

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1145

(Ano XV)

(08/04/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1145



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1145, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 229. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Da análise de um edital de contratação temporária
Benigno Núñez Novo, 08.

ARTIGOS

Gestão Tributária: O IPTU Progressivo Em Razão do Valor do Imóvel Como Instrumento da Política Tributária Municipal e o Princípio da Capacidade Econômica

Amanda Nicole Aguiar de Oliveira, 17.

A (in)constitucionalidade da determinação judicial para preenchimento de cargo de defensor público à luz da autonomia administrativa da Defensoria Pública

Aline Dayane Ribeiro da Luz, 37.

A utilização do serviço de inspeção municipal pela Administração Pública para o desenvolvimento local

Karita Carneiro Pereira, 44.

O sistema penal à luz do paradigma da criminologia crítica

Vivian Maraçat Anet Afonso, 55.

A efetiva ocorrência do adimplemento no decorrer da relação obrigacional regular e pós propositura de execução forçada

Carolina Tuoni Matias, 66.

Mutação constitucional: limites de um poder constituído

David Ramalho Herculano Bandeira, 84.

O mandado de segurança e seus efeitos jurídicos

Pedro Graziel Filgueira Peixoto, 100.

Impedimentos matrimoniais

Rodrigo Alves Zapparoli, 122.

Conciliabilidade da revisão geral anual de subsídio aos agentes políticos no âmbito municipal

Pedro Cesar Vieira Camillo, 131.

Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua, caso William Andrews vs. EUA, caso Roberto Moreno Ramos vs. EUA e os novos contornos de convencionalidade do processo penal brasileiro no que tange ao julgamento dos crimes contra à vida

Lucas Telles Assis, 140.

A interseção entre os casos Plácido de Sá Carvalho, Chinchilla Sandoval, Hernandez e a realidade do estado de coisas inconstitucional nos presídios da América Latina

Vivian Maraçat Anet Afonso, 161.

A Problemática Relação entre Loucura e Direito Penal – Contradições que ecoam no Direito Penal Brasileiro

Liz Vieira Machado, 177.

Responsabilidade civil por erro médico no exercício de sua profissão

Maristelli Brasil Oliveira Silva, 187.

O Ministério Público como curador especial (§ 1º, do art. 1.182, do CPC de 1973). Não receptividade pela Constituição Federal de 1988

Alexandre Cesar Fernandes Teixeira, 206.

As medidas de segurança no direito penal brasileiro

Liz Vieira Machado, 220.

DA ANÁLISE DE UM EDITAL DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.¹

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta dispor sobre a análise de um edital de contratação temporária de servidores públicos pelos órgãos de controle externo.

PALAVRAS-CHAVE: Análises; Contratações; Temporárias; Órgãos; Controle externo.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo brindar brevemente el análisis de un aviso público para la contratación temporal de servidores públicos por parte de los órganos de control externo.

PALABRAS CLAVE: Análisis; Contrataciones; Temporarias; Órganos; Control externo.

ABSTRACT: The objective of this article is to briefly provide for the analysis of a public notice for the temporary hiring of public servants by external control bodies.

KEYWORDS: Analyses; Hiring; Temporary; Organs; External control.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no art. 37, IX, estabeleceu que as contratações por tempo determinado são possíveis para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. As contratações temporárias na administração pública somente podem ocorrer nas expressas hipóteses previstas na lei inerente ao respectivo ente da federação, desde que realmente seja temporária a contratação, esteja presente o interesse público, e que a medida seja em caráter excepcional.

São aqueles contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX, da Constituição Federal; O regime a eles imposto é contratual, sem vínculo com cargo ou emprego público.

¹ E-mail: benignonovo@hotmail.com

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância da quantidade de editais de contratações temporárias de servidores públicos que ocorrem atualmente na União, Estados e Municípios e que é objeto da análise da legalidade pelo Tribunal de Contas da União e demais Tribunais de Contas Brasil afora.

DESENVOLVIMENTO

A contratação do servidor público temporário se dá mediante necessidade de atender demandas específicas de excepcional interesse público da União, Estados e Municípios.

A competência constitucional dos tribunais de contas, previsão legal: Art. 71, III da CF. Tomando-se como exemplo o Tribunal de Contas do Estado do Piauí que é o mais antigo Tribunal de Contas estadual do Brasil (Art. 86, III, a da Constituição do Estado do Piauí, Lei Orgânica do TCE/PI, Art. 2º, IV, Art. 104, II, Regimento Interno do TCE/PI, Art. 1º, IV, Art. 82, V, a, Art. 197, I, Art. 316, I, Art. 375, § 3º, Resolução TCE/PI nº 23, de 06 de outubro de 2016).

Crerios a serem observados quando da análise de uma contratação temporária por Órgão de Controle Externo:

1. DA NECESSIDADE DE LEI REGULAMENTADORA PARA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA.

É uma exigência constitucional, cada ente edite a lei local que regulamente a contratação temporária com a obrigação de estipular prazos específicos e determinados para as contratações temporárias, atendendo aos Princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e da Moralidade.

Inaplicabilidade de outra legislação ao ente, os municípios não podem realizar contratos temporários com base nas leis regulamentadoras da União, Estados ou do Distrito Federal, muito menos o Estado se valer de hipóteses de excepcionalidade previstas em legislações de outros entes federativos.

Previsão explícita das hipóteses excepcionais autorizadas da contratação temporária na lei local regulamentadora. É vedada hipóteses abrangentes e genéricas (STF: ADI 3116 e 2125).

2. CUMPRIMENTO DOS ARTIGOS 19, 20, INCISO II E 21 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/00 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL).

Pronunciamento do órgão de controle interno sobre a existência de recursos orçamentários, autorização na LDO (art. 169, §1º, I e II da CF), salvo se decorrente de convênio, bem como do cumprimento dos artigos 19,20, inciso II e 21 da Lei Complementar nº 101/00.

A prestação de serviços públicos exige um grande número de servidores, de modo que a despesa com o pagamento desses servidores é, quase sempre, a maior parcela de gastos dos entes federativos.

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I – União: 50% (cinquenta por cento); II – **Estados: 60% (sessenta por cento)**; III – Municípios: 60% (sessenta por cento).

No que diz respeito ao limite de gasto com pessoal nos municípios, o percentual é de 60%, quando **54% é o relativo de gastos com pessoal do executivo municipal, e 6% é de gastos com pessoal do legislativo.**

Ultrapassado o teto efetivo de gastos com pessoal (54%), então o município terá 8 meses para corrigir os excessos e, para isso, a LRF previa que, dentre as atitudes a serem tomadas, seria possível, segundo o artigo 23, §§ 10 e 20, **a redução de valores de cargos e funções, bem como redução temporária de jornada de trabalho e a consequente redução dos vencimentos.**

Observar a flexibilização da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) pelo **art. 15, da Lei Complementar nº 178/2021:**

“Art. 15. O Poder ou órgão cuja despesa total com pessoal ao término do exercício financeiro da publicação desta Lei Complementar estiver acima de seu respectivo limite estabelecido no art. 20 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, deverá eliminar o excesso à razão de, pelo menos, 10% (dez por cento) a cada exercício a partir de 2023, por meio da adoção, entre outras, das medidas previstas nos arts. 22 e 23 daquela Lei Complementar, de forma a se enquadrar no respectivo limite até o término do exercício de 2032”.

3. CRITÉRIOS MÍNIMOS CONSTANTES EM UM PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO.

Edital público (publicação em Diário Oficial com ampla divulgação); **período de inscrições de pelos menos 7 (sete) dias; prazo de recursos de pelo menos 2 (dois) dias;** fixar no edital ou editais critérios objetivos e impessoais para a seleção dos interessados e

publicar o resultado, a homologação, e a classificação de cada candidato com a pontuação final obtida.

Da necessidade de constar no Edital as atribuições dos cargos para atender o art. 5º, I, "a", da Resolução do TCE/PI nº 23/2016.

TCE/PI disponibilizou Guia de Orientações sobre Contratações Temporárias que pode ser acessado na página: https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/02/SFAP_Cartilha_ContratacaoTemporaria.pdf

4. AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE, INDICANDO A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO QUE AFASTA A OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO, ATENDENDO AOS PARÂMETROS POSTOS NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA LOCAL.

O ato administrativo que desencadear o processo de contratação temporária deve conter, além de outros elementos, a justificativa da contratação. O gestor deve demonstrar que a situação concreta justifica a contratação temporária conforme hipótese prevista na legislação do município.

A simples indicação do dispositivo legal que ensejou a contratação temporária não é suficiente para justificar a celebração de contratos, devendo o gestor complementar no ato do processo de contratação as razões que o levaram a selecionar pessoal sem concurso público.

Notem que há distinção entre justificar a contratação e indicar o dispositivo legal que a fundamentou. Enquanto a indicação do dispositivo legal evidencia que há legalidade (previsão legal) para os contratos, a justificativa (motivação) explica a situação fática que ensejou a contratação. A exposição dos motivos que enseje à contratação temporária, inclusive com fundamentação fática e jurídica comprobatória da necessidade excepcional de pessoal.

Por exemplo, se o gestor celebra contratos temporários para substituição de professores da rede de ensino, ele deve indicar quais foram os professores efetivos que se afastaram do cargo, justificando, assim, a celebração dos contratos.

O Tribunal de Contas do Estado do Piauí na DECISÃO Nº 147/2020 de 06 de fevereiro de 2020 à unanimidade decidiu que em futuros processos seletivos sejam observadas as disposições constitucionais aplicáveis à contratação por tempo determinado e, em especial, "No cadastro de processos seletivos, indiquem a necessidade temporária de excepcional interesse público, enviando o documento mencionado no art. 5º, I, da

Resolução nº 23/2016, observando que a comprovação da necessidade de contratação de professores substitutos deve ser feita com a apresentação da lista dos servidores efetivos afastados, com indicação do motivo e período do afastamento”.

Notem que há distinção entre justificar a contratação e indicar o dispositivo legal que a fundamentou. Enquanto a indicação do dispositivo legal evidencia que há legalidade (previsão legal) para os contratos, a justificativa (motivação) explica a situação fática que ensejou a contratação. A exposição dos motivos que enseje à contratação temporária, inclusive com fundamentação fática e jurídica comprobatória da necessidade excepcional de pessoal.

Não é possível contratação temporária para suprir atividades permanentes com funções de poder de polícia e fiscalizatórias, tendo em vista que desempenham funções tipicamente estatais, devendo ser realizadas por profissionais de carreira, devidamente aprovados em concurso público, nos termos da jurisprudência do TCE-PI (Vide Dec. Monocrática nº 476/2021-GWA, proferida no Processo TC/016429/2021, com publicação no DOE TCE/PI nº 201, em 25/10/2021, ratificada pela Decisão Plenária nº 1.081/2021).

Algumas atividades são inerentes ao exercício do poder de polícia do Estado e devem ser preenchidas por meio de concurso público, a exemplo das carreiras da administração tributária, fiscal de vigilância sanitária, guarda de trânsito, policial civil e militar, agentes ambientais, dentre outras. Nesses casos, a Constituição Federal não admite a contratação temporária.

Exemplos de casos em que são permitidas as contratações temporárias: afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustração dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

5. ATO DESIGNANDO A BANCA EXAMINADORA, QUANDO FOR O CASO, E DA COMISSÃO ORGANIZADORA, INDICANDO A PUBLICAÇÃO.

Necessária à publicação em Diário Oficial de portaria que cria a Comissão Organizadora do Processo Seletivo Público para acompanhar, supervisionar e fiscalizar: lançamento de edital, aplicação de provas, divulgação de resultado, assim como proceder outros atos legais, a portaria deve estar devidamente assinada pelo Gestor responsável. É recomendável que a mesma seja formada por servidores do quadro efetivo da entidade.

6. HIPÓTESES DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA E DA COMISSÃO ORGANIZADORA DO CONCURSO.

O edital deveria contemplar as causas e suspeições dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso, em respeito ao princípio da moralidade e isonomia, evitando a participação, na qualidade de candidato, de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau. Além de alicerçada nos referidos princípios constitucionais, a previsão tem supedâneo no art. 20 da Lei Nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e é aplicável de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria, nos termos da Súmula 633 do STJ.

7. DECLARAÇÃO ASSINADA PELO CHEFE DO PODER RESPECTIVO INFORMANDO SE HOUVE CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO CONTIDA NO ART.16, II, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL.

Declaração assinada pelo Chefe do Poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Outros critérios que devem ser observados:

DOS PRAZOS NAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

A Constituição Federal não delimita os prazos, delegando (implicitamente) as Leis Federal, Distrital, Estaduais e Municipais.

A Lei regulamentadora tem que definir os prazos máximos dos contratos temporários, considerando as hipóteses permissivas para contratação. É permitido possibilidades de prazos diferenciados, de acordo com as situações justificadoras da contratação temporária. Não existem regras ou critérios objetivos para fixação dos prazos, deve existir plena observância aos Princípios da razoabilidade e moralidade.

Proibição de prazos genéricos ou condicionados a evento futuro. Vedação de prazos demasiadamente longos, **regra geral 24 (vinte e quatro) meses**, excetuando-se os casos de características ou de natureza excepcionais.

Aspectos a serem considerados sobre os prazos na elaboração do projeto de lei: peculiaridades locais (porte econômico do município, área geográfica, número de habitantes, população urbana e rural, infraestrutura existente etc.); as situações de excepcional interesse público; ausência de candidato inscrito ou aprovado em concurso público e tempo previsto para que a necessidade temporária seja suprida.

PRORROGAÇÃO DO CONTRATO TEMPORÁRIO

A prorrogação é permitida **uma única vez e por igual período do contrato inicial** (STF: ADI 890). A Lei regulamentadora deve estipular período de carência para que o mesmo servidor possa ser contratado novamente. Evitar contratações sucessivas e perpétuas.

PRAZO DE CARÊNCIA ENTRE RECONTRATAÇÕES

Intervalo de tempo entre o final de vigência da contratação e o início de vigência do novo contrato; mesmo servidor e a função; previsão na lei regulamentadora mensurado conforme a finalidade e essencialidade das hipóteses de contratações temporárias e vedação válida independentemente se o servidor foi aprovado novamente em processo seletivo simplificado público.

EXCEÇÕES PERMISSIVAS DE RECONTRATAÇÃO SEM PERÍODO DE CARÊNCIA

Situações excepcionais e sob justificativas inquestionáveis; inexistência de outra solução para o caso; risco iminente ou a concreta descontinuidade de serviço público relevante ou indispensável para a população local. Todas as hipóteses acima citadas devem ser devidamente comprovadas pelo Gestor responsável. A constitucionalidade da vedação da recontratação (STF: RE 635.648).

AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E AGENTES DE COMBATE ÀS ENDEMIAS PODEM SER CONTRATADOS POR PROCESSO SELETIVO PÚBLICO

Os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias **podem ser contratados por meio de processo seletivo público.**

A Emenda Constitucional nº 51 de 14/02/2006.

Art. 198, § 4º da CF: Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

O Processo Seletivo Simplificado é ferramenta que permite o Gestor público atuar de **forma mais dinâmica e célere na escolha dos servidores contratados temporariamente.** Os critérios objetivos para a avaliação devem ter ampla publicidade e respeitando a isonomia e impessoalidade. Preferencialmente através de provas ou provas

e títulos (**não é permitida a contratação temporária tomando-se como critério entrevista**).

Excepcionalmente diante de situações urgentes (por exemplo: pandemias), onde ausente tempo para a realização de provas é possível a utilização de avaliação por análise curricular, desde que a forma de pontuação esteja definida de maneira objetiva e clara no edital e contemple a qualificação, experiência e habilidades específicas necessárias para o desempenho das atividades a serem realizadas.

QUANTITATIVO DE VAGAS E CADASTRO DE RESERVA

As vagas a serem preenchidas devem constar no Edital de abertura do Processo Seletivo Simplificado de maneira clara e específica; também é possível a realização de processo seletivo para cadastro de reserva, realizando a contratação temporária conforme surgir à necessidade durante o período do certame; referida medida mostra-se bastante eficaz para aqueles **cargos em que exista grande rotatividade**.

MOMENTO DE VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

Não existem dúvidas que se deve aferir o cumprimento dos requisitos constitucionais do art. 37, IX da CF **no momento em que ocorrer a contratação temporária** e não na abertura do processo seletivo simplificado.

VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO

Compete a Lei regulamentadora estipular os **prazos de validade e da possibilidade de prorrogação dos processos seletivos simplificados**, utilizando-se, por analogia, o prazo máximo previsto para os concursos públicos art. 37, III da CF.

CONCLUSÃO

De acordo com o STF, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: os casos excepcionais estejam previstos em lei; o prazo de contratação seja predeterminado; a necessidade seja temporária; o interesse público seja excepcional; e a contratação seja indispensável, sendo proibida para os serviços ordinários permanentes.

O entendimento do STF de que o caráter transitório das contratações por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público não se combina com o caráter permanente da prestação de serviços essenciais à população, como saúde, educação e segurança pública.

Portanto, deve ser uma contratação temporária para suprir uma necessidade urgente até ocorrer à substituição por profissional concursado (se tiver necessidade). Por isso, é comum ter essas contratações nas áreas da educação e saúde.

Referências

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de mar. de 2023.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: < <http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>>. Acesso em: 16 de mar. de 2023.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 16 de mar. de 2023.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/>>. Acesso em: 16 de mar. de 2023.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 16 de mar. de 2023.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf>. Acesso em: 16 de mar. de 2023.

TCE/PI. **Resolução nº 23/2016, de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre o envio e acesso a informações necessárias e estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-23-16-Com-altera%C3%A7%C3%B5es-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-33-2016.pdf>>. Acesso em: 16 de mar. de 2023.

GESTÃO TRIBUTÁRIA: O IPTU PROGRESSIVO EM RAZÃO DO VALOR DO IMÓVEL COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA TRIBUTÁRIA MUNICIPAL E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE ECONÔMICA

AMANDA NICOLE AGUIAR DE OLIVEIRA:

Advogada OAB/AM 16.807, especialista em Direito Civil e Direito Notarial e Registral, MBA em Gestão de Políticas Públicas Municipais e Finanças e Política Fiscal.²

Resumo: Gerenciar um município é uma responsabilidade que deve ser pensada sob diversas óticas, inclusive a tributária, pois o dinheiro arrecadado precisa retornar como financiamento das necessidades dos contribuintes locais, afinal eles são os primeiros a visualizar a sua aplicação. Pensar na Política Tributária Municipal é visualizar através da gestão instrumentos que sejam compatíveis com esse objetivo, que permitam um equilíbrio entre a carga tributária municipal e os contribuintes, os anseios da sociedade e administrar os gastos públicos. Assim, este trabalho visa demonstrar através de levantamento bibliográfico e a pesquisa de natureza qualitativa como o IPTU progressivo em razão do valor do imóvel pode ser um instrumento de aplicação da política tributária municipal em conjunto com uma gestão tributária capaz de equilibrar os setores econômicos e apresentar como essa espécie de tributo está ligada ao princípio da capacidade econômica. Obteve-se como resultado que o IPTU progressivo em razão do valor do imóvel é o imposto que financia os programas de governo devido a sua forma desvinculada de órgãos e é utilizado como instrumento de combate a desigualdade entre contribuintes, tributando com maiores alíquotas aqueles que têm condição de pagar valores mais altos e os não podem pagam conforme sua capacidade contributiva.

Palavras- Chave: Gestão; Tributo; IPTU; Capacidade Econômica; Municípios.

Abstract: Managing a municipality is a responsibility that must be thought of from different perspectives, including tax, as the money collected needs to return to finance the needs of local taxpayers, after all they are the first to visualize its application. Thinking about the Municipal Tax Policy is to visualize, through management, instruments that are compatible with this objective, that allow a balance between the municipal tax burden and the taxpayers, the aspirations of society and manage public expenses. Thus, this work aims to demonstrate, through bibliographical survey and research of a qualitative nature, how the progressive IPTU due to the value of the property can be an instrument of application of the municipal tax policy in conjunction with a tax management capable of balancing the

² E-mail: Amanda.nicoleaguiar@outlook.com.

economic sectors and presenting how this kind of tribute is linked to the principle of economic capacity. As a result, the progressive IPTU based on the value of the property is the tax that finances government programs due to its independent form and is used as an instrument to combat inequality between taxpayers, taxing those who have higher rates with higher rates. condition to pay higher amounts and those who cannot pay according to their contributory capacity.

Keywords: Management; Tribute; IPTU; Economic Capacity; Counties.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Gestão Tributária E A Política Tributária Aplicadas Aos Municípios. 2. Imposto Predial E Territorial Urbano: Conceituação, Progressividade E Aspectos Atualizados. 3. Imposto Predial E Territorial Urbano: Conceituação, Progressividade E Aspectos Atualizados.

Introdução

Os municípios são entes federativos com características próprias. É através dos municípios que o Estado – enquanto figura garantidora do efetivo cumprimento de direitos contidos na Constituição Federal - pode executar uma série de benefícios para a população e esta, por sua vez, pode ver na prática essa realização, pois é através da sociedade local residente nos municípios que o brasileiro consegue ser alvo das políticas públicas e direitos.

A gestão tributária deve se pautar na busca de melhoria de vida a sociedade local, criando estratégias e coordenando uma política tributária municipal que condiga com a realidade, permitindo que haja igualdade real entre os moradores, garantindo o acesso a seus direitos e custeando os gastos que a administração municipal exige, conforme preconiza os fundamentos em que nascem o Estado Democrático de Direito na sociedade brasileira. Assim, o município precisa de instrumentos jurídicos que possam contribuir com igualdade entre os contribuintes e o financiamento das necessidades públicas local.

Diante disso, destaca-se o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU - por ser um tributo municipal como instrumento de efetivação da política tributária municipal, principalmente quando analisado com sua progressividade em razão do valor do imóvel o que nos permite ponderar sobre o princípio da capacidade econômica. Neste sentido, indaga-se: como se dá gestão tributária nos Municípios brasileiros com a utilização dos instrumentos da política tributária como o IPTU progressivo em razão do valor do imóvel em cotejo ao princípio da capacidade econômica?

Para tal, este estudo possui como objetivo geral analisar o Imposto Predial e Territorial Urbano, na sua modalidade progressiva em razão do imóvel, como instrumento da Política Tributária Municipal sob a ótica do princípio da capacidade econômica. Possui,

ainda, como objetivos específicos: Conhecer a gestão tributária e a política tributária aplicadas aos Municípios brasileiros; Compreender as nuances do Imposto Predial e Territorial Urbano por meio de estudos doutrinários relevantes e Analisar como o Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo em razão do valor do imóvel como instrumento da política tributária municipal e o princípio da capacidade econômica.

Foi-se utilizada à metodologia de natureza qualitativa, por meio do uso de levantamento de dados disponíveis, doutrinas e estudos acerca do tema tendo como base a revisão da literatura cujo objetivo é buscar respostas para o problema levantado. Com os resultados obtidos, realizou-se uma comparação de dados em sincronia com os objetivos gerais e específicos já estipulados juntamente com a hipótese definida.

Este estudo, por meio do aporte teórico que o fundamenta, persegue a hipótese de que o Imposto sobre propriedade Predial e Territorial Urbano é um instrumento efetivo dos objetivos da política tributária aos Municípios, servindo em sua progressividade em razão do valor do imóvel como meio de igualdade entre os contribuintes colaborando com o princípio da capacidade econômica e os fundamentos elencados na Constituição Federal de 1988, precisamente em seu artigo 1º.

Assim, este estudo possui três seções intituladas com os seguintes títulos: 1. A gestão tributária e a política tributária aplicadas aos Municípios; 2. O imposto predial e territorial urbano: conceituação, espécies e aspectos atualizados e 3. O imposto predial e territorial urbano progressivo em razão do valor do imóvel como instrumento da política tributária municipal e o princípio da capacidade econômica.

Na primeira seção deste estudo, conheceu-se o que venha a ser a gestão tributária e a política tributária aplica aos Municípios brasileiros, por meio de uma abordagem clara e objetiva e com o uso de doutrinas jurídicas que fundamentem o estudo, demonstrando a importância do uso da política tributária para a gestão executiva municipal. Além disso, demonstrou-se as peculiaridades quanto a competência dos Municípios, por meio da explicação do tipo da federação instituído pela Constituição Federal.

Por sua vez, na segunda seção, compreendeu-se o Imposto Predial e Territorial Urbano, por meio do conhecimento da sua conceituação, apresentação de suas espécies e seus aspectos atualizados quanto ao entendimento de tribunais, com a abordagem objetiva e escrita fluída, apresentando como esse imposto está presente no ordenamento jurídico nacional como imposto na organização tributária municipal.

Na terceira seção, analisou-se o Imposto sobre propriedade Predial e Territorial Urbano, na sua modalidade progressiva em razão do valor do imóvel como instrumento da política tributária municipal e a sua aplicação com o princípio da capacidade econômica,

demonstrando seus impactos jurídicos e sociais quanto aos contribuintes, por meio do uso da escrita objetiva e fundamentada em doutrinas jurídicas.

Por fim, confirmou-se a hipótese perseguida de que o Imposto sobre propriedade Predial e Territorial Urbano é um instrumento efetivo dos objetivos da política tributária aos Municípios, servindo em sua progressividade em razão do valor do imóvel como meio de igualdade entre os contribuintes colaborando com o princípio da capacidade econômica e os fundamentos elencados na Constituição Federal de 1988, precisamente em seu artigo 1º, apresentando respostas ao problema levantado.

1. A Gestão Tributária E A Política Tributária Aplicadas Aos Municípios

Os Municípios, para o Direito Tributário, possuem capacidade tributária autônoma conferida pela Constituição Federal de 1988. O legislador constituinte analisou os Municípios como entes federativos dotados de autonomia e organização própria, sendo este capaz de gerir seus próprios conflitos e reger a harmonia de aplicação de recursos no que lhes cabem, permitindo-lhes a capacidade de arrecadação individual dos estados.

Diante disso, conforme tal importância conferida pela Constituição Federal, gerir as finanças municipais passou a ser uma tarefa que não visa apenas à arrecadação financeira, mas que tem como objetivo melhorar a vida e organização executiva da população local e da máquina pública, haja vista que os Municípios que compõem o Estado Brasileiro possuem essa peculiaridade. Bahia (2020, p. 418) afirma que:

De acordo com a Constituição Federal de 1988, os Municípios são pessoas jurídicas de direito público, possuem auto-organização, que lhes permite a elaboração de sua própria Lei Orgânica (manifestação legislativa, por meio do poder constituído atribuído à Câmara Municipal); possui governo identificado pelo Executivo e Legislativo (art. 29) – entretanto não dispõe de um Judiciário próprio, sendo os litígios dos quais faz parte levados a julgamento perante os Tribunais Estaduais – e também têm o seu quadro de servidores e serviços que devem respeitar aos arts. 37 a 41 da CF/88 (BAHIA, 2020, p. 418).

Neste sentido, a forma da federação brasileira é conhecida como tricotômica onde se permite aos Municípios sejam reconhecidos como entes federativos atuantes na federação. Com o advento da Constituição Federal de 1988, verificou-se o fortalecimento da participação dos Municípios, como entes integrantes do Estado Brasileiro, por meio do incremento de suas receitas tributárias e da distribuição das competências que o desenvolve tributariamente. Afirma Biancato (2021, p. 10):

A Constituição Federal de 1988 dispõe acerca da competência tributária municipal, especificamente, em dois dispositivos: o artigo 30, III, e artigo 156. O primeiro viabiliza a instituição e arrecadação de tributos pelo Município desde que sejam de sua competência. Já o segundo artigo nos ensina quais são esses tributos. Ao analisar o texto constitucional (artigo 156), podemos verificar que são três os impostos municipais referidos: IPTU – Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana; ITBI – Imposto sobre a transmissão de bens imóveis; e ISS – Imposto sobre serviços de qualquer natureza (BIANCATO, 2021, p. 10).

Logo, esses recursos financeiros são de grande valia para o funcionalismo público, financiando as melhorias necessárias para o Município e, conseqüentemente, angaria meios capazes de satisfazer os anseios da sociedade local. É importante ressaltar que aos Municípios, a competência tributária se faz permitindo que legislem sobre direito financeiro, tributário e até orçamento. Afirma Leite (2019, p. 80) que:

É certo que, diante da ampla autonomia que lhes foi conferida pela atual Constituição, os Municípios legislam sobre direito financeiro, tributário e orçamento, nos estritos lindes das diretrizes nacionais e regionais, mas daí não se conclui que há competência concorrente com os Estado e União. É que, pela redação do §3º do art. 24 da CF, não cabe legislação suplementar municipal com conteúdo de normas gerais no âmbito da competência concorrente, pois que essas somente poderão ser ou federais ou estaduais. Em direito financeiro, bem como nos demais ramos versados no artigo 24 da CF/88, a competência municipal não é autônoma. Somente pode ser exercida se houver sido editada uma prévia lei federal ou estadual, que então será suplementada. E mais, a expressão “no que couber”, contida no inciso II do art. 30 da CF, leva à conclusão de que há casos em que cabe o exercício da competência suplementar pelos Municípios e outros em que não cabe o exercício de competência suplementar (LEITE, 2019, p. 80).

Logo, os Municípios ganham destaque na organização e estrutura dotadas de autonomias para gerir seu cotidiano, além disso, ganha formas de subsistência que os permitem a garantia da prestação dos serviços públicos que atingem diretamente a população local. Por isso, diante das circunstâncias que fortalecem a sua estrutura organizacional e direciona a aplicação dos recursos, se faz importante que o Poder Executivo Municipal possa atuar em uma gestão tributária capaz de colaborar para tal.

Assim, a gestão tributária é conceituada como um conjunto de ações que visam desde a formulação, planejamento, coordenação até a avaliação e execução da política tributária municipal. Sua importância se dá na possibilidade de melhor gestão dos tributos arrecadados aos cofres municipais, visando sempre à possibilidade de aplicação correta desses recursos para que possam retornar a sociedade local de forma eficiente.

Por essa razão, se faz necessário que esta gestão seja organizada em unidades devidamente estruturadas a ponto de satisfazer a demanda de cada município e permitir um melhor monitoramento de suas atividades. Nesta unidade de gestão tributária cujas características próprias são oriundas de uma atividade específica, a divisão se dá entre as principais atividades que consistem em bases para a melhor execução da política tributária municipal, a qual é o objetivo maior da gestão tributária.

Essas atividades são baseadas em uma estrutura funcional. HOMSY (2011, p. 103) nos narra quais são os elementos que compõe essas atividades da unidade de gestão: "A estrutura funcional é, geralmente, composta das seguintes atividades: Normatização, Lançamento; Fiscalização; Arrecadação e Informações Econômico-Fiscais", que em razão da necessidade de obtenção de receitas permite trabalhar como uma unidade regida por atividades que conduzem o processo de gestão tributária. De semelhante modo, define as atribuições de cada atividade norteadora:

Normatização, incumbida da elaboração de normas sobre os procedimentos tributários, aplicação da legislação tributária, contencioso fiscal e consultas; Lançamentos, reconhece os direitos sobre os valores recebíveis de natureza tributária; Fiscalização, dedicada ao planejamento e programação das atividades de fiscalização, aperfeiçoamento das técnicas de fiscalização, auditorias e controles fiscais; Arrecadação, responsável pela previsão da receita fiscal, aperfeiçoamento das técnicas de arrecadação, controle dos lançamentos de créditos tributários, controle dos devedores tributários, controle dos agentes arrecadadores e cobrança administrativa; Informações Econômico-Fiscal, que incluem a programação, registro e armazenamento de dados e informações econômico-fiscais, controle dos cadastros de contribuintes e de documentos fiscais (HOMSY, 2011, p. 104).

Assim, pode-se compreender que esta unidade de gestão é eficiente no momento que pauta suas atividades em ramos norteadores do sistema tributário, podendo inclusive, executá-lo na esfera municipal através de gestão centrada nas atividades desenvolvidas. Além de permitir que haja uma melhor distribuição de pessoal para cada setor responsável por uma tarefa específica, facilita o controle de pessoas e de tarefas cujo fim é gestão eficaz e eficiente.

Vale ressaltar que cada Município é livre para determinar sua melhor forma de gestão tributária, haja vista que há uma grande diferença de condições econômicas e de arrecadação em relação à quantidade de habitantes e peculiaridades locais, não sendo possível fixar um único critério de análise dessa gestão. Ou seja, os critérios de avaliação dessa administração tributária, os quais visam expor pontos negativos e positivos, não seguem uma regra geral podendo ser diferenciados de acordo com a necessidade de cada município.

Logo, pode-se avaliar que a gestão tributária municipal atua como uma unidade autônoma capaz de permitir que o gestor – chefe do poder executivo municipal – tenha a capacidade de gerir os assuntos tributários que são delegados na legislação tributária aos Municípios, bem como a aplicação da política tributária municipal de modo a permitir que esses processos sejam ágeis e eficazes.

Delimitadas as linhas gerais sobre a gestão tributária competente aos Municípios, é necessário explanar sobre a política tributária municipal. A política tributária, em um sentido mais amplo, faz parte do que se chama de política econômica do governo, a qual juntamente com outras políticas, trabalha em conjunto para uma melhor administração por parte do gestor municipal visando o bem estar coletivo e uma melhor resposta aos anseios dos contribuintes, bem como um melhor emprego dos recursos captados com a arrecadação municipal.

Conceitua HOMS (2011, p. 17) que a política tributária “engloba o conjunto de ações cujo principal objetivo é reduzir os desequilíbrios de renda entre pessoas, setores econômicos e regiões e arrecadar recursos destinados ao financiamento dos gastos públicos”. Esta política compõe um dos instrumentos disponíveis para uma melhor atuação em face aos desequilíbrios de setores muito sentidos entre o valor de produtos e os salários recebidos pelos trabalhadores.

Essa função denominada estabilizadora possui uma atuação generalizada em todos os setores da sociedade local – se aplicarmos aos municípios. Isto é, trabalha em todas as estratificações da sociedade, da população, do território, dos setores produtivos sem tomar como base as especificidades das pessoas, empresas, regiões, sendo uma forma de combate da desigualdade.

Mas, a política tributária municipal atua com nortes jurídicos e muito bem delimitados. São instrumentos já existentes no sistema nacional tributário, os quais podem ser aplicados nessa forma de atuação visando combater a desigualdade entre classes sociais. Os tributos sejam eles de várias competências e espécies são instrumentos da política tributária em vários entes federativos.

A regência financeira dos Municípios são consolidados em seus Códigos Tributários Municipais que prevêm os tributos e impostos que precisam adentrar aos cofres públicos de cada ente federativo, repartindo as competências constitucionais e assegurando o bom desenvolvimento organizacional no peculiar tipo de federação, o qual confere aos Municípios uma existência de autogestão.

Por esta razão, os Municípios precisam atuar nas questões tributárias e financeiras com maior rapidez e prudência, para que cada vez mais a modernização atinja as formas de atuação municipal em benefício dos contribuintes locais. Sob o prisma da Constituição Cidadã, a gestão tributária aplicada aos Municípios demonstra a preocupação em fazer valer os direitos e garantias constitucionais a todos os cidadãos em face a atuação Estatal, ainda que seja em âmbito municipal.

Com um maior aproveitamento das finanças locais, há a geração de uma cultura de eficiência nas instituições que fazem parte da administração municipal, ao passo que se torna menos dependente dos repasses de outros entes federativos, demonstrando a capacidade de gestão e autogoverno necessário e que compactua com cada estilo de administração e anseios próprios, fazendo da gestão tributária municipal um assunto importante e atual para a sociedade como um todo.

Precisamente nos Municípios, os impostos são formas de arrecadação a qual cumpre com o objetivo final da política tributária, ou seja, reduzir os desequilíbrios e arrecadar recursos para o financiamento dos gastos públicos do referido Município, ao passo que este não necessita mais aguardar apenas por repasses estaduais para promover a movimentação da máquina estatal.

Assim, identificar os instrumentos no ordenamento jurídico e os aplicar são formas de contribuir com o objetivo central da política tributária municipal além de ser uma prática eficaz de gestão tributária, colaborando com o desenvolvimento do Município que passa no momento que coloca em prática o uso desses instrumentos, a se tornar independente das receitas oriundas de aprovação em orçamento e enviadas por outros entes da federação.

2. Imposto Predial E Territorial Urbano: Conceituação, Progressividade E Aspectos Atualizados

O Imposto Predial e Territorial Urbano – também conhecido como IPTU – se trata de um imposto de competência dos Municípios cujo objetivo é a arrecadação de meios financeiros para custear a organização urbana das cidades. Esse imposto recai sobre as propriedades prediais e territoriais urbana, possuindo como o fato gerador a própria propriedade. Pode-se dizer que este tributo é o principal nos orçamentos municipais. Está

regulamentado na Constituição, precisamente no artigo 156 e nos artigos 32 ao 34 do Código Tributário Nacional que rege o Sistema Tributário Nacional:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Neste sentido, pode-se compreender que o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU – é o “único imposto sobre a propriedade cuja instituição e cobrança é atribuída aos Municípios” (FERRAGUT, 2019), conforme o artigo 156 da Constituição Federal de 1988, pelo fato da própria legislação afirmar tal competência permitindo que a esses entes englobem em seus orçamentos as receitas oriundas do recolhimento deste instituto.

Assim, além de pertencer juridicamente aos Municípios, o texto legal ainda os requisitos para sua cobrança e delimita tais atributos. A cobrança é instituída sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem imóvel, localizado na zona urbana do Município. Esta zona urbana, compreendida como aquela que possui benfeitorias e acesso

a serviços públicos ofertados pelo Poder Público, também é considerada para fins de cobrança do referido imposto, por se tratar de recair o fato gerador sobre a propriedade urbana.

Há critérios doutrinários para regra-matriz de incidência do IPTU: material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo. O critério material se resume na propriedade do bem imóvel, pois é necessário que haja o “proprietário, ter o domínio útil ou ser possuidor de imóvel” (PONTALTI, 2020, p. 590). Já o critério espacial foi definido pelo próprio texto legal haja vista que a lei confere aos Municípios tal prerrogativa. A ideia central do CTN com essa competência “foi resolver o conflito de competência entre o ITR e o IPTU segundo o critério da localização: imóveis localizados na zona rural sofreriam a incidência do ITR; imóveis localizados na zona urbana do IPTU” (PONTALTI, 2020, p. 591).

Já o critério temporal, as “leis municipais estabelecem como critério temporal do IPTU o dia 1º de janeiro de cada ano” (PONTALTI, 2020, p. 592). De semelhante modo, o critério pessoal trata do sujeito ativo da relação tributária do referido imposto, considera-se “o Município em que o imóvel se encontra localizado. Como sujeito passivo, na qualidade de contribuintes, é possível à lei indicar o proprietário, titular do domínio útil ou seu possuidor” (PONTALTI, 2020, p. 593). Para o critério quantitativo, tem-se a base de cálculo conforme o artigo 33 do Código Tributário Nacional:

Art. 33. A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade.

Neste sentido, o critério quantitativo se pauta na base de cálculo que para o IPTU é o valor venal, ou seja, no valor de preço e de venda do imóvel para computar o valor do referido imposto. Com isso, “a lei municipal leva em consideração na apuração do valor venal diversas circunstâncias, tais como a localização, o tamanho do imóvel, o valor de mercado, etc” (PONTALTI, 2020, p. 593), estabelecida através de alíquota na legislação municipal.

Delineadas as linhas introdutórias e basilares acerca do IPTU, tem-se a importância em compreender a sua progressividade. O IPTU é um dos impostos constante no Código Tributário Nacional e também na Constituição Federal de 1988 que pode ser progressivo em razão do valor do imóvel e do tempo, nos termos do artigo 156, I, §1º e artigo 182, §4º, II. A progressividade no tempo que recai sobre o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana está disposto no artigo 182, §4º, II da Constituição Federal de 1988 que assevera que:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016)

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo.

Diante do texto constitucional, a progressividade em razão do tempo faz parte da política de desenvolvimento urbano como um instrumento cujo objetivo é garantir o bem-estar dos habitantes locais e as funções sociais da cidade, permitindo que o Poder Público Municipal tenha ferramentas de desenvolvimento capazes de criar formas de solução de problemas de imóveis sem a sua devida destinação, dando a progressividade de aumento de alíquota do IPTU em razão do tempo. Reforça a ideia de destinação útil ao imóvel o Estatuto da Cidade – Lei 10.257 de 2001 – em seu artigo 7º:

Art. 7º. Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

§ 1º. O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

§ 2º. Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º.

§ 3º. É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.

Assim, a progressividade do IPTU em razão do tempo se demonstra como uma forma de sanção para os casos de falta de destinação de imóveis subutilizados localizados na zona urbana das cidades. A alíquota de progressão sofre majoração por cinco anos consecutivos até chegar à desapropriação do referido imóvel por descumprimento da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização. Com isso, o uso deste tipo de progressão combate a ociosidade de imóveis atingindo diretamente a infraestrutura local.

Além disso, o IPTU pode ser progressivo também em razão de valor do imóvel que impacta diretamente no princípio da função social da propriedade instituída com a Constituição Federal de 1988, por meio da inauguração do Estado Democrático de Direito. O IPTU progressivo é uma das formas de intervenção do Estado na propriedade, garantindo por meio do plano diretor que determina o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano não edificado.

No IPTU progressivo em razão do valor do imóvel está relacionado com o princípio da capacidade contributiva do Direito Tributário, por meio do alcance da isonomia preconizada. Considerado como IPTU de progressividade fiscal, este tipo de progressividade surge com o advento da Emenda Constitucional 29/2000, a qual estipulou que o IPTU teria características de progressão, garantindo recursos para financiamentos de ações, tornando obrigatório a cobrança da progressividade em razão do valor do imóvel mediante a necessidade de arrecadação aos cofres públicos municipais.

Diante disso, a progressividade do IPTU satisfaz duas necessidades Municipais: a promoção do bem-estar social e coletivo por meio da destinação dos imóveis subutilizados e a arrecadação financeira das ações municipais de comando da gestão, por meio da utilização da progressividade fiscal e extrafiscal do referido imposto. Corroborando com esse entendimento estipulando a diferença das progressividades Morais (2022, p. 65):

A diferença entre a previsão constitucional do inciso I do art. 156, que estabelece a progressividade em razão do valor do imóvel, o inciso II do mesmo artigo e o II do §4º do art. 182, e não deixando de analisar também o art. 33 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece o valor venal do imóvel como base de cálculo do imposto, se percebe que o legislador, na verdade, em um juízo de ponderação entre o princípio da capacidade contributiva e a função social da propriedade, sobressaiu o segundo, na medida em que o instrumento utilizado para induzir ou coibir o exercício do direito de propriedade foi justamente a extrafiscalidade do IPTU (MORAIS, 2022, p. 65).

Diante disso, a adoção do IPTU progressivo pela municipalidade é obrigatória, pois uma vez descumpridas as obrigações destinadas às necessidades da funcionalidade municipal, pode a gestão executiva proceder a aplicação dos dois tipos de progressividade no ano fiscal da incidência do IPTU, não existindo a possibilidade de aplicação da discricionariedade do administrador municipal diante da situação existente.

Por esta razão, o Imposto sobre propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU – é um dos impostos municipais cuja função principal é a atuação na arrecadação aos cofres públicos municipais, ao passo que por meio desse imposto se tem a possibilidade de financiamento das necessidades da população local e atuação da gestão municipal. Em características funcionais o recolhimento do imposto é a importante pelos Municípios, pois são estes que conhecem da melhor forma a zona urbana em que estão localizados.

Não apenas isso, nos Municípios se tem a sociedade local e suas nuances, das quais apenas os governos que estão diretamente ligados saberão verificar e aplicar da melhor maneira possível as implementações e necessidades dessa população local. Por conhecer melhor a zona urbana que estão inseridos, os gestores municipais conseguem tornar as arrecadações dos IPTU em aplicações reais e visíveis, pois esse imposto financia as melhorias no Município, mesmo com o uso da progressividade em alguns casos.

Desta forma, com o uso da política tributária municipal, o IPTU seja ele em quaisquer da sua progressividade atuam em conjunto com a política tributária municipal na objetividade de arrecadação e manutenção da máquina pública dentro dos limites constitucionais e legais, como o Estatuto das Cidades, diante das necessidades básicas de atendimento a população local e seus anseios. Permite, portanto, que a organização urbanística municipal seja capaz de garantir o bem-estar coletivo e as suas funções sociais impostas a todas as propriedades constantes nos limites territoriais dos Municípios brasileiros por meio da atuação da arrecadação do IPTU.

3. IPTU Progressivo Em Razão Do Valor Do Imóvel Como Instrumento Da Política Tributária Municipal E O Princípio Da Capacidade Econômica

Com a Constituição de 1988, os Municípios se tornaram entes federativos autônomos e com características próprias. As características dos Municípios são essenciais para o reconhecimento necessário e a devida regulamentação de ordem jurídica, de modo que os municípios passem até a gozar de um sistema exclusivo de arrecadação tributária. BONAVIDES (2006, p. 347) fala sobre a importância constitucional dada aos Municípios:

“Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e

expressivo quanto aquele que consta da definição do novo modelo implantado no país com a carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga e tocante à defesa e sustentação daquela garantida. (BONAVIDES, 2006, p. 347)”.³

Diante disso, são estes os entes federativos mais próximos da realidade da sociedade. Logo, podemos compreender que são nos municípios que a política tributária – instrumento de governo – deve ser mais bem aplicada para que os contribuintes consigam visualizar a aplicação de suas contribuições. BRANCO (2016, p. 860) afirma que “é tido como definitivo para corroborar essa tese o artigo inaugural da Carta em vigor, em que se afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”.

A gestão tributária municipal deve ser baseada em atividades pertinentes que possibilitem uma melhor interpretação e execução da política tributária em um Município através da arrecadação se possa financiar os gastos públicos. Mas, para tal, os Municípios possuem uma pequena fatia dessa carga tributária ficando apenas três impostos: IPTU, ISS3, ITBI4, os quais juntos compõem um total de mais de 5% da arrecadação do país cuja atividade financeira está disposta na Constituição Federal e Código Tributário Nacional, onde as necessidades coletivas públicas serão custeadas pelas contribuições tributárias.

O IPTU regido pelo artigo 32 do CTN possui fundamental importância de tributar os bens imóveis localizados em áreas urbanas dos municípios, sendo responsável por uma boa parte das arrecadações municipais. Além disso, com o uso da progressividade de alíquotas para o contribuinte passa a ser um instrumento financeiro da política tributária municipal.

Em subsunção dessa progressividade com a sua real finalidade se percebe que através da progressividade em razão do valor do imóvel, o IPTU é utilizado para efetiva prática da igualdade entre os contribuintes, podendo inclusive ser um instrumento de aplicação da política tributária municipal na sua árdua tarefa de executar a função estabilizadora do orçamento municipal.

A função estabilizadora faz parte das técnicas e administração orçamentária cuja finalidade é a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal e todos os seus mecanismos de controle e equilíbrio para as contas públicas diante dos gastos. O orçamento público é de suma importância para a manutenção e regimento do sistema financeiro do Município, pois por meio do que se arrecada também se tem as despesas que são oriundas das

3 Imposto sobre serviços.

4 Imposto de transmissão de bens imóveis.

necessidades da população local, quem prestigia a gestão diretamente. Deodato (1952, p. 287) afirma que:

“O Orçamento é, na sua mais exata expressão, o quadro orgânico da Economia Pública. É o espelho da vida do Estado e, pelas cifras, se conhecem os detalhes do seu progresso, da sua cultura e da sua civilização. Cada geração de homens públicos deixa impressa, nos Orçamentos estatais, a marca de suas tendências, o selo dos seus credos políticos, o estigma da sua ideologia. É fotografia do próprio Estado e o mais eficiente cartaz de sua propaganda, Tal seja ele, será uma alavanca de prosperidade ou uma arma para apressar a decadência do Estado (DEODATO, 1957, p. 287)”.

Desta forma, por meio do que entra e sai no orçamento público, especificamente no orçamento municipal, tem-se a possibilidade de desenvolvimento das estratégias da gestão executiva. Todavia, toda atuação da gestão municipal, principalmente, na esfera tributária, deve-se respeitar todos os princípios norteadores trazidos pela Constituição Federal de 1988, a qual prever que além dos ditames de organização estrutural, garante direitos universais.

Neste sentido, dá-se ênfase a organização e aplicação dos recursos, pois é de suma importância conhecer e compreender a destinação desses recursos sob pena de quaisquer modificações de suas finalidades a aplicação das sanções legais acerca das responsabilidades, seja elas de cunho fiscal como criminal, sobre possíveis concretizações de ilícitos, o que resguarda todos os direitos e garantias constitucionais na figura da posição do gestor. Kiyoshi Harada (2005, p. 130) afirma que:

“Essa vedação traduz o princípio de que cabe ao governante, consagrado nas urnas, a responsabilidade de elaborar o seu plano de ação governamental promovendo o direcionamento de despesas públicas para setores reputados prioritários e dentro da plataforma de campanhas sob pena de faltar legitimidade para governar. Mas isso é tarefa para estadistas, que parece não mais existir. Na falta destes, a tendência é ir vinculando receitas públicas às mais diversas necessidades públicas a serem satisfeitas, de tal forma que a governança poderia até ser entregue a um computador (HARADA, 2005, p. 130).”

Diante disso, com o entendimento do autor, o IPTU por ser um imposto não se tem em sua lei de constituição uma destinação específica algo em que exclusivamente a verba desse tipo de imposto seja aplicada. Por esse motivo, os impostos não possuem vinculação

a nenhum órgão, sendo de livre aplicação. Na organização municipal, o Poder Executivo Municipal possui recursos livres para sua aplicação, para os seus programas de governo e principalmente para delinear suas ideias políticas.

Se fosse vinculados a aplicação da renda arrecadada pelo IPTU não se tinha o seu uso em programas de governo nem tão pouco poderia ser usado como instrumento de política tributária, para gestão municipal. Portanto, é por meio da não vinculação de destinação que o IPTU patrocina as melhorias na gestão do Poder Executivo, bem como com o implemento dos seus programas de governo, respeitando inclusive a separação dos poderes.

Nesta perspectiva, além de melhoria dos financiamentos dos anseios populacionais e ser um instrumento de financiamento da política tributária municipal e governamental, o IPTU com o uso de sua progressividade compactua com o princípio da capacidade contributiva, por meio da majoração das alíquotas diante do valor venal dos imóveis, resguardando que entre os contribuintes tenha a devida igualdade nas suas condições de contribuição, respeitando o mínimo existencial que cada pessoa precisa ter.

O princípio da capacidade econômica, também conhecido como capacidade contributiva, prepondera que haja justiça entre os contribuintes, para que aqueles que são detentores de mais riquezas possam contribuir mais segundo as alíquotas e os que possuem pouca renda contribuam menos, afinal este princípio traduz uma busca por uma sociedade mais justa onde a maior tributação recaia sobre quem realmente pode custear. Conforme o entendimento de Pontalti (2020, p. 199-200):

“A capacidade contributiva determina que, ao criar uma norma tributária, a lei deve levar em consideração circunstâncias que efetivamente denotem a existência de capacidade econômica do contribuinte. É o que ocorre com o IPTU, cuja hipótese de incidência é ser proprietário de um imóvel urbano; ou então com o IPVA, cujo fato gerador é ser proprietário de veículo automotor. Em ambas as hipóteses, a norma descreve situações que autorizam concluir pela existência de capacidade econômica por parte do contribuinte (PONTALTI, 2020, p. 199-200).”

Logo, com a progressividade em razão do valor do imóvel, o contribuinte terá arcado com aquilo que realmente é de direito, pois se o mesmo teve condições financeiras de construir em zona urbana seu imóvel no valor delimitado, conseqüentemente o gestor municipal conseguirá compreender como a arrecadação está distribuída e onde há áreas que precisam de uma atenção maior das políticas públicas.

Assim, a progressividade do IPTU em razão ao valor do imóvel está relacionada ao princípio da capacidade econômica que tem reflexos na gestão tributária municipal. Para a política tributária municipal, a progressividade deste imposto abre a possibilidade da implantação de uma isonomia delineada nas linhas da Constituição Federal de 1988. Com essa progressividade fiscal atribuída a esse imposto, o gestor municipal tem a possibilidade de verificar essas alíquotas, sempre pautado nos requisitos disponibilizados para sua aplicação, mensurando a arrecadação e garantido a segurança a propriedade a todos. Essa possibilidade de igualdade entre os contribuinte é, inclusive, explícita na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 145, parágrafo primeiro:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

Logo, com as possibilidades de mudanças e amparo do texto constitucional, a equidade na capacidade contributiva se torna um desdobramento do princípio da igualdade preconizado na Constituição Federal por meio da aplicação tributária das alíquotas progressivas em razão do valor do imóvel. Isso significa que aqueles que demonstram por meio de melhorias de seus imóveis condições de arcar com tributos mais elevados serão alcançados ao passo que aqueles que não podem não terão que arcar com tributos maiores que sua condição de pagar.

Isso torna da progressividade do IPTU um mecanismo de igualdade. Há passividade de entendimento no que tange a possibilidade dessa progressividade, a exemplo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de apelação cível, sobre a relatoria do Juiz Marco Aurélio Heinz, entendeu:

“APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DECLARATORIA CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE INDEBITO. IPTU. PROGRESSIVIDADE. LEGALIDADE. A partir da Emenda Constitucional nº 29/2000, o Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbano poderá ser progressivo em razão do valor do imóvel. Em razão disso, é legal o sistema de

progressividade instituído pela Lei nº 461/2000, do Município de Porto Alegre. Apelação Desprovida.⁵”

Cabe ressaltar que a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel cumpre a mesma obrigação dos demais tributos arrecadados, o financiamento da máquina municipal. Ou seja, não terá outro destino além dos já definidos sobre a aplicação dos recursos financeiros do município bem como o financiamento das necessidades públicas. Essa alíquota diferenciada terá a mesma aplicação que os demais impostos e retornarão a sociedade em forma de benefícios, sendo possível o contribuinte verificar onde está sendo aplicado.

Assim, o IPTU progressivo em razão do imóvel, além de um instrumento legal de isonomia tributária, se tornou um instrumento da política tributária municipal contribuindo com a função de estabilizar as diferenças entre os preços, produtos, salários e demais situações que afetam a população de um determinado município.

Conclusão

Em virtude dos conhecimentos apresentados até aqui, pode-se compreender que para uma boa administração das finanças de um Município – enquanto ente federativo e auto-organizado – é necessário que o gestor municipal tenha em mente que uma boa gestão tributária, para que haja uma administração de qualidade dos recursos captados através da arrecadação é essencial que haja uma política tributária em âmbito municipal.

Não pode o gestor se satisfazer dos termos de organização básica, mas criar através de uma unidade de gestão tributária pautada em atividades norteadoras a utilização de ferramentas já existentes no Município, para que haja uma melhor aplicação da política tributária neste ente federativo. Pois, deve-se levar em consideração a pauta de que a população do município é a primeira que verifica a utilização dos recursos captados.

Logo, usar dos impostos municipais se faz necessário ao passo em que há possibilidade de melhor administração e, principalmente, dos princípios que regem a Constituição Federal de 1988. Assim, não pode apenas se pensar em impostos como algo que doa no bolso do cidadão, mas como algo que reconstrói uma cidade, financia os gastos públicos cumprindo o papel de máquina estatal. De semelhante modo, usar dos impostos municipais conjuntamente com princípios como o da capacidade econômica é garantir que a igualdade seja respeitada, não havendo ultrapassagem de limites constitucionais.

5 TJ-RS – AC: 70035717867 RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Data de Julgamento: 21/07/2010, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 02/08/010.

Assim, diante do exposto o IPTU progressivo em razão do valor do imóvel pode ser utilizado como um dos instrumentos de política tributária para que haja uma melhor percepção dos recursos captados, além é claro de permitir que a função estabilizadora aplicada ao Município seja efetivada. Garante, de forma prática, que haja uma igualdade de condições entre os contribuintes além de melhorar a condução da gestão tributária municipal.

Por todos esses aspectos, tem-se como resultado desta pesquisa que o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbano progressivo em razão do valor do imóvel, além de ser um instrumento legal, é uma espécie de termômetro para o gestor municipal sobre as classes sociais existentes no Município, atuando como forma desvincula de financiamento dos programas de governo e sua acessibilidade nas formas de arrecadação para o orçamento.

De tal sorte, pode-se ainda afirmar que muito mais do que um instrumento de política tributária integrante na gestão tributaria é um instrumento de combate a desigualdade entre contribuintes, ao ponto que se pode tributar com maiores alíquotas aqueles que têm condição de pagar valores mais altos referentes a sua capacidade econômica, enquanto que aqueles que não podem pagar alíquotas maiores são identificados e atingidos pelas alíquotas menores.

Referências

BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 4. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BIANCATO, Beatriz. **Noções de Direito Tributário Municipal: um guia da teoria à prática**. São Paulo: Editora Dialética, 2016.

DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1952.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio Ianni. **Direito Urbanístico conforme o novo CPC**. 2. Ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2017.

HARADA, Kiyoshi. **Orçamento anual: contradições**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. n. 62. São Paulo: RT, 2005.

HOMSY, Nelson Chalfun. **Finanças e gestão tributária**. Indaial: Uniasselvi, 2011.

----- . **Economia no setor público**. Indaial: Uniasselvi, 2017.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 8. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

MORAIS, Pedro Queiroz. **IPTU: a extrafiscalidade do imposto e a função social da propriedade urbana**. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educações, 2018.

PONTALTI, Mateus. **Direito Tributário: dizer o direito**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TJ-RS – AC: 70035717867 RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Data de Julgamento: 21/07/2010, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 02/08/010. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/909916786/apelacao-civel-ac-70035717867-rs>> Acesso em 22/07/2021 às 17:04h

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA PREENCHIMENTO DE CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO À LUZ DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

ALINE DAYANE RIBEIRO DA LUZ:
advogada; pós-graduação em direito civil, processo civil e consumidor; pós-graduação em execução criminal e tribunal do júri.

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada no Informativo 1086, acerca da inconstitucionalidade da determinação judicial de que sejam preenchidos cargos de defensores públicos em Comarcas desamparadas e com atendimento jurídico gratuito precário.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Sistema de freios e contrapesos. Preenchimento de cargos. Autonomia da Defensoria Pública. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the decision of the Federal Supreme Court, published in Newsletter 1086, about the unconstitutionality of the judicial determination that positions of public defenders be filled in destitute Districts and with precarious free legal assistance.

Keywords: Separation of Powers. System of brakes and balances. Filling positions. Autonomy of the Public Defender. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS. DA AUTONOMIA DA DEFENSORIA PÚBLICA. DA ANÁLISE DO ARTIGO 98 DO ATO CONSTITUCIONAL DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS. DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (INFORMATIVO 1086). CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Em decisão recente, formada sob o rito da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal adentrou à análise sobre a possibilidade, ou não, de que decisões judiciais determinem o preenchimento de cargos por defensores públicos naquelas localidades que se encontram desamparadas.

A discussão se deu no âmbito de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará, tendo, o juízo de primeiro grau, acolhido o pedido ministerial, para determinar ao estado a obrigação de prover imediatamente o cargo de defensor

público na Comarca de Jati-CE, seja pela convocação de candidatos aprovados, remanescentes do último concurso, ou mediante designação de defensor lotado em comarca próxima, para exercício temporário, ao menos um dia na semana.

O governo estadual recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado, que reformou a decisão. Segundo o acórdão, compelir o Estado do Ceará a nomear um defensor público para a localidade, violaria o princípio da separação dos Poderes e comprometeria a própria autonomia da Defensoria Pública que, além de independência organizacional, detém a melhor possibilidade de mensurar as necessidades administrativas e possibilidades orçamentárias.

1. DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A história da separação dos poderes é a história da evolução da limitação do poder político, objetivo fundamental da doutrina da separação dos poderes.

O Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desta forma, embora cada poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes.

A Teoria da Separação dos Poderes surgiu na época da formação do Estado Liberal baseado na livre iniciativa e na menor interferência do Estado nas liberdades individuais. Essa tripartição clássica dos poderes se dá até hoje, na maioria dos Estados, e está consolidada pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e prevista no artigo 2º da nossa Constituição Federal brasileira, deixando claro a intenção do constituinte em separar funções de cada poder constituído, que assim dispõe:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No que diz respeito à separação de Poderes em contraposição com o ativismo judicial, o foco estará no avanço do Poder Judiciário para cima de competências expressamente asseguradas para os outros dois Poderes, alterando e rompendo a normativa traçada pela Constituição Federal. Entretanto, como é sabido, o Supremo Tribunal Federal, no papel de guardião máximo das normas constitucionais, só tem aceito a ingerência do Poder Judiciário na atividade do Poder Executivo de forma excepcional,

nos casos em que se pretende garantir políticas públicas previstas no texto constitucional⁶. Em outros casos, impera-se a separação das atividades, em respeito à autonomia de cada Ente, conforme entende o Supremo Tribunal Federal, cuja ementa se segue:

APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESCOLA PÚBLICA ESTADUAL. ADEQUAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO DETERMINAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS DIANTE DA INÉRCIA DO EXECUTIVO. CONSECUCÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. AUSENCIA DE FERIMENTO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. A RESERVA DO POSSÍVEL NÃO PODE SER ALEGADA DIANTE DA NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS IMPRESCINDÍVEIS. AS REGRAS ORCAMENTÁRIAS PODEM SER EXCEPCIONADAS EM HIPÓTESES EXTREMAS. RECURSOS DESPROVIDO. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.251.593. Relator: Min. Edson Fachin. Dje 08/09/21.

2. DA AUTONOMIA DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Emenda Constitucional n.º 80/2014 representou um marco na história da Defensoria Pública do país. Dentre outras determinações, garantiu à instituição um capítulo próprio no texto constitucional.

Apesar do relevante destaque, foi com a Emenda Constitucional n.º 45/2004 que se garantiu às Defensorias Públicas dos Estados a autonomia funcional e administrativa, nos termos do parágrafo 2º do artigo 134:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e

⁶ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757268608>.

subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A garantia constitucional da autonomia defensorial foi reafirmada pelo STF na Ação Direta de Constitucionalidade 5296, ajuizada pela Presidência da República em 2015, questionando a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 74, que garantiu a autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública da União (DPU).

Em seu voto, a relatora da ação, ministra Rosa Weber, ressaltou que a EC nº. 74/2013 conserva aderência à separação dos Poderes e apenas complementou o parágrafo 2º do artigo 134 da Constituição Federal, que já assegurava às Defensorias Públicas estaduais autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, mas dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Nas palavras da relatora, "a interpretação da Constituição Federal ampara e legitima o reconhecimento da autonomia das Defensorias, direcionadas ao aperfeiçoamento do sistema democrático. A assistência jurídica aos hipossuficientes (artigo 5º, LXXIV), lembrou a ministra, é um direito fundamental, na linha do amplo acesso à Justiça, e cabe a essas instituições concretizar esse direito fundamental que, além de tratar de inclusão, é um mecanismo que garante o exercício, por toda uma massa de cidadãos até então sem voz, dos demais direitos assegurados pela Constituição do Brasil e pela ordem jurídica"⁷.

Veja-se a ementa do julgado em questão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 134, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, INCLUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 74/2013. EXTENSÃO, ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DA UNIÃO E DO DISTRITO FEDERAL, DA AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA E DA INICIATIVA DE SUA PROPOSTA ORCAMENTÁRIA, JÁ ASSEGURADAS ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DOS ESTADOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. EMENDA CONSTITUCIONAL RESULTANTE DE PROPOSTA DE INICIATIVA PARLAMENTAR. ALEGADA OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, "c", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. USURPAÇÃO DA RESERVA DE INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO. INOCORRENCIA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 2º E 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRENCIA.

⁷ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754482387>.

PRECEDENTES. IMPROCEDENCIA. ADI nº. 5.295/DF. Relatora Min. Rosa Weber. Dje 04/11/20.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio consagrou o direito das Defensorias Públicas de auto-gestão. É ela quem celebra contratos, convênios, elabora folha de pagamentos, responde ao Tribunal de Contas do Estado, sem depender do Poder Executivo. Além do que, com a EC nº 80/14, passa a competir privativamente à Defensoria Pública propor ao Poder Legislativo alteração de número de membros, bem como a criação e extinção de carreiras de apoio (art. 96, II, "a" e "b").

3. DA ANÁLISE DO ARTIGO 98 DO ATO CONSTITUCIONAL DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

O tema exposto no presente artigo remonta à discussão sobre a imposição constitucional da estruturação das Defensorias Públicas constante no artigo 98 e seus parágrafos do Ato Constitucional das Disposições Transitórias (ADCT).

Em resumido relato, a Emenda Constitucional nº. 80/2014, conforme acima exposto, trouxe um grande avanço para a Defensoria Pública. A Instituição ganhou, com a "PEC das Comarcas", um novo perfil constitucional, o qual a projetou para um patamar normativo inédito, trazendo, além da obrigação do Poder Público de universalizar o acesso à Justiça e garantir a existência de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais no prazo máximo de oito anos, as seguintes inovações: 1) inserção da Defensoria Pública em sessão exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, separada, agora, da advocacia; 2) explicitação ampla do conceito e da missão da Defensoria Pública; 3) inclusão dos princípios institucionais da Defensoria Pública no texto constitucional; e 4) aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário, no que couber, à Defensoria Pública, principalmente a iniciativa de lei.

A referida emenda, especificamente quanto ao artigo 98 e parágrafos, do ADCT, determina que o número de Defensores em cada unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda. Assim, nos próximos oito anos a União, o Distrito Federal e os Estados deveriam contar com um Defensor Público em cada Comarca do país. Durante o prazo, a alocação dos defensores deverá ser garantia nos locais de maior densidade populacional.

Ocorre que, tal prazo, findou-se em meados do ano de 2022, sem que todos os Estados dessem integral cumprimento à determinação, encontrando, ao longo desses oito anos, diversos empecilhos para tanto, com destaque para as barreiras orçamentárias.

Diante desse cenário, algumas questões foram levantadas sobre o descumprimento da norma constitucional, como no âmbito da Ação Civil Pública proposta

pelo Ministério Público do Ceará, o que levou o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre o tema, como se exporá a seguir.

4. DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (INFORMATIVO 1086)

Trata-se, como dito, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Ceará, buscando uma decisão judicial com o fim de, coercitivamente, determinar o preenchimento de cargos de defensores públicos em comarcas com deficiência de atendimento jurídico.

Em que pese a relevância do tema para a Defensoria Pública, o objeto da ação por legitimado que não seja a própria instituição viola a autonomia administrativa, ou seja, a sua capacidade de auto-gestão e a competência privativa de propor ao Poder Legislativo alteração de número de membros, bem como a criação e extinção de carreiras de apoio.

Nesse mesmo sentido decidiu a Suprema Corte no RE 887.671/CE, fixando a seguinte tese:

"É inconstitucional — por violar a autonomia administrativa da Defensoria Pública — a imposição, por via judicial, de lotação de defensor público em divergência com os critérios prefixados pela própria instituição, quando estes já considerem a proporcionalidade da efetiva demanda de seus serviços e a respectiva população na unidade jurisdicional, com prioridade de atendimento às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado Democrático de Direito (CF/1988, art. 134), uma vez que promove a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente para a igualdade e a dignidade de pessoas hipossuficientes, assim como o acesso à Justiça. A partir da EC 80/2014, foi assegurado à Defensoria Pública o poder de autogoverno na tomada de decisões, razão pela qual lhe cabe, por meio de seus órgãos de direção, decidir onde deve lotar os seus membros, com a devida observância aos critérios por ela mesma preestabelecidos, em atenção especial à efetiva demanda, à cobertura populacional e à hipossuficiência de seus assistidos. Na espécie, o Ministério Público estadual ajuizou ação civil pública com fins de obrigar o Estado do Ceará a preencher cargo de defensor público na comarca de Jati/CE. Apesar de julgada procedente pelo juízo de primeiro grau, o tribunal de justiça local reformou a sentença. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, ao apreciar o Tema 847 da repercussão geral, negou

provimento ao recurso extraordinário, mantendo o acórdão recorrido. Por unanimidade, o Tribunal fixou a tese supracitada”.⁸

A decisão coloca fim à discussão que permeia os Tribunais nacionais e representa mais um avanço no reconhecimento da Defensoria Pública como instituição permanente, essencial e, significativamente, autônoma, garantindo-se que ingerências externas não encontrem espaço, e possibilitando, cada vez mais, o fortalecimento da instituição.

CONCLUSÃO

Por meio do breve relato exposto, resta-se claro que o princípio da separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos apresentam-se como mecanismos pilares do funcionamento do Estado Democrático de Direito, que conferem segurança jurídica e harmonia ao sistema pátrio. Em respeito ao princípio, deve-se garantir que os Poderes e órgãos, constitucionalmente previstos, exerçam sua autonomia e capacidade de auto-organização e auto-gestão.

Por essa razão, evidente que a ingerência do Poder Judiciário na atividade organizacional da Defensoria Pública, determinando o preenchimento de cargos, em sobreposição à instituição defensorial, viola o texto constitucional e caracteriza retrocesso às conquistas e lutas da Defensoria Pública ao longo dos anos, por fortalecimento e reconhecimento no cenário nacional.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, decidindo na mesma linha, entendeu pela impossibilidade de que o Poder Judiciário se imiscua na autonomia administrativa da Defensoria Pública, que detém competência e legitimidade para organizar sua estrutura administrativa e de seus membros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de março de 2023.

Portal STF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁸ <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1086.htm#Defensoria>

A UTILIZAÇÃO DO SERVIÇO DE INSPEÇÃO MUNICIPAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O DESENVOLVIMENTO LOCAL

KARITA CARNEIRO PEREIRA:
Mestre em Desenvolvimento
Regional pela Universidade
Estadual do Tocantins

RESUMO: O Desenvolvimento local é um processo de modificação na postura de uma comunidade frente às suas interações. A utilização de medidas sanitárias é uma política pública de desenvolvimento municipal, que serve para incentivar a agricultura familiar e afeta principalmente os pequenos produtores. O presente trabalho tem como objetivo principal analisar o Serviço de Inspeção Municipal como ferramenta para o desenvolvimento local e posterior desenvolvimento regional. Desta forma, utilizou-se da pesquisa sistemática, em abordagem qualitativa em análise bibliográfica e documental. Foram identificados meios para influenciar no desenvolvimento local, bem como construir um ecossistema de crescimento no sentido de atribuições e desempenho de papéis, pautados na legislação vigente com o intuito de incentivar e modificar os indicadores locais para o desenvolvimento regional.

Palavras-chave: desenvolvimento local; direito tributário municipal; serviços de vigilância.

INTRODUÇÃO

O Serviço de Inspeção Municipal pode ser considerada uma ferramenta de eficiência, o sistema busca fomentar o desenvolvimento dos pequenos agricultores, trata-se de um serviço de fiscalização, mas que sistematicamente busca segurança alimentar da população, criado pela Lei Federal 7.889/1989, alterando a Lei 1.283/1950, que dispõe sobre a inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal (SANTANA, 2022).

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), estabeleceu em seus artigos 196 e 197 que estabeleceu que a saúde é um direito de todos, sendo o garantidor principal é o Estado.

A Lei 7.889/1989, determina que a fiscalização sanitária se divide em três instâncias, o Serviço de Inspeção Municipal (SIM) a nível Municipal, Serviço de Inspeção Estadual (SIE) referente ao estado que se encontra e o Serviço de Inspeção Federal (SIF) a nível Nacional.

Neste íterim, entende-se o papel da Vigilância Sanitária como órgão de controle, que desenvolve a fiscalização dos estabelecimentos comerciais e industriais, no âmbito municipal, está atribuída a responsabilidade para o Serviço de Inspeção Municipal (SIM), assumindo caráter de fiscalizar os processos produtivos, tendo em suas atribuições o poder de polícia.

Conforme apresentam Silva et al. (2020) o mercado agroalimentar no Brasil se concentra em grandes empresas, mesmo assim, existem milhares de pequenos agricultores que buscam sobreviver no mercado interno. Os autores discutem que nesse cenário, existe pouca ou nenhuma informação que garante que os pequenos produtos apresentem sistema de qualidade sanitária de seus produtos, considerando-se como um gargalo questões práticas como a burocracia e a falta de informações claras.

O presente estudo tem como objetivo principal é analisar como o Serviço de Inspeção Municipal (SIM) interfere no Desenvolvimento Local. Os objetivos específicos concernem: a) analisar a legislação quanto ao SIM; b) levantar a estrutura conceitual sobre o Desenvolvimento local; e; c) discutir sobre os processos de a importância dos controles de qualidade para equidade comercial de pequenos agricultores.

A escolha do tema incorre no entendimento da pesquisadora quanto o desenvolvimento do Serviço de Inspeção Municipal e a sua aplicabilidade ao Desenvolvimento Local, pouco discutido na literatura.

A presente proposta, incide no método de pesquisa exploratória, e se apresenta em abordagem qualitativa, a coleta de dados foi promovida de maneira sistemática, em que foram levantados trabalhos publicados nos últimos cinco anos, considerada como bibliográfica. Conforme explica Cervo e Bervian (2006) o método confere ao pesquisador a organização de passos para alcançar um objetivo específico, por isso, necessita ser bem delineado.

Sendo assim, foi alcançado com esta pesquisa o entendimento que o Serviço de Inspeção Municipal provoca o desenvolvimento local e se insere como política pública para o Desenvolvimento Regional realizada pela Administração Municipal.

Desta forma, o trabalho se desenvolve em quatro capítulos, em que o primeiro levantou-se a abordagem histórica do Processo de Vigilância Sanitária no Brasil, e a sua importância para o SIM; o segundo trata sobre a legislação e obrigações dos gestores quanto a política municipal de vigilância sanitária; o terceiro capítulo aborda a importância do SIM para o desenvolvimento local; o quarto capítulo apresenta quais os indicadores para o desenvolvimento sobre a qualidade de produtos de produtores locais; por fim, a conclusão.

DESENVOLVIMENTO

Abordagem histórica do processo de Vigilância Sanitária

A CRFB (1988), atribuiu ao Estado a obrigação de zelar saúde da população, através de políticas públicas sociais e econômicas, sendo garantidas através da fiscalização e do controle; bem como a descentralização dos serviços públicos.

No art. 241, os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) podem ser unir para promover a gestão de serviços, em que são transferidas de maneira total ou parcial.

A Lei nº 1.283 de 1950 e a Lei nº 7.889 de 1989 apontam a inspeção industrial e sanitária de produtos que provém de natureza animal; atribuindo o dever do Estado em fiscalizar e controlar, bem como estimulando a criação do SIM, através das Agências Municipais de Vigilância Sanitária:

Art 1º É estabelecida a obrigatoriedade da prévia fiscalização, sob o ponto de vista industrial e sanitário, de todos dos produtos de origem animal, comestíveis e não comestíveis, sejam ou não adicionados de produtos vegetais, preparados, transformados, manipulados, recebidos, acondicionados, depositados e em trânsito.

A portaria nº 1.428 de 1993 aponta que o serviço de inspeção sanitária busca satisfazer um padrão de qualidade imposto, com o objetivo de cumprir procedimentos que são instruídos através de manuais direcionados pelas Leis e Portarias, por esse caminho, chega-se à prevenção de danos à saúde da população.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada no ano de 1999, através da Lei 9.782 e tem como principal objetivo a promoção e proteção da saúde da população, dispondo dos meios necessários para garantir o controle sanitário dos produtos comercializados, dentre os seus poderes estão o de delegar a Estados e Municípios poderes específicos como o de fiscalização.

A Lei 9.712 de 1998 criou o Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA), regulamentada pelo Decreto nº 5.741 de 2006 que visam a descentralização da União.

Legislação e obrigações dos gestores municipais como representantes da Administração Pública no SIM

Segundo o autor Mello (2021), mesmo que o art. 5º da Constituição Federal aponta que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em razão da Lei, o mesmo interpreta que os Decretos, regulamentos e etc. e a Administração não pode proibir ou deixar de proibir o que as pessoas fazem, desde que, esteja previsto em alguma Lei tal atribuição.

Desta forma, o SIM deve ser criado por Lei, de atribuição do Poder Executivo Municipal, a mesma deve estabelecer quais os procedimentos técnicos e quais as atribuições dos gestores. Desta forma, os gestores municipais devem avaliar qual a melhor maneira de criar a legislação, pois o mesmo dentro das suas atribuições está a de reconhecer os problemas locais, bem como a melhor forma de proceder os processos administrativos, recomenda-se a criação de fluxograma (SANTANA, 2022).

A criação do SIM, é uma maneira de descentralização preconizada pela CRFB/1988, que promove o desenvolvimento local “pois promove a implantação de unidades de agroindústrias, aumentando o volume de circulação de dinheiro no comércio local, aumentando por consequência a arrecadação de tributos municipais” (RITTER, 2015, p. 09).

Segundo o CNM (2015) apenas 30% dos municípios implantaram o SIM, o autor Ritter (2015) destaca que existem enormes problemas a serem considerados para a implantação do SIM, entre eles: falta de informações, falta de investimento, falta de incentivo público e organização.

Segundo os autores, Martins (2002) a agricultura familiar tem papel primordial no processo de implantação do SIM, principalmente reivindicando o papel das instituições públicas, bem como dos gestores no âmbito do município. Através dos processos democráticos as instituições promovem o desenvolvimento regional.

participação social nos processos de discussão, elaboração, deliberação das políticas e ações governamentais. Reconhecendo os agricultores familiares como protagonistas de políticas públicas, fortalece as próprias pequenas cidades interioranas, que dependem sobremaneira do bom desempenho da agricultura família (RITTER 2015, p.12).

Percebe-se a importância dos agricultores familiares, desenvolvendo o papel de atores sociais que participam do processo de construção cobrando a posição dos gestores para o território.

O gestor deverá avaliar a melhor forma de legislar sobre o SIM levando em consideração a realidade local e os procedimentos administrativos para atualização de normativos com base na orientação técnica do veterinário responsável, tais como fluxograma de produção e planta de imóvel (CONSELHO NACIONAL DE MUNICÍPIOS - CNM, 2015, n.p.).

Nesse sentido, a construção se dá pela escuta e contrapartida dos gestores, com o intuito de cumprir o objetivo principal, que é garantir que produtos seguros cheguem aos consumidores, bem como a descentralização dos serviços de inspeção sanitária (RITTER, 2015).

Segundo o CNM (2015), os municípios relatam problemas de implantação dos sistemas SIM, como: pouca adesão ao Sistema, falta de informação para produtores e gestores, falta de recursos e problemas quanto a comunicação.

Desta forma a descentralização do serviço, promove o desenvolvimento da economia, com isso há uma integração dos entes e poderes para garantir a melhoria das unidades agroindustriais, para fazer circular bens e serviços.

O poder de polícia do poder municipal e tributação para promover a fiscalização do SIM

A vigilância sanitária, conforme supramencionado tem o papel de promover a descentralização do serviço de fiscalização da saúde. No âmbito do SIM que é um sistema que preza pela qualidade dos serviços.

A CRFB/1988 aponta que a saúde é um direito social e universal, portanto, afeta todos independente de condição ou nacionalidade. Trata-se de um sistema com normas e regulamentações que visam a proteção integral das pessoas.

Dentre essas legislações e normativas legais, observa-se que há a concessão de “poderes” que visam a inibição ou a proteção de algum bem jurídico, conforme explicam Aragão e Oliveira (2018, p.03):

A polícia é uma organização administrativa – derivada do vocábulo latino *politia*, refere-se a “governo de uma cidade”, “cidadania”, “administração pública” ou “política civil”. Sua responsabilidade é impor limitações à liberdade (individual ou coletiva), na exata medida necessária à salvaguarda e manutenção da ordem pública (mais do que o considerado necessário constitui abuso do poder de polícia) 10. Pode-se dizer que a polícia é a instituição com legitimidade para o uso da força quando algo afronta a ordem pública e há necessidade de uma resposta do poder público

Desta forma, o poder de polícia busca cumprir o que a lei determina. No âmbito da Administração Pública, existe a atribuição dos serviços para executar a fiscalização e controle de certas atividades, com o objetivo de manter a ordem pública. Sendo assim, o termo polícia não pode ser levado ao pé da letra.

Assim, a atribuição do poder de polícia somente se dá através de lei, e aplicação através do administrador público. Sendo assim, integram-se as ações do poder público o exercício do poder de polícia através da Vigilância Sanitária (ARAGÃO; OLIVEIRA, 2018).

Outra medida de controle é a tributação que segundo do CNM (2015, p.08):

Para os municípios: a descentralização do serviço fortalece a economia dos municípios, abrindo espaço para a integração entre os mesmos, incentivando o desenvolvimento local e dos territórios. Isso poderá promover a implantação de novas unidades agroindústrias e, em consequência, a circulação de maior volume de dinheiro no comércio local, aumentando, também, a arrecadação de tributos nos municípios.

Desta maneira, o fato gerador do SIM é a prestação do Serviço pelo município, em que será cobrada a taxa de serviço para emissão do selo de qualidade municipal, outro serviço que somente pode ser criado por lei, conforme aponta o códex tributário nacional “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1950).

A importância do SIM para o desenvolvimento local

Segundo dados do CNM (2015, p. 12), “em 2013, os SIMs foram responsáveis pela inspeção do abate de 2,3 milhões de cabeças de bovinos, de 830 mil cabeças de suínos e de 8,7 milhões de cabeças de aves” reportando um aumento de 217% em relação ao ano de 1997.

Pode-se observar em casos práticos o aumento do número de estabelecimentos inspecionados e com produtos que atendem um padrão de qualidade, como o que ocorreu no Município de Uberaba em Minas Gerais (CNM, 2015).

Outro ponto a ser mencionado foi o acontecido na região de Mineiros no estado de Goiás, com a implantação do SIM, houve a contribuição do desenvolvimento local, principalmente com a criação de cooperativa de crédito, outro instrumento necessário foi a captação de recurso federal, cita-se o Programa Nacional de Agricultura Familiar (PRONAF).

O PRONAF é um programa Nacional, foi fundamental para apoiar o custeio de agroindústria. Estudos realizados na região do Paraná promoveram a assistência técnica,

para captação de recursos, com isso, houve estímulo ao desenvolvimento local e adesão ao SIM.

O ambiente competitivo enfrentado hoje pelas empresas agroindustriais (incluindo neste conceito o Sistema de Agroalimentos, Agroindustrial de Alimentos e Complexo Agroindustrial de Alimentos) exige delas padrão gerencial e operacional, com conceito de fundamental qualidade, com redução de custos e incremento de produtividade, na luta pela manutenção e busca de novos clientes. A medida em que a renda e os níveis educacionais têm melhora, cresce a demanda por produtos in natura, produtos com processamento mínimo, livres de agrotóxicos 17 ou outras contaminações, produtos conservados através de processos não químicos, com baixo teor calórico, colesterol e de sódio, valorizando tecnologias artesanais de produção, oferecendo alternativas à agricultura familiar, que hoje disputa mercado, na produção de commodities, que oferece pouca sustentação ao pequeno produtor familiar, grande maioria na Região da Grande Santa Rosa, num ambiente de economia globalizada e aberta à competição dos produtores de classe mundial (RITTER, 2015, p. 16).

Estes programas promovem um maior desenvolvimento entre os órgãos públicos, contribuindo para a implantação de um ecossistema para a melhoria da arrecadação fiscal, isso em cidades do interior evita que essas cidades tenham êxodo, que é a busca por grandes centros urbanos e principalmente a acumulação de pessoas em franjas de cidades grandes, locais esses que se foram as periferias (RITTER, 2015).

Indicadores para o desenvolvimento sobre a qualidade de produtos

A CRFB/1988, determina a criação das políticas públicas que promovem o desenvolvimento social e econômico, o texto se apresenta da seguinte maneira:

Art. 196. Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle [...]. (BRASIL, 1988, n.p.).

Através da análise bibliográfica foi possível observar que os trabalhos em sua maioria afirmam que as políticas públicas aumentam a chance do pequeno produtor

alcançar o mercado. A intersecção que se apresenta neste estudo é quanto a legislação, políticas públicas e desenvolvimento.

Para Ritter (2015) mesmo que a certificação realizada pelo SIM seja obrigatório, ele serve para garantir a qualidade de produtos fabricados e comercializados no âmbito municipal, em que o pequeno produtor é habilitado para executar os procedimentos adequados que garantem condições sanitárias. Isso insere o agricultor familiar em um sistema que garante acesso à comercialização e programas de incentivo à compra de alimentos, como o Programa de Alimentação Escolar, promovendo uma rede de assistência que envolve o sistema público com o privado.

A população tem buscado mudar o padrão de consumo, principalmente quanto a qualidade de produtos, a Política Nacional de Segurança Alimentar (SAN) é uma política do governo que visa comprometer a população com as boas práticas alimentares. Conforme o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) afirma (2004, p.06):

Nem o governo nem as organizações da sociedade civil, agindo isoladamente, têm condições de garantir a segurança alimentar e nutricional da população de modo eficaz e permanente. O esforço para a ação conjunta e coordenada é fundamental, de modo a que cada parte cumpra suas atribuições específicas, utilizando os recursos existentes de forma mais eficiente e com mais qualidade.

Sendo assim, percebe-se essa contrapartida do governo em se preocupar com a Segurança Alimentar, principalmente, existe a possibilidade não apenas da obrigatoriedade (cobrar) dos agricultores, mas de fomentar essas práticas garantindo política agrícola de acesso ao crédito e fomento à produção desenvolvida nas comunidades rurais.

A certificação de qualidade dos produtos conta com um aparato técnico e organizacional para incentivo do aprimoramento dos procedimentos realizados, a intenção é fornecer ao produtor meios e que esses meios sejam executados e a maneira de apresentar isso ao consumidor é através do selo de inspeção, que garante que o mesmo está cumprindo com as normas de higiene e segurança alimentar preconizados pela legislação (RITTER, 2015).

Segundo os autores Minayo e Gualhano apud Ritter (2015) trata-se de uma preocupação da Governança a produção e o consumo de produtos quanto a qualidade e a Segurança Alimentar, é um problema de saúde pública. Considerando o caminho que os alimentos traçam, desde o campo até a mesa da população brasileira. Aponta que um dos problemas atuais é a má nutrição (subnutrição ou desnutrição) que afeta não apenas os

brasileiros, mas a população mundial, provando doenças principalmente em crianças. Sendo que, maioria dessas problemáticas podem ser sanadas com o controle de qualidade de alimentos e da água.

A criação de indicadores é necessária para garantir que exista uma interpretação dos processos sociais e assim servem como instrumentos para o processo de desenvolvimento, principalmente por que se trata de uma política pública e essas necessitam ser monitoradas para evoluir. Nos sites institucionais que apresentam informações sobre o SIM, não existe a menção de como o mesmo impactou na economia dos municípios. Percebe-se, portanto, que não existe essa visão para a instrumentalização do Serviço, também como uma política pública.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a importância da administração municipal implantar o SIM para o desenvolvimento local e eventualmente o desenvolvimento regional, pautada na legislação e contrapartida do município para o desempenho das atividades de comércio de pequenos agricultores e fabricantes de alimentos.

Observou-se que no processo histórico-normativo o SIM faz parte do processo de redemocratização estabelecido pela CRFB/1988, contribuindo de maneira a legislativa, incentivos através de políticas públicas para o desenvolvimento local, para alcançar o desenvolvimento regional.

Percebe-se que a prestação do SIM se dá pelo poder de polícia atribuído aos Inspetores da Vigilância Sanitária, que exercem o que está previsto na Lei, outro ponto a ser destacado é a cobrança dos serviços que também servem como incentivo para arrecadação municipal.

Desta forma, cabe destacar a importância do SIM, para a promoção do desenvolvimento local, em consonância o desenvolvimento de uma cultura de segurança alimentar da população, não importa o tamanho do município ou região. Isso somente pode ser alcançado através desse processo de descentralização dos Serviços.

Apresentou-se ao longo do texto a necessidade de criação de indicadores nacionais para o controle e implantação do SIM, não apenas para verificar quantos municípios implantaram o sistema, mas como esse serviço impacta nas relações comerciais municipais, e assim mapear não apenas o fornecimento de incentivos governamentais, mas a construção de uma cultura voltada para a Segurança Alimentar e a conscientização ambiental.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Antônio Augusto Vieira de; OLIVEIRA, Sydia Rosana de Araújo. **O poder de polícia à luz do Direito sanitário e da vigilância sanitária.** SANARE, Sobral - v.17, n.01,p.58-64, Jan./Jun. – 2018.

BRASIL. Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950. **Dispõe sôbre a inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal.** Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1283.htm. Acesso em: 29 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº5.172 de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htmAcesso em: 03 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989. **Dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7889.htm. Acesso em: 29 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.428, de 26 de novembro de 1993.** Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1993. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1993/prt1428_26_11_1993.html . Acesso em: 30 jan. 2023

BRASIL. Lei nº 9.712, de 20 de novembro de 1998. **Altera a Lei no 8.171, de 17 de janeiro de 1991, acrescentando-lhe dispositivos referentes à defesa agropecuária.** Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9712.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. **Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, 1999b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9782-26-janeiro-1999-344896-norma-actualizada-pl.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**, 5 ed. São Paulo: Pearson: Prentice Hall, 2002.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICIPIOS (CNM). **A importância do Serviço de Inspeção Municipal (SIM) na Gestão Pública e para o Desenvolvimento Agroindustrial** – Brasília. CNM, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (CONSEA). **Princípios e Diretrizes de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional**. Brasília, Julho 2014. Disponível em:
https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Seguranca_Alimentar_II/txtos_referencia_2_conferencia_seguranca_alimentar.pdf Acesso em: 10 jan. 2023.

MARTINS, Sérgio Ricardo Oliveira. **Desenvolvimento Local**: questões conceituais e metodológicas. Revista Internacional de Desenvolvimento Local. Vol. 3, N. 5, p. 51-59, Set. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021

SANTANA, Juliana da Silva. **Serviço de inspeção municipal (SIM): estrutura e organização no município de Tubarão/SC**. Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina. 2022.

SILVA, Alanna Raíssa de Araújo. **Agroindustrialização de frango caipira no estado do Maranhão: Caracterização socioeconômica de agricultores familiares e elaboração de planta baixa**. Braz. J. of Develop., Curitiba, v.6, n.7, p. 43131-43146jul.2020.ISSN 2525-8761.

RITTER, Silmar João. **Implementação Do Serviço De Inspeção Municipal (SIM) e quantidade de estabelecimentos agroindustriais de pequeno porte nos municípios da região da Grande Santa Rosa – RS**. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL FACULDADE DE MEDICINA, especialidade Saúde Pública. Porto Alegre, 2015.

O SISTEMA PENAL À LUZ DO PARADIGMA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

VIVIAN MARAÇAT ANET AFONSO:

Advogada, Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar o funcionamento do sistema penal e do descumprimento por parte do Poder Público quanto aos direitos constitucionalmente assegurados aos reclusos sob a ótica da criminologia crítica. Tal abordagem traz a análise da falência da pena de prisão e da responsabilidade estatal através da ADPF 347.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penal. Criminologia Crítica. Responsabilidade Estatal.

ABSTRACT: This article aims to address the functioning of the penal system and the non-compliance by the Public Power with regard to the constitutionally guaranteed rights of inmates from the perspective of critical criminology. Such an approach brings the analysis of the failure of the prison sentence and state responsibility through ADPF 347.

KEYWORDS: Penal System. Critical Criminology. State Responsibility.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PENAL E DA EXECUÇÃO DA PENA À LUZ DO PARADIGMA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA; 1.1 ESTUDO DO SISTEMA PENAL, SUAS AGÊNCIAS, DISCURSOS E CARACTERÍSTICAS CONTRADITÓRIAS; 1.2 DIREITOS E DEVERES DO PRESO SEGUNDO A LEI DE EXECUÇÃO PENAL; 1.3 FALÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar a crítica quanto a contradição existente entre os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória e a realidade do sistema penal. Para compreender a falha na aplicação das leis que asseguram direitos aos reclusos, é importante assimilar, inicialmente, como se dá o funcionamento do Sistema Penal e os discursos que cada segmento propõe.

A criminologia crítica confirma as fortes características contraditórias do Sistema Penal referentes a seletividade, a estigmatização e a repressão, fatores esses umbilicalmente ligados à falência da pena de prisão.

A violação massiva dos direitos fundamentais sobreveio no chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, atribuído pelo Supremo Tribunal Federal ao sistema prisional brasileiro.

Os principais autores norteadores enquanto pesquisa bibliográfica para sustentar a abordagem foram: Nilo Batista, Eugênio Raúl Zaffaroni, Vera Malaguti, Alessandro Baratta, Cesar Roberto Bittencourt, Rogério Greco, Renato Marcão, Carlos Alexandre de Azevedo Campos e Augusto Thompson.

1 FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PENAL E DA EXECUÇÃO DA PENA À LUZ DO PARADIGMA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A lei de Execução Penal (7.210/94) tem como objetivo dar cumprimento ao comando da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria. Ao adotar a teoria mista ou eclética, a execução penal no Brasil tem como função declarada a de punir e humanizar, no intuito de alcançar a (re)integração social do condenado (MARCÃO, 2012, p. 31-32).

Será abordado nesta seção o funcionamento do Sistema Penal, com enfoque nos eixos teóricos da Criminologia Crítica, compreendendo as formas de execução da pena no Brasil.

1.1 ESTUDO DO SISTEMA PENAL, SUAS AGÊNCIAS, DISCURSOS E CARACTERÍSTICAS CONTRADITÓRIAS

O sistema penal é realizado através de procedimentos necessários para desenvolver o que Zaffaroni (1997, p. 70) chama de “controle social punitivo institucionalizado”, que abarca a atividade do legislador, do Ministério Público, dos juízes e funcionários da execução penal. Se inicia com a suspeita da prática de um crime, desenvolve com a aplicação de uma pena e finaliza com a sua execução.

Ao definir como “institucionalizado” o controle punitivo, refere-se tanto a adoção de procedimentos que a lei prevê, como procedimentos que a lei não prevê, melhor dizendo, ilegalidades rotineiras que passaram a ser toleradas. Assim ocorre quando há a realização de tortura para obter uma confissão, espancamentos como forma de disciplina em estabelecimentos penais, dentre outras práticas conhecidas (BATISTA, 2015, p. 25).

Nilo Batista (2015, p. 25) prevê três estágios de intervenção que se incumbe de realizar o direito penal: a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária.

Zaffaroni (1997, p. 71) distingue em segmentos básicos dos sistemas penais atuais, são eles: o policial, o judicial e o executivo, que atuam de formas distintas em cada etapa cronológica.

Seja a classificação em estágios de intervenção, seja em segmentos básicos, a estrutura é a mesma: a polícia judiciária investiga um crime, devendo se sujeitar às regras que o Código de Processo Penal determina ao inquérito policial e às provas; O inquérito concluído é encaminhado a uma vara criminal; tratando-se de crime perseguível por Ação Penal Pública, o Promotor de Justiça oferecerá a denúncia, e um procedimento se seguirá; E enfim, o réu condenado a pena privativa de liberdade que deva ser cumprida em regime fechado, será recolhido a uma penitenciária, sujeito às disposições da Lei de Execução Penal (BATISTA, 2015, p. 24).

Ocorre que se tem analisado que não há uma única ideologia do sistema penal, os discursos dos segmentos citados se divergem e se contradizem. Ao passo que o discurso judicial desenvolve sua própria cultura, de mera análise à letra de lei, com clara tendência à burocratização; o discurso policial é moralizador e o discurso penitenciário é terapêutico ou de tratamento (ZAFFARONI, 1997, p. 72/73).

Cada discurso ignora o outro como se a intenção fosse se apropriar de uma parte do sistema penal, sem que a atuação se dê de forma convergente. Com isso, no lugar de prevenir futuras condutas criminosas, convertem em verdadeiras carreiras criminosas. (ZAFFARONI, 1997, p. 73)

O Sistema Penal é apresentado como igualitário, quando na realidade é seletivo, se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações, segundo sua classe e posição social (BATISTA, 2015, p. 25).

Baratta, (BARATTA, 2011, p. 86) ao tratar do chamado *Labelling Approach* ou Teoria do Etiquetamento Social, dentro da criminologia crítica, definiu que o criminoso é fruto de um etiquetamento e não de uma situação pré-existente, consiste em dizer que o que determina a conduta criminosa são as características do meio em que se encontra inserido. O sistema punitivo não combate a criminalidade, mas atribui rótulos, fruto de um sistema classista e seletivo. Para Baratta:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade e não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das

instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, não é considerado e tratado pela sociedade como "delinquente" (BARATTA, 2011, p. 86).

A criminologia crítica concluiu que a concepção liberal burguesa da questão criminal priorizou os interesses da classe dominante, imunizou seus comportamentos socialmente danosos e dirigiu o processo de criminalização para as classes subalternas (MALAGUTI, 2011, p. 90).

Para Baratta, a verdadeira relação entre cárcere e sociedade é quem exclui e quem é excluído, ou, melhor dizendo, quem tem o poder de criminalizar e quem está sujeito à criminalização (apud MALAGUTI, 2011, p.91).

Além disso, o Sistema Penal é apresentado como justo, com a finalidade de prevenir o delito, quando na realidade seu desempenho é repressivo, uma vez frustrada sua linha preventiva (BATISTA, 2015, p. 26).

Por fim, o Sistema Penal se apresenta empenhado em cumprir com a dignidade da pessoa e na realidade é estigmatizante, o que reforça a ideia de um "rol desviante", estabelecendo rótulos na figura do criminoso (BATISTA, 2011, P. 26).

Dito isso, torna-se difícil afirmar qual a função que o Sistema Penal cumpre na realidade social. Para a criminologia, como já exposto o pensamento de Baratta, o sistema penal cumpre a função de selecionar pessoas dos setores mais humildes, criminalizá-las, e, dessa forma, indicar os limites do espaço social (ZAFFARONI, 1997, p. 77).

Para outros, como descreve Zaffaroni (1997, p. 77), cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro, assim afirmam os autores marxistas.

Conclui-se, portanto, que o Sistema Penal seria o controle social e sua parte punitiva. A criminalização dos marginalizados não atende uma função ao seu grupo, mas, unicamente, serve para levar uma sensação de tranquilidade aos setores que detém o controle social.

1.2. DIREITOS E DEVERES DO PRESO SEGUNDO À LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Quando se mostra necessária a restrição de liberdade, é preciso assegurar que este seja o único direito humano privado, devendo-se garantir ao recluso a preservação de sua dignidade em todos os aspectos.

Com isso, a execução penal pressupõe direitos e deveres envolvendo o Estado e o condenado.

O art. 39 da Lei de Execução Penal (7.210/94) estabelece deveres do recluso. Sem o comprometimento destes, o condenado cometeria falta disciplinar (MARCÃO, 2011, p. 68):

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal. BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 07 set. 2018.

Quanto aos direitos, estes não se esgotam. Não é pelo motivo de estar privado de sua liberdade que o recluso deixa de ser pessoa humana, sendo, portanto, necessário realizar uma interpretação ampla, no sentido de que o que não constitui restrição, permanece como direito (MARCÃO, 2012, p. 66).

Apesar disso, o artigo 41 da Lei de Execução penal prevê um rol de direitos, que deve ser interpretado como um rol exemplificativo:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 07 set. 2018.

Os direitos previstos nos incisos V, X e XV, podem ser relativizados mediante decisão motivada do diretor do estabelecimento prisional (MARCÃO, 2011, p. 67).

Além dos direitos e deveres estabelecidos ao condenado, a lei prevê como dever do Estado a assistência àqueles privados de liberdade, assim como aos liberados em definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento e ao liberado condicional, durante o período de prova. O objetivo da assistência é prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. (MARCÃO, 2011, p. 50 e 51).

O art. 11 da LEP prevê como assistências a ser prestada: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

A LEP deve sempre observar o princípio da reserva legal e da anterioridade da norma, conforme dispõe o art. 5, XXXIX da Constituição Federal e o art. 1º do Código Penal, de modo que não pode ser definido como sanção o que não há prévia determinação legal (MARCÃO, 2011, p. 68).

1.3. FALÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

No século XIX, com o Sistema Progressivo, impõe-se definitivamente a pena privativa de liberdade, que continua sendo a “espinha dorsal” no sistema penal atual (BITTENCOURT, 2011, p. 96-97).

Esse regime tem como essência a distribuição do tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se os privilégios com a boa conduta do recluso. Além disso, possibilita a reinserção em sociedade antes do término da condenação. (BITTENCOURT, 2011, p.97-98)

Bittencourt (2011, p.111) chama a atenção para alguns fatores que resultaram na crise deste sistema: a duração das penas encontra-se reduzida, entretanto, sem observar a recuperação do condenado, o que eleva a reincidência e gera um sentimento pouco significativo ao recluso.

Além disso, um outro fator considerável que Bittencourt afirma (2011, p. 112) é a existência de pactos internacionais sobre direitos humanos, que tem levado a um questionamento mais rigoroso do sentido teórico e prático da pena privativa de liberdade, contribuindo ainda mais para o debate sobre a sua crise.

O que de fato deve-se chamar atenção é que o encarceramento do criminoso na atual crise do Sistema Progressivo apenas posterga o problema. Geralmente, a sociedade só se atenta quanto a isso quando existe alguma conflitividade carcerária, também chamado de motim carcerário, fator mais evidente da deficiência da pena privativa de

liberdade. Quando o problema é temporariamente resolvido, o sentimento de indiferença da sociedade é retomado.

As rebeliões têm sua razão de ser: presídios superlotados, muitos com três, quatro ou cinco vezes a sua capacidade; a maioria dos presídios sem trabalho ou algum tipo de educação; no quesito alimentação, verificou-se comidas estragadas ou com validade vencida, servidas como refeição; revistas vexatórias às visitas dos reclusos; a normalidade do isolamento; insuficiência do número de profissionais habilitados para fazerem a defesa dos que já se encontram presos, dentre outros fatores. (GRECO, 2011, p. 240-241)

Os motins carcerários mais famosos se deram pelas deploráveis condições materiais, assim ocorreu na França (1972-1974), na Itália (1972) e o "massacre do Carandiru" em São Paulo (1992), o desrespeito à dignidade do preso e a violência excessiva se repetem ainda hoje, em qualquer parte do mundo (BITTENCOURT, 2011, p. 230).

Os reclusos, principalmente nos presídios da América Latina, são jogados pelo Estado de uma forma que impossibilita o cumprimento de pena de maneira digna, sempre afetando direitos que lhe são inerentes. (GRECO, 2011, p. 226)

A maioria dos sistemas penitenciários encontra como deficiência a falta de orçamento, Bittencourt realça (2011, p. 230) que o financiamento do sistema penitenciário não é prioridade para o orçamento público. Além disso, há pessoal técnico despreparado, o que dificulta o bom relacionamento com os reclusos e, por fim, predomina a ociosidade nas prisões, o que prejudica qualquer programa de ressocialização.

A Lei Complementar nº 79/1994 criou o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, para o financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro. No entanto, conforme o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) relata na ADPF 347, estamos diante da ausência de destinação dos valores aos fins próprios.

O PSOL destaca que há saldo de R\$ 2,2 bilhões, sendo contingenciado pela União. A referida ADPF determinou, em sede de liminar, que a União libere o saldo acumulado do FUNPEN para a utilização com a finalidade para a qual foi criado.

O desleixo do Poder Público, cumulado com a reação social de vingança, gera uma punição cruel e desumana ao recluso. Neste sentido, Bittencourt afirma (2011, p. 91) que:

A tentativa de humanizar a pena, assim como o propósito de converter o sistema penitenciário em instrumento reabilitador, sempre encontrou duas grandes dificuldades: de um lado, o cidadão comum mantém uma atitude vingativa e punitiva a respeito da pena privativa de liberdade, e, de outro lado, as autoridades públicas, por

pragmatismo e oportunismo (geralmente com intenções demagógicas e eleitoreiras), não se atrevem a contradizer esse sentimento vingativo.

Além disso, Rogério Greco (2011, p.227) realça como a corrupção por parte dos agentes carcerários se tornou comum, para ter direito inclusive ao que é devido pelo Estado, os presos são extorquidos:

[...] Desde o simples papel higiênico, à possibilidade de terem televisores em suas celas, da entrega de bens pessoais feita por seus familiares, enfim, tudo passou a ter um preço a ser cobrado dos presos, o que, obviamente, gerou revoltas que culminaram com a morte de inúmeras pessoas.

Os mesmos problemas, na realidade ainda piores, ocorrem nos presídios femininos. Greco (2011, p. 267) conta que:

Há relatos, em presídios femininos, de detentas feridas em virtude de arma de fogo; espancadas com barras de ferro; tuberculosas e aidéticas que não recebem o necessário atendimento médico e disseminam a doença em seu meio; presas grávidas que foram espancadas por guardas penitenciários, que as agrediram desferindo socos em sua barriga; detentas que, agredidas violentamente, tiveram seus dentes quebrados; outras submetidas a choques elétricos nos seios e na região genital. Enfim, as precárias condições carcerárias femininas não se diferenciam das péssimas condições existentes nas penitenciárias masculinas.

A Lei de Execução Penal no Brasil (L. 7210/84), baseada no Sistema Progressivo, não tem alcançado sua finalidade. Os governos de todos os níveis não demonstram interesse em cumprir suas determinações legais e colocam o Brasil como alvo de denúncias reiteradas de violação aos Direitos Humanos. Observando o plano de análise da norma, de acordo com a Escada Ponteano, resta evidente se tratar de uma norma que existe, é válida, entretanto, carece de eficácia.

As más condições dos presídios no Brasil chamam atenção quando se trata da negativa de extradição de acusados de crimes em território nacional, como ocorreu, inicialmente, com o ex- diretor de marketing do Banco do Brasil, Henrique Pizzolato, condenado pelo mensalão (Ação Penal 470), em 2012. A Itália negou a extradição acatando o argumento da defesa de que os presídios brasileiros apresentam condições degradantes

que violam o princípio da dignidade da pessoa humana (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Portal de notícias**).

Bittencourt ratifica (2011, p. 230) tudo que foi dito anteriormente, é inquestionável que “a superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano”.

Os presídios brasileiros tornaram-se um local insalubre, precário e de superlotação, o que gera um âmbito propício à proliferação de epidemias e contágio de doenças, intensificado pela má alimentação e falta de higiene. Ou seja, o condenado está submetido a uma penalização muito além do determinado pela sentença. São expostos a sofrimentos que a lei não ordenou, configurando uma dupla penalização do condenado.

Os índices alarmantes de reincidência demonstram a falência do Estado com relação à sua meta ressocializadora, a validade do cumprimento de pena está ameaçada e sem credibilidade.

CONCLUSÃO

É possível concluir que o discurso dos segmentos do sistema penal, enquanto função declarada da pena, não segue a mesma lógica enquanto função real, o que dificulta a reintegração social do condenado. Estamos diante de um sistema classista e seletivo, como define a criminologia crítica.

Ter um sistema seletivo, que atribui rótulos e apresenta um desempenho repressivo é característica de um Poder Público que não se comove e corrobora com o sentimento vingativo e punitivo de uma classe dominante. Classe essa que, na realidade, acaba sendo a única destinatária da função social da pena, cuja finalidade é direcionada ao sentimento de tranquilidade para o seu grupo, pouco importando na falaciosa ressocialização de quem foi inserido no sistema penal.

Dito isto, é fácil enxergar a falência da pena privativa de liberdade. A ausência de preocupação com a ressocialização do condenado é corroborada pela falta de prioridade do orçamento público quanto ao financiamento do Sistema Penitenciário.

O reflexo de tal falência é observado através dos motins carcerários, decorrentes da superlotação dos presídios; do ócio encontrado dentro do cárcere; da ausência de higiene, desrespeitando as condições mínimas para a dignidade da pessoa humana; da falta de recursos humanos; da corrupção dos servidores públicos, dentre outros fatores.

Essa penalização que ultrapassa a determinação contida na sentença penal condenatória impõe um sentimento de revolta que prejudica a meta ressocializadora e

resulta diretamente nos elevados índices de reincidência. A própria sociedade, que não enxerga o recluso como sujeito de direitos, diante da tamanha indiferença e descaso, é responsável e diretamente atingida.

O índice de reincidência só deixará de ser alarmante quando a própria sociedade e o Poder Público se conscientizarem de que o sistema penal foi feito para atender a real função social da pena, que tem como finalidade primordial a humanização e ressocialização do recluso em consonância com a função declarada, através do tratamento digno.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso: 10 mar. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

LAZARI, Rafael; OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia. **Manual de Direitos Humanos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERRANGELI, José Renato; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A EFETIVA OCORRÊNCIA DO ADIMPLEMENTO NO DECORRER DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL REGULAR E PÓS PROPOSITURA DE EXECUÇÃO FORÇADA

CAROLINA TUONI MATIAS:

Mestranda em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Gestão de Negócios pela Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz" (USP/Esalq). formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER). Advogada.⁹

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar as situações em que se dá a efetiva ocorrência do adimplemento no decorrer da relação obrigacional, bem como após a propositura de execução forçada. Para tanto será brevemente estudada a necessidade de o devedor observar as regras/princípios do exato adimplemento e da integralidade da prestação, elementos indispensáveis para o adimplemento. Na sequência, será verificada a necessidade de cumprimento, não apenas da obrigação principal, mas também dos deveres secundários e anexos do contrato para que se possa falar de adimplemento. Dentro desse contexto, será possível realizar breve distinção do adimplemento e de outras formas de extinção da obrigação, inclusive analisando o entendimento da doutrina quanto à execução forçada. Por fim, será estudado que, mesmo que se entenda que a execução forçada pode ser considerada forma de adimplemento, é necessário que se apure o adequado momento de sua ocorrência dentro do processo, notadamente pela necessidade de observação de elemento indispensável, qual seja a satisfação do credor.

Palavras-Chave: Direito Civil. Adimplemento. Hipóteses. Outras figuras de extinção da obrigação. Execução forçada. Satisfação do credor.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the effective due performance of a contract through the regular relationship of the parties, as well as after filled a lawsuit for an enforced payment. For this purpose, it will be briefly studied the debtor's obligation to pay the creditor on the exact terms that the obligation has been contracted and the obligation to pay its wholeness. After that, it will be verified the need to be fulfilled, not only the main owe of the obligation, but the secondary and attached duties by the debtor, so it can be possible to recognize the contract performance. Therefore, it will be studied a brief distinction between the contract performance and other means that the obligation

⁹ E-mail: carolinatmatias@gmail.com

can be solved, including a doutrinary view about the enforced payment. At last, it will be studied that, even for those who recognize the obligation performance by means of an enforced payment, it's necessary to establish the exact moment of its occurrence, mainly because it will be necessary to occur the creditor fulfillment.

Keywords: Civil law. Due performance. Hypotheses. Other means of solving the obligation. Enforced payment. Creditor fulfillment.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Adimplemento: o exato adimplemento da obrigação e a integralidade na prestação; 3. A conduta das partes: boa-fé e diligência com vistas ao adimplemento; 4. Efetiva configuração do adimplemento e outras formas de extinção da obrigação que não correspondem ao adimplemento; 5. Execução forçada e a discussão sobre o efetivo pagamento; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O Adimplemento é figura muito falada, mas a verdade é que, por vezes, não é possível de se saber, ao certo, sua extensão e se efetivamente estamos diante desta figura ou se se trata de uma diversa.

Para a configuração do adimplemento, tem-se que um elemento se mostra essencial, qual seja a prestação "concretamente devida".

A obrigação deve ser cumprida de acordo com o interesse do credor, sendo este que define a função da obrigação. Assim, a forma usual de extinção da relação obrigacional é a satisfação do interesse concreto do credor, o qual será proporcionado por meio de sacrifício imposto ao devedor pela relação obrigacional.

Em que pese a aparente simplicidade do tema, é importante destacar que, por vezes, a verificação do efetivo adimplemento pode ser um pouco mais complexa, tendo em vista que, atualmente, o estudo do direito obrigacional prevê uma estrutura dinâmica, não mais estática, de modo que, além da prestação principal, também deve ser observada a prestação secundária e, ainda, os deveres anexos ou laterais decorrentes da boa-fé.

A boa-fé objetiva deve reger todas as relações entre partes, mas fato é que no âmbito do adimplemento esta desempenha papel essencial, inclusive para fins de sua configuração.

A conduta de diligência das partes também se mostra necessária e não repousa muito distante da boa-fé objetiva, sendo muito debatida, tanto em nosso ordenamento jurídico, quanto nas legislações estrangeiras.

Assim, deve ser reconhecido um alargamento no âmbito do adimplemento, sendo que este apenas pode ser entendido por configurado nos casos em que o comportamento do obrigado também abarque as prestações secundárias e deveres anexos, com base na boa-fé.

Importante destacar que nem sempre estamos diante da figura do adimplemento, já que, por vezes, a obrigação pode se extinguir de formas diversas que, ainda que guardem semelhanças e possam induzir o aplicador do direito em erro, não se trata efetivamente de adimplemento.

A dificuldade de reconhecimento do adimplemento nessas hipóteses está consubstanciada no fato de que o interesse do credor não restou satisfeito da forma inicialmente convencionada pelas partes.

É importante destacar, ainda, que o Código Civil prevê, a partir de seu artigo 334, outras figuras que acabam por levar à extinção da obrigação, tais como a consignação em pagamento, a novação, a compensação, a remissão *etc.*

No caso da execução forçada, por exemplo, existe discussão sobre o tema.

Isso porque não houve o pagamento do *quantum* avençado, a parte foi obrigada a se socorrer do judiciário e, ainda, teve que aguardar o pagamento do devedor perante o juízo ou, até mesmo, utilizar de métodos de constrição de bens do devedor.

Nesse sentido, para alguns, não haveria que se falar em adimplemento, porque o adimplemento seria a realização voluntária do programa obrigacional.

Esse entendimento, no entanto, não é pacificado, na medida em que parte da doutrina entende que, em tese, ocorrerá a efetiva satisfação da obrigação, ainda que por meios indiretos. Sendo, assim, absolutamente possível de se reconhecer o adimplemento mesmo que por intermédio de execução forçada.

Todavia, ainda que se entenda que a execução forçada é capaz de reconhecer a obrigação com adimplida, ainda assim, é de se destacar que é extremamente relevante que haja a efetiva satisfação do credor para este reconhecimento.

Assim, em se pensando em execução forçada, mesmo para aqueles que defendem a possibilidade de reconhecimento de adimplemento, é de suma importância que seja verificado o efetivo momento da sua ocorrência.

Nesse sentido, se demonstrará questão de extrema importância que vem tomando corpo no Poder Judiciário, qual seja, o fato de que o mero depósito de valores nos autos

do processo não é apto a reconhecer o efetivo pagamento, sem que a quantia seja efetivamente liberada ao exequente pelo executado.

Assim, será averiguado o momento em que, efetivamente, ocorre o adimplemento da obrigação, seja no curso regular do contrato, seja após a propositura de eventual execução forçada.

É o que o presente estudo pretende demonstrar.

2. O Adimplemento: o exato adimplemento da obrigação e a integralidade na prestação

O Adimplemento é figura muito falada, mas a verdade é que, por vezes, não é possível de se saber, ao certo, sua extensão e se efetivamente estamos diante desta figura ou se se trata de uma diversa.

Conforme esclarece a doutrina¹⁰, o adimplemento, também chamado de pagamento ou cumprimento, pode ser conceituado como “a realização, pelo devedor, da prestação concretamente devida, satisfatoriamente”.

Além disso, é importante que “ambas as partes tendo observado os deveres derivados de boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias.”¹¹ Esse tema será melhor analisado no capítulo abaixo.

Como se vê, entende-se que para a configuração do adimplemento, tem-se um elemento se mostra essencial, qual seja, a prestação “concretamente devida”.

A obrigação deve ser cumprida de acordo com o interesse do credor, sendo este que define a função da obrigação.

Assim, a forma usual de extinção da relação obrigacional é a satisfação do interesse concreto do credor, o qual será proporcionado por meio de sacrifício imposto ao devedor pela relação obrigacional, em seus termos.

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Arts 304 a 388. Coordenador Salvo de Figueiredo Teixeira. Editora Forense. 2003. P. 81.

¹¹ Op cit.

A doutrina¹² esclarece que o efeito próprio da prestação é obrigar o devedor ao pagamento, sendo necessário que este cumpra exatamente a avença que contraiu.

Nesse sentido, é de se destacar que, de acordo com o artigo 313 do Código Civil, o “credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.” e esta regra, que também possui força principiológica, é conhecida como Exato Adimplemento.

Ou seja, caso o devedor ofereça prestação diversa daquela a que se obrigou, o credor poderá recusá-la.

Frise-se que o exato adimplemento não diz respeito apenas ao pagamento no exato valor ao credor, mas sim ao efetivo preenchimento de todos os pressupostos do pagamento, sendo eles subjetivos (quem e a quem se deve pagar); objetivos (o que e onde pagar); bem como temporal (quando pagar). Ou seja, a exatidão do pagamento deve ser qualitativa e quantitativamente.

A inobservância de qualquer desses elementos pode levar ao inadimplemento – ou à mora que poderá ser purgada, se o caso.

No direito português, em sentido semelhante, é possível destacar o princípio da correspondência, o qual, como explica António Menezes Cordeiro¹³, possui duas dimensões, sendo elas de (i) “identificar uma conduta como correspondendo à execução de determinada obrigação”, bem como (ii) “formular, a seu respeito, um juízo valorativo positivo”.

Para ele, a falta deste princípio implicaria no não cumprimento da obrigação ou, ao menos, em seu cumprimento defeituoso, devendo operar normas de sanção.

Além da regra/princípio do exato adimplemento, também não se pode olvidar que o adimplemento se configura com a integralidade na prestação.

Conforme dispõe expressamente o artigo 314 do Código Civil, mesmo que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, “*não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou*”.

¹² NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 31/41.

¹³ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. Vol. IX. Direito das obrigações. Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. 3ª edição totalmente revista e aumentada. Almedina. 2017. P. 72

Ou seja, a prestação deve ser solvida por inteiro, de uma única vez, não sendo possível o pagamento fracionado, ainda que a sua natureza permita o adimplemento parcelado. Só poderá ocorrer em sentido diverso se assim ficar estabelecido e ajustado entre as partes.

A premissa da regra/princípio da integralidade está pautada no fato de se considerar como “unitário o comando de realizar a prestação para o devedor e o credor ter interesse em efetuar a recepção da prestação apenas uma vez”¹⁴.

Assim, para que haja o reconhecimento do adimplemento, faz-se necessário o adequado preenchimento das regras/princípios da integralidade e do exato adimplemento, lembrando que a obrigação deverá ser satisfeita dentro do interesse do credor, nos moldes ajustados pelas partes.

Em que pese a aparente simplicidade do tema, é importante destacar que, por vezes, a verificação do efetivo adimplemento pode ser um pouco mais complexa, tendo em vista que, atualmente, o estudo do direito obrigacional prevê uma estrutura dinâmica, não mais estática.

Deste modo, para que seja possível em se falar de adimplemento, além da prestação principal, também deve ser observada a prestação secundária e os deveres anexos ou laterais do contrato.

3. A conduta das partes: boa-fé e diligência com vistas ao adimplemento

Como visto, o adimplemento se dá a partir do momento em que, pautado no interesse do credor, o devedor realiza seus esforços para cumprir a obrigação nos exatos termos pactuados.

No entanto, a verdade é que o direito moderno não esquece dos deveres anexos, sendo que hoje se entende que não basta a prestação da obrigação principal, mas também deve ser observada a prestação secundária e, ainda, os deveres anexos ou laterais decorrentes da boa-fé.

Não há dúvidas que a boa-fé objetiva deve reger todas as relações entre partes, mas fato é que no âmbito do adimplemento esta desempenha papel essencial, inclusive para fins da verificação de sua efetiva ocorrência.

¹⁴ NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 31/41.

Conforme expõe a doutrina¹⁵, essa importância se dá pelo fato de que as relações obrigacionais se qualificam como “relação de cooperação, fundando-se numa confiança qualificada” e que, apesar de não ser revista expressamente no Código Civil no que diz respeito ao tema, é esta que impõe os comportamentos acessórios para o adequado adimplemento, além de ser capaz de mensurar o dever de adimplir.

A sua relevância é tamanha que é capaz de outorgar a medida do esforço que pode ser exigida ao devedor para o adimplemento.

Conforme expõe Carlos Roberto Gonçalves¹⁶ a boa-fé objetiva enseja o inadimplemento “mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato.”.

Justamente por isso, é a Conclusão n. 24 da I Jornada de Direito Civil (STJ-CJF) que reconhece que “[e]m virtude do princípio da boa-fé objetiva, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”.

Para António Menezes Cordeiro¹⁷, a boa-fé, que sempre deve estar presente no campo do adimplemento, desempenha 4 (quatro) funções, quais sejam (i) na determinação da prestação principal; (ii) na fixação dos deveres acessórios; (iii) na delimitação do esforço exigível pelo devedor; (iv) na integração da relação obrigacional.

No que diz respeito à prestação principal, a boa-fé se mostraria como aquela que dita a precisa configuração da prestação principal, podendo haver extensão às obrigações secundárias.

Já no que tange à fixação dos deveres acessórios, os quais “protegem as partes” e “asseguram a efetiva consecução da prestação principal e das prestações secundárias”, esclarece que a sua concretização pode ser decisiva para a realização do vínculo obrigacional.

15 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Arts 304 a 388. Coordenador Salvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense. 2003. P. 93/94.

16 Gonçalves, Carlos Roberto Contratos e atos unilaterais Coleção Direito civil brasileiro volume 3 – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 61

17 CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. Vol. IX. Direito das obrigações. Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. 3ª edição totalmente revista e aumentada. Almedina. 2017. P. 72

Sobre o esforço do devedor, esclarece-se que este está sempre adstrito a um *quantum* de esforço, o qual depende de diversas circunstâncias criada e a “realidade subjacente”.

Por fim, no que se refere à integração da relação obrigacional, esclarece que, em havendo espaços a preencher, o próprio credor pode ser chamado a colaborar, de modo que “o cumprimento integra-se num *continuum* no qual, de novo, a boa-fé pontifica”.

Judith Martins-Costa¹⁸ vai além e defende que a boa-fé se caracteriza como um “superprincípio” que origina outros “subprincípios”, como o do “equilíbrio entre as prestações, nos contratos bilaterais e sinalagmáticos”, além da “vedação das condutas contraditórias e o da proteção das justas expectativas dos partícipes das relações obrigacional e de terceiros eventualmente atingidos, direta ou indiretamente”.

Ainda, esclarece que se encontra diretamente conectado ao Princípio da boa-fé, os princípios da correspondência (ou do exato adimplemento, como visto acima) e o da não divisibilidade (ou integralidade, nos termos acima estudados).

A conduta de diligência, por sua vez, parece não repousar muito distante da boa-fé objetiva, sendo muito debatida, tanto em nosso ordenamento jurídico, quanto nas legislações estrangeiras.

Conforme explica Stéfano Rodotà¹⁹, a diligência se trataria de um conceito elástico, sendo, de acordo com a legislação italiana, uma medida de comportamento do devedor na realização da prestação devida, resumida no seu complexo de cuidado e de cautela que cada devedor deve normalmente empregar na satisfação da obrigação, observando a natureza da redação particular e todas as circunstâncias de fato que a determinam.

No referido ordenamento jurídico – assim como em outros, ao exemplo do Português -, para aferição da diligência, utiliza-se o parâmetro do “bom pai de família”, figura que parece idônea para se referir nestas hipóteses, ou seja, uma figura peculiar de diligência.

Em suma, não bastaria ao devedor para eximir a sua responsabilidade, demonstrar ter feito o que lhe cabia minimamente para estar exatamente adimplente com a obrigação,

18 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Arts 304 a 388. Coordenador Salvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense. 2003. P. 93/94.

19 RODOTÀ, Stefano. Diligenza: diritto civile. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1964, v. 12, p. 539-546.

mas, ao contrário, precisa demonstrar que sua postura foi diligente, sem qualquer embaraço.

Nesse sentido, Giovanni Ettore Nanni²⁰ esclarece que deve ser reconhecido um alargamento no âmbito do adimplemento, sendo que este apenas pode ser entendido por configurado nos casos em que o comportamento do obrigado também abarque as prestações secundárias e deveres anexos, com base na boa-fé.

Sobre essa questão, não é demais ressaltar que o credor também está vinculado a estes deveres anexos, sendo que lhe cabe, por exemplo, não embaraçar o cumprimento da obrigação e agir com a diligência esperada para ver a obrigação adimplida.

Assim, explica-se²¹ que cumpre a obrigação quem satisfaz a prestação principal, mas comportando-se, no espectro mais amplo da relação, de modo solidário, cooperativo e leal.

Portanto, cumprir a prestação principal, mas descumprir os deveres anexos, significaria uma forma de inadimplemento.

4. Efetiva configuração do adimplemento e outras formas de extinção da obrigação que não correspondem ao adimplemento

Como visto, para que o adimplemento efetivamente ocorra se faz necessário que todas as obrigações tenham sido prestadas da forma efetivamente avençada, sem esquecer dos deveres anexos que deverão ser observados.

Conforme esclarece a doutrina²², é possível de se entender que o efetivo adimplemento é “a realização voluntária do programa obrigacional sempre em respeito à boa-fé objetiva, distinguindo-se das formas de execução forçada ou por terceiro”.

Apesar disso, deduz que, não bastasse, a sua definição ainda depende de “outros atributos, quais sejam, seus efeitos”, sendo estes (i) a extinção da obrigação; (ii) liberação do devedor; bem como a (iii) satisfação do interesse do credor.

A linha no reconhecimento do adimplemento pode ser tão tênue em relação a outras figuras que, conforme esclarece a mesma doutrina²³, é possível que tenha havido

²⁰ NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 31/41.

²¹ Op. cit

²² TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Adimplemento: conceito e sua natureza jurídica. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 10/ 2017 | p. 51 - 72 | Jan - Mar / 2017 DTR\2017\478

²³ Op. cit

a satisfação do interesse do credor, mas haja alguma violação que impeça o reconhecimento do efetivo adimplemento.

Nesse sentido, expõe que, por vezes, “[a] satisfação do interesse em um determinado momento não obsta que, após certo acontecimento, a obrigação esteja inarredavelmente inadimplida, e, por consequência, verifique-se *mora solvendi* ou até inadimplemento absoluto.”²⁴.

Não bastasse isso, por vezes, a obrigação pode se extinguir de formas diversas que, ainda que guardem semelhanças e possam induzir o aplicador do direito em erro, não se trata efetivamente de adimplemento.

Ou seja, pode se estar diante de outros acontecimentos que não o cumprimento do devedor dentro dos moldes avençados, o que, portanto, não caracterizaria o adimplemento. Tais hipóteses podem se tratar, por exemplo, de cumprimento da obrigação por terceiro.

É importante destacar que o Código Civil prevê, a partir de seu artigo 334, outras figuras que acabam por levar à extinção da obrigação, tais como a consignação em pagamento, a novação, a compensação, a remissão *etc.*

Rogério Lauria Marçal Tucci²⁵, entende que a função dos meios indiretos de extinção da obrigação podem ser os mesmos que o adimplemento, mas a sua natureza só poderá ser equiparada à do adimplemento nos casos em que o meio de extinção não depender de nova declaração de vontade. Esclarece que a natureza jurídica do adimplemento é una, a de ato-fato jurídico e essa conclusão é pautada no clássico entendimento de Pontes de Miranda²⁶ e as classificações do fato do adimplemento.

Aliás, para referido doutrinador, o adimplemento, ou *solutio*, poderia ser vislumbrado sob dois ângulos: o adimplemento em sentido largo e o adimplemento em sentido estreito. Na primeira hipótese, deveria se entender por qualquer liberação do devedor ou, ainda, qualquer satisfação do credor, enquanto a segunda seria a prestação do devedor “diretamente do devido”²⁷.

24 Op. cit

25 Op. cit

26 MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 24, p. 71-85 (§ 2.902 a § 2.905). p. 142

27 Op. cit

Por sua vez, para Judith Martins-Costa²⁸, será de suma importância a análise da situação para que se verifique a ocorrência, ou não, do adimplemento. Entende, inclusive, que é possível que ocorra o “adimplemento”, mas que deste não decorra necessariamente o efeito extintivo, porque a relação obrigacional pode perdurar pelos efeitos dos deveres anexos, por exemplo.

Assim, cria uma distinção entre (i) adimplemento em sentido técnico e restrito, com efeito extintivo; (ii) adimplemento em sentido amplo; (iii) outras formas de extinção da obrigação que não constituem adimplemento; bem como (iv) adimplemento sem extinção da relação obrigacional.

A dificuldade de reconhecimento do adimplemento nessas hipóteses está consubstanciada no fato de que o interesse do credor não restou satisfeito da forma inicialmente convencionada pelas partes.

No caso da execução forçada, por exemplo, existe discussão doutrinária sobre o tema.

Isso porque não houve o pagamento do *quantum* avençado, a parte foi obrigada a se socorrer do judiciário e, ainda, teve que aguardar o pagamento do devedor perante o juízo ou, até mesmo, utilizar de métodos de constrição de bens do devedor.

Nesse sentido, para alguns, não haveria que se falar em adimplemento. A doutrina que assim entende esclarece que “o adimplemento é a realização voluntária do programa obrigacional sempre em respeito à boa-fé objetiva, distinguindo-se das formas de execução forçada ou por terceiro”²⁹.

Esse entendimento, no entanto, não é pacificado, na medida em que parte da doutrina³⁰ entende que ocorrerá a efetiva satisfação da obrigação, ainda que por meios indiretos. Assim, para estes, seria possível concluir pela ocorrência do adimplemento, conquanto não haja a voluntariedade do devedor.

28 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Arts 304 a 388. Coordenador Salvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense. 2003. P. 87.

29 Op. cit

30 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Arts 304 a 388. Coordenador Salvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense. 2003. P. 91;

ASSIS, Araken de. Comentários ao Código de processo civil. Rio de Janeiro. Forense, 2001. Vol. . (arts 566 a 645), p. 23.

Para Judith Martins-Costa³¹, o pagamento por meio da execução forçada caracterizaria, sim, adimplemento, porque “embora os percalços a que estará sujeito o credor que deva percorrer a via executiva”, ainda assim seria possível considerar a existência do elemento satisfativo da obrigação com um todo, elemento este que, para ela, seria suficiente para o reconhecimento do adimplemento da obrigação. ³²

Seja como for, é importante reconhecer que a ocorrência do adimplemento de forma efetiva depende de diversos fatores – inclusive lembrando a questão do alargamento do conceito, em razão dos deveres anexos da obrigação -, sendo que a extinção da obrigação nem sempre ocorre por meio deste.

5. Execução forçada e a discussão sobre o efetivo pagamento

Como visto acima, há quem entenda pela ausência de adimplemento com a satisfação do crédito por meio da execução forçada e é o que se tomará como premissa neste trabalho.

Todavia, mesmo para aqueles que entendem que a execução forçada é capaz de reconhecer a obrigação com adimplida, ainda assim é de se destacar que, como defendido pela jurista Judith Martins Costa³³, é extremamente relevante que haja a efetiva satisfação do credor para este reconhecimento.

Nesse sentido, questão de extrema importância que vem tomando corpo no Poder Judiciário é o fato de que o mero depósito de valores nos autos do processo não é apto a reconhecer o efetivo pagamento, sem que a quantia seja efetivamente liberada ao exequente (credor) pelo executado (devedor).

Essa questão vai completamente em linha com o quanto a mencionada doutrinadora esclarece, pois não é possível de se reconhecer o elemento por ela mencionado - qual seja a “satisfação” do credor - sem que o credor possa efetivamente levantar e usufruir da quantia.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Arts 304 a 388. Coordenador Salvo de Figueiredo Teixeira. Editora Forense. 2003. P. 87.

³² Op. cit

³³ Op. cit

Assim, o mero depósito sem a liberação da quantia para a credor – com a consequente discussão do crédito cobrado pelo executado –, não traria o elemento satisfativo e, portanto, não haveria como se reconhecer o adimplemento da obrigação.

Exatamente em linha a este raciocínio é que a jurisprudência³⁴ reconhece que o mero depósito para discussão do crédito, sem que se permita o levantamento pela contraparte, faz incidir a previsão legal contida no artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil de que em “[n]ão ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput*, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.”.

Veja-se exemplificativamente:

“Cumprimento de sentença – Honorários advocatícios - Impugnação parcialmente acolhida – Acordo celebrado em autos diversos que não envolveu os honorários sucumbenciais executados nestes autos – Multa prevista no §1º do artigo 523 do CPC de 2015 – Cabimento – Depósito visando garantir o Juízo, com a finalidade de opor impugnação ao cumprimento de sentença – Ausente pagamento visando o adimplemento voluntário da obrigação – Acolhimento parcial da impugnação – Mantida sucumbência recíproca para o incidente, com repartição proporcional dos ônus sucumbenciais - Recurso desprovido.

(...) Com relação à multa arbitrada, melhor sorte não assiste ao recorrente. O recorrente efetuou depósito visando garantir o Juízo, com a finalidade de opor impugnação ao cumprimento de sentença. **Não houve, então, a apresentação de valores visando o adimplemento voluntário da obrigação, incidindo, ausente o propósito de pagamento voluntário,** conforme o entendimento

34 STJ. AgInt no REsp 1822636/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/02/2021;

STJ. REsp 1803985/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2019;

STJ, Recurso Especial nº 1.834.337/SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 03/12/2019

TJ/SP; Agravo de Instrumento 2265933-38.2019.8.26.0000; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Presidente Prudente - 2ª. Vara Cível; Julgado em 20/02/2020

TJ/SP; Agravo de Instrumento 2166192-93.2017.8.26.0000; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Julgado em 10/11/2017;

TJ/SP. Agravo de Instrumento 2172133-19.2020.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Público. Des Rel. Maria Laura de Assis Moura Tavares. Julgado em 21.06.2021.

pacificado no E. Superior Tribunal de Justiça, a multa prevista no §1º do artigo 523 do CPC de 2015 (REsp 1.175.763, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª T, julgado em 21/06/2012; AgInt nos EDcl no AREsp – destaca-se).”

E assim dispõe a doutrina³⁵³⁶:

“A multa incidirá mesmo que o devedor venha a depositar o valor devido, mas pretenda discutir o objeto do cumprimento. **É que em tal caso juridicamente não se operou o pagamento; não houve o adimplemento ou vontade de extinguir o procedimento executivo**, mas, ao contrário, de lhe dar sequência para discussão do todo parte” (destaca-se)

“Permanece aplicável o entendimento consolidado no STJ anteriormente ao CPC de 2015, no sentido de que o executado que se limita a depositar o valor como mera medida preparatória para a impugnação ao cumprimento de sentença (CPC/73, art. 475-J, §1º; CPC/15, art. 523, