusação a todo custo, mesmo que não haja a mínima chance de lograr êxito em sua postulação. Portanto, em não havendo elementos suficientes e comprobatórios da prática do ilícito deve o Ministério Público ou a autoridade competente para instaurar o processo disciplinar, opinar pelo arquivamento do feito. Nesse sentido, aduz Paulo Rangel:<sup>23</sup>

“Deve agir, desde que presentes os requisitos que viabilizam o curso do processo. Assim, pode e deve o Ministério Público deixar de promover a ação desde que o fato apurado no inquérito seja atípico, ou embora típico, não haja a justa causa.”

Vamos mais além, pois entendemos que se não houver no mínimo prova indireta da prática de um ato ilícito, não haverá plausibilidade jurídica para o Ministério Público iniciar sequer a investigação através do inquérito penal ou civil público, em decorrência de que seu poder investigatório não atinge o *status* de macular os direitos fundamentais das pessoas que não podem ter violadas suas intimidades e honra, sem que haja um justo e relevante motivo para tal.

As condições para o regular exercício do direito de agir do Ministério Público ou do poder persecutório disciplinar, vincula-se a uma causa legítima, e não a interesses pessoais ou de autopromoção interna, pois antes de mais nada compete-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis (art. 127, da CF).

Nessas condições, a insistência de acusar-se a qualquer custo, se resume no “assédio processual” vedado pelo direito e agora pela jurisprudência evolutiva do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

---

## **INVESTIGAÇÃO GENÉRICA SE TRANSFORMA EM ASSÉDIO**

---

Todos aqueles que exercem suas atividades profissionais no âmbito do direito sancionador já presenciaram ou ouviram dizer, que o Ministério Público e a esfera disciplinar dos órgãos públicos, mesmo sem base jurídica, determinam a instauração de inquérito policial civil, ou processo disciplinar, respectivamente, sem a existência de uma prova direta ou indireta, mesmo que mínima, em relação a existência da prática de ato ilícito por parte do investigado, sob argumento, genérico, sendo que a portaria inaugural não descreve com exatidão os motivos da pseudo investigação, fazendo com que a mesma se transforme em verdadeira devassa, com o objetivo de se encontrar algo que legitime a própria atuação estatal.

A investigação genérica é instaurada, para que no curso dela se investigue a vida profissional e fiscal do investigado, no afã de se encontrar algo que possa configurar-se como a prática de um ato ilícito e servir de suporte de uma futura ação civil pública, denúncia penal ou demissão.

Trata-se da forma mais desumana e arbitrária de perseguição estatal, visto que a investigação é direcionada contra a dignidade da pessoa humana, em face a ausência aparente da prática de ato ilícito. Mas o desejo de encontrar algo é tão grande, que algumas investigações se arrastam por muitos anos, no afã de encontrar algo que possa ser utilizado contra a pessoa investigada.

Não vislumbrando, nem em tese, a prática de um ato ilícito, em muitas situações o Ministério Público instaura o inquérito civil ou penal genérico, na maioria das vezes, para com isso tentar justificar, sob o prisma jurídico uma investigação, com a finalidade de perseguir, a qualquer custo o indefeso investigado, tentando encontrar algo que poderá lastrear uma futura ação judicial.

Não resta dúvida que essa conduta do Ministério Público revela a prática de abuso de poder do direito de investigar “assédio processual”, visto que a lei não lhe concede poderes para macular a honra e a moral das pessoas, como se elas fossem meros objetos.

De igual modo, não merece credibilidade jurídica as frequentes afirmações do órgão estatal de “quem não deve, não teme” ou de quem “é inocente demonstrará essa condição no curso da investigação e que é direito soberano do Ministério Público investigar quem quer que seja.”

A pergunta que se faz é se há ou não violação da intimidade, da honra, da dignidade e da privacidade das pessoas/agentes públicos e se o Ministério Público ou o poder disciplinar resolve utilizar-se da sua faculdade de promover investigações ou propor ação civil pública quando bem entender, sem plausibilidade jurídica?

Não é fácil a resposta, pois não resta dúvida que o Ministério Público e a Administração Pública possuem como um dos deveres fundamentais combater a prática de atos ilícitos, e nessa condição, promover atos sempre visando a elucidação da verdade real, a fim de manejar as ações ou investigações pertinentes contra quem quer que seja.

Esse dever do Ministério Público é dosado pela Constituição Federal e pelo direito, para que não haja o manejo indevido em sua atividade persecutória.

Da mesma forma, a Administração Pública se fundamenta pela lei e nessas condições, somente se houver elementos concretos de que houve a prática de ilícito funcional é que estará autorizada a investigar, por meio de sindicância ou de processo disciplinar.

Por essa razão atenta contra a honra a notícia de fato, como seja a prisão de alguém, ou seu indiciamento em inquérito policial, ou ser apontado como suspeito, ou ser formalmente acusado como autor da prática de um ato ilícito se no curso de tais investigações verificar-se que não há a mínima plausibilidade jurídica que pudesse embasar tais providências tomadas contra o investigado/acusado.

A necessidade de proteção jurídica da intimidade foi resultado de uma grande evolução do direito comparado, que viu nos séculos passados o homem, através do Estado ser seu objeto.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ou Humanos), de 10.12.1948, quando da Assembleia Geral das Nações Unidas, em seu art. 12, assim determinou:

“Art. 12 – Ninguém será objeto de interferências arbitrárias em sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem de ataques à sua honra ou reputação. *Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*” (g.n.)

Acostumada a ver o homem ser destruído pelo espírito mercantilista de governantes e de líderes políticos, que se utilizaram do Estado para desrespeitar e oprimir o homem, a comunidade internacional se opôs a tais fatos.

Na linha de evolução de proteção aos direitos fundamentais da pessoa, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4.11.1950, incluiu várias disposições garantidoras da vida privada das pessoas, onde a interferência de uma autoridade pública no exercício desse direito deve estar condicionada não só à lei, mas também respaldada por um justo motivo.

Eis o texto do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem:

“Art. 8º (Direito ao respeito da vida privada e familiar) 1 – Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2 – *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, para o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a preservação das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.*” (Sublinhado nosso).

Ao analisar o presente artigo, Ireneu Cabral Barreto averbou:<sup>24</sup>

“1. *Este artigo tem como objectivo essencial prevenir o indivíduo contra as ingerências arbitrárias de poderes públicos.* Ele exige do Estado não só um dever de abstenção, mas também um papel activo inerente ao efectivo respeito da vida privada e familiar [...]. 2. Contudo as medidas positivas exigidas aos Estados estão em geral sujeitas à margem de apreciação do próprio Estado e *é preciso ressaltar um justo equilíbrio entre o interesse geral e o interesse do indivíduo.*” (Sublinhado nosso).

Mesmo sendo difícil definir “vida privada”, não resta dúvida que o direito ao seu respeito não se limitava a possibilitar ao indivíduo viver protegido da publicidade no desenvolvimento de sua personalidade, e mais ainda, o de não ser vítima de ingerências arbitrárias dos poderes públicos.

O direito à vida privada foi ainda reconhecido pela Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, assim explicitado em seus arts. 1/3:

“1) toda pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida. 2) *Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação.* (Sublinhado nosso). 3) *Toda pessoa tem um direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*” (Sublinhado nosso).

Sendo certo que o direito à proteção da lei contra a violação de interferência arbitrária ou abusiva da vida privada e do indivíduo aí incluía-se a sua atividade

profissional, é cláusula fundamental direcionada contra o Estado também, que sempre foi, em um passado recente, o agressor de tais direitos.

Isso porque, as origens dos direitos da dignidade humana, entendidos como um conjunto de normas visam defender a pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado.

O Código de Hamurabi, escrito em cerca de 1780 a.C., havendo divergência nessa data entre os autores; Criado pelo Rei Ur-Namu que teria influenciado Hamurabi para fazê-lo; Esse preocupou-se em impor a justiça para o poderoso que fizesse mal ao fraco, devendo ser apontado como um dos primeiros passos existentes, ainda que de forma tímida, sobre os direitos do homem.

Toda luta contra a tirania e o poder descomunal e absoluto, seja a de Moisés, invocando perante o Faraó o direito dos povos a disporem de si próprios, de Antígona diante de Creonte, afirmando o direito de desobediência ao poder face a leis superiores e ao próprio Estado, ou de Espártaco, chamando diante dos escravos o direito à resistência à opressão, são exemplos da dificuldade de afirmação dos direitos do homem ao longo dos tempos.

Voltando ao nosso ciclo evolutivo da vida privada e da intimidade no cenário jurídico internacional, como forma de manifestação de um processo global de preocupação com as garantias fundamentais do ser humano, a Resolução nº 428, de 23.01.1970, da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa (alíneas 2 e 3 do parágrafo “c”) assim definiu:

*“O direito ao respeito à vida privada consiste essencialmente em levar sua vida como entender com um mínimo de interferências. Diz respeito à vida privada, familiar e comunitária, integridade física e moral, honra e reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso vislumbante, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação, sem autorização, de fotografias privadas, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular. Não podem se prevalecer do direito à proteção de sua vida privada as pessoas que por suas próprias atitudes encorajam indiscrições dos quais elas venham a se queixar posteriormente. O respeito à vida privada de uma pessoa ligada à vida pública traz um problema específico. A fórmula a ‘vida privada termina onde começa a vida pública’ não é suficiente para resolver o problema. As pessoas que representam um papel na vida pública têm direito à proteção de sua vida privada, salvo nos casos em que esta possa ter incidência sobre a vida pública. O fato do indivíduo ocupar lugar na atualidade não o priva do direito ao respeito à sua vida privada.” (Sublinhado nosso).*

Apesar do Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, o que faz com que ele adote em seu ordenamento jurídico interno o que fora deliberado no respectivo tratado internacional, o art. 5º, incisos X e XII, da CF corroboram o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada, dos dados e informações fiscais e bancárias.

Nesse sentido, cumpre também indagar quais as possibilidades e limites estabelecidos pela ordem jurídica que autorizam a mitigação do referido direito fundamental para a adequada tutela de outros bens jurídicos também consagrados na Constituição Federal.

Não resta dúvida que uma das tarefas do Estado é tutelar os direitos fundamentais das pessoas, promulgando e aplicando normas de caráter punitivo ou que premiam o indivíduo, além de atuar por meio de arrecadação em aplicação

de receitas para o desenvolvimento das políticas públicas que ele elege como primordiais ao crescimento da sociedade.

Diante disso, havendo violação de direitos fundamentais entre indivíduos, faz-se necessário que o Estado disponha de meios para a averiguação da concreta violação dos bens jurídicos que lhe incumba tutelar para a promoção das responsabilidades tidas por pertinentes.

Esse poder persecutório do Estado permite que combata de forma eficiente e permanente a corrupção e o malbaratamento dos bens e do patrimônio público, dentre outros ilícitos, através de atos concretos que apurem responsabilidades de agentes públicos e de terceiros, fazendo com que responda a pertinentes ações judiciais, ou seja, por intermédio de investigações na busca de elementos concretos e objetivos que demonstrem a autoria e materialidade, em tese, da prática do ilícito.

A tarefa de colheita de elementos probatórios para o cumprimento de seus deveres de proteção ao cidadão pode ser denominada de investigação e será sempre instaurada quando presente um justo motivo para tal, revelado inclusive através de prova indireta.

Ao ser acionado o poder/dever investigatório do Estado esse é o requisito singular de sua própria validade, que é a existência de provas indiretas ou diretas que apontem a prática de um possível ato ilícito por parte do investigado. Tal fato, em tese, justificaria o aprofundamento da investigação, para apurar em seu trâmite a autoria e a materialidade de um possível ato vedado pelo ordenamento jurídico.

Existe poder amplo e irrestrito do Ministério Público ou da esfera correccional dos órgãos públicos, em seu direito de investigar a quem bem lhe aprouver?

Entendemos que não!

E o Supremo Tribunal Federal,<sup>25</sup> no julgamento do HC nº 93.930, 2ª T., deixou assente no voto de seu eminente Relator Min. Gilmar Mendes, que a atividade persecutória estatal desenvolvida pela Polícia ou pelo Ministério Público merece vigilância e controle externo pelo Poder Judiciário, *verbis*:

“Convém observar que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece por sua própria natureza, vigilância e controle.” (Sublinhado nosso).

As orientações constitucionais que disciplinam a persecução estatal não admitem uma atuação do órgão público responsável de forma arbitrária. Daí a necessidade de regras garantidoras da participação do atingido, assim como aquelas que definem critérios para a atuação (investigação) do Ministério Público ou do poder disciplinar, sempre dentro da legalidade.

Os limites do Ministério Público estarão sempre inseridos na realidade jurídica do investigado, de não ser importunado, salvo por um junto e relevante motivo. Não é dado ao poder persecutório estatal um poder amplo, geral e irrestrito, que possa afrontar os direitos e as garantias fundamentais da parte acusada ou investigada.

Essas regras não são apenas para disciplinarem a participação da pessoa investigada, mas também funcionam como limites para a própria instauração da mesma.

Atente-se, a tanto, que o art. 129, da CF, princípio normativo das funções institucionais do Ministério Público, especifica o rol de funções acometidas à instituição, onde se destaca os seguintes tópicos:

“Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; III – promover o inquérito civil público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. (...) VIII – requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos de suas manifestações processuais. IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

No citado art. 129, o seu § 4º determina aplicar ao Ministério Público no que couber, o disposto no art. 93, também da Constituição Federal. Esse preceito constitucional impõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Dessa forma, pode-se afirmar que o ato que determina a promoção do inquérito civil público e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social devem ser suficientemente fundamentados, fulcrando-se em uma causa legítima, sob pena de faltar-lhe justa causa para iniciar uma de suas funções institucionais.

Esse dever de fundamentação, dos atos do Ministério Público é a garantia mínima de que seus posicionamentos serão respaldados pelos princípios mais lúdimos de direito e de justiça, pois como fiscal da lei, acima de tudo, o membro do *parquet* deverá pautar a sua atuação para a proteção de valores éticos e morais, respaldados pelo princípio da legalidade.

No mesmo sentido, veja-se que a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, ao instituir a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, concretizou a disposição constitucional em apreço da obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões, sob pena de nulidade, dispondo que (art. 43, III): “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal.”

Os pronunciamentos do Ministério Público dos Estados e da União devem ser motivados e reveladores da necessidade jurídica de suas intervenções, capazes de concretizar a relativização do direito de inviolabilidade da privacidade da pessoa investigada.

Mesmo que se louve as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público ao longo do processo constituinte (dentre outros), de que resultou a promulgação da nova Constituição Federal, com a reconstrução da ordem constitucional, surgiu, o Ministério Público, sob o âmbito de legitimidade democrática, com o dever de atuar dentro de padrões de legalidade e de ética.

Essa nova e atual ampliação das atribuições, aumentando a competência, e conferindo-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional, exige uma atuação zelosa e conservadora do membro do Ministério Público, pois ele é obrigado a respeitar os direitos e as garantias fundamentais de todos os cidadãos, inclusive dos acusados ou investigados.

Portanto, mesmo quando instaurada a fase pré-processual (inquérito civil, inquérito penal e representação para fins disciplinares) o Ministério Público, no

exercício de suas atribuições, deve respeitar todos os direitos e garantias que são direcionados às pessoas, em especial o da preservação de suas intimidades, de não serem molestadas sem um justo e razoável motivo.

A Constituição Federal conferiu, não resta dúvida, uma posição de inquestionável importância para o cidadão, incluindo nesse rol o agente público, destinatário também de todas as garantias constitucionais. Deferiu-lhe, em consequência, os meios necessários à plena realização de sua proteção, tais como a inviolabilidade de sua intimidade, vida privada, honra, imagem, do domicílio, do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, do livre exercício profissional, etc.

Da mesma forma, a Constituição Federal também outorgou grande importância ao Ministério Público, fornecendo instrumentos legais à concretização de suas finalidades jurídico-institucionais, autorizando-o, no exercício de suas atribuições, dentre outras providências, a de “receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhe seja próprias e dar-lhes as soluções adequadas (...)” (Lei nº 8.625/93, art. 27, parágrafo único, nº 1), competindo-lhe, ainda, dentro desse mesmo contexto, “realizar (...) diligências investigatórias (...)” (LC nº 75/93, art. 8º, V).

O poder de investigar, em sede penal, civil ou disciplinar, também compõe o complexo de funções institucionais do Ministério Público, sendo essa última situação jurídica inerente ao poder correccional dos órgãos públicos, levando-se em conta que esse poder se acha instrumentalmente capacitado a tornar efetivo o exercício, por sua instituição, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas, em norma expressa, pelo próprio texto da Constituição Federal.

Esse poder investigatório, como por exemplo, do Ministério Público, vincula-se ao poder de direito e a supremacia da Lei Fundamental da República como ressaltado pelo Min. Celso de Mello em seu magistral voto no HC nº 93.930/RJ, 2ª T., julgado em 7.12.2010, *litteris*:

*“Mostra-se relevante enfatizar, de outro lado – consideradas as observações que venho de registrar neste voto quanto às limitações que incidem sobre o poder investigatório do Ministério Público, e que lhe são plenamente oponíveis por qualquer pessoa que por ele esteja sendo investigado – que a autoridade da Constituição e a força das leis não se detêm no limiar dos gabinetes dos Promotores de Justiça e dos Procuradores da República, como se tais agentes do Estado, subvertendo as concepções que dão significado democrático ao Estado de Direito, pudessem constituir um universo diferenciado, paradoxalmente imune ao poder do Direito e infenso à supremacia da Lei Fundamental da República.”* (Sublinhado nosso).

Em seguida aduz o Min. Celso de Mello:

*“Daí porque incidem, sobre o Ministério Público, as limitações de ordem jurídica que venho de referir, sob pena de desvalia dos elementos de informação coligidos e produzidos com desrespeito aos direitos e garantias da pessoa investigada.”* (Sublinhado nosso).

Portanto, é violado o princípio da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem das pessoas (incluindo os agentes públicos) quando os fatos investigados são genéricos, sem um objetivo previamente definido e também sem um mínimo

de prova que possa justificar a necessidade da persecução estatal. Não é, por outro lado, lícita a pífia justificativa de quem “não deve, não teme”, bem como, “quem é inocente demonstrará esta condição no curso da investigação.”

Para o homem de bem, a “simples” instauração de uma investigação se torna agressão aos seus valores morais, visto que não havendo plausibilidade jurídica, não há que se falar em poder investigatório do poder público.

Isso porque, também a intimidade como bem jurídico a ser protegido pelo Estado fortalece a própria dignidade humana.

Por conseguinte, “a intimidade, como direito fundamental, cumpre seu papel de impor limites também à atuação do Estado, dando proeminência à figura do cidadão.”<sup>26</sup>

O direito à intimidade desvinculou-se do direito à honra para, em primeiro lugar, garantir ao indivíduo o direito de estar só, em sua própria companhia.

Dessa forma, o reconhecimento da intimidade e da vida privada como direito fundamental<sup>27</sup> não é um mero princípio programático, visto que dele deve haver aplicação imediata independentemente de outras normas regulamentadoras.

Portanto, ao passo em que o princípio da intimidade não impede que haja a investigação estatal, ele funciona como fator qualificador, exigindo-se do poder público o seu respeito, onde a respectiva relativização desse direito, determina que hajam fundadas, pelo menos, provas indiretas que demonstrem o cometimento de um ato ilícito, capaz de justificar a intervenção do poder público.

O direito de investigação por parte dos órgãos estatais não é absoluto, pois submete-se às regras do ordenamento jurídico, como forma de condicionar a sua própria atuação. E uma dessas regras é o respeito aos direitos fundamentais dos investigados, de não sofrerem o “assédio processual”.

Sendo certo que um deles, e o mais relevante, é o de não ser instaurada a persecução estatal, salvo se precedida de uma causa justa e lícita, capaz de justificar a relativização do direito da intimidade que todas as pessoas gozam.

Assim, mesmo que cada um dos membros do Ministério Público seja destinatário da independência funcional (ser livre em sua consciência e atitudes), tal prerrogativa não é absoluta quando confrontada com os direitos e as garantias individuais dos cidadãos.

Da mesma forma o poder disciplinar, mesmo sendo livre, encontra barreiras para a sua livre instauração.

Deve haver a devida proporcionalidade em seus atos, tendo em vista que os membros do Ministério Público ou da esfera correcional possuem como missão institucional a defesa de interesses sociais, estando assim investidos das funções de acusadores e garantidores da cidadania.

Ao servir a sociedade e ao poder público, é vedado aniquilar-se ou subverter-se as garantias fundamentais da parte investigada para que ela não sofra transtornos em seu direito de manter-se inviolável em sua intimidade, salvo por uma justa causa.

A independência funcional dos membros do poder persecutório estatal deve se compatibilizar com uma atuação controlada pelos princípios norteadores do direito e da justiça, não se desvinculando, de forma alguma aos direitos fundamentais dos agentes investigados, sob pena de assédio.

Por essa razão não concordamos com a seguinte afirmação do ilustre Emerson Garcia, quando aborda que a forma de atuação do membro do *parquet* “é insuscetível de qualquer controle, sendo ampla a liberdade de valoração.”<sup>28</sup>

Nessa divergência ao ilustre mestre se cinge ao fato que o poder de atuação do membro do Ministério Público não é absoluto visto que se submete ao plasmado da Constituição Federal, as disposições constantes do ordenamento jurídico e ao direito, sem que com isso haja desnaturação da sua independência funcional, tão necessária à sua atuação livre e justa, em prol da coletividade.

O controle que defendemos é aquele que estabelece nos direitos fundamentais das partes à serem investigadas, a devida barreira a sua atuação injusta e açodada, capaz de beirar o próprio abuso e arbítrio do direito de investigar ou de acusar (assédio processual).

Nenhum poder é incontrolável ou destituído de limites, até o do membro do Ministério Público, que age justamente em nome da sociedade (de todos os cidadãos).

Pensar de modo diverso é abrir a possibilidade de um poder ser absoluto e não possuir limites, podendo atuar, e devassar a vida de quem bem lhe aprouver de maneira arbitrária ou não.

Por essa razão é que afirmamos, que o poder de investigação do Ministério Público não é mais importante do que o direito da parte de não ser molestada se ela não praticar, ao menos em tese, um ato vedado pelo ordenamento jurídico, capaz de validar a própria atuação ministerial.

Do contrário, haverá abuso do direito de investigar/acionar do Ministério Público. Devendo tal situação ser fiscalizada pelo Poder Judiciário, último guardião dos direitos fundamentais das pessoas e que não está vinculado aos atos ilegais praticados por nenhum dos poderes da República.

Por isso haverá abuso do direito de investigação se ocorrer o manejo do inquérito civil, proposição da ação civil pública ou até mesmo a instauração da persecução disciplinar sem o mínimo de plausibilidade jurídica, respaldadas por provas lícitas, em decorrência de que a investigação genérica, sem um fato previamente determinado, afronta o princípio da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem das pessoas, constituindo-se em “assédio processual”.

---

## **DA NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA CAPAZ DE DAR SUPORTE AO PODER PERSECUTÓRIO DO ESTADO**

---

O poder investigatório do Estado, tal qual a instauração da jurisdição não pode ser ato irresponsável, de força, arbítrio ou de “assédio processual”, pois é matéria pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência que nos casos de ilegalidade (ausência de justa causa), de desvio de finalidade ou de poder ou na falta de atribuições é que o Poder Judiciário deverá determinar o trancamento da investigação penal ou cível.

Tal posicionamento é endossado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:<sup>29</sup>

“(...) deve-se conceber tal possibilidade como algo excepcional, destinando-a a hipótese de manifesta ilegalidade e arbitrariedade. (...) Como já adiantado, patentes ilegalidade e dão ensejo à utilização do mandado de segurança. (...) Por último, deve-se ressaltar que o mandado de segurança é o instrumento adequado a alcançar o encerramento das investigações (trancamento) nas hipóteses evidentes de ilegalidade ou abuso de poder.”

Entendemos que a justa causa para a instauração do processo penal também deverá estar presente no âmbito do direito administrativo (disciplinar, inquérito

civil, ação civil pública, etc.), pois a Constituição Federal garante o direito à inviolabilidade da honra e da vida privada do cidadão, sem distinguir, inclusive, se ele é ou não agente público.

Justa causa exprime, em sentido lato, toda razão que possa justificar a legitimidade ou a procedência de determinado ato perante o direito.<sup>30</sup>

Ou, pelas palavras de De Plácido e Silva,<sup>31</sup> significa:

“O motivo que possa ser alegado, porque está amparado em lei ou procede de fato justo. Mas a rigor, segundo o sentido de justo, que significa o que de direito, e causa, motivo, razão, origem, é necessário que o que se alega ou se avoca, para mostrar a justa causa, seja realmente amparado na lei ou no direito, ou, não contrariando a este, se funde na razão e na equidade.”

No processo administrativo disciplinar, tal qual no inquérito civil ou no ajuizamento da ação civil pública, a justa causa identifica-se com o justo, revelado através de uma coerente acusação/investigação, onde existam provas indiretas ou provas diretas da prática de atos ilícitos, por parte dos agentes públicos, ligados ao exercício da função pública ou em virtude dela.

Justamente para manter esse equilíbrio, tanto no processo penal como no âmbito do direito administrativo devem buscar sempre o justo, que deriva do latim *justus*, e representa a justiça e o direito.

Pelo direito justo retira-se o abuso do poder do Estado, em razão de que a dignidade da pessoa é preservada pela norma jurídica.

Nesse contexto, o justo deve identificar-se com o direito, em decorrência de que ele está unido ao honesto (correto). Direito justo, para Karl Larenz, “es un peculiar modo de ser del Derecho positivo”<sup>32</sup>

Destarte, para evitar a temeridade do poder, o direito elegeu uma justa causa para contrapor a causa genérica ou inconsistente, como elemento essencial da instauração de processos penais ou administrativos.

Essa é a medida fundamental de segurança jurídica, para que não haja um retrocesso do Poder Público com denunciamentos irresponsáveis, lembrando-se a época da ditadura militar, onde a existência de um fato punível era o mero juízo de valor negativo, desatrelado de provas diretas.

Bastava haver uma delação, uma suspeita, pouco importando a sua consistência e convicção política, que de um momento para outro, o cidadão cumpridor dos seus deveres civis passava a ser tido como um *subversivo*.

Esses tempos de ditadura contrários ao estado democrático de direito foram extintos de nosso sistema de governo, para não serem jamais revividos.

Dessa forma, como medida de segurança, para que alguém possa ser submetido a julgamento, deve estar presente a justa causa para a acusação, como aduzido por Maria Thereza Rocha de Assis Moura:<sup>33</sup>

“Tomando-o como sustentáculo, segue-se que, para que alguém possa ser submetido a julgamento, deve existir justa causa para a acusação, sob pena de esta se transformar em instrumento de coação ilegal, contra a liberdade jurídica do acusado, passível de ser mediada por meio de *habeas corpus*.” (Itálico no original)

Nesse diapasão, justa causa é aquela “que é conforme o direito, (...) se o juiz recebe uma denúncia por fato atípico, cabível o remédio heróico, por falta de justa

causa; se recebe uma denúncia sem lastro probatório, falta o interesse processual e, de conseguinte, justa causa. Aliás, a expressão ‘falta de justa causa’ é tão ampla que chega a abranger todas as outras hipóteses elencadas nos demais incisos do art. 648.”<sup>34</sup> (Aspas no original)

Novamente, registramos o elucidativo posicionamento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura,<sup>35</sup> *verbis*:

“A justa causa para a ação penal de natureza condenatória, no direito penal brasileiro, não sobressai apenas dos elementos formais da acusação, mas, também e de modo principal, de sua fidelidade para com a prova que demonstre a legitimidade da acusação. 4.1. Desta conclusão emana que não basta que a peça acusatória impute ao acusado conduta típica, ilícita e culpável. A denúncia ou queixa deve guardar ressonância e estrita fidelidade aos elementos que lhe dão arrimo, sem o que não passará de ato arbitrário, autoritário, que a ordem jurídica não pode tolerar. 4.2. Segue, ainda, que a necessidade da existência de justa causa para a acusação serve como mecanismo para impedir, em hipótese, a ocorrência de imputação formal infundada, temerária, caluniosa e profundamente imoral.”

Posto isto, a justa causa é a condição mínima exigida pela norma legal, pela jurisprudência e doutrinariamente para que não ocorra uma acusação sem fundamento (sem prova direta) e temerária, movida por interesses que não são jurídicos, totalmente desprovida de embasamentos sérios, que não configurem a legitimidade da acusação.

Exige-se a justa causa como condição para a instauração do processo penal, processo administrativo disciplinar, inquérito civil e, por fim, para a ação de improbidade administrativa, entre outros tipos de investigação, pois em todas essas situações jurídicas é atingido o *status dignitatis* do acusado.

Por essa razão, é necessário a comprovação indicativa suficiente em relação a autoria e a materialidade; observando-se a necessidade da existência de prova direta como condição da instauração dos processos acima referidos, para que eles correspondam a legalidade da acusação ou da própria investigação.

Só existe a obrigatoriedade da instauração de um dos processos legais declinados quando presente a justa causa, resultante do fundamento da acusação, com a descrição circunstanciada e detalhada dos fatos, acompanhados das provas diretas, que mesmo superficiais, reforçam a tese de que houve a prática de uma infração. A “*probable cause*” liga-se à existência de um juízo de probabilidade de condenação para justificar a instauração do processo. Sendo que esse juízo inicial de probabilidade indica, mesmo que superficialmente, que houve um ato ilícito cometido pelo acusado, merecedor de uma persecução investigatória, para se buscar a verdade real dos fatos.

Sem essa base de fundamentação, a acusação é insustentável, pois a subjetividade da *opinio delicti* não é algo efêmero, devendo ser justa, equilibrada, plausível e baseada no texto legal, sem que haja “assédio processual”.

Não se pode violar o direito de qualquer pessoa em decorrência de uma simples suspeita, sob pena de configurar constrangimento ilegal e distanciamento do direito. Por isso é que a justa causa se prende na fundamentação da acusação, cotejada aos seus elementos de base de sustentação, devendo o acusador possuir conduta ética, tendo em vista que a denúncia ou outra peça processual acusatória

não podem configurar-se como um abuso/excesso de poder para quem ostenta a condição de acusado.

O fundamento da acusação exige um mínimo de plausibilidade, com uma increpação em termos de justa causa.

A ausência de justa causa impede a válida e legítima instauração de processos ou procedimentos penais<sup>36</sup> e administrativos, pois nada pode justificar o abuso de poder, decorrente de uma acusação arbitrária ou injusta, capaz de acarretar um constrangimento ilegal para quem é injustamente colocado na condição de acusado.

Na atual fase do Direito Público não se admitem mais atos desatrelados da legalidade, pois o poder deve ser exercido de forma equilibrada e legal, trazendo para toda sociedade a devida paz e segurança jurídica, não podendo ser, via de consequência, um instrumento da opressão.

Ou, como aduz o jus-filósofo da era moderna Alf Ross:<sup>37</sup>

“O poder não é conferido às autoridades públicas para ser exercido como elas queiram, mas para ser exercido de acordo com as regras estabelecidas ou princípios gerais *pressupostos*.”

Para se iniciar qualquer tipo de investigação disciplinar, é necessário que haja a justa causa.

A locução justa causa não tem emprego exclusivo no Direito Penal, ela se incorpora e se projeta para o domínio do direito sancionador estatal, aí incluída a esfera disciplinar.<sup>38</sup>

A justa causa para a persecução disciplinar está vinculada ao exercício funcional irregular do servidor público.

Esse exercício irregular das funções públicas, explicitado pela prática de ato comissivo ou omissivo, deverá estar interligada direta ou indiretamente ao cargo/emprego do servidor ou decorrente do mesmo, evidenciando a autoria e a materialidade do que se pretende investigar.

A existência de justa causa é condução *sine qua non* para a instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar, pois sem elementos materiais (objetivos) não pode o administrador público devassar a vida do servidor público sob o pálido argumento de tentar encontrar indícios de uma pseudo infração disciplinar.

Até mesmo na instauração de sindicância, segundo o parágrafo único do art. 27, da Lei nº 13.869/2019, deverá ter motivação suficiente capaz de justificar a sua instauração.

O processo administrativo disciplinar poderá ser instaurado sempre que a autoridade pública tiver ciência de qualquer irregularidade funcional perpetrada por servidor público. Mas essa ciência deverá vir composta por elementos (indícios) que comprovem, em tese, falta dos deveres ou as obrigações da função (autoria e materialidade), se não uma acusação genérica, desatrelada de substrato jurídico e fático.

Ou, como advertido por J. Guimarães Menegale:<sup>39</sup>

“O uso do poder disciplinar não é arbitrário, não o faz a autoridade quando lhe aprover, nem como preferir.”

Tal princípio vige também no escopo da ação de improbidade administrativa, onde o art. 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92 estabelece que a demanda somente poderá

ser iniciada se tiver justificação que contenham indícios suficientes da prática do ato de improbidade administrativa ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Com a acuidade de sempre, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, em sede doutrinária, ratifica o que foi dito:<sup>40</sup>

“Com efeito, a formulação de qualquer iniciativa judicial, máxime aquela que carrega pretensão sancionadora, é uma atividade jurídica complexa e de altíssima responsabilidade, que exige do seu autor a mais esmerada atenção, para que a formulação contenha a exata e completa descrição do fato imputado a determinada pessoa, justamente o fato que serve de suporte àquela iniciativa, acompanhado da demonstração prévia de sua concretude (existência material) e de indícios seguros de quem seja agente (autoria).

*Sem essa perfeita e rigorosa delimitação das coisas, não se tem a presença da Justa causa para a promoção tentada, e a sua aceitação (da promoção) – se porventura ocorrente – significará apenas e só um ato manifestante de abuso ou tirania processual, ao qual o direito nega peremptoriamente abonos.”* (g.n.)

Nesse ponto, bem destaca o eminente Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA<sup>41</sup>:

“Devo me referir que alguns autores entendem, mas sem razão, ao meu ver que a justa causa estaria encampada pela possibilidade jurídica, ou pelo interesse, de sorte que, mesmo respeitando essa posição (...) Pois essa exigência (a da justa causa) a esse cortejo de efeitos também se fazem presentes na análise da inicial da ação por ato de improbidade administrativa (e de todas as ações sancionadoras), que deverá trazer no seu contexto a demonstração da seriedade e da consistência da promoção, mostrando – não apenas com esforço narrativo, mas com elementos materiais seguros e confiáveis – a materialidade do ilícito que se aponta e indicando, também com dados suficientes, seguros e sérios, quem seja o seu praticante; pode-se afirmar que sem essa demonstração objetiva, não estará satisfeita a exigência da justa causa.”

No mesmo teor, no voto condutor do Ag. Int. em REsp nº 932810/ES, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, DJ de 3.10.2018, é destaca:

“(…)”

5. A imprescindibilidade da comprovação da justa causa decorre da possível utilização do direito de ação de forma temerária, que, conforme sustenta o jurista MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, sem provas ou elementos de convicção para o julgador, deve ser rejeitada (O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 552).

“(…)”

Sob o prisma doutrinário, em laço de extrema felicidade, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho,<sup>42</sup> deixa explícito que a justa causa funciona como um freio às acusações desatentas, sem a menor base de sustentação empírica.

Essas acusações natimortas, se transformam em meio de tormento na vida funcional do servidor público, trazendo-lhe dor e dano irreparável à sua moral e à sua saúde, em detrimento da busca do direito e da justiça.

**“O direito sancionador não pode ser instaurado sem que se respeite as garantias fundamentais da parte investigada para que não sofra transtornos em seu direito de manter inviolável em sua intimidade e honra, salvo se houver justa causa.”**

Segundo muito bem observa doutrinariamente a Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura<sup>43</sup>, a prova induzidora da ocorrência de um fato delituoso, na hipótese, a prova ou indícios de autoria, apurados em inquérito policial ou nas peças de informação que acompanham a acusação, formam o binômio que dá consistência à iniciativa sancionadora, sem a qual inexistente justa causa para a instauração do processo penal.

Ausente a tipicidade da conduta, extinta a punibilidade (prescrição) ou verificada a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade<sup>44</sup> da infração disciplinar, não haverá justa causa para dar início a uma investigação disciplinar.

Essa valoração é necessária com o objetivo que seja feita a devida filtragem legal, para não submeter o servidor público ao constrangimento de ser investigado e julgado na esfera disciplinar sem nenhum amparo legal, com todos os inconvenientes dela advindos.

Nesse sentido, apesar de constituir, em tese, um direito-dever da Administração Pública a abertura de sindicância ou instauração de processo administrativo disciplinar, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça,<sup>45</sup> estabeleceu que os princípios da boa-fé e da segurança jurídica e, “ainda a repercussão negativa na esfera funcional, familiar e pessoal do servidor público”, acarretam a necessidade de justa causa para o início da aludida jurisdição administrativa.

Em outro expressivo julgado, a 5ª Turma do STJ, no RMS nº 11.587/STJ<sup>46</sup> anulou uma punição levada a efeito contra o servidor público militar, exatamente por não ter ficado caracterizada a justa causa que embasou o processo disciplinar, *verbis*:

“(…) III – Descaracterizada a transgressão disciplinar pela inexistência de violação ao Estatuto e Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina, desaparece a justa causa que embasou o processo disciplinar, anulando-se em consequência a punição administrativa aplicada (…).”

Consagrado tal princípio para o Direito Administrativo disciplinar, o Superior Tribunal de Justiça pontificou:<sup>47</sup>

STJ “Configura-se admissível o trancamento do processo administrativo disciplinar em face da manifesta e inequívoca ausência do elemento subjetivo da conduta”

Também prestigiam a necessidade de justa causa os demais Tribunais Regionais Federais.<sup>48</sup>

Não é lícito e nem factível que ainda ocorram acusações genéricas contra agentes, ferindo sua intimidade, honra objetiva e subjetiva etc. O direito não permite processos de caráter aberto, sem que haja uma justa causa, inclusive contra

servidores públicos, que renderão ou não espaço na imprensa escrita e falada contra seus nomes.<sup>49</sup>

---

## CONCLUSÃO

---

O “assédio processual” é uma forma nefasta de perseguição ao agente público, que mesmo que não pratique ato irregular em sua função, constantemente tem sido vitimado por instauração de processos disciplinares ou por infundadas ações de improbidade administrativa.

Em boa hora a nova Lei que criminaliza o abuso de autoridade, que entra em vigor em janeiro de 2020, já combate o “assédio processual” em seu art. 27 (Lei nº 13896/2019):

“Art. 27 – Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.”

Posto isso, o “assédio processual” será crime, devendo o agente público tomar as medidas legais para trancar natimortas investigações contra si, quando ausentes indícios de prática de ilícito funcional ou infração administrativa.

A responsabilidade do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas somente serão levadas a efeito em caso de dolo ou de erro grosseiro (art. 28, da LINDB).

Dessa forma, tanto na esfera correicional, como na propositura de ação de improbidade administrativa, somente poderão ser instauradas se houver a justa causa.

Por conseguinte, a esfera correicional ou a propositura de ação de improbidade administrativa somente poderão ser instauradas se houver a justa causa.

Qualquer tipo de perseguição estatal que não seja precedida de uma justa causa será tida como “assédio processual” contra o agente público investigado.

É chegado o momento de se colocar um ponto final nas denúncias e nas acusações açodadas, fruto de picuinhas ou de pouca credibilidade, que se caracteriza como “assédio processual”.

Não se pode mais conceber que ainda haja este tipo de constrangimento ilegal para o agente público probo e honesto.

O “assédio processual” é algo nefasto que agride ao direito e ao princípio da dignidade humana, não sendo admitido perante o ordenamento jurídico.

É necessário uma reflexão sobre o tema, em especial para que o Poder Público tenha todo o cuidado jurídico necessário quando exercer a sua perseguição, quer no âmbito disciplinar, quer na esfera civil, com o ajuizamento das ações de improbidade administrativa.

Sem justa causa não há como se manter hígido o sistema acusatório.

Por fim, mesmo ainda não em vigor, a Lei Geral de Proteção de Dados já deu um sinal do que pretende proteger nas investigações, com a combinação dos seguintes artigos:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

...

IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem

...  
VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

...  
Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

...  
III – realizado para fins exclusivos de:

...  
d) atividades de investigação e repressão de infrações penais;

§ 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

A referida Lei além de prever os direitos humanos, os quais se inclui a dignidade, mesmo que seja afastada para a aplicação da Lei nº 8.429/92, não pode ser ignorada na má utilização da referida persecução, prevê medidas proporcionais como já bem destaca em todo seu texto.

O direito sancionador não pode ser instaurado sem que se respeite as garantias fundamentais da parte investigada para que não sofra transtornos em seu direito de manter inviolável em sua intimidade e honra, salvo se houver justa causa. 🚫

## NOTAS

- 1 STJ, Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrigui, REsp nº 1.817.845/MS, 3ª T., julgado em 10.10.2010.
- 2 “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”
- 3 “(...) 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o ajuizamento posterior de Execução Fiscal, perante a Vara Especializada em Execuções, não modifica a competência para julgamento da Ação Anulatória de Débito, intentada anteriormente na Vara Cível. A remessa da Ação Anulatória, em tal cenário, resultaria em modificação de competência fora das hipóteses permitidas pelo sistema processual, além de possibilitar a violação da boa-fé objetiva processual pela prática de forum shopping.” (STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, AgInt no AREsp nº 1196503/RJ, 1ª T., julgado em 29.04.2019, *DJe* de 10.05.2019)
- 4 STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 23.452-1/RJ, 2ª T., julgado em 16.09.1999.
- 5 “... O desvio de poder não é senão uma modalidade de abuso de direito, uma expressão desse vício na esfera pública, de onde suas raízes teóricas são muito longínquas.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *apud* SERRANO, Pedro Antunes, *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, p. 9).
- 6 “O abuso de poder consiste sempre em uma atuação desproporcional e injusta por parte do agente público quando exerce determinada faculdade conferida por lei.” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 249.
- 7 Cf. LEVY, José Luiz, *A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 205
- 8 BERNADINO, Thalita Berz. *O Abuso de Poder na atuação do Ministério Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 93.
- 9 V. Cornil, *Le droit privé*. Paris: edición espanhola, 1924, ps. 36-138.
- 10 BORGES, Etewaldo de Oliveira. *Responsabilidade do Estado por Abuso de Poder*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 91.

- 11 CRETILLA JÚNIOR, José. *Do Desvio de Poder na Administração Pública*. RT: SP, 1964, p. 28.
- 12 “Os membros do Ministério Público, portanto, podem também cometer abuso de direito no exercício de suas atribuições funcionais...” (BERNARDINHO, Therezinha Braz. op. cit. ant., p. 94.
- 13 STF, Rel. Min. Celso de Mello, HC nº 87.610/SC, 2ª T., julgado em 27.10.2009.
- 14 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
- 15 Isso pode ocorrer com qualquer um. Exemplo do caso recente no próprio judiciário [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/jotinhas/juiz-cita-lei-de-abuso-de-autoridade-ao-negar-penhora-e-caso-vai-para-corregedoria-28112019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/jotinhas/juiz-cita-lei-de-abuso-de-autoridade-ao-negar-penhora-e-caso-vai-para-corregedoria-28112019).
- 16 Cf. art. 20, da LINDB.
- 17 Cf. art. 22, da LINDB. Ora, se o administrador não teria outra forma, naquele momento, de ter conduta diversa, deve ser assim avaliado, com a necessidade de prova que deveria ter tido outra conduta e que o famoso “homem médio” teria efetivamente outra conduta sem nenhuma dúvida.
- 18 Art. 21, da LINDB: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.  
Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos
- 19 BERNARDINO, Thalita Braz. O abuso de poder na atuação do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 51.
- 20 STF, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, RE nº 593727/MG, Pleno, julgado em 14.05.2015.
- 21 TARUFO, Michele. Abuso de Direitos processuais: Padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral), *in* Revista de Processo: REPRO, vol. 34, nº 177, SP: RT, nov/2009, ps. 164/166.
- 22 STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp nº 1817845/MS, 3ª T., julgado em 10.10.2019.
- 23 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed., 2010, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 232.
- 24 BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Editorial Notícias Aequitas, 1995, p. 126.
- 25 STF. Rel. Min. Gilmar Mendes, HC nº 93.930, 2ª T., julgado em 7.12.2010 (DJ de 03.02.2011).
- 26 RODRÍGUES, Victor Gabriel. *Tutela Penal da Intimidade. Perspectivas da Atuação Penal na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36.
- 27 “Los derechos fundamentales constituyen la esencia misma del régimen constitucional (STC num. 10/1986 de 24 enero), y aparecen como instrumentos que limitan la actuación del poder. El poder no puede transgredir estos derechos y su actuación tiene que estar presidida por ellos, ya que vinculan a los poderes públicos sin excepción. La concepción de los derechos fundamentales como obligaciones estatales, reposa em sua reconhecimento constitucional, es decidir em su articulación jurídica através de um texto nascido com la vocación de imponerse a todos los órganos del Estado.” [Rodrigues, José Luiz. Concepción. *Intimidación e imagen*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 65].
- 28 GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.
- 29 GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 647/649/650.
- 30 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 179.
- 31 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Op. cit. ant., p. 810.
- 32 LARENZ, Karl. *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*. Tradução de: DíEZ-PICASO, Luis. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 21.
- 33 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 18.
- 34 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 123.

- 35 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa...*; Op. cit. ant., p. 291.
- 36 STF. Rel. Min. Celso de Mello, HC nº 79.844-6/RJ, 2ª T., julgado em 15 de fev. 2000, DJ de 17 mar. 2000, p. 003, JSTF – LEX 260/361.
- 37 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, p. 199.
- 38 “ A locução justa causa não tem emprego exclusivo no domínio jurídico científico do Direito Penal e Processual Penal – e nem mesmo apenas no domínio dos largos horizontes das amplas províncias do Direito Sancionador – porquanto utilizada, praticamente, na linguagem de todos os departamentos do direito contemporâneo. Essa locução constitui de critério pré-ordenador da justiça a se fazer no caso concreto, para mensurar a legitimidade – e não só apenas e legalidade – de quaisquer iniciativas administrativas ou judiciais de que resultem – efeitos prejudiciais ou danosos a direitos ou a interesses das pessoas.” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. “A Justa Causa e outros temas atuais de Improbidade. Ensaio de Crítica Jurídica”. Fortaleza-CE, Curumim, 2017, p. 64).
- 39 MENEGALE, J. Guimarães; “O Estatuto dos Funcionários”. Volume II, Rio de Janeiro: Forense: 1962, p. 637.
- 40 MAIA FILHO, Napoleão Nunes. “Breves Estudos sobre a Ação de Improbidade Administrativa. a Justa causa e outros temas relevantes de Direito Sancionador.” Fortaleza-CE: Curumim, 2014, p. 38.
- 41 ROCHA, César Asfor. “Breves Reflexões Críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 28.
- 42 “A exigência da justa causa nas iniciativas sancionadoras representa, portanto *um freio às afoitezas acusatórias, criando um limite não ultrapassável ao exercício do poder de acusar, impondo ao acusador que antes de exercer a iniciativa punitiva, vale dizer, antes da inauguração do processo punitivo, recolha previamente, com seriedade e método, provas sérias da materialidade do ilícito dos indícios veementes e seguros de sua provável autoria, porquanto, sem o cumprimento dessas exigências, a promoção punitiva resvalará para o perigoso território do possível – e não do provável – e a ação sancionadora poderá se converter apenas em meio de tormento de sua feição de meio de justiça.*” (g.n.) (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Breves Estudos sobre a Ação de Improbidade Administrativa. a Justa Causa e outros relevantes de Direito Sancionador. Fortaleza – CE: Curumim, 2014, p. 41).
- 43 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: RP, 2011, p. 241.
- 44 “Habeas corpus. 2. Art. 334, § 1º, “c” e “d”, do Código Penal (contrabando de máquinas caça-níqueis). Absolvção durante a suspensão condicional do processo. 3. Pedido de trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Não ocorrência. 4. Satisfeitos os requisitos do art. 41, do CPP e não comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Precedentes. 5. Ordem denegada.” (STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, HC nº 115.730/ES, 2ª T., DJ de 1.08.2014).
- 45 STJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Ms nº 10442/DF, 3ª S., DJ de 26 set. 2005, p. 172.
- 46 STJ. Rel. Min. Gilson Dipp, RMS nº 11587/SC, 5ª T., DJ de 03 nov. 2004, p. 206.
- 47 STJ, Rel. Paulo Medina, Ms nº 9004/DF, 3ª S., DJ de 2.02.04, p. 267.
- 48 TRF-5ª Reg. Rel. Des. Francisco de Barros Dias, Ap. Cível nº 511140, DJ de 24 fev. 2011, p. 637; TRF-2ª Reg. Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama.” (TRF-2ª Reg., Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, AI nº 172077, DJ de 17 dez. 2010, p. 245.
- 49 “O jornalista transforma, de bom grado, o inquérito judiciário num duelo simbólico entre o juiz de instrução e o acusado, no qual o árbitro não é mais o juiz, mas sim o jornalista” (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. São Paulo: Revan, 1996, p. 80).



ARQUIVO PESSOAL

**MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS** é Advogado e palestrante.



POR AMADEU GARRIDO DE PAULA

ARQUIVO PESSOAL

## Livres, independentes, o mundo e o Brasil sobreviverão

**U**m certo modo de encarar o mundo e a vida entrou em colapso. Talvez seja uma planta cujas sementes foram lançadas em 1968, mais do que tudo um profundo grito de liberdade.

Obras filosóficas dogmáticas, centros cerrados e míopes de organização popular, partidos políticos, sindicatos entorpecidos e adormecidos, toda essa máquina de grilhões passará e, com essa passagem, a liberdade ditará nova etapa de civilização humana.

Em seu livro sugestivamente intitulado “O amanhecer vai ser maior”, Rosana Pinheiro-Machado procura abrir-nos os olhos para o anarquismo do futuro. Anarquismo a significar o desamarrar das cadeias que entorpeceram por séculos o homem e o manteve em casa, com as janelas cerradas. Em verdade, o homem não pode ter medo do homem, se quiser ser humano. Compreender seus direitos, saber que lhes são inerente as restrições, porque se limitam aos alheios, o plano onde começam outras liberdades, que têm de ser harmoniosas. Democracia cooperativa.

A autora aponta como momento revolucionário, nesse sentido, o Brasil 2013. Vê-se, sem enviesamentos ideológicos que não passam de buscas de seguro intelectual, que a maioria dos ocupantes do espaço comum deixou seus guetos para pelejar nas ruas. Sem importância os resultados, eis a reviravolta antropolítica, o sentimento de que as praças são livres, como o céu é do condor.

Ainda, é relativa a tomada do poder por reacionários. Seu maior inimigo, o tempo, os deitarão por terra.

Politização, o ser interessado, sem medo e crítico. Algo verdadeiramente promissor, o politizado que levará de arrastão a “classe política” e seu monopólio demagógico.

Fora dessa liberdade, exercitada construtiva e criativamente, sobre, principalmente, algo que até hoje a raça humana não soube definir com exatidão. Justiça, gênero dentro do qual medrarão várias espécies das civilizações futuras. #

---

**AMADEU GARRIDO DE PAULA**  é poeta e ensaísta literário, é advogado, atuando há mais de 40 anos em defesa de causas relacionadas à Justiça do Trabalho e ao Direito Constitucional, Empresarial e Sindical. Fundador do Escritório Garrido de Paula Advocacia.

# A necessidade de nomeação de curador especial na citação ficta



POR LAUDICENA RODRIGUES HIPÓLITO, PATRÍCIA JOYCE DE SOUSA CARVALHO E RODRIGO DE LIMA LEAL

**“Para que se possa materializar os direitos positivados na Magna Carta quanto às garantias no processo, é indispensável que seja dado às partes conhecimento acerca dos despachos, decisões e até mesmo de atos ordinatórios realizados por aqueles que possuem legitimidade para tanto. Citações, intimações, cartas são meios hábeis e imprescindíveis para que o processo se desenvolva.”**

**P**or configurar característica indissociável do homem, os conflitos de interesses estão intimamente relacionados à vivência em sociedade. Sendo o homem violento por natureza, aniquilar totalmente as contendas não é possível, mas incumbe às leis pacificar o seio social para que o convívio seja o mais harmonioso possível. O processo é o instrumento-meio utilizado para chegar ao fim de um conflito de interesses formado por uma pretensão resistida, ao qual deverá ser seguido o procedimento que é revestido pela sequência em que os atos processuais são praticados.

Os atos processuais, que são todas as ações desenvolvidas com vistas a dar início ou prosseguimento ao processo, possuem importância significativa para a própria existência daquele. Tratam-se, pois, segundo Luiz Guilherme Marinoni, de “declarações de vontade que visam à criação, modificação ou extinção de situações processuais” (2015, p. 109). Para que o processo ganhe impulso oficial, há que ser praticado atos processuais com fito na obtenção do bem da vida tutelado pelo ordenamento jurídico. Na ótica de Misael Montenegro, “o ato pode ser entendido como a manifestação das partes, do magistrado, do Ministério Público, da Defensoria Pública e de todos os auxiliares da justiça no sentido de criar, de modificar ou de extinguir um direito dentro do processo” (2018, p. 251).

Malgrado haja quem inclua também a notificação, a comunicação dos atos processuais, de acordo com o Novo Código de Processo Civil, é realizada através da citação, da intimação e, quando houver necessidade, pela expedição de cartas (rogatória, de ordem, precatória ou arbitral). Tais formas estão expressamente previstas no Título II do Livro IV da Parte Geral.

O presente artigo, com foco na comunicação dos atos processuais, tem como objetivo analisar quando há a necessidade de nomeação de curador especial quando feita a citação no processo civil. De maneira específica, estudar as formas de comunicação dos atos processuais no processo civil, estudar as espécies de citação no processo civil e verificar a necessidade de nomeação de curador especial no processo civil.

O tema fora escolhido em virtude da sua importância prática para assegurar a efetiva produção de efeitos das normas principiológicas previstas constitucionalmente no que concerne ao exercício do contraditório, uma vez que a nomeação de curador especial possibilita, além de impulso ao processo, a defesa dos direitos daquele considerado juridicamente vulnerável.

No âmbito metodológico, utilizou-se de pesquisas bibliográficas, sendo realizadas a partir de levantamento de referências teóricas publicadas por meios escritos e eletrônicos, bem como fora inspirado precipuamente pela abordagem do que prevê a atual sistemática processual vigente no novel Código de Processo Civil.

A primeira seção deste artigo abordará a comunicação dos atos processuais, mostrando quais as formas previstas na codificação processual. Na mesma oportunidade, a segunda seção tratará acerca das espécies de citação admitidas em direito. Por fim, a terceira seção cuidará de expor quando será necessário a nomeação de curador especial no processo civil,

---

## COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

---

Os atos processuais são cumpridos ou comunicados através de uma ordem judicial conforme o art. 236, *caput*, ou por outros meios. O art. 237 do CPC prevê a

necessidade de serem expedidas cartas para a comunicação dos atos processuais. O CPC de 2015 traz a carta arbitral como inovação, que é uma forma de comunicação estabelecida entre o poder judiciário e o juiz arbitral especialmente no que concerne à efetivação de tutelas antecipadas.

As cartas serão expedidas preferencialmente por meio eletrônico, na qual a assinatura do juiz deverá ser eletrônica, conforme o art. 263 do CPC de 2015, possuindo caráter itinerante se for remetida a determinado juízo, mas ficar demonstrado que deveria ter sido remetido a outro, o juiz deprecado não deve restituí-las ao juízo de origem. Portanto a comunicação dos atos processuais ocorre, através da citação (art. 238, CPC/2015) da intimação (art. 269, CPC/2015) e de cartas, atos esses que serão cumpridos pelos meios a seguir indicados.

### Citação

De acordo com o art. 238 do CPC de 2015, a citação é o ato pelo qual o réu, o executado ou o interessado é convocado para integrar o processo. Se o réu comparecer para arguir a nulidade ou a falta de citação o vício será suprido, começando a fluir o prazo para apresentar o ato processual, para designar sobre a audiência de conciliação ou mediação e se for necessário apresentar a contestação quando se tratar de um processo a título executivo judicial, ou a apresentação de embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial. Se for rejeitada a alegação, o réu será considerado revel ou poderá a prática dos atos executivos prosseguir normalmente, segundo o art. 239 § 2º do CPC.

Quando a citação for determinada por juízo incompetente, tanto os efeitos processuais como os efeitos materiais, a ela induz litispendência, tornando litigiosa a coisa e constituindo em mora o devedor, ressalvados os casos previstos nos arts. 397 e 398 do Código Civil. No entanto, a citação deve ser feita na pessoa do citando, quando se tratar de pessoa natural, e na de seu representante legal ou do procurador, quando se tratar de pessoa jurídica. O art. 242 traz regras específicas em que podem ser feitas as citações.

Conforme o art. 243 *caput*, a citação será feita no local em que se encontre o citando se não for conhecido a sua residência ou não for encontrado e, nos casos em que o réu for militar na ativa, a citação será feita na unidade em que estiver servindo. Além disso, não se é possível fazer a citação nas hipóteses do art. 244 do CPC, salvo se envolver o perecimento de direito.

Nos casos em que o citando é mentalmente incapaz ou está impossibilitado de receber a citação, devem ser observadas as regras dos parágrafos do art. 245 do CPC, culminando na citação de um curador que será nomeado para a defesa do interessado (art. 245 § 5º).

### Cartas

As cartas são meios de comunicação a serem empregados entre magistrados de diversos graus de jurisdição, comarcas, seções ou subseções e ainda entre magistrados de jurisdições diferentes, e entre juízes estatais e arbitrais.

Com base no art. 260 todas as cartas arbitrais devem conter : (i) indicação dos juízes de origem e de cumprimento de ato, (ii) inteiro teor da petição, do despacho

judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado, (iii) menção do ato processual que lhe constitui o objeto, e (iv) assinatura do juiz.

O prazo para o cumprimento das cartas será fixado de acordo com a natureza do ato a ser praticado e a facilidade das comunicações art. 261, *caput*, na qual as partes poderão acompanhar o seu cumprimento perante o juiz a quem se destina. Ademais, as cartas possuem caráter itinerante, ou seja, podem ser encaminhadas ou reencaminhadas a diversos juízes do qual foi expedido à prática do ato, as quais devem ser expedidas preferencialmente através do meio eletrônico, mas também poderá ser expedida por telefone, podendo se recusar o cumprimento da carta nas hipóteses prevista no art. 267 do CPC. Quando cumprida a carta ela será enviada de volta ao juízo deprecante, no prazo de dez dias independente de traslado, pago as custas pela parte (art. 268).

### **Intimações**

Segundo o art. 269, a intimação deve ser compreendida como “ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo”, devendo ser determinada de ofício pelo magistrado nos processos pendentes a não ser que haja lei em sentido contrário.

No art. 272 constam os requisitos de validade das intimações e os efeitos de sua realização, reiterando a preferência pela forma eletrônica, deixando em segundo plano a sua realização por publicação no órgão oficial. As intimações devem indicar de forma clara o nome completo das partes, dos advogados, o número de sua inscrição na OAB, e se for requerido o nome da sociedade de advogados (art. 272, §§ 2º e 4º).

A preferência pela intimação e por meio eletrônico reiterado pelo art. 273, e nos casos de inexistência de órgão oficial para publicação a intimação será feita pelo escrivão ou chefe de secretaria de todos os atos do processo aos advogados das partes a intimação só será pessoal quando tiver domicílio na sede do juízo.

### **ESPÉCIES DE CITAÇÃO**

De acordo com o art. 238 do Novel Código de Processo Civil, “Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”.

#### **Citação pelo correio**

É uma modalidade considerada como regra geral, salvo os casos de citação por meio eletrônico a qual não depende de requerimento da parte. A citação postal pode ser realizada em qualquer comarca do país independentemente de carta precatória (art. 247, *caput*, CPC) desde que observados os requisitos previstos no art. 248 do Código de Processo Civil, que dispõe que deve: a) estar acompanhada da cópia da petição inicial e do despacho do juiz; b) conter informações referentes ao prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório; c) estar registrada para entrega ao citando, devendo o carteiro, ao fazer a entrega, exigir-lhe que assine o recibo.

A correspondência deve ser entregue diretamente ao citando, exigindo que ele assine o recibo, salvo exceções. Em caso de recusa de recebimento ou de assinatura do recibo: reputa-se frustrada a diligência, já que o carteiro não tem fé pública, restando ao autor a requerer por mandado, cobrando ao réu as custas da diligência fracassada. (Moniz de Aragão, 2004, p. 221).

---

## **Citação por oficial de justiça**

---

A citação feita por oficial de justiça, também chamada de citação por mandado, que será feita de acordo com as hipóteses previstas no art. 250 do CPC: I – os nomes do autor e do citando e seus respectivos domicílios ou residências; II – a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução; III – a aplicação de sanção para o caso de descumprimento da ordem, se houver; IV – se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento; V – a cópia da petição inicial, do despacho ou da decisão que deferir tutela provisória; VI – a assinatura do escrivão ou do chefe de secretaria e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.

O oficial de justiça, ao encontrar o citando e onde estiver, devem ser observados alguns requisitos sob pena de nulidade (art. 251 do CPC): a) ler o mandado; b) entregar-lhe a contrafé; c) certificar o recebimento ou recusa da contrafé; c) obter a nota de ciência ou certificar que o réu não a apôs no mandado.

Nos casos de citação em comarcas vizinhas ou da mesma região, o CPC adotou o princípio da territorialidade da jurisdição, ou seja, permitindo que um oficial de justiça de uma comarca possa se dirigir a comarca contígua com fácil comunicação ou acesso para realizar a citação, intimação ou notificação, além de atos executivos como penhora.

---

## **Citação com hora certa**

---

É uma espécie de citação ficta prevista no art. 252, *caput*, do CPC: quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho, que no dia útil imediato, voltará para efetuar a citação, na hora que designar.

No dia e na hora marcada, o oficial de justiça comparecerá ao domicílio ou residência para fazer a citação. Se o citando não estiver presente, dará por feita a citação. Realizada a citação por hora certa, o escrivão ou o chefe de secretaria enviará ao réu, no prazo de dez dias, contando da data dos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência (art. 254, CPC).

---

## **Citação feita pelo escrivão ou chefe de secretaria**

---

Prevista no art. 246, inciso III, do Código de Processo Civil, se o citando comparecer no juízo em que está demandado, o escrivão ou chefe de secretaria deve

---

realizar a sua citação (art. 152, II do CPC). O prazo para resposta começa a fluir da data da citação (art. 231, III, CPC).

### **Citação por edital**

Também uma modalidade de citação ficta, sendo admissível nas hipóteses previstas no art. 256 do CPC: a) quando desconhecido ou incerto o réu; b) quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar, c) nos casos expressos em lei.

Os requisitos para que se realize a citação por edital estão previstos no art. 257 do CPC. São eles: a) afirmação do autor ou a certidão do oficial informando a presença das circunstâncias autorizadas; b) a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos; c) a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, fluindo da data da publicação única ou, havendo mais de uma, da primeira; e d) a advertência de que será nomeado curador especial em caso de revelia.

O juiz ainda pode determinar que seja feita a publicação do edital no jornal local de grande circulação ou através de outros meios, levando em consideração as peculiaridades da comarca, seção ou subseção judiciária.

O prazo para que o réu possa apresentar resposta, quando for feita a citação por edital, terá início no dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz (art. 231, IV, do CPC).

### **Citação por meio eletrônico**

Essa modalidade de citação está prevista na Lei nº 11.419/2006, art. 9º, a qual criou e regulamentou o processo eletrônico. A citação feita através do meio eletrônico é considerada pelo Código de Processo Civil como uma forma preferencial de citação das empresas públicas e privadas, na qual serão obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para que possam receber as citações e intimações e assim produzir efeitos (art. 246, § 1º, CPC).

Depois de realizada a citação por meio eletrônico, o prazo de resposta começa a fluir no primeiro dia útil seguinte à consulta e o término do prazo para que a consulta se dê (art. 231, V, CPC).

Somente as pessoas cadastradas no sistema eletrônico poderão ser citadas, por isso o CPC impôs que as pessoas jurídicas realizem o cadastro perante os tribunais, ressalvadas as microempresas e as empresas de pequeno porte.

## **NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL NO PROCESSO CIVIL**

Como consectário lógico do direito à plenitude da defesa, a curadoria especial exerce importante papel para que a materialização do contraditório ocorra e, assim, exista uma relação jurídica regida pelos princípios constitucionais vigentes. Embora possa não se estar diante de uma hipossuficiência econômica,

sua função é desenvolvida pela Defensoria Pública, consistindo, pois, em uma atividade atípica da instituição. Estar-se-á diante, precipuamente, de uma hipossuficiência jurídica.

O Código de Processo Civil prevê a necessidade de nomeação de curador especial em duas situações, entendidas como circunstâncias de vulnerabilidade jurídica: i) ao incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade e ii) a réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

A respeito da incapacidade, “nomeia-se o curador especial para a parte incapaz (incapacidade absoluta ou relativa) civil: quer porque não possui representante, quer porque está em litígio com ele” (DIDIER, 2017, p. 369-370). Este mesmo autor pontua que a nomeação de curador especial supre tão somente a incapacidade processual, não ocorrendo o mesmo para com a incapacidade material (2017, p. 370). O curador “não se tornará o representante definitivo do incapaz, uma vez que sua atuação se restringirá ao processo em que foi nomeado, até que haja a definitiva nomeação do novo representante” (MARCUS VINICIUS, 2018, p. 198). É válido ressaltar que a nomeação de curador poderá abarcar os dois polos da relação jurídica processual e que não será dispensada a fiscalização do Ministério Público.

No que concerne à segunda hipótese, o baiano Fredie Didier Júnior pontua o seguinte (2017, p. 370):

“Nos casos do inciso II do art. 72, o curador vem representar em juízo sujeito capaz materialmente, mas incapaz processualmente. Trata-se de incapacidade puramente processual. O que justifica a curatela especial é a ausência física do réu revel, seja porque foi citado fictamente, seja porque está preso. Reputa-se que, em ambas as situações se encontra o demandado em posição de fragilidade para defender-se em juízo. A nomeação de curador especial é uma técnica para equilibrar o direito de ação e o direito de defesa.”

Na hipótese de réu preso, o curador atuará no polo passivo. Assim destaca Marcus Vinicius (2018, p. 199):

“O réu preso é, em regra, pessoa capaz, que não precisa de alguém que o represente ou o assista. A preocupação do legislador é de que ele, em razão da prisão, não tenha condições de se defender adequadamente, pois, privado de liberdade, talvez não possa contratar advogado, nem diligenciar para colher os elementos necessários para a defesa de seus interesses”.

Quanto à nomeação de curador especial quando feita a citação ficta, Marcus Vinicius assevera o seguinte (2018, p. 199):

“Sua função não é a de representar o réu, que pode ser pessoa maior e capaz, mas assegurar-lhe o direito de defesa, uma vez que, sendo ficta a citação, não se tem certeza se a revelia do réu decorre de ele não querer se defender, ou de não ter tomado conhecimento do processo”.

Não se pode olvidar que, antes de transcorrido o prazo para que o réu apresente sua resposta após a citação ficta ter sido efetivada, não há que se falar em nomeação de curador.

É mister salientar também que, por não ter o curador nomeado, em regra, contato com o réu, este poderá defendê-lo por negativa geral, afastando a presunção de veracidade decorrente da não impugnação específica dos fatos alegados pela parte autora.

---

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

Diante do exposto, pode-se notar que o CPC traz diferentes formas consideradas como mecanismos impulsionadores do processo. Os atos processuais, como manifestações de vontade humana que tem por escopo produzir efeitos dentro do processo, são de incontrovertível significância para que o bem da vida tutelado seja retirado daquele que o injustamente o detém.

Para que se possa materializar os direitos positivados na Magna Carta quanto às garantias no processo, é indispensável que seja dado às partes conhecimento acerca dos despachos, decisões e até mesmo de atos ordinatórios realizados por aqueles que possuem legitimidade para tanto. Citações, intimações, cartas são meios hábeis e imprescindíveis para que o processo se desenvolva.

Quando há situações consideradas de vulnerabilidade jurídica, seja por estar-se diante de colisão de interesses entre incapaz e representante/assistente, seja por ter sido o réu revel citado fictamente ou por ter sido cerceada a sua liberdade sendo este revel, o Código de Processo Civil preocupou-se em garantir que lhes seja nomeado curador especial, atribuída à defensoria pública tal múnus mesmo tratando-se de função atípica, para que seja suprida tal fragilidade. Importante ressaltar mais uma vez que, malgrado a instituição seja responsável por levar assistência jurídica gratuita aos necessitados, a hipossuficiência de que trata tal dispositivo civil processualista não necessariamente há de ser econômica. ✍

---

## REFERÊNCIAS

---

- BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Vol. I. Tradução de Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servnda, 1999.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao dirito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podvim, 2017.
- FILHO, Misael Montenegro. *Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2018.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, v. 13, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme *et al*. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MONIZ, de Aragão *et al*. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



**LAUDICENA RODRIGUES HIPÓLITO** é Acadêmica do curso de Direito do Instituto de Educação Superior Raimundo Sá.



**PATRÍCIA JOYCE DE SOUSA CARVALHO** é Acadêmica do curso de Direito do Instituto de Educação Superior Raimundo Sá.



**RODRIGO DE LIMA LEAL** é Docente no Instituto de Educação Superior Raimundo Sá.

# Conflitos judiciais em aquisição de softwares

POR ANDREA MODOLIN

**“Banco e empresa de tecnologia têm por norma fazer negócios lastreados por cláusulas de seguro, aos quais recorrem quando algo dá errado. As pequenas e médias empresas ainda não têm a mesma capacidade e estão, muitas das vezes, descobertos nestas situações.”**

Série de pequenas e médias empresas, de diversos setores, têm ingressado, cada vez mais, com ações na Justiça para serem ressarcidas por algumas das maiores empresas fornecedoras de softwares de gestão. A constatação desse fato ocorreu a partir da compilação de dados obtidos junto a diversas fontes de medidas judiciais disponíveis na Internet, contatos com escritórios de advocacia e de rede de relacionamentos de atividades econômicas. A quantidade de desavenças atinge a casa de centenas de processos, mas deve ser muito maior, pois, nestes casos, como trata-se de disputas de “apenas” dezenas de milhares de reais, o procedimento normal é através da tentativa de acordos extrajudiciais, que não aparecem nos sites das cortes judiciais.

A partir de análise sobre o conjunto de processos podem ser encontrados pontos em comum. A forma de abordagem, a apresentação da solução para série de problemas de gestão de informação, como o software resolve isso e ainda gera potencial de ganhos importantes, a customização do produto, garantia de prazo para entrega e, claro, uma forma de superar eventual barreira de preço por meio de linha de crédito pré-aprovada numa instituição financeira de renome. Enfim, o que a empresa “precisa” da forma que pode “pagar”.

Independente das pressões do jogo de encantamento para convencer alguém a comprar algo, há em comum na maioria dos casos alguns elementos que passaram ao largo na hora de fechamento do negócio: a efetiva capacidade de entrega do software no prazo combinado, o caráter



da relação jurídica do produto com a linha de empréstimo para a sua aquisição e a clareza nas regras para desfazimento do negócio.

Esses pontos são relevantes porque o bom negócio é aquele que pode ser conduzido com muita emoção na hora da compra, extrema razão durante implantação e desenvolvimento e, sobretudo, com desgastes mínimos caso as promessas não se cumpram, seja lá por quais razões.

Pois bem, em inúmeros lugares – como mostram os processos que chegam à primeira instância judicial – o prazo de entrega foi descumprido, o produto não está surtindo o efeito prometido ou, pior, versões instaladas foram descontinuadas e atualização se dá com a aquisição de novo produto, sempre bem mais caro.

Em face dessas circunstâncias, as adquirentes dos softwares de gestão tentaram a rescisão dos contratos, mas não conseguiram. As tentativas de barrar o pagamento dos empréstimos também foram frustradas. Portanto, muita gente está pagando por algo que não receberam, não funciona bem ou nem ativo está mais.

Esse conjunto de brigas judiciais sobre o mesmo tema permite orientações importantes para o pequeno empresário saber lidar adequadamente com este tipo de negócio.

Primeiro, informar-se mais profundamente sobre uma empresa e seus produtos. Pesquisas simples na Internet sobre uma determinada empresa e seus serviços são facilmente manipuláveis. Por meio de assessores especializados e sistemas de indexação e inclusão de informações, se consegue deslocar informações desabonadoras para bem longe nas páginas de pesquisa. Se quer saber algo ruim de uma empresa, apure nos locais que abordam esse tipo de assunto, como os agregadores de processos judiciais e de instituições de defesa do consumidor. Conversar com o mercado também pode ser de muita valia.

Segundo, grave as conversas com o vendedor. Faça isso formalmente, indique data e hora, de forma que não pare quaisquer dúvidas sobre como uma venda com promessas impossíveis de serem cumpridas reverterão contra a empresa. Para quem estranha isso, basta lembrar que o sistema de telemarketing usa essa forma há décadas. Se quem vende se resguarda, quem compra deve se precaver em dobro.

Passada essas duas etapas, a atenção se volta para o contrato. Não deve haver pressa em assinar. O documento deve ser lido com máxima cautela. A intenção deve ser de checar se o que foi dito está claramente exposto no documento. Em caso de dúvidas, o apoio e orientação com especialistas torna-se imprescindível. O que está sendo comprado, as características, prazo de entrega e modo de rompimento precisam estar claros e destacados.

Se, como nos casos destacados acima, a aquisição do serviço ou produto estiver ligada a empréstimo bancário, a qualidade desse crédito precisará ser analisada em minúcias para que se tenha garantido o direito de interrupção de pagamentos no caso de falhas na entrega do bem adquirido e outros problemas previstos no contrato.

Esses pontos de atenção precisam ser levados muito a sério. Afinal, banco e empresa de tecnologia têm por norma fazer negócios lastreados por cláusulas de seguro, aos quais recorrem quando algo dá errado. As pequenas e médias empresas ainda não têm a mesma capacidade e estão, muitas das vezes, descobertos nestas situações. 🚩

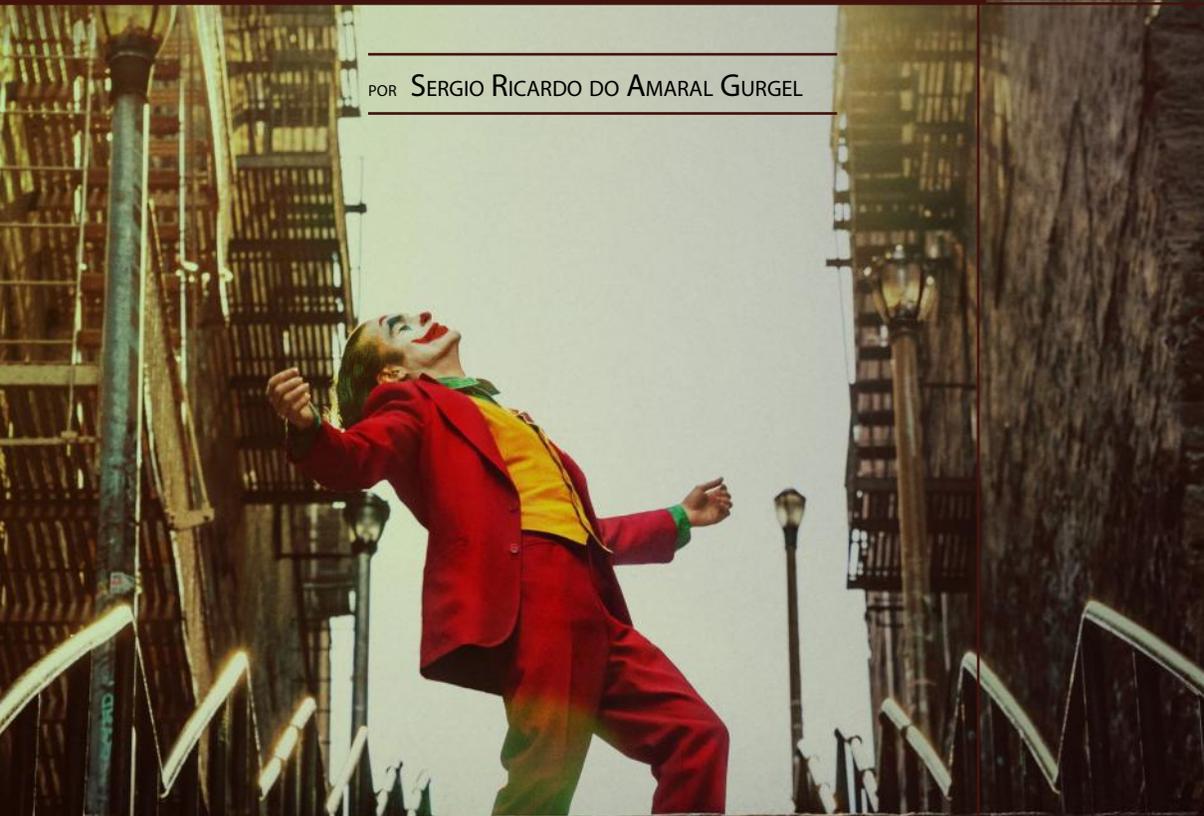


**ANDREA MODOLIN** é Advogada.

# Joker

## A canastra suja da vida

POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL



JOAQUIN PHOENIX

ENFILMADO POR TODD PHILLIPS

# JOKER

BIOPREMIÄR 4 OKTOBER

DC BRON CHARACTERS FROM DC WRITTEN BY TODD PHILLIPS & SCOTT SILVER DIRECTED BY TODD PHILLIPS

**“Os coringas de hoje, um dia sonharam ser como o Batman, mas com o passar do tempo viram que o *playboy* de capa preta era uma grande mentira, coisas de histórias em quadrinhos. Milionário de extrema influência política que dedica a sua vida para a defender os fracos e oprimidos só mesmo na mente de quem se encontra na primeira infância, ou talvez daquele que já esteja usando cabelos verdes e sorriso desenhado no rosto, mas ainda não teve a oportunidade de ver sua imagem refletida nos retrovisores dos carros de trezentos mil dólares. Esses, mais cedo ou mais tarde, criarão uma Filosofia própria, um pouco diferente daquela que emergiu nos Séculos das Luzes, mas que vem ganhando força nos dias atuais. Trata-se do “Mato, logo existo!”. Foi exatamente essa a percepção do personagem Arthur Flech manifestada no filme em tela, em um *insight* que teve ao desabafar suas angústias com a assistente social que lhe prestava auxílio.”**

**A** origem das cartas do baralho é tão antiga que os pesquisadores não conseguem precisar o ano em que se originou. Alguns estimam que o seu surgimento possa ter ocorrido no século X, na China, mas somente no século XIV veio a se dissipar pela Europa, e depois para o mundo árabe.

De acordo com a região, alguns jogos foram sendo aderidos pela cultura local, como aqueles que conhecemos no Brasil, a exemplo do Buraco, Paciência, Trunfo, entre outros. E independentemente da modalidade escolhida, cada carta guarda em si mesmo um mistério singular, destacando-se aquelas que, além de imagens, trazem símbolos, como no caso dos imponentes Valetes (J, de *Jack*), Damas (Q, de *Queen*) e Rei (K, de *King*), ou que ostentam a solitária letra “A”, que sem nenhuma figura, é capaz de quebrar todas as bancas dos cassinos quando reunidas nos quatro naipes nas mãos de um felizardo.

Alguns povos usaram os baralhos convencionais na busca de revelações sobre o futuro próximo ou longínquo, prática corriqueira pertencente ao cotidiano de todas as classes sociais, fidedignas às palavras das ciganas e videntes que continuam atraindo uma legião de curiosos à prática do ocultismo. Na falta de um baralho confeccionado especialmente para esse fim, um simples número preto pode dizer muito sobre o destino de quem não teme saber sobre quantas mortes serão morridas, nem quantos amores serão perdidos.

Há também quem use o baralho para espetáculos de mágica, causando a ilusão da transposição desses pequenos painéis de celulose ou plástico, que ao saírem das

mangas dos paletós ressurgem das orelhas de um espectador disperso. O público aplaude enquanto o mágico se preocupa em levar os segredos do truque até o seu último endereço.

O músico inglês Sting compôs a música chamada *Shape of My Heart*, cuja letra trata do sentido de algumas das cartas do baralho. O refrão revela que as espadas são aquelas empunhadas por um soldado; que os paus são as armas de guerra; e que o ouro significa o dinheiro para esta “arte”, embora nega-se a admitir que o naipe de copas tenha o formato do seu coração. Realmente, é muito difícil acreditar no amor.

Não obstante o fascinante mundo dos leques constituídos das cores preto e vermelho que se misturam nas mãos dos jogadores, é notório que o Coringa supera qualquer outra no que diz respeito ao mistério escondido na imagem de um lunático. Alguns especialistas no tema sustentam que a famosa carta na qual se encontra um “Bobo da Corte”, ou um palhaço, conhecida originalmente como *Joker*, tenha sido criada pelos norte americanos, na segunda metade do Século XIX, no intuito de complementar um jogo pouco conhecido chamado *Euchre*. Entretanto, há quem defenda a tese de que o Coringa seja proveniente do *Tarot*, como desdobramento da carta chamada “The Fool”. Outros insistem na ideia de que a curiosa espécie seja uma variação de “O Louco”, encontrado no baralho italiano, ou mesmo da imbatível carta do baralho inglês, chamada “The Imperial Bower”. Por fim, às vezes é vista apenas como a carta zero.

Consultando o vernáculo, a divergência se manifesta tanto no que diz respeito à sua correta grafia (se com “u” ou com “o” na segunda letra da primeira sílaba), bem como ao seu significado. Embora alguns professores interpretem como termos sinônimos, outros entendem que a palavra “curinga” refere-se à versátil carta do baralho, enquanto a expressão “coringa” guardaria relação com as pequenas velas fixadas às proas das canoas ou barcas. De qualquer modo, é quase consensual que ambas as modalidades podem ser usadas como forma de fazer menção às pessoas feias ou raquíticas. Segundo o Dicionário Aurélio, as duas palavras possuem sentidos diferentes na língua portuguesa, tendo em vista “curinga” derivar de *kuringa*, termo do dialeto africano Quimbundo que significa “matar”.

Recentemente, o filme *Joker*, estrelado pelo extraordinário ator Joaquim Phoenix, despertou novamente a curiosidade sobre o simbolismo que gravita em torno de sua imagem. Nas histórias em quadrinhos, o inimigo capital do Batman utilizava-se do disfarce de palhaço que se adequava perfeitamente ao modo sarcástico com que lidava com a subversão da ordem jurídica, desdenhando de toda a polícia que almejava, sem sucesso, confiná-lo ao cárcere. Todavia, quando os Gibis foram transformados em série para a televisão, o delinquente fantasiado de palhaço foi reduzido a um simples lunático que mais parecia desejar ser combatido pela dupla Batman & Robin do que propriamente causar algum tipo de insurreição em nome de uma causa qualquer, à semelhança dos seus companheiros do submundo do crime como Charada, Mulher Gato, Pinguim e Cabeça de Ovo. Sucesso absoluto entre as crianças, todavia, pura nostalgia no que tange a uma estética deslumbrante e rara para quem nasceu entre as décadas de 1960 e 1970.

Diante de tantas transformações ocorridas no mundo nos últimos anos, as histórias em quadrinhos não ficaram imunes à releitura do homem moderno. O sucesso de bilheteria do longa-metragem *Joker* traduz a curiosa readaptação de



um personagem que, por décadas, caracterizou-se por um misto de banalidade e bestialidade. Dessa vez, a genialidade do autor fez despertar no público o sentimento de solidariedade em relação a um perigosíssimo assassino. Como se não bastasse, conseguiu ainda estabelecer entre o personagem e o público uma identidade quase consanguínea, sendo dispensável a compreensão dos aspectos psicológicos e filosóficos que motivam a estranha empatia.

No filme são exibidas cenas de extrema brutalidade cometidas pelo mesmo personagem que, outrora, havido realizado gestos fraternais. O criminoso, que enfia uma tesoura nos olhos de uma pessoa que julgava ter lhe traído, também ajudava a mãe idosa e doente a ensaboar os longos cabelos durante o banho. Isso significa que existem vários caminhos que levam ao crime, e o enredo aborda o ódio construído pelo malogro da rejeição, causadora de intenso e insuportável sofrimento. Aliás, quanto à essência, não há muitas diferenças entre o Arthur Flech, o *Joker*, e a criatura criada por Victor Frankenstein, na obra de Mary Shelley (1797-1851), que desprezado pelo seu criador em razão da sua feiura, passou a persegui-lo para exigir o direito que lhe foi negado, ou seja, o de ser feliz no convívio com o semelhante. Nota-se que o ser criado pelo cientista não era um monstro, exceto na sua aparência, o que bastou para ser rejeitado por todos com quem teve o desprazer de se expor.

*Joker* (Arthur Flech) é um personagem portador de diversos transtornos mentais que se manifestam em comportamentos esquizoides, como as suas gargalhadas involuntárias, espasmódicas, carregadas por um profundo grau de angústia e

desespero. Além de feio, e com um caminhar patético, não passa de um fracassado no campo profissional, tendo que se submeter às amarguras do subemprego e das esmolos oferecidas por um governo extremamente corrupto. Pertencente à uma classe média decadente, que tradicionalmente arca com os subsídios dos mais pobres, enquanto paga as vultosas despesas dos mais ricos, assimilou a ideologia que impera na atualidade, segundo a qual devemos manter uma postura positiva diante de todos os tipos de infortúnio como forma de atrair recompensas inesperadas da vida, sempre firmes na esperança de viver um futuro que nunca chegará, salvo nos sonhos profundos proporcionados pela ingestão de pesadas doses dos mais potentes remédios de uso contínuo. Apesar de viver ensaiando o suicídio, porque se odeia mais do que qualquer outra pessoa seria capaz de fazê-lo, mantém o sorriso na face como subterfúgio para ter o mínimo de aceitação social. Um esquisito *hashtag* de felicidade, cena comum do nosso cotidiano.

Em poucas linhas é possível definir todas as características acima elencadas com as seguintes palavras: Coringa é um homem pobre, eis o seu maior problema! Se rico fosse, seus distúrbios mentais seriam vistos como excentricidade típica das grandes celebridades; sua violência, interpretada como uma reação legítima às agressões aleatórias dos invejosos; sua vida amorosa estaria repleta de pessoas dispostas a perdoar todas as espécies de maus tratos em troca do *glamour* de uma vida pueril na *high society*; suas piadas sem sentido seriam compartilhadas pelas redes sociais ostentando milhões de *likes*; sua dança desengonçada se tornaria a nova tendência nas pistas das boates; e sua visão de mundo, se publicada por uma editora qualquer, se tornaria *best-seller*. É evidente que a pobreza é o seu maior infortúnio, pois a insanidade que o atinge não é maior do que aquela demonstrada pelos engravatados do metrô que o espancam covardemente; dos que subtraíram seu instrumento de trabalho por pura diversão; do colega de profissão que lhe fornece uma arma de fogo para, em seguida, delatá-lo; do entrevistador que procura aumentar os índices de audiência de seu programa escarnecendo de um portador de enfermidades mentais. Dos catadores de lixo até os chefes de Estado, pode-se dizer que a sociedade está muito doente.

É curioso notar que o personagem interpretado por Joaquim Phoenix acumula todos os significados extraídos da carta *Joker*, ou seja, palhaço, tolo, maluco, horroroso, raquítico, polivalente e homicida. O número zero na escala das relações sociais. Tem o dom de se transformar no que quiser, ao menos em sua imaginação, desde um irresistível galanteador até um famoso comediante. Seja como for, será manipulado por um perverso sistema montado para enriquecer uma irrisória minoria de reis e rainhas, que por intermédio de milhões de “bobos da corte” ganham todas as partidas formando as canastras sujas da vida.

Com a nova obra cinematográfica, Coringa deixou de ser um mero personagem para se tornar um conceito, que define plenamente o sentimento de revolta silenciosa contido na imensa massa de despossuídos e expropriados.

Os coringas de hoje, um dia sonharam ser como o Batman, mas com o passar do tempo viram que o *playboy* de capa preta era uma grande mentira, coisas de histórias em quadrinhos. Milionário de extrema influência política que dedica a sua vida para a defender os fracos e oprimidos só mesmo na mente de quem se encontra na primeira infância, ou talvez daquele que já esteja usando cabelos verdes e sorriso desenhado no rosto, mas ainda não teve a oportunidade de ver sua

imagem refletida nos retrovisores dos carros de trezentos mil dólares. Esses, mais cedo ou mais tarde, criarão uma Filosofia própria, um pouco diferente daquela que emergiu nos Séculos das Luzes, mas que vem ganhando força nos dias atuais. Trata-se do “Mato, logo existo!”. Foi exatamente essa a percepção do personagem Arthur Flech manifestada no filme em tela, em um *insight* que teve ao desabafar suas angústias com a assistente social que lhe prestava auxílio.

Alguns sentimentos incutidos na mente humana somente são identificados quando alguém se presta a dar nome a eles. Esse é o detalhe da nova versão do vilão protagonista do filme *Joker*. O roteirista, de forma consciente ou inconsciente, conseguiu nomear o mal-estar que grande parte da sociedade carrega, embora ainda não saiba expressá-lo, assim como ocorre em o “Ovo da Serpente”, de Ingmar Bergman.

No Brasil, os jogos da vida são compostos de apenas quatro cartas divididas em três naipes: reis, rainhas, valetes (de ouros, de paus e de espadas) e coringas. Porém, a base da pirâmide social é constituída essencialmente por *jokers*. E o que se mostra mais grave é que os governantes acham que esses raquíticos paranoicos jamais deixarão as mesas dos bares imundos. Ao mesmo tempo, exploram o fetiche de exibir-se perante a imprensa como verdadeiros “homens-morcegos”, justiceiros de meio expediente. Adotam o discurso demagógico de combate à criminalidade para promoverem constantes reformas na legislação em troca de milhões de votos de eleitores (The Fool), mesmo sabendo de sua total ineficácia para a redução da delinquência. Em vez de frentes de trabalho e desenvolvimento econômico e social, criam ou recrudescem os institutos jurídicos-penais existentes. Que venham mais crimes no rol dos delitos considerados hediondos e regimes disciplinares diferenciados, e menos progressão de regime e livramentos condicionais! Vida longa aos pacotes anticrime, antirraciocínio, antiliberdade e antivida! O objetivo agora é reinventar um novo jogo de Buraco sem as indesejáveis cartas que carregam a figura do louco. Que fiquem dentro da caixa! O “dois” de qualquer naipe pode desempenhar o mesmo papel sem ameaçar as rodadas.

Continuamos a agir como revelou Clarice Lispector (1920-1977) em sua análise sobre o *jus puniendi*. Segundo a escritora, o Direito Penal se assemelha às práticas da Medicina medieval, segregando o doente, sem curá-lo, e sem procurar as causas de sua enfermidade. Por fim, concluiu que só haverá o chamado “direito de punir” quando tal medida implicar o emprego de uma vacina contra o gérmen do crime, como ensinava Francesco Carnelutti (1879-1965), um dos maiores juristas italianos. Até que alcancemos essa utopia, a aplicação de pena servirá de pura “morfina às dores da sociedade”.

E assim segue a humanidade de acordo com a canção “That’s Life”, interpretada por Frank Sinatra, música tema do filme *Joker*: “Isso é a vida / Por mais engraçada que pareça / Algumas pessoas se divertem pisoteando sonhos.” Enquanto isso os coringas de carne e osso continuarão perguntando, como aparece nas primeiras cenas da obra do magnífico diretor Todd Phillips: “– É impressão minha ou o mundo está cada vez mais doido?”. 📌



**SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL** é sócio em Costa, Melo & Gurgel Advogados; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal; autor da Editora Impetus.

# Resenha

## – Escrito sobre a Liberdade – Volume 4 – Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão

POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ



Maria Lúcia Karam

**“Índivíduo permanentemente vigiado acaba por reprimir suas opiniões, por mudar seus hábitos, por ter medo de ser diferente, de questionar, acaba por se conformar aos padrões dominantes, acaba por aderir à submissão. Este é, certamente, o ideal de todo Estado totalitário.”**

**K**ARAM, Maria Lúcia. Escritos sobre a Liberdade – Volume 4 – Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

A autora, juíza aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, trata na obra da avaliação da expansão do poder punitivo frente à proteção de direitos constitucionais fundamentais. Para tanto, propõe-se a avaliar e refletir sobre os direitos à intimidade, à informação e à expressão. E, neste ponto, a questão não é posta sob o prisma de uma releitura ou reavaliação, e sim de um enfrentamento de tais direitos, dados os avanços científico-tecnológicos que marcam nossa geração tecnológica e digital.

Karam destaca pontos positivos e negativos conhecidos da era digital – sendo os conhecidos bastante relevantes e evidentes frente aos avanços extraordinários experimentados pela civilização a cada dia. Mas é no lado negativo que a autora pretende trabalhar e se debruçar. Segundo a autora:

“O lado negativo da era digital repercute de forma sombria sobre a intimidade. Ao mesmo tempo em que o maior acesso a todo tipo de informação e a ampliação das possibilidades de comunicação contribuem decisivamente para a conquista de mais liberdade, proliferam globalmente novos instrumentais de vigilância e de controle que, usados sob o surrado pretexto de fornecer segurança, promovem uma sistemática invasão da privacidade e tolhem aquela liberdade conquistada.”<sup>1</sup>

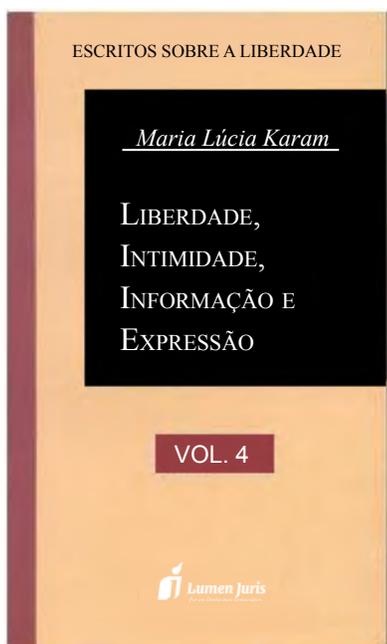
Assim, a autora divide a obra em duas grandes partes, avaliando primeiramente a liberdade de informação e de expressão, para depois ingressar no estudo do direito à intimidade.

Ingressando no tema, as liberdades de informação e expressão são tratadas pela autora como princípios consagrados em constituições de estados democráticos. Estes dois conceitos estão intimamente ligados a tal ponto que a autora afirma que “o indivíduo que há de ser livre para pensar da forma que quiser e acreditar no que bem entender há de ter igual liberdade de exteriorizar seus pensamentos e crenças, manifestar suas opiniões, se expressar, dizer o que pensa.”<sup>2</sup> Conclui sintetizando que “a liberdade de expressão e de informação é inseparável da idéia de democracia.”<sup>3</sup> Politicamente falando, trata-se da sobrevivência dos indivíduos em sociedade, que devem pensar e expressar suas ideias e opiniões. Para Karam:

“A possibilidade de conhecer, de saber, de estar informado sobre os mais diversos temas, é essencial para que o indivíduo possa ser independente, possa ter suas próprias idéias e opiniões e, assim, se manter livre.”<sup>4</sup>

E com isso a autora aponta que proibições não podem impedir a difusão de ideias, pensamentos ou opiniões, dado que democracia “implica em tolerância, respeito à pluralidade, às diferenças, às divergências, inclusive às diferenças e divergências que pretendem negá-la.”<sup>5</sup>

A autora passa a avaliar a liberdade de expressão e de informação e a vedação da censura, afirmando, para aqueles com tendências autoritárias, que “a liberdade de expressão é extremamente “perigosa” para quem quer se manter no poder sem



“Entendemos o posicionamento da autora ao privilegiar e focar ofensas significativas ou abusos no exercício da liberdade de expressão e informação, que para ela também não autorizam a censura, e sim, deflagram o direito de resposta ao ofendido em condições equivalentes às da divulgação da ofensa. Mas temos para nós que todos os tipos de ofensas, graduadas, naturalmente, devem ter sua devida forma de repressão e/ou punição, seja para compensar a vítima, seja para minimizar os resultados danosos causados pelo excesso.”

contestações”.<sup>6</sup> Afinal, estados totalitários possuem como premissa a limitação da divulgação de ideias e a censura de propagação de novos ideais. Para Karam:

“O ataque à liberdade de expressão com a proibição de divulgação de determinadas manifestações do pensamento, através da censura, é uma marca dos Estados totalitários, de todos os tempos e de todos os matizes”.<sup>7</sup>

Com isso, a autora destaca que deve ser imposta vedação de censura a qualquer forma de expressão ou manifestação do pensamento, uma vez que a censura decorre diretamente de imposição daquele que detém algum tipo de poder. Dado que a moral é algo relativo, Karam destaca que o que pode ser inconveniente para um pode não ser para outro – em suas palavras, “inconveniência e repugnância são sempre muito relativas”.<sup>8</sup> Assim, não é possível fixar critérios objetivos para quais expressões ou informações poderiam ser liberadas e quais censuradas, sob pena de privilegiar grupos em detrimento de outros, sem contar o exercício indevido do poder público. Karam destaca que “a moral é, antes de tudo, algo individual e relativo, baseando-se na autonomia da consciência individual. Não existe uma moral; existem sim diversas concepções morais. O que choca determinados indivíduos pode agradar outros. E ainda que sejam uma minoria esses outros têm o direito de expressar e ter acesso ao que lhes agrada.”<sup>9</sup> E com isso, a autora traz alguns exemplos, inclusive sobre a questão de discursos sobre drogas lícitas e a legalização ou não de drogas ilícitas – levando e aprofundando o debate da censura e da liberdade de expressão e informação a graus e níveis interessantes da discussão sobre o tema.

A obra segue com a avaliação dos limites à liberdade de expressão e informação, dado que naturalmente tais direitos não podem ser considerados ou tidos como absolutos conquanto vivemos em sociedade. Nas palavras de Karam, “como ocorre em quaisquer outras manifestações da liberdade individual, como ocorre em

relação a quaisquer direitos fundamentais, a liberdade de expressão e informação só é absoluta enquanto não são atingidos ou concretamente ameaçados direitos de terceiros”.<sup>10</sup> Ou seja, as liberdades são equivalentes (princípio das liberdades iguais que estabelece limites necessários à coexistência), devendo ser impostas por lei e devidamente delimitados para apenas e tão somente restringir o que se mostrar indispensável “para a proteção de outros direitos igualmente fundamentais e de modo que sacrifiquem no mínimo possível o exercício daquela liberdade”.<sup>11</sup>

Logo, temos que o anonimato é um limite à liberdade de expressão, pois ao se permitir eventual ocultação de quem exterioriza dado pensamento, que pode ferir outro, poder-se-ia legalmente proteger um dado, o que não se poder admitir em direito. Para Karam:

“Quem exerce a liberdade de expressar publicamente seus pensamentos, suas idéias, suas opiniões, suas convicções, seus pontos de vista, tem de assumir e ser responsável por aquilo que pensa e aquilo que diz. O anonimato é uma atitude covarde e traiçoeira de quem quer fugir às suas responsabilidades, de quem se esconde para não se incomodar ou não se comprometer”.<sup>12</sup>

Após traçar críticas ao anonimato e à proteção dele, a autora aprofunda seu debate sobre “o outro lado da moeda”, qual seja, a garantia de sigilo daquilo que se diz ou se expressa em confidência ou em confiança<sup>13</sup>. Neste sentido, para algumas profissões – médicos, advogados, psicólogos, clérigos, dentre outros – a relação de confiança estabelecida pressupõe a garantia e manutenção do sigilo e resguardo de informações recebidas. Diferente é o caso do sigilo de fonte do jornalista. Para Karam, “a não identificação da fonte não significa uma exceção à vedação do anonimato, na medida em que há alguém identificado – o jornalista – que se torna responsável pela expressão pública do pensamento”.<sup>14</sup> Ou seja, garante-se o fluxo de fonte e informação, mas são mantidas a proteção e as limitações à liberdade de expressão e informação – alcançando, inclusive, a eventual responsabilização do jornalista. E o exercício deste jornalismo e a proteção de fontes são estendidos pela autora para diversos meios de comunicação expandidos pela modernidade, tais como blogs e páginas pessoais de internet.

Se, por um lado, podem levar a um controle e fiscalização de exercício de poder, podem atingir indivíduos. E se o exercício da liberdade de expressão e informação pode atingir “a boa reputação ou a honra do indivíduo, quando lhe são lançados atributos negativos ou apontadas condutas desabonadoras, desrespeitando-o e ferindo sua dignidade”.<sup>15</sup> E neste ponto, Karam expressa posição bastante definida e forte do embate “ofensa x liberdade de expressão”, indicando que “no conflito com a liberdade de expressão e informação, a proteção à honra só deve prevalecer na medida em que a ofensa seja efetivamente significativa, representando uma ameaça clara e presente de dano, capaz de realmente resultar em uma desmoralização do atingido perante os demais indivíduos, de forma a efetivamente ferir sua dignidade”.<sup>16</sup>

Por outro lado, a autora aborda um limite sensível e situa-se de forma crítica, o que pode gerar consideráveis reclamos, ao afirmar que “ofensas genéricas, abstratas não têm a repercussão efetivamente desmoralizadora apta a impor restrições à liberdade de expressão, inserindo-se em seu âmbito e invocando a tolerância que se sobrepõe e é a melhor forma de derrotar qualquer manifestação de intolerância”.<sup>17</sup> Entendemos o posicionamento da autora ao privilegiar e focar ofensas

significativas ou abusos no exercício da liberdade de expressão e informação, que para ela também não autorizam a censura, e sim, deflagram o direito de resposta ao ofendido em condições equivalentes às da divulgação da ofensa. Mas temos para nós que todos os tipos de ofensas, graduadas, naturalmente, devem ter sua devida forma de repressão e/ou punição, seja para compensar a vítima, seja para minimizar os resultados danosos causados pelo excesso.

Superada esta etapa do estudo, a autora ingressa na avaliação da liberdade de reunião e associação. Dado que os indivíduos são livres para pensar e expressar seus pensamentos e crenças, igualmente devem ser livres para se reunir e debater suas ideias, e disso decorre a liberdade de reunião e associação. Portanto, “a liberdade de reunião e associação implica a possibilidade de organização coletiva dos indivíduos para quaisquer fins lícitos e pacíficos”<sup>18</sup>, devendo esta participação ser livre e não podendo ninguém ser constrangido a participar, ingressar ou permanecer como integrante dela.

Como limite a esta liberdade de reunião e associação, novamente temos os direitos de terceiros. A autora coloca, por exemplo, que “manifestantes mantêm o direito de se expressar de todas as formas que entenderem convenientes, enquanto não afetem concretamente direitos de terceiros”.<sup>19</sup> Com isso, reuniões em vias públicas que venham a prejudicar terceiros certamente envolvem autorização do poder público. Por outro lado, reuniões ou associações armadas ou de caráter paramilitar, por sua própria natureza, tendem a ser contrárias (ao menos em tese) ao poder do Estado, e dado que este zela por toda a sociedade, tem o poder-dever de impedir e vedar tais reuniões.

Com isso, afirma Karam, que “a liberdade só é e há de ser absoluta, quando o indivíduo não atinge ou não ameaça concretamente direitos de terceiros.”<sup>20</sup>

Passando à segunda parte do estudo, especificamente sobre o direito à intimidade, a autora ingressa no tema avaliando a dignidade, a intimidade e a honra, apontando que “a dignidade de cada indivíduo o faz respeitável pelo simples fato de existir e o faz livre para escolher entre um comportamento e outro, para pensar da forma que lhe convier, para acreditar naquilo que achar melhor, para ser e agir da maneira que quiser, sendo essa sua liberdade absoluta enquanto não atingir ou ameaçar concretamente direitos de terceiros”.<sup>21</sup> Neste ponto, Karam é bastante enfática ao afirmar:

“Por ser livre e para efetivamente poder sê-lo, o indivíduo deve ter sua intimidade e sua vida privada garantidas, sendo titular de um espaço pessoal (ou eventualmente em conjunto com aqueles que lhe são mais próximos), em que ninguém possa penetrar contra sua vontade.”<sup>22</sup>

Este reconhecimento de garantia à intimidade está associado ao direito à honra e à boa reputação. Como já indicado em momento anterior da obra, “a proteção da honra é um limite à liberdade de expressão e informação, embora, nem de longe, possa significar uma restrição a críticas, opiniões negativas, questionamentos ou notícias de fatos verdadeiros”.<sup>23</sup> Como visto, a autora entende que a proteção à honra somente deve prevalecer em casos de ofensa significativa, “representando uma ameaça clara e presente de dano, capaz de realmente resultar na negação da dignidade do indivíduo atingido”.<sup>24</sup>

Segue a investigação pelo confronto do direito à intimidade e a garantia das opções pessoais, reconhecendo que os indivíduos têm direito ao seu espaço

pessoal e que comportamentos de terceiros não podem atingir ou ameaçar imediata, direta ou concretamente tais direitos. Dado que a liberdade individual é sempre a regra geral, “proibições e restrições a direitos individuais são exceções”<sup>25</sup>, devendo estar expressamente contidas em lei. Aqui temos exaltado o princípio da legalidade, tão presente no modelo de estado democrático de direito – e que implica que o próprio Estado não pode intervir nesse espaço pessoal – dado que “o Estado só pode exercer o poder punitivo para evitar condutas que possam acarretar um dano efetivo a terceiros”.<sup>26</sup> E esta inviolabilidade segue garantida tanto na vida privada pública quanto no domicílio dos indivíduos. A autora destaca que a moradia é inviolável e ninguém pode entrar ou ali permanecer contra sua vontade. Este também é um direito decorrente do direito à intimidade.

A autora prossegue tratando do direito à intimidade e à vida privada em confronto com a garantia da inviolabilidade de dados e comunicações pessoais. Karam destaca que “pensamentos, interesses, estilos de vida, hábitos e atividades dos indivíduos refletem sua personalidade e fazem parte de sua esfera pessoal”.<sup>27</sup> Com isso, dados e informações sobre tais aspectos devem receber a devida proteção, pois estão inseridos no campo da intimidade e da vida privada dos indivíduos. Reconhece-se, assim, que a intimidade e a vida privada ultrapassa o interior da residência, atingindo a esfera/âmbito público. Os indivíduos tem intimidade em público.

E, neste ponto, Karam trabalha um tema sensível aos direitos individuais frente ao direito tributário e ao direito penal, quando avalia quebra de sigilo bancário decorrente de autorizações legais, visando aumentar a eficiência na repressão à evasão de divisas ou sonegação fiscal, ou mesmo outras condutas danosas ao fisco. Para a autora:

“Quando alguém mantém uma conta-corrente ou investimentos em um banco ou efetua pagamentos através de um cartão de crédito, deposita na instituição financeira uma série de dados sobre sua vida privada, vindos do rastro das informações sobre quanto ganha, o que compra, como gasta, que lugares frequenta. Essas informações, inevitáveis na relação estabelecida, revelam aspectos da intimidade, não devendo ser conhecidas por mais ninguém além dos operadores da conta, que estão vinculados ao dever de sigilo”.<sup>28</sup>

Mas esta proliferação de leis e de medidas do Estado de controle e combate a crimes e outras condutas acabam também por claramente violar o direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos. Segundo Karam, “o recolhimento de tributos e a evitação de outras condutas danosas ou indesejáveis qualificadas como crimes podem ser feitos por outros meios mais eficazes e não danosos a direitos individuais”.<sup>29</sup>

Somando a estes exemplos, a autora coloca outros tão importantes e vitais quanto e que fazem parte igualmente da intimidade e da vida privada, colocando-os como invioláveis – que são as comunicações pessoais, envolvendo todos os meios conhecidos e que venham a se desenvolver, tais como cartas, conversas pessoais ou telefônicas, *e-mails*, dentre tantos outros.

E no desespero atual da sociedade em vigilância e segurança, aborda a autora a questão de câmeras de segurança espalhadas por ruas, prédios, avenidas e todos os mais diversos locais, constantemente monitorando, gravando

e tomando conhecimento dos movimentos e circulação de pessoas, em permanente vigilância, com clara e potencial violação dos direitos à intimidade e à vida privada. Para Karam, isto gera um efeito negativo, dado que o “indivíduo permanentemente vigiado acaba por reprimir suas opiniões, por mudar seus hábitos, por ter medo de ser diferente, de questionar, acaba por se conformar aos padrões dominantes, acaba por aderir à submissão. Este é, certamente, o ideal de todo Estado totalitário”.<sup>30</sup> 

## NOTAS

- 1 KARAM, Maria Lúcia. Escritos sobre a Liberdade – Volume 4 – Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, págs. viii e ix (apresentação)
- 2 KARAM, Maria Lúcia. Escritos sobre a Liberdade – Volume 4 – Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 2.
- 3 Idem, ibidem.
- 4 Idem, ibidem.
- 5 Idem, p. 5.
- 6 Idem, p. 6.
- 7 Idem, ibidem.
- 8 Idem, p. 7.
- 9 Idem, ibidem.
- 10 Idem, pág. 11.
- 11 Idem, ibidem.
- 12 Idem, p. 12.
- 13 Neste ponto, a autora é bastante enfática ao estabelecer que “da mesma forma que quem se expressa publicamente deve se identificar, para assumir e ser responsável por aquilo que diz, há de se garantir, por outro lado, o sigilo do que, ao contrário, é dito reservadamente, em confiança, podendo-se esperar que a manifestação do pensamento feita em tais circunstâncias não será levada ao conhecimento de terceiros e que seu autor não será exposto.” KARAM, Maria Lúcia. Escritos sobre a Liberdade – Volume 4 – Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 12.
- 14 KARAM, Maria Lúcia. Escritos sobre a Liberdade – Volume 4 – Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 13.
- 15 Idem, ibidem.
- 16 Idem, p. 14.
- 17 Idem, ibidem.
- 18 Idem, p. 23.
- 19 Idem, p. 24.
- 20 Idem, p. 26.
- 21 Idem, p. 31.
- 22 Idem, ibidem.
- 23 Idem, p. 32.
- 24 Idem, ibidem.
- 25 Idem, pág. 34.
- 26 Idem, p. 35.
- 27 Idem, p. 41.
- 28 Idem, p. 42.
- 29 Idem, ibidem.
- 30 Idem, p. 44.



ARQUIVO PESSOAL

**LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ** é Advogado e Consultor em São Paulo, Brasil. Sócio de Cruz & Creuz Advogados. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2019); Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne – Califórnia (2018); Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP (2010); Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – USP (2010); Pós-graduado em Direito Societário – LLM – Direito Societário, do INSPER (São Paulo) (2005); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

# A inconstitucionalidade da lei que cria o fundo eleitoral e o estado democrático de direito

por ANDERSON COUTO DO AMARAL

**“Ao fixar o sentido e o alcance das norma jurídicas, o intérprete não atua como um autônomo, fazendo simples constatações. Seu papel não é o de revelar o que já existe com todos os seus elementos e contornos. A interpretação do Direito exige, de certa forma, criatividade. Ao interpretar Beethoven ou Villa-Lobos, o músico não se limita a reproduzir as notas musicais, mas vai sempre além, deixando a marca do seu estilo. Ao interpretar os textos jurídicos, o interprete não se vincula a vontade do legislador, pois o modo-contínuo da vida cria a necessidade de se adaptar as velhas formas aos tempos modernos.”**



Como regra geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia, algumas jurídica e social e outras apenas jurídica. Segundo Canotilho, “hoje, põe-se seriamente em dúvida se certos elementos tradicionalmente não reentrantes no processo legislativo não poderão ocasionar vícios de inconstitucionalidade. Estamos a referir-nos aos chamados pressupostos, constitucionalmente considerados como elementos determinantes de competência dos órgãos legislativos em relação a certas matérias (pressupostos objetivos)”.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado de Direito Democrático sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente, para que exerça sua função de guardião das leis.

Um dos principais motivos de crise do Estado contemporâneo é que o homem do século XX está preso a concepções do século XVIII, quanto à organização e aos objetivos de um Estado Democrático. A necessidade de eliminar o absolutismo dos monarcas, que sufocava a liberdade dos indivíduos, mantinha em situação de privilégio uma nobreza ociosa e negava segurança e estímulo às atividades econômicas, levando a uma concepção individualista da sociedade e do Estado.

A aspiração máxima era a realização de valores individuais, e para isso considerou-se indispensável conter o poder político através da própria estruturação de seus organismos. Procurou-se, então, impor ao Estado um mecanismo de contenção do poder, destinado a assegurar um mínimo de ação estatal, deixando aos próprios indivíduos a tarefa de promoção de seus interesses. Desde então, todas as discussões sobre o Estado e todas as experiências levadas a efeito foram motivadas pela busca da melhor forma de atingir aqueles objetivos.

A ideia de Estado Democrático é essencialmente contrária à exigência de uma forma preestabelecida. Tanto uma estrutura capitalista quanto uma socialista podem ser democráticas ou totalitárias, o mesmo acontecendo quando o poder é concentrado ou formalmente dividido, quando o governo é parlamentar ou presidencial, monárquico ou republicano. O Estado Democrático, para que realmente o seja, depende de várias condições substanciais, que podem ser favorecidas ou prejudicadas pelos aspectos formais, mas que não se confundem com estes.

Para que um Estado seja democrático precisa atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo em uma época determinada. Como essas concepções são extremamente variáveis de povo para povo, de época para época, é evidente que o Estado deve ser flexível, para se adaptar às exigências de cada circunstância. Isso já demonstra que, embora a ideia de Estado Democrático seja universal quanto aos elementos substanciais, não é possível a fixação de uma forma de democracia válida para todos os tempos e todos os lugares.

O que não admitimos é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo alguns em situação de privilégio mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos. A igualdade de possibilidades não se baseia, portanto, em critério artificial, admitindo realisticamente que há desigualdades entre os homens, mas exigindo que também as desigualdades sociais não decorram de fatores artificiais.

No atual estágio dos conhecimentos sobre o Direito é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*. A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim

de ensinar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.

Por isso, pelo aspecto sociológico, o Direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida, a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

A posição do Poder Judiciário como guardião das liberdades e direitos individuais só pode ser preservada através de sua independência e imparcialidade. Ao Poder Judiciário a Constituição assegura a prerrogativa do autogoverno, que se realiza através do exercício de atividades normativas administrativas de auto-organização e de autorregulamentação. A garantia de autogoverno foi ampliada pela Constituição de 1988, de modo a compreender, ao lado da autonomia administrativa, a financeira consistente na prerrogativa de elaboração da proposta orçamentária (art. 99) e gestão de dotações pelos próprios tribunais.

A relação entre a sociedade e o Direito apresenta um duplo sentido de adaptação: de um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições do meio; de outro, o Direito estabelecido cria necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência. A vida em sociedade pressupõe organização e implica a existência do Direito.

A sociedade cria o Direito no propósito de formular as bases da justiça e segurança. Com este processo, as ações sociais ganham estabilidade. A vida social torna-se viável. O Direito, porém, não é uma força que gera, unilateralmente, o bem-estar social. Os valores espirituais que o Direito apresenta não são inventos do legislador. Por definição, o Direito deve ser uma expressão da vontade social e, assim, a legislação deve apenas assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive.

As necessidades de paz, ordem e bem comum levam a sociedade à criação de um organismo responsável pela instrumentalização e regência desses valores. Ao Direito é conferida esta importante missão. A sua faixa ontológica localiza-se no mundo da cultura, pois representa elaboração humana. O Direito não corresponde às necessidades individuais, mas a uma carência da coletividade. A sua existência exige uma equação social. Só se tem direito relativamente a alguém. O homem que vive fora da sociedade vive fora do império das leis. O homem só não possui direitos nem deveres.

As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilização social. A necessidade de ordem, paz, segurança jurídica, justiça que o Direito visa atender exige procedimentos sempre novos. Se o Direito envelhece, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para a qual foi criado. Não basta, portanto, o *ser* do Direito na sociedade, é indispensável o *ser atuante*, o *ser atualizado*. Os processos de adaptação devem se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social.

Velho e nobre ideal humanístico, a total igualdade dos componentes de uma sociedade ou de um grupo não passou, até aqui, de um generoso projeto, realizado apenas parcialmente nas conquistas liberais de uma igualdade social dos sexos ou de uma igualdade formal de todos perante a lei. Todas as sociedades até hoje conhecidas e estudadas apresentam o fenômeno eminentemente político da hierarquia. Todas elas estão internamente divididas em estratos. Estratificação social, segundo definição de Fairchild, significa “a disposição dos elementos sociais em camadas situadas em diferentes planos”.

O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado de Direito Democrático. Como bem salientou o Ministro Marco Aurélio, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, “reafirma-se a crença no Direito; reafirma-se o entendimento de que, sendo uma Ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele, advindo a almejada segurança jurídica da observância do ordenamento normativo. O combate ao crime não pode ocorrer com atropelo da ordem jurídica nacional, sob pena de vir a grassar regime totalitário, com prejuízo para toda a sociedade” (HC nº 74.639-RJ, DJ 31.10.96). A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo.

É recorrente, ao iniciarmos os estudos de qualquer área do direito, compreendermos qual a sua localização dentro do ordenamento jurídico, como um todo. Urge tal necessidade não apenas como um mecanismo de compreensão do objeto de estudo, mas para que possamos, de fato, enxergar qual das inúmeras engrenagens de nosso ordenamento estamos analisando, trazendo sentido de existência para suas funções e desempenhos esperados num universo de tutelas específicas.

O objeto, do ponto de vista jurídico, é trazer adequadas formas de garantia efetiva ao exercício dos direitos políticos e seus reflexos no processo eleitoral, tornando-o, por esta razão, um dos ramos de maior atualização legislativa, adequando-se constantemente aos novos paradigmas, tanto do ponto de vista social como tecnológico. Razão esta que traz grande dificuldade àqueles que se debruçam a um estado mais detalhado do Direito Eleitoral, pelo volumoso acervo de regramentos e “efemeridades” jurisprudenciais, por assim dizer.

Não é demais frisar que, cabe privativamente à União legislar sobre matéria eleitoral (inteligência do art. 22, I, da CF). Bem podemos observar, como exemplo, as legislações que nos referimos no item anterior. No entanto, busquemos compreender, inicialmente, um conceito necessário sobre “União”.

Relevante destacarmos a conceituação de que os princípios são verdadeiros alicerces do ordenamento jurídico, servindo como inspiração à elaboração e interpretação das normas, trazendo em sua essência não só uma característica filosófica, mas alta carga valorativa e histórica de uma sociedade. A palavra “princípio”, neste enfoque, não deve refletir a ideia de início ou começo, mas sim a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.

Como bem assevera a melhor doutrina, ainda que a democracia tenha sido experimentada por diversos povos e culturas, é reservada à Grécia a identificação de berço da democracia. Pelo sentido do vocábulo, originado de *demokratia*, compreendemos “o poder ao povo”. Caberiam laudas numerosas em interpretação aprofundada sobre a democracia propriamente. No entanto, alcançando a objetividade compreendemos que não se trata tão somente de um princípio, mas um

verdadeiro fundamento e valor essencial das sociedades ocidentais. O princípio da democracia estaria associado a esta verdadeira premissa da sociedade, vez que a partir dele é que se desenvolverá diversos institutos que são comportados pelo Direito Eleitoral.

Historicamente percebemos notável citação de Habermas, onde na oportunidade comemorativa de seus 80 anos, classificou a democracia como sendo a responsável necessária da existência de suas grandes obras (Teoria do Agir Comunicativo e Democracia e Direito), pois foi quem possibilitou que tudo transcorresse como fora. Aliás, uma das maiores contribuições deste grande pensador contemporâneo é construído sobre os fundamentos e reflexões democráticos (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro, 1997).

E pela Câmara Federal aprovou proposta que criou um fundo com financiamento público de cerca de R\$ 2 bilhões. Batizado de “fundão”, o qual será abastecido por 30% do valor das emendas parlamentares de bancada previstas para 2018, e também pelos recursos provenientes da renúncia fiscal concedida até agora às emissoras de rádio e TV pela veiculação da propaganda partidária. Do total de R\$ 2 bilhões, o governo terá que tomar emprestado R\$ 1,7 bilhão, aumentando a dívida interna para distribuir dinheiro para partidos políticos. Entendemos que, no atual cenário político-econômico do país, isso não é prioridade.

A Deputada Federal, Dra. Patrícia Ferraz foi uma das parlamentares que votou contra o referido fundão, pois entende que há outras prioridades a serem atendidas – como a saúde, por exemplo –, as quais a população clama por melhorias; e na busca de fundamentar suas colocações fez – até mesmo de madrugada – incursões nas unidades de saúde de seu estado, para comprovar que a saúde é prioridade, e não investimento em eleições.

A Constituição Federal prevê que a única fonte de recursos públicos para partido político é o Fundo Partidário, estabelecido na Lei nº 9.096/1995. Assim, o fundo de financiamento de campanha só poderia ter sido criado por emenda constitucional, não por lei. Ora, qualquer outra fonte de recursos públicos destinados a pessoas jurídicas de direito privado – como são enquadrados os partidos políticos, nos termos do art. 44, inciso V, do Código Civil – só poderia ter por fundamento de validade uma emenda constitucional.

Nos filiamos a corrente que entende que, há vício material na referida norma que cria o “fundão”, pois a mesma estabelece que o fundo será abastecido com recursos do orçamento reservados para emendas das bancadas estaduais de execução obrigatória, que deveriam, por força do artigo 23 da Constituição Federal, ser aplicados em áreas como saúde, educação, habitação e saneamento básico dos estados e do Distrito Federal.

O processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição revela-se suscetível de controle realizado pelo Poder Judiciário, quando houver possibilidade de flagrante lesão à ordem jurídico-constitucional. Anote-se que, nessa hipótese – fiscalização, pelo Poder Judiciário, da constitucionalidade do processo legislativo –, teremos um controle judicial do tipo preventivo, haja vista que ele incide sobre projeto de lei (ou proposta de emenda à Constituição), e não sobre norma jurídica já pronta e acabada.

Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que se cuida de medida excepcional (afinal, a regra, no Brasil, é o controle judicial repressivo). De

fato, segundo a jurisprudência de nossa Corte Suprema, o controle judicial (preventivo) do processo legislativo só poderá incidir sobre aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa das Casas do Congresso Nacional, nestas duas estritas hipóteses:

- a) proposta de emenda à Constituição manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e
- b) projeto de lei ou proposta de emenda em cuja tramitação se verifique manifesta afronta a cláusula constitucional disciplinadora do correspondente processo legislativo.

A Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, pois exige para a modificação de seu texto processo legislativo especial e mais dificultoso do que aquele empregado na elaboração das leis.

Enquanto uma lei ordinária pode ser aprovada por deliberação de maioria simples dos membros das Casas Legislativas, em um só turno de votação (CF, art. 47), uma emenda à Constituição exige aprovação de, pelo menos, três quintos dos membros das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (CF, art. 60, § 2.0). A rigidez, contudo, não visa a impedir mudanças no texto da Constituição, mas, tão só, a assegurar uma maior estabilidade à obra do poder constituinte originário e a conferir às normas nela vazadas supremacia sobre as demais normas jurídicas. Com efeito, a Constituição resulta da interação das manifestações sociais e aspirações políticas de um povo, existentes no momento de sua elaboração; por esse motivo, deve ter a possibilidade de ser modificada, mediante procedimentos por ela mesma estabelecidos, para a atualização de seu texto, no intuito de manter a sintonia entre os princípios e regras constitucionais e as relações sociais, envolvendo cidadãos e instituições do Estado.

Por isso, a rigidez nunca deverá ser tal que impossibilite a adaptação do texto constitucional a novas exigências políticas e sociais: a sua exata medida pode vir a ser uma garantia da Constituição, evitando que se adote o caminho do rompimento com a ordem institucional (Jorge Miranda).

O procedimento de emenda constitucional é resultado de um processo legislativo especial e mais laborioso do que o ordinário, previsto para a produção das demais leis. Tal procedimento especial encontra-se regulado no art. 60 da Constituição Federal e, conforme dito antes, a sua adoção possui duplo escopo.

É sabido que o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado reformador, submete-se às limitações impostas pelo legislador constituinte originário, devendo agir em estrita obediência aos seus termos, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade. Essas limitações ao poder constituinte derivado de reforma são tradicionalmente classificadas em quatro grupos:

- a) limitações temporais;
- b) limitações circunstanciais;
- c) limitações processuais ou formais;
- d) limitações materiais.

Conforme vimos, com a aprovação de uma emenda constitucional, desde que se tenham respeitado as limitações formais e materiais fixadas pelo art. 60 da vigente Carta da República, passa ela a integrar o texto constitucional, a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias. Para tanto, repita-se, é necessário que a emenda tenha sido produzida segundo a

forma previamente estipulada pelo poder constituinte originário e possua conteúdo por ele não proibido.

Essa exigência – haver a emenda observado o procedimento e as vedações materiais constitucionalmente determinadas – decorre do fato de ser o poder constituinte de reforma um poder constituído, portanto, limitado. Com efeito, o constituinte originário, ao dispor acerca do poder de reforma, estabelece requisitos, condicionamentos e proibições cuja observância é imprescindível para que se reconheça como legítimo o seu exercício; qualquer modificação da Carta Política que não tenha em conta essas limitações implicará ruptura da ordem constitucional.

Em suma, ao reformar a obra do poder constituinte originário, não pode o constituinte derivado desbordar dos limites impostos a sua atuação, sob pena de incorrer no vício de inconstitucionalidade. Vale dizer, havendo desrespeito ao procedimento ou a quaisquer limitações impostas pelo poder constituinte originário ao exercício do poder de reforma, a emenda será inconstitucional, devendo ser assim declarada e expurgada do ordenamento jurídico, com observância das regras atinentes ao controle de constitucionalidade das normas.

Portanto, é plenamente cabível o controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, dos atos de reforma da Constituição – revisão ou emenda –, que poderão incidir no vício de inconstitucionalidade, caso desrespeitem as limitações originariamente estabelecidas pelo legislador constituinte, no art. 60 da Carta da República. A inconstitucionalidade da reforma pode dar-se tanto sob o aspecto material (conteúdo do ato de reforma, que não poderá afrontar uma cláusula pétrea expressa), quanto sob o enfoque formal (inobservância do procedimento de elaboração normativa ou das demais formalidades estabelecidas na Constituição).

Dessarte, tanto poderá ser reconhecida a inconstitucionalidade de uma emenda que afronte uma cláusula pétrea expressa (abolindo uma garantia individual, por exemplo) – inconstitucionalidade material –, quanto poderá ser declarada a pecha extrema numa emenda que tenha desrespeitado o processo legislativo imposto pela Constituição Federal para sua elaboração (não aprovação da matéria, em dois turnos, nas duas Casas Legislativas, por exemplo) – inconstitucionalidade formal.

Ora, é básico do Direito Constitucional que, cláusula pétrea é um artigo da Constituição Federal que não pode ser alterado. Pétrea é um adjetivo para aquilo que é como pedra, imutável e perpétuo. Uma cláusula pétrea é, portanto, um artigo (dispositivo) do texto constitucional que é estabelecido como regra e que não pode sofrer nenhuma alteração.

A Constituição deve ser sempre interpretada em sua globalidade, como um todo, e, assim, as aparentes antinomias deverão ser afastadas. As normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios. A nota Canotilho que, “como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão (...) existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local)”.

Ao expor a doutrina de Karl Larenz, Coelho esclarece: “utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa

aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.

A norma jurídica qualifica-se por seu objeto e não por sua localização neste ou naquele corpo de leis. O objeto das normas processuais é a disciplina do modo processual de resolver os conflitos e controvérsias mediante a atribuição ao julgador dos poderes necessários para resolvê-los e, às partes, de faculdades e poderes destinados à eficiente defesa de seus direitos, além da correlativa sujeição à autoridade exercida pelo julgador.

As mesmas razões que levam a sociedade humana a não poder prescindir de normas que regulam a coexistência pacífica dos indivíduos em sociedade, determinam também que não possa subsistir na anarquia, ou seja, na falta de um poder que a organize.

O direito é, pois, o modo mais formal do controle social formal. Sua função é a de socializador em última instância, pois sua presença e sua atuação só se faz necessária quando já as anteriores barreiras que a sociedade ergue contra a conduta anti-social foram ultrapassadas, quando a conduta social já se apartou da tradição cultural, aprendida pela educação para, superando as condições de mera descortesia, simples imoralidade ou mesmo, pecado, alcançar o nível mais grave do ilícito ou, tanto pior, do crime.

Norma social que é, o direito não surge à toa na sociedade, mas para satisfazer a imprescindíveis urgências da vida. Ele é fruto de necessidades sociais e existe para satisfazê-las, evitando, assim, a desorganização social. Uma dessas necessidades básicas é a resolução de conflitos de interesses. Malgrado a sociedade tem continuamente, através do processo de socialização, o completo enquadramento social dos indivíduos, nem todos ficarão igualmente socializados, mas, ao contrário, o composto das pré-disposições pessoais e das coerções grupais vai produzir uma síntese diferenciada, de tal modo que os indivíduos vão alimentar interesses divergentes a às vezes contrapostos.

Outrossim, a organização do poder político e, nas sociedades superiores, em que já se nota diferenciação social de governantes e governados, uma importante função social do direito. Atribuindo ao poder político o monopólio do suor da força, o direito cria o órgão do poder capaz de regular e compor os interesses em disputa na sociedade.

Por mais clara que seja uma norma, ela requer sempre interpretação. Nesse sentido, bastantes convincentes são os dizeres de Degni: “A clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam enquadrar e à quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir. Uma disposição poderá parecer clara a quem a examinar superficialmente, ao passo que se revelará tal a quem a considerar nos seus fins, nos seus precedentes históricos, nas suas conexões com todos os elementos sociais que agem sobre a vida do direito na sua aplicação nas

relações que, como produto de novas exigências e condições, não poderiam ser consideradas, ao tempo da formação da lei, na sua conexão com o sistema geral do direito positivo vigente”.

A Constituição de 1988 não só protege a segurança jurídica, mas também a consubstancia, ao definir, ilustrativamente: as autoridades competentes, os atos a serem aditados, os conteúdos a serem regulados, os procedimentos devidos, as matérias a serem tratadas, tudo a potencializar os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade normativas. Assim, a segurança jurídica é protegida constitucionalmente em várias de suas dimensões: segurança *do* direito, *pelo* direito, *frente ao* direito, *dos* direitos e *como* um direito.

A lei é a forma moderna de produção do Direito Positivo. É ato do Poder Legislativo, que estabelece normas de acordo com os interesses sociais. Não constitui, como outrora, a expressão de uma vontade individual, pois traduz as aspirações coletivas. Apesar de uma elaboração intelectual que exige uma técnica específica, não tem por base os artifícios da razão, pois se estrutura na realidade social. A sua fonte material é representada pelos próprios fatos e valores que a sociedade oferece. Os romanos a definiram como *Lex est quod populus atque constituit* (lei é o que o povo ordena e constitui), para Tomás de Aquino, “é preceito racional orientado para o bem comum e promulgado por quem tem seu cargo os cuidados da comunidade”.

Ao fixar o sentido e o alcance das norma jurídicas, o intérprete não atua como um autônomo, fazendo simples constatações. Seu papel não é o de revelar o que já existe com todos os seus elementos e contornos. A interpretação do Direito exige, de certa forma, criatividade. Ao interpretar Beethoven ou Villa-Lobos, o músico não se limita a reproduzir as notas musicais, mas vai sempre além, deixando a marca do seu estilo. Ao interpretar os textos jurídicos, o intérprete não se vincula a vontade do legislador, pois o modo-contínuo da vida cria a necessidade de se adaptar as velhas formas aos tempos modernos.

Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social. Segundo Canotilho, “é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.

Além disso, para o bom estudioso de Direito Constitucional, sabe-se que, em se tratando de matéria eleitoral, esta somente pode ser regulada por lei complementar. Portanto, com todas as vênias aos que defendem tal norma, a qual cria o famigerado “Fundão” Eleitoral, tal norma será – e já está sendo – objeto de controle de constitucionalidade, pois cremos que tal norma será, de morte inconstitucional. 📄



**ANDERSON COUTO DO AMARAL** é Advogado, Procurador do CAU/AP, ex-Procurador do CRO/AP, Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Amapá. Membro da Comissão de Relações Exteriores da OAB/AP. Conselheiro de Saúde do Município de Macapá/AP. Pós-Graduado em Direito Público. Ex-Professor de Ética do curso de Odontologia da Faculdade IMMES. Professor Convidado de Ética Odontológica dos cursos de pós-graduação da Associação Brasileira de Odontologia – Seção do Amapá, Ganador da Menção Honrosa do Prêmio Conciliar é Legal do Conselho Nacional de Justiça. Autor Colaborador do *Jornal Jurid.* Autor Colaborador do *JusBrasil*, Autor Colaborador da Editora *Consulex* com mais de 20 artigos jurídicos publicados e Autor Colaborador da Editora *Zakarewicz*.

# Lei de drogas Qual a Medida Penal Adequada?

POR WILIAN DIAS

**“Há locais que possibilitam a experiência de liberdade na utilização de determinadas drogas de forma livre e outras não. No caso da sociedade brasileira, cremos não ser possível, ao menos no momento, adotar políticas semelhantes experimentadas por outros países.”**

**A** “Lei de Drogas”, promulgada em agosto de 2016 trata, na verdade, da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas de Drogas. O qual visa a implementação de duas vertentes essenciais, o de controle de uso, e, o de comercialização de drogas. Portanto, de saúde e de segurança pública.

Ante a constante dificuldade na aplicação do instituto perante o caso concreto, devemos considerar a motivação de sua constituição e implementação:

[...] Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

O núcleo da Lei orbita, principalmente, na conceitualização dos arts. 19, art. 28 e 33. É importantíssimo distingui-los, pois têm condição de afastar interpretações subjetivas perante o caso concreto, onde, muitas vezes, o usuário de drogas é tratado como verdadeiro “traficante”. O que prejudica a consecução de seu verdadeiro objetivo: Perseguição ao Tráfico e Prevenção do Uso.

Logo, distingue-se Usuário de Traficante. Com relação ao Usuário, os núcleos centrais do tipo penal, então, são qualificados pelos verbos adquirir, tiver, transportar ou trazer consigo para uso pessoal. Com relação ao Traficante, os núcleos centrais do tipo penal são qualificados pelos verbos remeter, preparar, fabricar, expor a venda.

A diferenciação dentre um e outro, como dito, visa aplicação adequada da medida pertinente a política normativa. Deve-se prevenir ao uso e repreensão ao tráfico. Assim, a aplicação da punição são dispares com relação um e outro caso. Para o primeiro, obviamente, a Lei prevê medidas de prevenção a reiteração de uso, as quais variam de advertência até medida educativa. De outra banda, no caso de tráfico, a pena, que prevê a repreensão, varia de 5 até 15 anos de reclusão e pagamento de 500 até 1.500 dias de multa.

É durante a atuação policial que se determina, via de regra, se o indivíduo é meramente usuário ou traficante. A instituição deverá acautelar-se do bom senso suficiente para distinguir o ato utilizar de usar. A abordagem é cabível para os dois casos, no entanto, as consequências são bem distintas, e, na prática, vê-se má aplicação da Lei, o que decorre da má interpretação do contexto.

Evidentemente, isso causa efeito negativo de reação em cadeia na questão de consecução dos objetivos da Lei e no sistema carcerário, onde, é possível constatar crescente inserção de presos na qualidade de traficantes pela simples posse de drogas para uso pessoal.

Desta forma, fica mais distante a possibilidade de alcançar os verdadeiros traficantes concomitantemente ao mau direcionamento do usuário à tratamento de recuperação.

A celeuma é caracterizada pela dificuldade, justamente, em diferenciar o traficante do usuário. A Lei não fala em quantidade, então, pergunta-se: qual seria razoável para determinar um indivíduo como usuário? Não há necessidade de determinação de quantidade para auferir se um indivíduo é usuário ou traficante.

A hermenêutica pode auxiliar essa questão de forma prática. Deve-se traduzir a intenção da Lei, “Preservação da Saúde e Segurança Pública”. Logo, tanto é proibido o uso sem prescrição médica quanto a sua comercialização.

Assim, se o indivíduo produz droga para o uso próprio e transfere 1g que seja a terceiro, é considerado como traficante. No entanto, se as circunstâncias permitem concluir que o mesmo indivíduo apenas produz a droga, mas sem intenção de comercialização e para uso, exclusivamente próprio, deve considerá-lo como usuário.

O tema é polêmico no que tange as concepções sociais com relação à permissão para o uso de drogas, mormente, pelo fato de ser uma característica humana natural. No entanto, a sociedade, num contexto amplo, não é marcada, em sua maioria, pela presença do “homem médio”, “equilibrado”, mas de indivíduos, que, fatalmente, podem se tornar dependentes do uso, proporcionando atraso social em decorrência de prejuízo à saúde e perda de seu potencial construtivo.

Por isso, a questão de análise da qualidade psicossocial de determinado grupo é o que determinará a sua capacidade de receber e poder escolher, livremente, se deve utilizar ou não determinada substância sem se prejudicar e sem prejudicar o meio. Por isso, há locais que possibilitam a experiência de liberdade na utilização de determinadas drogas de forma livre e outras não. No caso da sociedade brasileira, cremos não ser possível, ao menos no momento, adotar políticas semelhantes experimentadas por outros países. 





**Q**uem há ao menos umas duas décadas conhece o serviço público e a arte de ser servidor público – tendo sido servidor ou mesmo não o tendo, bastando nesse caso ser bom observador – seguramente já terá concluído que a carreira é uma das mais arriscadas no mercado das profissões, independentemente da especialidade pública.

Profissão de alto risco?.. atualmente sim. Não se cuida propriamente de riscos físicos, como os que enfrenta um mergulhador, um domador de feras, um instrutor de escalar o Everest, um dublê de cinema ou um empregado de plataforma marinha de petróleo. A periculosidade não é bem essa.

Também não se estão a referir os riscos de ser carteiro em certas regiões das grandes cidades, ou dono de loja lotérica nas mesmas regiões, atividades essas nas quais cada dia de sobrevivência é de ser comemorado pelo profissional. Os riscos ora a comentar não são dessa natureza.

Referem-se aqui os riscos jurídicos ao exercício da profissão, aqueles até há poucos anos eram nem sequer suspeitados por quem ingressasse no serviço público, em geral e com justo motivo alegre, despreocupada e esperançosamente.

Mas Guimarães Rosa, adequadamente citado certa feita pelo Desembargador paulista Ricardo Cintra Torres de Carvalho, já nos alertara de que viver é perigoso. O que não se sabe é se o extraordinário romancista mineiro incluía as carreiras públicas no perigo...

A teoria dos riscos nos contratos – ou seja a zona aleatória que todo contrato contém, expressão a significar simplesmente o campo de risco – foi desenvolvida no direito civil e posteriormente também no do direito público, especialmente o administrativo, e tem imediata utilidade no campo dos contratos administrativos de obras e de serviços.

Aleatório é referente à álea, que é zona de azar, de risco, de incerteza, de insegurança, de periclitacão, de inconfiabilidade ou de instabilidade, seja maior, seja menor. O neologismo advindo do inglês para aquilo é randômico, de random ou área de risco, de incerteza, de imprevisão, do que não é firme e do que é variável.

A atual lei brasileira de licitações e contratos contém menção à área econômica extraordinária e extracontratual dos contratos (Lei nº 8.666/93, art. 65, inciso II, al. *d*, *in fine*), o que abrange a sua zona de riscos, de caráter tão somente econômico e não de outra natureza, que ultrapassem o risco natural e de certo modo calculado que qualquer contrato contém – já que todo contrato implica ao menos algum risco de parte a parte.

Assim como existe álea econômica outras zonas de risco também estão quase sempre presentes nos contratos, como:

a) a operacional ou física, que se refere a riscos físicos para a execução, como em obras que dependem de prospecções e de trabalhos em terrenos não suficientemente palmilhados e conhecidos;

b) a álea puramente financeira, que não chega a ser econômica porque se refere apenas problemas de caixa, da moeda ou de sua liquidez, sem afetar a situação econômica da empresa propriamente;

c) a álea da *gestão*, relativa a problemas derivados ou consequentes tão só da fiscalização, do acompanhamento e do gerenciamento dos contratos, e que podem ser gravíssimos e comprometer toda a execução – como aliás freqüentíssimamente ocorre em nosso país –, existindo ainda

d) a álea institucional ou, particularizando de outro modo, jurídica. Trata-se da zona de riscos de caráter puramente institucional com relação aos fundamentos

jurídicos do contrato, e às regras de direito que incidem sobre o pacto e sua execução. Nessa álea estão principalmente contemplados os riscos de alterações das regras jurídicas, que, mesmo que não devessem atingir o contrato firmado sob regras anteriores, na prática em nosso país infelizmente muita vez atropelam o contrato por ordem das autoridades contratantes.

As autoridades contratantes com frequência em verdade obrigam os contratados a engolir as novas regras, para por exemplo dar descontos, ou realizar o que não estava contratado sem alterar o preço, sob pena de rescisão contratual – e não se preocupam muito com as consequências financeiras dessa antecipada e injustificada rescisão, sabendo que as ações indenizatórias consumirão algumas décadas até serem resolvidas.

Trata-se de o mais forte exercer seu poder sobre o mais fraco como sempre aconteceu na face do planeta, na mesma igualdade que existe entre um leão e um ratinho. E o direito... ora, o direito!..

Se na teoria os atos administrativos são pressupostamente idôneos, na prática as coisas muitas vezes são bem diferentes, a exemplo dos sucessivos calotes no pagamento dos precatórios e os planos ou embustes governamentais de confisco de dinheiro da população.

Mas é fato certo que até mesmo as imperfeições técnicas das leis e das normas regedoras dos contratos, imperfeições essas que não eram sabidas de início mas que ficaram evidentes ao largo da execução, integram a álea institucional dos contratos. Por vezes revela-se tão defeituosa a legislação de regência – ou por ultrapassada, ou por irrealística, ou por anacrônica – que esse fato precisa ser considerado ante pleitos por qualquer das partes de revisão a do ajuste, vítima das instituições insuficientes. Não é comum, mas com a legislação que temos nunca será de espantar que ocorra.

Se resumidamente assim podem ser os riscos do contrato, quanto à vida dos servidores públicos estão mais restritos, nos dias que correm, a uma espécie: os jurídicos. Que raio é isso?

Á guisa de explicar, passamos a apenas relatar alguns casos defrontados ao longo da vida profissional, em geral de clientes, cujos nomes evidentemente são omitidos. Deixamos de tecer impressões ou comentários, que ficam a cargo e por conta do gentilíssimo leitor.

Caso 1: a servente que se lascou.

Em um Município do norte do Estado de São Paulo alguns servidores do Legislativo, sobressaindo o caso de uma servente, sofreram ação civil pública, com nota de improbidade administrativa, porque receberam sem oferecer resistência, e durante algum tempo, uma gratificação dada pela lei municipal.

Esses servidores não tiveram, como dificilmente poderiam ter tido, nenhuma mínima participação na formação legislativa daquela vantagem. Todo o processo legislativo se deu independentemente da sua vontade ou da sua atuação, e enfim a lei, aprovada e sancionada, estabeleceu uma gratificação aos servidores.

Foram processados numa ação civil pública, condenados em primeira instância e absolvidos em segunda, por ato de improbidade. O ato, repita-se, foi o de receber a gratificação que a lei municipal lhes concedera, e de cuja origem não participaram.

Mesmo tendo reformado a condenação de primeiro grau, a ação se deu por receberem os réus, durante algum tempo, o que a lei lhes deu, sem rebelar-se e sem suscitar nenhum sério incidente de juridicidade.

Caso 2: a condenação dos RS 30,00.

Um cidadão, então cliente, foi condenado em segunda instância numa ação civil de improbidade que sofreu pela acusação de ter adulterado uma nota fiscal, que o autor pretende que era originariamente de R\$ 3,00, para o valor de R\$ 33,00.

Ouvido o proprietário do estabelecimento emissor da nota, este informou em juízo que o seu restaurante não vendia nenhum produto a R\$ 3,00; a emissão daquela nota por ele seria portanto virtualmente impossível, a uma porque devem ser raras as pessoas no planeta que pedem comprovante de uma despesa desse valor em restaurante, e a duas porque não existia produto algum no estabelecimento vendido àquele valor insignificante.

Houve também neste caso processo criminal, no qual o mesmo réu foi absolvido. Mas isso, por ele arguido na ação civil, não impediu a sua condenação em primeira e em segunda instâncias, sendo que os recursos superiores se arrastam na capital federal.

Caso 3: a cor do veículo.

Outra pessoa em nosso Estado viu-se processada e condenada em primeira instância em ação pública na qual a parte autora a acusava de ter direcionado uma licitação para aquisição de um veículo de uso do Gabinete, porque do edital constava a cor grafite.

O carro foi vendido afinal a preço inferior ao da tabela FIPE. Apenas a agência local participou do certame, que foi regularmente anunciado e publicado.

Processada apenas por aquele ingênuo descritivo, a autoridade foi duramente condenada em primeira instância, mas absolvida em segunda por demonstrar a inexistência de dolo ou de proveito pessoal de quem quer que fosse, quando, pelo contrário, o poder público obteve vantagem na compra.

Caso 4: a licitação trágica.

Uma servidora de uma Câmara Municipal da Grande São Paulo viu-se processada em ação civil pública, com nota de improbidade, porque, membro da comissão de licitação de sua entidade, encaminhou documentos que licitantes haviam apresentado no certame, e depois o autor da ação acusou a todos os envolvidos de viciar, por direcionamento, a licitação.

Teve bens, contas bancárias e valores bloqueados, e não apenas seus como de sua família que nem sequer fazia idéia do que estava acontecendo. Acham-se bloqueados até o dia de hoje, por mais reiterados e insistentes apelos que oferecesse ao Judiciário, indicando o descabido da medida.

Primária em ser ré de quaisquer ações, desde então perdeu o sono, como sói acontecer a réus neófitos ou jejunos nessa matéria em que jamais pretenderam ser experientes.

Caso 5: ação por nepotismo contra o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal decidiu por repetidas vezes que o cargo de Secretário Municipal tem índole política e por isso escapa à abrangência do conceito de nepotismo que se extrai da Súmula Vinculante STF nº 13, que versa sobre o assunto. Extrai-se o conceito, porque a Súmula, por mais esforço que por certo seus autores despenderam na sua elaboração, deixa talvez mais dúvidas que certezas quando de sua aplicação na vida prática.

Reconheçamos que o tema é assaz cabeludo, porque nada fácil é resumir ou sumular em poucas linhas toda a regra do nepotismo a ser tido como inconstitucional; e se bem que o panorama quanto a isso melhorou, está ainda longe de resolvido em definitivo.

O fato é que a Suprema Corte, desde a edição da referida Súmula 13, já pronunciou diversos julgamentos fixando que Secretário Municipal é posto que não sofre as restrições do nepotismo proibido, em face de seu caráter eminentemente político e não de linha ou de carreira – e que por isso mesmo nem sequer se perfilha ao lado dos demais cargos em comissão<sup>1</sup>.

Uma irmã de um Prefeito paulista, entretanto, confiante na orientação do Supremo Tribunal, mereceu processo por improbidade por ter aceito o cargo de Secretária Municipal, e o Prefeito é também réu. Prevaleceu até este ponto portanto a leitura estadual da Súmula Vinculante e não a do seu autor, o Supremo Tribunal Federal.

Caso 6: o impossível acontece<sup>2</sup>.

Viver é perigoso já há tempo, não é de agora.

Em um curso de licitação que ministramos em Recife há uns vinte anos informávamos que na prática, já que a lei proíbe fixar preços mínimos no edital, revela-se acentuatadamente difícil desclassificar propostas por preço inexequível: no dia em que isso ocorre, antes de o membro da comissão julgadora chegar em casa os jornais da televisão já anunciam que um corrupto tentou favorecer empresa amiga em uma licitação, seguramente em troca de propina, desclassificando outra proposta de preço muito inferior. No dia seguinte os vizinhos já o evitarão, e o abalo no seio familiar será desde logo considerável.

O noticiário ávido de sangue, e seus repórteres que não conseguem fazer um zero na areia com um copo, não sabem da lei nem da realidade de preços, não querem saber e têm muita raiva de quem o saiba. Querem ver sangue, porque isso dá notícia e vende jornal.

Explicávamos que é seguro desclassificar propostas por preço inexequível apenas quando infringem mínimos legais ou constitucionais, como por exemplo não consignar margem para o pagamento dos encargos sociais, ou do salário mínimo dos empregados a serem utilizados, dentro da proposta global da obra ou do serviço.

Natural que assim seja, porque se pela planilha de quantitativos e de custos unitários anexa à proposta o proponente não consigna o pagamento ao menos do salário mínimo e de seus encargos, por evidente está propondo fraudar direitos trabalhistas e sociais do empregado que pretende manter na execução, e com isso desprezeta a Constituição e a legislação social aplicável.

Nesse momento pediu a palavra um provento (ancião) participante, para narrar seu caso: como presidente de uma comissão de licitação, era naquele dia réu em ação civil pública por improbidade, por ter desclassificado uma empresa que apresentou planilha onde previa o pagamento de meio salário mínimo da época a cada empregado em jornada integral – sem nada que o justificasse.

Era obrigação da comissão de licitação desclassificar aquela oferta, ou de outro modo estaria acatando a proposta de uma ilegalidade, lesiva de direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados que pretendia utilizar no contrato.

Pois por aquele ato, acusado de favorecimento de uma empresa no certame, foi inquirido de improbidade e processado.

Esse é o sumário relato de meia dúzia de casos reais, que presenciamos ou que nos foram narrados. Os nomes dos envolvidos, alguns dos quais nem sabemos e não interessam, são o que menos importa.

Vale, isto sim, saber que os fatos aconteceram e se cravaram na memória, e parece que até o dia de hoje ocorrem com inquietante frequência. Quem lê estas

linhas seguramente já terá, no mínimo, sabido de algo similar, que a racionalidade humana não consegue explicar.

Viver, e ser servidor público, são dois misteres efetivamente arriscados.

Mas em conclusão, para desanuviar um pouco o ambiente e dar alguma sequência ao paralelo com os contratos, pergunta-se: será apenas jurídica a álea, ou a zona de risco, presente na vida e no trabalho do servidor público?

Não é a resposta, pois que existem aquelas outras áleas mesmas dos contratos, que com humor se podem comparar. Parodiando o genialíssimo Oscar Wilde ao ironizar que a vida imita a arte mais do que a arte imita a vida, alguém dirá que a vida imita os contratos administrativos mais do que os contratos administrativos imitam a vida...<sup>3</sup>.

Sim, porque a vida do servidor contém uma álea econômica, materializada no vasto conjunto de inseguranças da vida econômica do país, que evidentemente se refletem na política remuneratória do pessoal do serviço público, e moldam a economia pessoal do servidor para cá ou para lá.

Se o ente público não lhe concede aumento remuneratório real, o que a Constituição obriga fazer, eis uma vicissitude econômica; se o servidor retorna ao cargo efetivo após vinte anos ocupando um cargo em comissão que lhe rendia do dobro da remuneração e em cujo exercício ele não incorporou as diferenças – transição aquela que ele já não mais admitia em face das décadas em comissão, como se esse fosse o seu patamar definitivo –, eis aí outro golpe à estabilidade econômica do mesmo servidor.

São apenas exemplos do que pode ocorrer, e que com frequência acontece no serviço público, a caracterizar uma autêntica zona de risco profissional, de caráter econômico.

Se, menos que econômica, a zona de azar for resumida e apenas financeira – como numa inesperada suspensão do pagamento mensal por motivo de transitória insuficiência de caixa do ente pagador, ou um bloqueio judicial absolutamente desastroso das contas do mesmo ente público –, aí se terá caracterizada a álea financeira da vida profissional de nosso (pobre) servidor público.

Para-se por aqui. Imaginar uma álea física ou operacional do servidor não envolvido nos serviços originariamente perigosos – que existem também no serviço público – seria transformar a exceção em regra.

Porém o só relato das exemplificativas possibilidades indica que não é apenas o contrato que enfrenta áreas de risco, mas o próprio servidor em seu trabalho, sobretudo em funções de elevadíssimo perigo como as de operador de licitações. 

---

## NOTAS

- 1 Sempre sustentamos, e ainda pensamos assim, que a natureza do cargo de Secretário Municipal, como do de Secretário de Estado e como do de Ministro de Estado, é *híbrida*, um misto de cargo em comissão e cargo de agente político. Observando-se atentamente, não são bem nem uma coisa nem outra, porque detêm características de cargo e de mandato, ou ao menos de designação política. Mas parece que prevalece o entendimento de que são postos políticos, de modo que fomos vencidos... mas não convencidos.
- 2 Como nas *Seleções do Readers Digest*.
- 3 E esta obtemperação é de *lascar*, não?

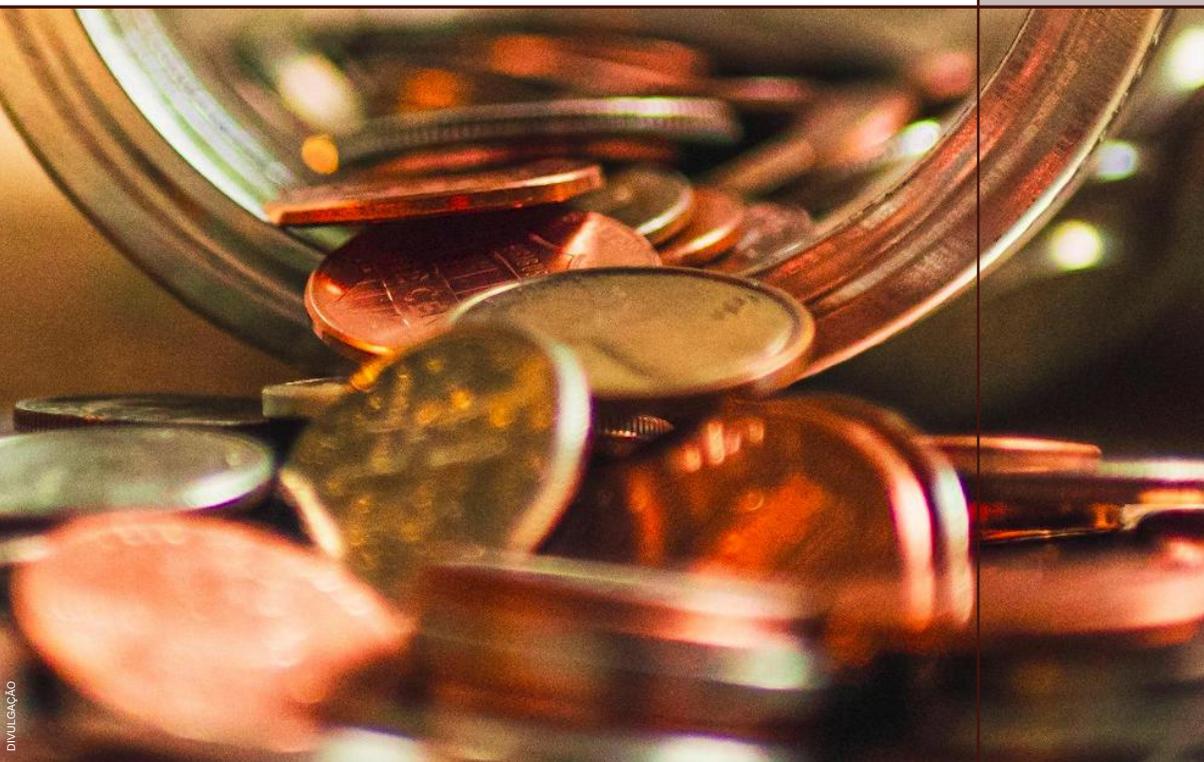


IVAN BARBOSA RIGOLIN é advogado em São Paulo.

## *Ab intestato – I*

por VICENTE DE PAULO SARAIVA

“Contra o sistema com preponderância *agnática* da Lei das XII Tábuas, no direito clássico dos últimos tempos da república, o pretor – que não podia criar herdeiros (Instas. 3, 32) – passou a conceder em caráter provisório a posse dos bens (= *bonorum possessio [sine tabulis]*), numa lide hereditária, a quem lhe parecesse ter título civil à herança ou estivesse vinculado ao morto pelos laços do sangue (parentesco cognático).”



**I**ntestadamente. Ou ainda: Por parte do intestado (= aquele que morreu sem deixar testamento). [As sílabas em **negrito** das palavras latinas indicarão que estas são proparoxítonas.]

A expressão tem esses dois sentidos: no primeiro, refere-se ao próprio falecido, sendo *ab intestato* uma locução adverbial, identificando um adjunto adverbial de modo; já no segundo, diz respeito ao herdeiro (e, obliquamente à herança), que só o é por previsão legal: neste caso é empregado o adjetivo *intestatus* substantivamente, prevalecendo por isso o gênero masculino, dada a generalidade do termo conferida ao *de cuius* (o falecido); precedido da preposição *ab*, o adjetivo foi para o abl. [sg.], indigitando então um adjunto adverbial de origem.

E assim, nas fontes, entre inúmeros outros textos, podemos exemplificar, para esta última hipótese (Instas. 3, 1, título): *De hereditatibus quae ab intestato deferuntur* (= Sobre as heranças que são deferidas por parte do intestado); e para a primeira (Epit. 2, 8 [16], 5): *inter feminas sola tantum soror consanguinea habetur agnata, ut germano suo defuncto ab intestato ei agnitionis jure succedat* (= entre as mulheres, apenas a irmã consanguínea é tida como agnada, de modo que a [seu] irmão germano, falecido intestadamente, a ele suceda [= seja legítimo suceder] por direito de agnação).

Por seu turno, a locução adverbial (própria do primeiro sentido) também é encontrada justapostamente *abintestato*, lado a lado com o puro advérbio *intestato*, formas essas abonadas por SARAIVA, com a mesma significação de “sem testamento”. De observar-se que o vocábulo *abintestado* (assim justaposto) passou para o nosso vernáculo, como adjetivo, desde o século XV, usado pela primeira vez na Crônica de D. João I, escrita por Fernão Lopes – conforme J. P. Machado; assim junto, também se encontra em AULETE e C. FIGEIREDO e D. VIEIRA. MORAIS, contudo, bem como LAUDELINO, consignam *ab intestado*, separadamente. GOUVÊA PINTO, por sua vez, ortografa quer em latim *abintestato*, quer em português *abintestado*, no que é secundado por seu comentarista TEIXEIRA DE FREITAS: só que o termo é então empregado adverbialmente, porquanto ambos só falam em “sucessão abintestado”, “herdeiros abintestado”, “heranças abintestado” (*passim*), p. ex.

A primitiva organização da família romana auferia sua unidade no *pater familias* (= o pai de família, e., o chefe absoluto da família), pessoa *sui juris* (de direito seu) – a saber, pessoa de direito próprio, ou ainda, independente, porque sem ascendente masculino vivo a quem estivesse sujeito: poder esse perene, pois o direito romano não conhecia a maioridade do filho, mesmo após determinada idade.

Daí que, na sucessão *mortis causa* (em virtude da morte), haja acentuada preeminência da testamentária sobre a *ab intestato* – como uma manifestação dessa soberania do *pater familias*, o qual, por formalidade essencial, de cuja omissão resultaria a nulidade do testamento (Instas. 2, 229), atribuía o *título* de herdeiro a quem haveria de sucedê-lo como o novo chefe da família. Assim, somente pela fortuita inexistência de testamento, sua ineficácia, nulidade, anulação ou revogação é que se abria a sucessão *ab intestato* ou legítima, quando a herança era deferida às pessoas designadas pela lei – a fim de permanecer assegurada a ordem familiar e a continuidade das relações jurídicas patrimoniais.

Releva notar que o herdeiro respondia além das forças da herança, assumindo inclusive seu passivo (*damnosa hereditas*); e que havia incompatibilidade entre a sucessão testamentária e a legal, porquanto *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (ninguém pode morrer em parte testado e, em parte, intestado) – adágio esse que encampou termos equivalentes aos que se podem ler no D. 50, 17, 7 e nas Instas. 2, 14, 5 (exceto para os militares, já no direito imperial: Instas. 2, 11); e assim, mesmo na parcialidade do testamento, o herdeiro constituído

receberia a totalidade dos bens, p. ex. Ademais, a mulher não podia ter herdeiros necessários, visto não lhe ser dado deter a *patria potestas* (o pátrio poder).

Nomeadamente sobre a sucessão *ab intestato*, as principais fontes encontram-se sobretudo nas Instas. 2, 19; 3, 1/7; nas Instas. 3, 1/76; no D. 38, 11 e 16; no C. 6, 56/58; e nas Nov. 118 e 127.

O direito romano evoluiu em quatro *etapas* (e correspondentes sistemas) na definição dos herdeiros legítimos: 1ª) a da Lei das XII Tábuas (ou do *jus civile antiquum* = direito civil antigo); 2ª) a do direito pretoriano (*jus honorarium*); 3ª) a da época imperial; e 4ª) a de Justiniano (ou das Novelas 118 e 127).

Pela Lei das XII Tábuas, havia três classes (*ordines*) de herdeiros legítimos (não se fazendo distinção entre homem e mulher): 1ª) os *sui* [*heredes*] (ou “herdeiros necessários”, compreendendo os filhos vivos [entre os quais os adotivos], os netos, bisnetos e a mulher [*in manu*]); 2ª) os *agnati proximi* (isto é: os agnados os membros colaterais mais próximos do *de cuius* (defunto), como seus irmãos e irmãs consanguíneos, excluindo estes [se houvesse] os tios paternos ou os sobrinhos paternos, p. ex. [Instas. 1, 156]); e 3ª) os *gentiles* (ou seja: os da mesma raça [*gens*] ou descendentes, pelo menos por presunção, de um ascendente comum, de quem recebiam o nome da família à qual se integravam). As classes eram chamadas nessa ordem, consecutivamente, excluindo a superior à inferior. A adição da herança pelos herdeiros necessários não necessitava do ato de aceitação, mas também não podiam eles renunciar àquela.

Contra o sistema com preponderância *agnática* da Lei das XII Tábuas, no direito clássico dos últimos tempos da república, o pretor – que não podia criar herdeiros (Instas. 3, 32) – passou a conceder em caráter provisório a posse dos bens (= *bonorum possessio [sine tabulis]*), numa lide hereditária, a quem lhe parecesse ter título civil à herança ou estivesse vinculado ao morto pelos laços do sangue (parentesco cognático). Assim, era o instituto concedido aos *sui heredes*, patronos, agnados e *gentiles* (*unde legitimi*); aos filhos, mesmo os emancipados não-adotivos (*unde liberi*); aos cognados até o 6º grau (*unde cognati*); e à própria mulher, casada em justas núpcias (*unde vir et uxor*).

No império (principado e dominado) avança a reação pretoriana visando a dar prevalência à família *cognática*, pelos *senatus-consultos* tertuliano e orficiano, bem como pelas constituições imperiais de VALENTIANO, TEODÓSIO, ARCÁDIO e ANASTÁCIO – os filhos sucedendo às mães e aos ascendentes-mulheres, bem como chamando à sucessão os irmãos e irmãs emancipados, os uterinos e os filhos destes.

Por último, pelas Novelas 118 (543 d.C.) e 127 (548 d.C.), JUSTINIANO fez uma *reforma geral* no conjunto de princípios acumulados inarmonicamente pelos três sistemas anteriores, máxime por haver acabado com a distinção entre agnados e cognados; entre as pessoas *sui juris* (de direito seu/próprio) e *alieni juris* (de direito alheio); entre homens e mulheres; entre os parentes da linha masculino com os da feminina – além de operar a fusão entre a herança e a *bonorum possessio* (posse dos bens [= propriedade pretoriana concedida a certas pessoas que já estavam na posse dos bens do defunto]).



VICENTE DE PAULO SARAIVA é Subprocurador-Geral da República (aposentado) e autor da obra *Expressões Latinas Jurídicas e Forenses* (Saraiva, 1999, 856 p.).

# Possibilidade de candidaturas avulsas no sistema eleitoral brasileiro

POR RENÉE DO Ó SOUZA E LEONARDO YUKIO D. S. KATAOKA



**“A possibilidade de candidaturas avulsas implica em importante aperfeiçoamento da democracia brasileira, constituindo-se em relevante avanço para a cidadania. Trata-se de instituto que inegavelmente alarga a liberdade política do cidadão, amplia a participação popular no governo, reafirma direitos humanos fundamentais e promove a esperada evolução das instituições democráticas do Brasil.”**

**A**tualmente, no direito eleitoral brasileiro tem se intensificado o debate acerca da possibilidade de candidaturas avulsas, isto é, candidaturas para cargos eletivos sem a prévia filiação partidária. O tema é de interesse nacional, repercute diretamente no regime democrático e ordem jurídica, estando a questão submetida ao E. STF, nos autos do ARE nº 1054490/RJ. O presente artigo analisa a possibilidade jurídica deste tipo de candidatura no Brasil.

As candidaturas avulsas encontram previsão no Pacto de São José, que foi promulgado pelo Dec. nº 678/92 e prevê:

Artigo 23.

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal."

Como se vê do art. 23, inciso I, *b*, e inciso II, do Pacto de São José a filiação partidária não consta dos motivos pelos quais se pode restringir a participação de candidatos em eleições. Interpretando o referido dispositivo, a Corte Inter Americana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso *Yatama vs. Nicarágua*, de 2005, decidiu que restrições a capacidade eleitoral passiva devem atender a critérios de legalidade, finalidade e necessidade em uma sociedade democrática. Nesse sentido, cumpre transcrever o seguinte trecho do julgado:

"A restrição deve ser estabelecida por lei, ser não discriminatória, fundada em critério razoável, possuir finalidade útil, sendo essencial para atender interesse público e ser proporcional ao fim a que se destina." (§ 206 – tradução livre)

Especificamente em relação à necessidade de filiação a partido político, como condição para o exercício da capacidade eleitoral passiva, a Corte IDH, ao analisar o caso mencionado acima, entendeu que tal restrição não é compatível com o Pacto de São José, nos seguintes termos:

"Não há qualquer dispositivo na Convenção Inter-Americana que permita o estabelecimento de exigência de que cidadãos somente possam concorrer a cargo eletivo através de partido político. A importância dos partidos políticos como entidades associativas essenciais para o desenvolvimento e fortalecimento da democracia não é menosprezada, mas é reconhecido que existem outras formas através das quais candidatos podem se candidatar a cargos públicos, de maneira a atingir o mesmo objetivo (...)" (§ 215 – tradução livre)

O Pacto de São José é tratado internacional de direitos humanos, internalizado antes do advento da EC nº 45/2004, pelo Decreto n.º 678/92. Embora não se desconheça a tese de que referido tratado tenha sido recepcionado com status de norma constitucional, dada a matéria especificadamente tratada nestes pontos, forçoso concluir tratar-se de norma infraconstitucional, como lei ordinária.

Em razão disso, vislumbra-se como possível as candidaturas avulsas visto que a norma constitucional do art. 14, § 3º, V, é de eficácia contida que reclama complementação por meio de lei. Ora, neste caso, tanto quanto o Código Eleitoral (art. 87), o Pacto de São José é norma infraconstitucional capaz de compor e regulamentar o dispositivo constitucional citado. O quadro jurídico é, então, de coexistência de dois sistemas de elegibilidade: um regulamentado pelo Código Eleitoral, que exige a filiação partidária e outro, decorrente do Pacto de São José, que admite candidaturas avulsas/sem partido.

Anote-se que a norma contida no Pacto favorece a participação política porque, além de ampliar o número de cidadãos aptos a disputar eleições para cargos públicos no Brasil, amplia a qualidade representativa do sistema eleitoral vigente e harmoniza-se com outras normas constitucionais fundamentais.

Ainda que a ordem constitucional vigente já indica que, para realização de projetos de vida e desenvolvimento de suas capacidades individuais, sobretudo quando canalizadas em prol do bem comum, ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, XX, da CF). Trata-se de garantia constitucional salutar à liberdade de expressão, ao sistema democrático e ao próprio princípio da igualdade visto que o condicionamento de direitos ao dever de associar-se, notadamente às entidades de direito privado, implica em restrições injustificadas a direitos fundamentais.

Nessa linha, a filiação ao partido político será ato voluntário de adesão a uma proposta de trabalho virtuoso, fruto de uma opção consciente, e não decorrente de uma imposição legal. A candidatura avulsa assim, ao contrário do que se supõe, a médio prazo, fortalecerá os partidos políticos que, devido à concorrência com outro sistema, deverão amearhar filiados pelos valores virtuosos que inspiram.

Para além dessa hermenêutica sistemática, a admissão de candidaturas avulsas é mecanismo de compatibilização entre o postulado democrático, cidadania e as tecnologias vestíveis da contemporaneidade. A velocidade e facilidade com que a internet conecta a população atualmente já produziu efeitos sobre o exercício da cidadania e participação popular nos regimes democráticos, originando o que vem sendo denominado como *crowdsourced constitution*<sup>1</sup>. Trata-se de uma democracia que se vale de ferramentas e tecnologias que asseguram a manifestação direta dos cidadãos nas decisões políticas do Estado<sup>2</sup>. Esses novos mecanismos de participação são capazes de dar voz e refletir diversidades que encontram nas convenções partidárias obstáculos às suas proliferações.

Noutra perspectiva, a possibilidade de candidaturas sem partidos tem potencial de dar uma resposta adequada à crescente onda mundial de crise de representatividade, caracterizada pela descrença da população em geral no atual sistema eleitoral político-partidário.

Esse quadro, aliado as informações prestadas pela liberdade de imprensa, o fortalecimento de instituições como o Ministério Público e Poder Judiciário, além do amadurecimento da própria democracia, provocaram uma verdadeira revolução na percepção do povo brasileiro acerca do sistema político-partidário.

É o que revela a pesquisa publicada no dia 13 de agosto de 2017 pelo jornal O Estado de S. Paulo que mostra que 94% dos eleitores não se sentem representados pelos políticos que estão no poder. O levantamento, do Instituto Ipsos, confirma a rejeição generalizada dos brasileiros à classe política, independentemente de partidos, e ao atual sistema político-eleitoral.

Além disso, 86% disseram que não se sentem representados por aqueles políticos nos quais já votaram. A crise de representatividade também atinge fortemente as legendas partidárias: 81% avaliam que “o problema do país não é o partido A ou B, mas o sistema político”<sup>3</sup>.

Esse sentimento popular deve ser capaz de compor uma alternativa a este estado de coisas visto que reformas legislativas nestas questões são, na maioria das vezes, supérfluas e não tocam no âmago do problema.

Aliás, foi neste contexto que o fenômeno das candidaturas avulsas ganhou fôlego em muitos países sendo que os mesmos motivos que levaram à sua adoção em outras nações podem ser invocados aqui<sup>4</sup>. Em estudo publicado na agência de notícias do Senado realizado pela ACE Project, estima-se que apenas 9,68% dos 217 países democráticos do mundo barram candidaturas independentes<sup>5</sup>.

Para citarmos alguns casos, noticia-se que países como Islândia, Eslováquia e Moçambique adotam as candidaturas independentes. O rol de eleitos com este sistema tem importantes centros internacionais como o atual presidente da França, Emmanuel Macron, atual presidente da Áustria, Alexandre Van der Bellen, atual presidente da Finlândia, Sauli Niinistö, atual prefeita de Tóquio, Yuriko Koike e de Bogotá, capital da Colômbia, Enrique Peñalosa<sup>6</sup>.

Por onde se analise a questão, não se vislumbra prejuízos a nação brasileira na possibilidade de candidaturas avulsas<sup>7</sup>. Se é verdade que o sistema partidário atual tem assento constitucional<sup>8</sup>, as alterações normativas provocadas pelo Pacto de São José, devidamente referendado e internalizado pelo Brasil<sup>9</sup>, indicam que este é um novo horizonte para a compatibilização da atual sociedade, conectada, complexa e pluralista, e um regime democrático apto a promover com uma vida moderna virtuosa.

Inegável, portanto, que a possibilidade de candidaturas avulsas implica em importante aperfeiçoamento da democracia brasileira, constituindo-se em relevante avanço para a cidadania. Trata-se de instituto que inegavelmente alarga a liberdade política do cidadão, amplia a participação popular no governo, reafirma direitos humanos fundamentais e promove a esperada evolução das instituições democráticas do Brasil. █

## NOTAS

1 *Crowdsourcing* é “a atividade ou a prática de envolver muitas pessoas para desenvolver idéias, produzir conteúdo ou realizar tarefas enormes ou tediosas, como solicitando ajuda através da

internet. A palavra se originou como um composto conveniente para denotar ‘terceirização para a multidão’”. Tradução livre (Bryan A. Garner, Black’s law dictionary, 10. ed., p. 459).

- 2 “A internet, por um lado, contribui para a pluralização da esfera pública, ao multiplicar as fontes de informação e de difusão de ideias e baratear o custo de acesso ao espaço público daqueles que desejam se exprimir” (Daniel Sarmiento. Comentários à Constituição Federal. J. J. Gomes Canotilho et al. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Art. 220).
- 3 Pesquisa disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/para-94-dos-eleitores-atuais-politicos-nao-os-representam-aponta-pesquisa/>. Acessado em 17 fev. 2018.
- 4 Esse tipo de influência recíproca de determinados institutos jurídicos de ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, apto a ensejar uma “fertilização cruzada”, é útil em tempos de mundialização de problemas internacionais. Interpretações jurídicas desenvolvidas em outros tribunais, estrangeiros ou internacionais, possibilitam que uma ideia de ordem no direito internacional contemporâneo, marcado pela complexidade com a profusão de redes de atores e de normas, de organizações e de tribunais, ingresse internamente após uma interpretação judicial comum ou dialogada, respeitando-se as diferenças culturais ou de linguagem, dentro da margem nacional de apreciação de cada Estado (VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade. 2012. 606 f. Tese de Doutorado. Dissertação. Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2012. f. 437-439. p. 216-217).
- 5 In <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/stf-analisara-acao-liberacao-candidatos-partido>. Acessado em 25 jan. 2018.
- 6 In <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/10/em-julgamento-pelo-stf-possibilidade-de-candidatura-sem-partido-gera-controversia-cj8da78im002601objvl7ad4h.html>. Acessado em 25 jan. 2018
- 7 Cabe neste ponto expor que a recepção do Pacto de São José no ordenamento jurídico não expõe a riscos o sistema de inelegibilidade previstos na Lei Ficha Limpa. A uma porque o Pacto foi internalizado em 1992, sendo que a Lei Ficha Limpa é de 2010, o que permite concluir que esta lei é posterior e especial, de forma que excepciona a regra exposta pela legislação anterior. A duas porque a matéria tratada na Lei Ficha limpa reclama Lei Complementar, ao passo que o Pacto tem status de lei ordinária, cujo rol de matérias objeto da lei não se confunde com o rol de Leis Complementares. A três porque a Lei Ficha Limpa goza de proteção decorrente da eficácia vinculante decorrente do julgamento da ADC nº 29/ADC nº 30/ADI nº 4578.
- 8 O sistema partidário atual, como aponta Luís Roberto Barroso, possui muitas críticas porque se caracteriza “pela multiplicação de partidos de baixa consistência ideológica e nenhuma identificação popular. Surgem, assim, as chamadas legendas de aluguel, que recebem dinheiro do Fundo Partidário – isto é, recursos predominantemente públicos – e têm acesso a tempo gratuito de televisão. O dinheiro do Fundo é frequentemente apropriado privadamente e o tempo de televisão é negociado com outros partidos maiores, em coligações oportunistas e não em função de ideias. A política, nesse modelo, afasta-se do interesse público e vira um negócio privado. [...]” (STF – ADI nº 5.081/DF – Pleno – trecho do voto do Rel. Min. Luís Roberto Barroso – j. 27-5-2015).
- 9 A aprovação e a internalização do Pacto indicam, como bem apontou a Procuradoria Geral da República no parecer exarado no ARE n.º 1.054.490-RJ, uma concordância política com a tese das candidaturas avulsas: “Daí que os partidos representados no Congresso Nacional abriram mão, validamente, da função de organizações intermédias exclusivas entre governantes e governados, ao terem aprovado o Pacto de São José”.





## Airbnb: violação das regras condominiais ou simples uso do direito de propriedade?

POR DANIEL FERREIRA MARTINS

**“As locações por temporada previstas no art. 48 da Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato) permitem a locação por prazo não superior a 90 dias, ou seja, as locações feitas via Airbnb e outras plataformas virtuais, se obedecidos todos os requisitos legais, não oferece óbice para a locação.”**

**A**tualmente, a internet assola todos os ramos do comércio e dos indivíduos da sociedade. Deste modo, diante do avanço tecnológico, a tendência é que a internet se expanda ainda mais, abrangendo as pessoas tanto nos direitos individuais quanto os coletivos.

Neste contexto, a utilização de ferramentas como Airbnb, Booking, entre outras plataformas virtuais de locação, vem ganhando cada vez mais força no mercado e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico brasileiro que está em vigor, principalmente, quando levamos em consideração o atual cenário econômico do país.

Assim, a utilização das plataformas e aplicativos tem gerado ações judiciais, especificamente pelos condomínios que entendem que a locação das unidades autônomas, estariam atuando como meio de hospedagem de natureza comercial e que a entrada desses novos locatários gera insegurança aos outros moradores do condomínio.

A questão é: Será que a locação de um quarto em um imóvel não fere o princípio da propriedade prevista da Constituição Federal? Será que

o proprietário do imóvel não pode dispor dos cômodos de seu imóvel como bem entender, desde que obedecendo as regras gerais do condomínio e a Lei?

Esse tipo de procedimento está sendo muito discutido, principalmente pela jurisprudência nas ações ajuizadas pelos condomínios em face dos proprietários de apartamento que locam um cômodo por um período curto de tempo, o que chamamos de locação por temporada.

A Lei Federal nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), em seu art. 48, considera a locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos e outros fatos que decorram tão somente de determinado tempo, contratada por prazo não superior a 90 dias, estando ou não mobiliado o imóvel.

Os defensores dessa prática de locação temporária entendem que a proibição fere diretamente o direito de propriedade previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXII) e os direitos do proprietário (art. 1228 do Código Civil). Já, por outro lado, estão os condomínios que entendem que este tipo de locação caracteriza serviços de hotelaria, possuindo fins lucrativos e, portanto voltados para a atividade comercial.

Para a caracterização de serviços de hotelaria, seria necessário que o hóspede se alojasse num ambiente arquitetado que exige a concorrência de diversos serviços essenciais e indispensáveis à locação, cuja ausência geraria certo desconforto e insatisfação, o que não é o caso das locações temporárias, que o locador visa somente à cessão de um espaço por tempo inferior a 90 dias, que pode ou não ser cominada com serviços acessórios.

Entendendo de maneira clara a controvérsia estabelecida, está previsto no art. 1351 do Código Civil que caso o condomínio queira proibir o uso da locação temporária, deve ao menos ser estabelecida uma Assembleia Geral Ordinária com quórum mínimo de 2/3 dos moradores para aprovação, sendo qualquer alteração, infringência ao quórum estabelecido ou estipulação em ata de assembleia ou registro interno, ser passível de anulação por meio de ação judicial.

Atualmente, no Recurso Especial nº 1.819.075/RS, que se encontra em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) justamente para julgar esta questão da locação temporária, o Ministro Luis Felipe Salomão entendeu que a proibição do direito de dispor de sua propriedade fere a Constituição Federal, o que não é permitido. O recurso em questão está com julgamento suspenso e não tem previsão para a retomada, no entanto, poderá influenciar todas as plataformas virtuais de locação.

Até o julgamento do STJ ser finalizado, cabe lembrar que as locações por temporada previstas no art. 48 da Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato) permitem a locação por prazo não superior a 90 dias, ou seja, as locações feitas via Airbnb e outras plataformas virtuais, se obedecidos todos os requisitos legais, não oferece óbice para a locação. Isso porque inexistente qualquer restrição legal ou convencional, sendo que o condomínio deve se abster de criar qualquer embaraço aos negócios jurídicos que os condôminos proprietários quiserem ao menos locar um cômodo de sua propriedade. 



**DANIEL FERREIRA MARTINS** é advogado integrante do escritório Cerveira, Bloch, Goettems, Hansen e Longo Advogados Associados, formado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD).

## Dia 2 de Dezembro – Dia do Advogado Criminalista!

por LUÍZ FLÁVIO BORGES D'URSO



**“A profissão de advogado foi constitucionalizada na Carta Magna de 1988, reconhecendo o legislador a sua indispensabilidade à administração da Justiça e a inviolabilidade do advogado por atos e manifestações no exercício profissional.”**

**N**o Brasil, comemoramos o dia 2 de dezembro, como o Dia do Advogado Criminalista. Essa data foi instituída inicialmente pela Câmara Municipal de São Paulo, a pedido da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo, no início da década de 90. Depois, esta justa homenagem, ganhou o plano nacional.

Uma das referências históricas mais emblemáticas sobre a importância da missão do advogado, está em uma frase de Napoleão Bonaparte, que dizia preferir cortar a língua dos advogados a permitir que eles a utilizassem contra o governo.

Esse tipo de pensamento demarca que a advocacia definha nas sombras do autoritarismo, porque o confronta, e só prospera dentro do Estado Democrático de Direito.

O papel social e institucional do advogado é imprescindível nos regimes democráticos. Ele assegura, na esfera jurídica, a todos os cidadãos, a observância a seus direitos constitucionais e legais.

Quem já foi acusado de algum ilícito e sofreu processo penal, conhece a importância do trabalho da defesa, visando aclarar os fatos, superar as arbitrariedades e fazer triunfar a Justiça.

Os julgamentos de crimes com grande repercussão popular, quando o clamor público não admite ao acusado nem mesmo argumentos em sua defesa, se tornam combustível para os erros judiciários.

Nesses casos, o que nem sempre é claro para a sociedade é que o advogado tem a missão de buscar um julgamento justo no interesse de seu constituinte, com base no Direito e nas provas. Sua missão é chegar à verdade e à Justiça, anseios de todos.

Por mais grave que seja o crime, o advogado tem o dever de promover sua defesa. Rui Barbosa é muito incisivo ao afirmar que ninguém é indigno de defesa.

“Ainda que o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova. Ainda que a prova inicial seja decisiva, falta não só apurá-la no cadinho dos debates judiciais, mas também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas”, afirmou em carta ao advogado Evaristo de Moraes Filho.

O advogado criminalista não pode ter sua figura confundida com a de seu cliente, não deve ser hostilizado pela opinião pública e pela autoridade judiciária ou sofrer “linchamento moral” por parcela da mídia.

A sua atuação acontece no âmbito do devido processo legal. Ele deve garantir a ampla defesa e o contraditório ao acusado, observando o princípio da presunção de inocência, até decisão judicial com trânsito em julgado. O advogado não busca a impunidade do seu cliente, mas tem a obrigação de assegurar que seja feita Justiça.

Assim sendo, os direitos contidos no ordenamento jurídico nacional não podem sucumbir ante a opinião pública “convencida” da culpa de alguém. Não pode também a defesa ter sua atuação cerceada pela intensa reação popular, guiada pela emocionalidade e pelo sensacionalismo, pois isso constitui grave violação ao Estado Democrático de Direito.

A profissão de advogado foi constitucionalizada na Carta Magna de 1988, reconhecendo o legislador a sua indispensabilidade à administração da Justiça e a inviolabilidade do advogado por atos e manifestações no exercício profissional.

Quando a opinião pública, comovida, negar-se a ver e a ouvir os fatos, o advogado criminalista deve manter os olhos bem abertos e os ouvidos atentos para conduzir o seu constituinte pelos caminhos do Estado Democrático de Direito.

Com independência e arrojo, ele deve promover a defesa, independentemente de ser amado ou odiado, e cumprir com dignidade a função tutelar do Direito. Viva o Advogado Criminalista! 🇧🇷



ARQUIVO PESSOAL

**LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO** é Presidente de Honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP, Professor *honoris causa* da FMU, Presidente de Honra da Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCCRIM, presidiu a ACRIMESP e também foi Presidente da OAB SP por três mandatos (2004 a 2012) e Conselheiro Federal da OAB (2013 a 2018).

# A legislação do jogo

POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS



DIVULGAÇÃO

**“O antídoto para o veneno das cobras é tirado das próprias cobras para salvar a vida daqueles que foram por elas picados. Assim defendi, na época, a liberação do jogo sob rígido controle e elevada tributação.”**

**E**m 14 de Dezembro de 1982 defendi, na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, a primeira tese de doutoramento na área jurídica daquela instituição, com a presença do reitor da Universidade, que completará, no ano próximo, um século e meio de existência.

O tema escolhido foi a tributação sobre atividades que se encontram na linha limítrofe entre a legalidade e ilegalidade, em visão mais abrangente de conformação da norma de imposição tributária como norma de rejeição social, pois, em todos os espaços geográficos e períodos históricos, os cidadãos pagam mais do que devem para permitir ao Estado a prestação de serviços públicos e para beneficiar os privilégios dos detentores do poder nas suas auto concedidas benesses e na corrupção, inerente, em menor ou maior escala, a quem exerce o comando político.

Na ocasião, procurei mostrar que a tributação dos jogos de azar seria a melhor forma de evitar que criminosos ficassem com todo o dinheiro do jogo ilícito e, ainda, limitar viagens de pessoas que gostam de jogar para que não levem dinheiro brasileiro para ser perdido no Uruguai, no Paraguai, nos Estados Unidos, no Principado de Mônaco e em outros países onde o jogo é permitido.

Argumentava eu, na ocasião, que quando a bebida alcoólica foi proibida nos Estados Unidos as “gangues” americanas se enriqueceram à custa da Lei Seca, tendo o Estado perdido dinheiro por não arrecadar tributos, assim como, gasto recursos do contribuinte no combate a esta criminalidade, algo imortalizado para futuras gerações com a obra cinematográfica, “Os Intocáveis”.

Acresce-se, na proibição à exploração privada de jogos de azar, uma falsa moralidade, pois se permite a loteria esportiva, a loteria federal, as apostas em cavalos. A possibilidade que o jogo leve as pessoas à ruína, se verifica, inclusive, nas corridas de cavalos, como registra o antológico tango, que Al Pacino dança no filme “Perfume de Mulher”, intitulado “Por uma cabeça”. Para conquistar uma mulher, o personagem da música tudo joga num cavalo, e perde, a mulher e a fortuna, pois seu cavalo não ganha a corrida pela diferença de uma cabeça.

Entendia e entendo que se legalizássemos o jogo no Brasil, com: (a) tributação mais pesada sobre os que gostam de jogar; (b) com rígido controle sobre os jogadores, a aferir suas capacidade contributiva e idade; (c) vigilância da polícia e (d) definição de cidades próprias para o turismo do jogo, como ocorre em Monte Carlo; deixaríamos de ser permissivos com o desvio de dinheiro brasileiro para outros países. Tiraríamos, ainda, o “gangsterismo” do controle do jogo clandestino no país e obteríamos maior arrecadação para o Estado, dinheiro este hoje destinado também para os que exploram criminosamente tais atividades, sem que haja qualquer benefício para o povo e para o Estado.

Na minha tese, sugeri que tais recursos tributários fossem destinados ao calamitoso sistema carcerário brasileiro, hoje verdadeira escola do crime e não de reeducação do meliante para que volte recuperado para a sociedade, como idealizaram os especialistas em Ciências Penitenciárias.

O antídoto para o veneno das cobras é tirado das próprias cobras para salvar a vida daqueles que foram por elas picados. Assim defendi, na época, a liberação do jogo sob rígido controle e elevada tributação. 📌

ARQUIVO PESSOAL



**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS; ex-Presidente da Academia Paulista de Letras-APL e do Instituto dos Advogados de São Paulo-IASP.

# Em nome da verdade e contra a jogatina

por PAULO FERNANDO MELO DA COSTA

“As pessoas perdem para o jogo 23,3 bilhões de reais por ano, isso representa 0,4% da renda nacional.”



DIVULGAÇÃO

**T**enho conversado desde há muito sobre jogatina: um problema de saúde pública, com patologia e transtorno relacionados, como fato gerador de gastos bilionários com dados alarmantes nos seus aspectos sociais, econômicos e financeiros, que enseja a prática de lavagem de dinheiro, suscetível a ações criminosas e mafiosas, com impacto direto nas minorias e populações mais carentes. Esse tema, ainda bem, ainda não possui unanimidade em meio aos parlamentares.

Os defensores dos jogos de azar defendem que nossos argumentos são calçados em religiosidade. Eles rapidinho perceberam que não. O Dr. Ricardo Gazel, Ph.D. em Economia pela Universidade de Illinois (EUA), por exemplo, mostra que só se olha os benefícios (lucros de futuros operadores, arrecadação de impostos, geração bruta de empregos e renda etc.) enquanto os custos não são analisados (qual será o resultado líquido de empregos e renda, qual será a taxa de lucro para empresas nacionais e multinacionais, qual será o custo para o estado de supervisão do jogo, riscos de lavagem de dinheiro, aumento de criminalidade e consequências sociais relativas à compulsão e problemas com os jogos).

Nos EUA, a maior parte dos Estados legalizou por causa de problemas fiscais. As pessoas não veem o jogo como um imposto, apesar de ser, e pior, regressivo porque os pobres jogam mais e, portanto, pagam mais. Aí começam a aparecer toda sorte de propostas oportunistas como, por exemplo, ajudar o problema da Previdência.

Segundo Gazel, no início, há aumento de arrecadação, mas depois ela cai. Nos EUA, onde você abre cassinos, o gasto com loteria se reduz. E mais do que isso: um Estado que tem cassinos, quando abre novos, há um efeito de canibalização. O Estado não passa a ter mais renda só porque um novo cassino se instala. O jogador faz uma substituição, ele tem uma renda para gastar e em geral tiram de outros jogos e despesas como shows e restaurantes. Alguns, como o jogador compulsivo, tiram de tudo, inclusive da comida.

Os defensores estimam que 15 a 20 bilhões de reais poderiam ser arrecadados pelo governo. Qual seria a estimativa real? Os números estão exagerados. É muito difícil de estimar porque não sabemos quanto a indústria vai gerar. As loterias federais arrecadam cerca de 15 bilhões de reais; as estaduais, 400 milhões de reais; e os jôqueis, 300 milhões de reais. Depois de pagos os prêmios, 15,7 bilhões de reais ficam para o governo, cerca de 107 reais *per capita* contando a população adulta. Existem outras estimativas de que os bingos ilegais ganham hoje 1,8 bilhões de reais; os cassinos ilegais, 3 bilhões de reais; e o jogo do bicho tem duas estimativas sem muito fundamento, uma baixa, de 1,3 bilhões de reais, e uma alta, de 2,8 bilhões de reais por ano. Ou seja, o dinheiro recebido pelos contraventores ficaria entre 6,1 e 7,6 bilhões de reais ao ano. As pessoas perdem para o jogo 23,3 bilhões de reais por ano, isso representa 0,4% da renda nacional. Alguns operadores dizem que, se tudo fosse legalizado, chegaria a 1% do PIB, mas também não existe um número real. O que eles têm dito é que no Brasil todas as formas de jogo chegariam a 50 bilhões de reais. Temos que ver se de fato chegaria e como seria a taxação. Para o governo continuar a receber o que ele recebe hoje das loterias, teria que taxar acima de 30%.

Não aceitarei ficar no “E daí?” Não sou o dono da verdade, mas continuarei lutando em nome dela. #



**PAULO FERNANDO MELO DA COSTA** é Advogado, coordenador do Movimento Brasil sem Azar.

# A responsabilidade da empresa é objetiva em acidentes de trabalho de profissionais em atividade de risco

POR JOÃO BADARI

“Ressalto que o recurso que estava em discussão no STF tem repercussão geral, ou seja, vale para outros casos igual, mas a tese ainda não foi fixada pela Corte Superior isso porque não houve consenso entre os ministros sobre o alcance da responsabilidade objetiva, ou seja, se vale para qualquer tipo de empresa ou apenas para atividades de risco.”

O Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou, no último dia 5 de setembro, que empresas podem ser responsabilizadas de forma objetiva por acidentes de trabalho. Por 7 votos a 2, a maioria dos ministros da Corte Superior entendeu que o trabalhador em atividade de risco tem direito a inden-



zação civil, independentemente da comprovação de culpa da empresa na Justiça. Ou seja, se o trabalhador sofre um acidente de trabalho, a empresa é responsável por reparar a ele o dano que sofreu, independente dele ter culpa.

Para o relator do processo, ministro Alexandre de Moraes, a regra é responsabilização subjetiva, mas, excepcionalmente, a comprovação da culpa direta por parte da empresa em casos de atividades de risco, como transporte de inflamáveis, contato com explosivos e segurança patrimonial, pode ser reconhecida, de acordo com o Código Civil.

Embora seja previsto pela Constituição, em seu art. 7º, inciso XXVIII, a responsabilidade do empregador somente mediante dolo ou culpa, há previsão no Código Civil (art. 927, parágrafo único) de que “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”.

Em geral, a responsabilização ocorre de forma subjetiva, ou seja, deve ser provada no processo a culpa da empresa pelo acidente para que a Justiça determine que o empregado receba uma indenização em dinheiro.

Na forma objetiva, a reparação de danos ocorre praticamente de forma automática, sem comprovação de culpa direta do empregador. Portanto, o trabalhador terá direito a indenização se sofrer qualquer acidente em seu local de trabalho independente de culpa do empregador, desde que a atividade exercida pela empresa seja de risco.

Em particular, o caso julgado no Supremo foi relativo a um vigilante de uma empresa de transporte de valores que passou a sofrer de problemas psicológicos após ser assaltado enquanto carregava o carro-forte com malotes de dinheiro. A sentença de primeira instância garantiu ao vigilante direito de receber uma indenização mensal pelas perturbações causadas pelo assalto.

O ministro relator sugeriu a seguinte tese: “O art. 927 do Código Civil é compatível com o art. 7º, inciso 28 da Constituição, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho nos casos previstos em lei ou quando as atividades por lei apresentarem risco potencial”.

Ministros que divergiram da tese, como Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, entendem que o Código Civil não faz diferenciação entre atividades de risco e atividades comuns.

Ressalto que o recurso que estava em discussão no STF tem repercussão geral, ou seja, vale para outros casos igual, mas a tese ainda não foi fixada pela Corte Superior isso porque não houve consenso entre os ministros sobre o alcance da responsabilidade objetiva, ou seja, se vale para qualquer tipo de empresa ou apenas para atividades de risco. Dois ministros estavam ausentes e, por causa disso, o plenário resolveu esperar o quórum completo para concluir o julgamento e fixar a tese. Portanto, a tese ainda será fixada e os casos análogos deverão ser decididos pela responsabilidade objetiva em casos de acidentes de trabalho de empregados em atividades de risco. 



**JOÃO BADARI** é advogado e sócio do escritório Aith, Badari e Luchin Advogados.

por EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“Se o objetivo for proporcionar condições para que o cérebro possa ordenar com autonomia os movimentos de um corpo paralisado há muito tempo, com total e integral domínio físico e mental do homem, provocando seu verdadeiro renascimento, não há qualquer dúvida que o experimento alcançará seu objetivo e se transformará num dos grandes benefícios para a humanidade.”**

**A**ldous Huxley, ao publicar em 1932 seu romance “O Admirável Mundo Novo”, para muitos uma obra de ficção justamente porque o autor antevia a manipulação genética e a conseqüente reprodução laboratorial das pessoas, abriu o caminho para que muitos avanços científicos ligados à pessoa humana pudessem prosperar. A biotecnologia, num crescente contínuo, foi atingindo conquistas até então inesperadas. Pode-se até dizer que o progresso científico, após dominar determinada tecnologia, amplia-a para atingir novos patamares e, assim, incessantemente, vai galgando e explorando outros rumos para a humanidade.

O presidente executivo da empresa Tesla e da Space X, Elon Musk, lançou interessante desafio consistente em desenvolver implantes cerebrais com a finalidade de permitir a comunicação entre o humano e a máquina. Tal procedimento visa possibilitar que as pessoas portadoras de severos distúrbios neurológicos possam receber impulsos com a finalidade de restaurar as funções motoras e sensoriais, podendo até mesmo recuperar a visão de um cego. Deixou a entender também que, pelas projeções do mundo cibernético, existe o temor de que os seres humanos possam ser ultrapassados pela inteligência artificial.<sup>1</sup>

Proposta audaciosa e instigante. Principalmente em saber que o homem está próximo de dominar uma nova tecnologia e implantá-la no cérebro de outro homem que padece de graves distúrbios neurológicos.

A primeira indagação que vem à mente, ligada diretamente à antropologia filosófica, seria se essa invasão da máquina não iria deturpar a natureza humana, compreendendo aqui tudo aquilo que seja fundamental e inerente à pessoa, como, por exemplo, sua volição, sua consciência e sua razão, enfim, seria uma continuação do mesmo eu ou seria a derivação da inteligência artificial?

Pergunta e resposta na mesma linha foram feitas por Damásio: “Saber como o cérebro funciona tem alguma importância para o modo como vivemos nossa vida? A meu ver, importa muito, ainda mais se, além de sabermos quem atualmente somos, nos interessarmos pelo que podemos vir a ser”.<sup>2</sup>

O dilema está posto e resta buscar um caminho que seja coerente e condizente com a condição humana. O Direito, ainda muito distante de tais indagações, cede espaço para que a Bioética, ciência mais indicada para o aval inicial pela sua inter, multi e transdisciplinaridade – vez que se dedica a perscrutar os avanços científicos e ordená-los pelos critérios de necessidade, oportunidade e conveniência para saber se advirão benefícios para o homem – ainda não tem uma manifestação categórica a respeito. Apesar ainda de se apresentar como jovem no ramo das ciências, a Bioética lida diretamente com a vida humana e tem como norte a evolução biotecnológica e de seus aparatos em confronto permanente com o princípio da dignidade humana, lastreado na Constituição Federal.

Trata-se, no caso apresentado, ainda de um estudo inicial e que deverá passar pelo crivo do FDA (Food and Drug Administration), agência reguladora dos Estados Unidos. Mas, até antecipando futura avaliação, pode-se dizer que um dos fatores que irão conduzir o pensamento da agência volta-se para o princípio bioético da beneficência, compreendendo aqui os dividendos de saúde e qualidade de vida que poderão resultar de tamanha iniciativa.

Se o objetivo for proporcionar condições para que o cérebro possa ordenar com autonomia os movimentos de um corpo paralisado há muito tempo, com total e integral domínio físico e mental do homem, provocando seu verdadeiro renascimento, não há qualquer dúvida que o experimento alcançará seu objetivo e se transformará num dos grandes benefícios para a humanidade.

Porém, se refletir exclusivamente a atividade elétrica do comando digital da inteligência artificial, a máquina invadirá o corpo humano e nele modulará seu *habitat* de acordo com a performance de sua programação. E, no mesmo campo ficcional, será difícil perquirir qualquer responsabilidade da pessoa que, na realidade, age sob o comando de estímulos programados pela inteligência artificial. Por isso, talvez, seja chamada de artificial.

Deixa de existir o homem e passa a imperar a máquina. É a preocupação da humanidade. 📄

---

## NOTAS

- 1 <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/07/elon-musk-quer-simbiose-entre-homem-e-tecnologia-com-implante-cerebral.shtml>
- 2 Damásio, Antonio R. E o cérebro criou o Homem. Tradução Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 47.



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é Promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, pós-Doutorado em Ciências da Saúde, Reitor da Unorp, Advogado.

## O problema das demandas massificadas frente a uma Justiça Artesanal

“O grande desafio proposto é modernizar o atual pensamento vigente. Na medida em que for prestado um serviço igualitário às partes de causas repetitivas, o corolário será a celeridade aos litigantes de causas inéditas e únicas.”



POR REIS FRIEDE

**H**oje, é possível constatar o crescente aumento do número de processos judiciais. Uma massa litigiosa que encontra, ao mesmo passo que estreita, um gargalo de difícil desobstrução na justiça brasileira, não obstante ter havido um considerável esforço legislativo e judiciário a fim de agilizar os trâmites processuais. Contudo, as louváveis iniciativas ainda não atingiram o cerne do problema.

Mesmo o desenvolvimento da tecnologia, que deveria agilizar esses trâmites, esbarra na evolução das relações socioeconômicas, que propiciaram um aumento irrazoável das demandas processuais. De um lado, com o maior acesso à informação e a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o cidadão médio passou a ter mais consciência

de seus direitos. De outro, determinada parcela de advogados percebeu a possibilidade de artificializar ou repetir demandas (com ligeiras sutilezas pseudodiferenciadoras), criando para si um verdadeiro mercado, amplo, constante e lucrativo.

Um desses caminhos foi aberto ou facilitado a partir da transmutação de determinados serviços públicos em concessões e tirado proveito pela ineficaz atuação das agências regulamentadoras. Por exemplo, a telefonia e a energia elétrica, antes monopólios do Estado, foram privatizadas. Isto propiciou a universalização dos sistemas, que passaram a alcançar quase toda a população. Com isso, ampliou-se a relação entre o consumidor e o fornecedor, agravando e evidenciando a hipossuficiência do primeiro.

No entanto, esse fato veio “apenas” a se somar ao, talvez, maior responsável por esse processo de massificação judicial, que é o próprio Estado brasileiro. Com sua lastimável (quando existente) prestação de serviços públicos; sua ânsia arrecadatória e legiferante inconstitucional; seus planos econômicos fracassados; suas protelações processuais, seus procedimentos para não honrar precatórios. Enfim, um Estado que não serve ao cidadão, mas que apenas se serve dele.

Contudo, não se pode atribuir a situação a que chegamos unicamente ao aumento do número dos feitos judiciais. O sistema processual (principal origem do problema) ainda é, excessivo e desnecessariamente, burocrático e a atuação do Poder Judiciário continua arcaica, sobretudo em sua gestão administrativa, morosa e superfaturada. Temos, em verdadeiro contrassenso, o Judiciário mais caro do mundo, ao mesmo tempo em que dos mais ineficientes.

Em se tratando de causas repetitivas, a Justiça realizada de forma artesanal chegou ao limite. Por isso, é fundamental que, não apenas o Poder Judiciário, como também o estudo do Direito, se combine com as demais ciências, a fim de que possa se adequar aos novos tempos.

Não se trata de engessar a Magistratura, comprometendo a livre convicção racional. Entretanto, é preciso ter em mente que não se pode dar soluções de varejo a problemas de atacado. O grande desafio proposto é modernizar o atual pensamento vigente. Na medida em que for prestado um serviço igualitário às partes de causas repetitivas, o corolário será a celeridade aos litigantes de causas inéditas e únicas.

Devemos pensar em mecanismos que elevem o padrão e a qualidade dos serviços prestados pelo Judiciário, porém observando os custos envolvidos e medindo a produtividade gerada. Ou seja, evoluirmos de uma justiça artesanal para uma justiça gerencial, na qual todos os operadores do direito (magistrados, promotores, servidores, advogados) concorram para a melhoria da prestação jurisdicional.

Cabe lembrar que, quase sempre, as próprias partes se aproveitam do formalismo jurídico para protelar desnecessariamente o feito. Ao magistrado cabe detectar, intervir, coibir e, eventualmente, até mesmo punir estes abusos. Não se pode retirar do magistrado a ampla possibilidade (criativa) de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo, sob pena de, em curto espaço de tempo, inviabilizarmos a própria prestação jurídica, tão necessária e reclamada pelo povo brasileiro. 📌

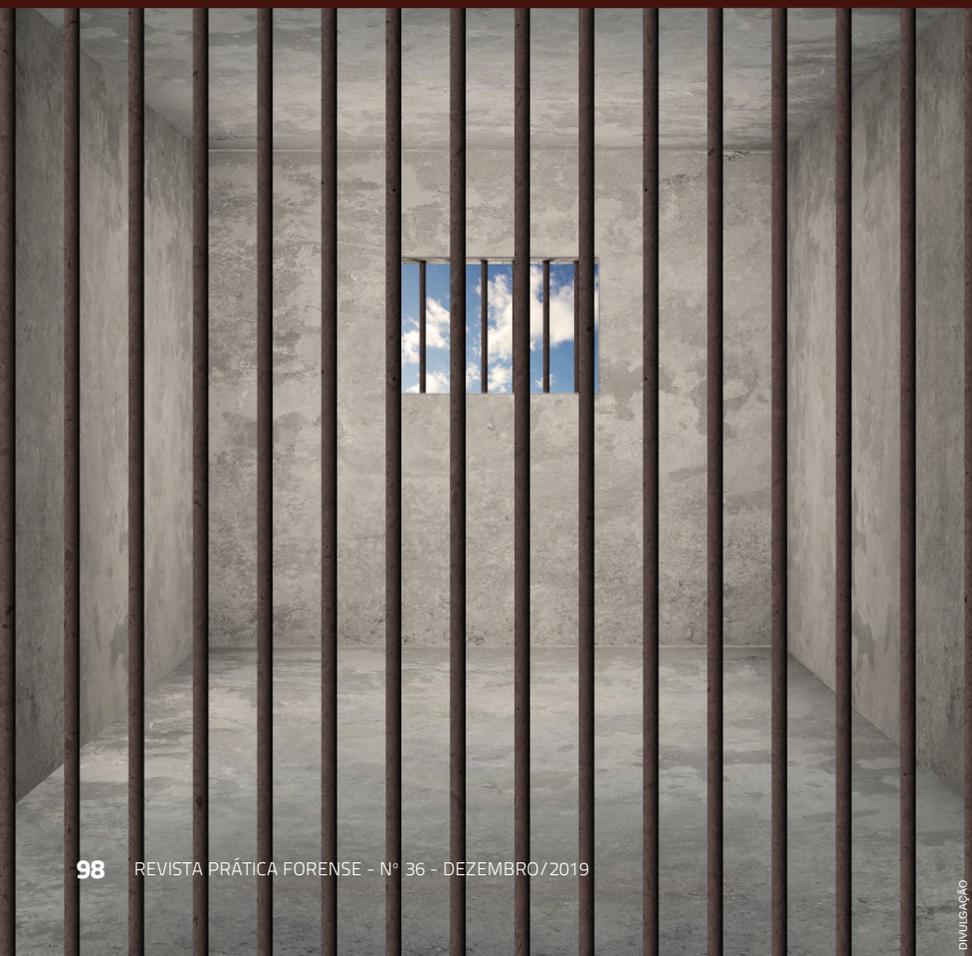


**REIS FRIEDE** é Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

# Nota sobre prisão preventiva à luz da Lei do Pacote Anticrime

por CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

“Desde sua vigência em 1942 o CPP adotava a sistemática de que todas as hipóteses de prisão preventiva, presente o indício suficiente de autoria e a prova do crime, eram geradoras de absoluto e automático estado de perigo ao processo. O Pacote Anticrime – bem ou mal – veio abolir essa presunção, ilidida pelo novo requisito legal do “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.”



**A** Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, a chamada Lei do Pacote Anticrime, introduziu uma grande modificação na questão dos requisitos para a decretação da prisão preventiva no processo penal brasileiro.

Vejam os a inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019, ao alterar a redação do Art. 312 do Código de Processo Penal:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

Como se vê, as quatro hipóteses para a decretação da prisão preventiva permaneceram inalteradas: (1) garantia da ordem pública, (2) da ordem econômica, (3) por conveniência da instrução criminal ou (4) para assegurar a aplicação da lei penal. Entretanto, para a decretação da prisão preventiva o Pacote Anticrime, além da (1) prova da existência do crime e do (2) indício suficiente de autoria, traz mais um requisito obrigatório, qual seja, o (3) perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

A modificação introduzida pela Lei nº 13.964/2019 à redação do Art. 312 do CPP é substancial, inédita mesmo em nosso ordenamento processual penal tradicional. O novo diploma legal será um verdadeiro divisor de águas em tema de prisão preventiva na doutrina e jurisprudência doméstica.

Antes do advento da Lei nº 13.964/2019, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, todas as hipóteses de decretação da prisão preventiva – (1) garantia da ordem pública, (2) da ordem econômica, (3) conveniência da instrução criminal ou (4) se assegurar a aplicação da lei penal – eram objetivamente tidas como caracterizadores de um estado automático e presumido de perigo, de risco, para o processo, para o Estado ou para a sociedade.

A partir da nova lei do Pacote Anticrime, a decretação da prisão preventiva passará a exigir uma fundamentação muito maior e complexa. A demonstração do requisito da prova do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado retira por completo o caráter de estado automático e presumido de perigo ou de risco para o processo gerado apenas pela presença das tradicionais quatro hipóteses da decretação da prisão preventiva.

Senão, vejamos alguns exemplos já à luz da nova Lei nº 13.964/2019.

No caso de decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública vejamos as seguintes hipóteses: o acusado continua a invadir domicílio alheio para furtar algumas goiabas no quintal do vizinho, o agressor descumprir medida protetiva dirigindo-se à escola do filho e outro insiste em vilipendiar cadáver. Antes da Lei nº 13.964/2019, caracterizado nos três exemplos a hipótese de reiteração criminosa, poderia o juiz decretar a prisão preventiva de quaisquer dos acusados para garantia da ordem pública.

Agora, nos exemplos, deverá o juiz em sua decisão, fundamentadamente, discorrer a respeito do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado decorrente do novo furto de algumas goiabas, do descumprimento da medida protetiva dirigindo-se à escola do filho e do novo vilipêndio ao cadáver.

A definição de “perigo” não é plasma, nem fluida. Perigo é perigo! Ponto final. Não se pode confundir a nova lei do Pacote Anticrime com Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa! Perigo consiste numa situação em que está ameaçada a existência de uma pessoa ou de uma coisa.

O sujeito novamente furtou os doces invadindo quintal alheio para terminar a receita de seu doce caseiro, o pai descumpriu medida protetiva para entregar o presente de Natal de seu filho menor e o outro insiste em perturbar o cadáver de seu parente desafeto.

Nestes exemplos, onde está a situação de perigo? Em nenhuma dessas hipóteses a nova Lei nº 13.964/2019 permitirá a decretação da prisão preventiva do acusado, mesmo insistindo este na reiteração criminosa. A invasão de quintal com o furto de goiabas, o atropelo da medida protetiva para um presente chegar às mãos de filho e o vilipêndio à alma do morto não caracterizam a situação de perigo.

A nova Lei nº 13.964/2019 rompe uma tradição de 77 anos! O legislador de 1941 acreditava que todas as hipóteses do Art. 312, uma vez presentes, eram bastante e suficientes para caracterizar o estado de perigo, autorizando a prisão do acusado.

No caso de decretação da prisão preventiva para se assegurar a aplicação da lei penal serão (muito!) mais sentidos os efeitos da modificação trazida pelo Pacote Anticrime. Tomemos como exemplo o agressor que comete feminicídio (mata a esposa) e foge para outro Estado bem distante. Neste novo domicílio o agressor, dando nome falso, passa a viver anos do cultivo da terra e constituindo nova família, não volta a delinquir. Anos depois, o Ministério Público descobre o seu paradeiro e, assim, requer sua prisão preventiva para se assegurar a aplicação da lei penal.

E a prova do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, associada à garantia da aplicação da lei penal, como agora exige a Lei nº 13.964/2019?

Neste exemplo dado, não há estado de perigo. A vítima está morta, o acusado agora vive do cultivo da terra e constituiu nova família, não voltou a delinquir. Não poderá o juiz olvidar o novo requisito do Pacote Anticrime, o estado de perigo. Não há mais presunção automática de estado de perigo gerado apenas pela prova da existência do crime e indício suficiente de autoria associada à fuga do acusado.

E o Pacote Anticrime ainda foi além, muito além:

“Art. 312 ...

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

“Art. 313 ...

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.

“Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

A situação de perigo ocasionada pela liberdade do acusado, assim, deverá ser calcada em fatos novos e contemporâneos. Não demonstrada na decisão que decreta a prisão preventiva os fatos novos e contemporâneos que ensejariam o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado a decisão será considerada omissa, ensejando a oposição de embargos de declaração.

O mesmo raciocínio se aplica às hipóteses de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica e por conveniência da instrução criminal. Deverá ser demonstrado o estado de perigo gerado pela liberdade do acusado, através de fatos novos e contemporâneos.

A prisão preventiva de determinado acusado visando a recomposição de valores vultosos ou do patrimônio de entidade previdenciária, a magnitude da lesão causada no mercado financeiro, apartado de fatos novos e contemporâneos caracterizadores de uma situação de perigo atual gerada pela liberdade do acusado, encontraria guarida à luz da Lei nº 13.964/2019?

Talvez a hipótese de decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal seja a menos sensível à modificação introduzida pela Lei nº 13.964/2019. Toda ameaça à integridade de uma testemunha, sem dúvida, caracteriza caso de estado de perigo. Entretanto, essa ameaça deverá ser enfrentada em confronto com fatos novos e contemporâneos.

Desde sua vigência em 1942 o CPP adotava a sistemática de que todas as hipóteses de prisão preventiva, presente o indício suficiente de autoria e a prova do crime, eram geradoras de absoluto e automático estado de perigo ao processo. O Pacote Anticrime – bem ou mal – veio abolir essa presunção, ilidida pelo novo requisito legal do “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. 📄



**CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL** é Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

# O comprimento da saia de uma advogada pode impedi-la de exercer sua profissão?

POR ADRIANA FILIZZOLA D'URSO

**Q**uando eu era pequena, minha avó materna, que estudou em colégio interno de freiras na década de 50, me contava muitas histórias daquela época. Dentre estas histórias, ela relatava que a madre superiora inspecionava o uniforme das meninas e media com régua a saia das alunas. Graças à evolução social, este condenável comportamento parecia já ter sido abandonado há muitos anos, mas a cruel realidade vem para nos mostrar o contrário.

Em pleno ano 2019 (quase 2020), é estarrecedor receber a notícia de que a juíza diretora do Fórum de Iguaba Grande, no Rio de Janeiro, estaria impedindo a entrada, no Fórum, de advogadas cujas saias estivessem mais de cinco centímetros acima do Joelho. Segundo noticiado, para controlar o padrão imposto por ela, a juíza teria colocado um aviso estabelecendo o tamanho da saia permitido para o ingresso naquele órgão público, além de ter autorizado os seguranças a medirem as roupas das advogadas com régua.

Por óbvio que a atitude da magistrada causou indignação e provocou diversas providências por parte das entidades, dentre elas a Seccional carioca da Ordem dos Advogados do Brasil, que protocolou uma representação disciplinar contra a juíza diretora na Corregedoria do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Antes desta medida, a OAB/RJ já havia, por diversas vezes, tentado dialogar com a juíza, que teria chamado de “piriquetes” as advogadas que frequentam o Fórum vestindo, o que a juíza considerava, para seu padrão, saias curtas.

Este comportamento, por si só, já seria condenável, mas a situação se agrava quando uma juíza, que se espera ser uma pessoa preparada para julgar o próximo, tolerante, demonstra atitude de verdadeira discriminação, preconceito e intolerância. Ao final, tudo se agrava ainda mais e chama tanto a atenção pelo fato de que isto tudo partiu de uma mulher, que deveria respeitar suas colegas mulheres.

Diante desta postura extremamente machista, pergunta-se, ainda, se a magistrada em questão, enquanto diretora de um Fórum, não teria muito mais com que se preocupar, além da irrelevante medida da saia das advogadas.

Não é razoável e nem aceitável que uma autoridade se preocupe com centímetros da saia das advogadas que ingressam em um órgão público, para exercer sua atividade profissional. O comportamento machista e antiquado da servidora pública não agrega em nada, ao contrário, apenas demonstra discriminação e impede o exercício profissional das advogadas.

No Brasil, atualmente, não podemos admitir este tipo de falta de bom senso, com uma postura tão atrasada e desrespeitosa, que traz em si um forte perfume de abuso de autoridade. 🚫



ARQUIVO PESSOAL

**ADRIANA FILIZZOLA D'URSO** é Advogada criminalista, mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha), pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal), estudou Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Universidade Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha), Diretora da Comissão Brasileira das Advogadas Criminalistas da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), Membro da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ) e do Instituto de Juristas Brasileiras (IJB).

MESMO QUE ELA TENHA SE OFERECIDO.  
MESMO QUE ELA ESTEJA PRECISANDO DO DINHEIRO.

#MENORNÃO

EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL É CRIME.  
É VERGONHOSO. É IMPERDOÁVEL. É NÃO.



BAIXE O APP



LIBERTA.ORG.BR



INSTITUTOLIBERTA



LIBERTAINSTITUTO



INSTITUTO DE PREVENÇÃO DA EXPLORAÇÃO  
SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES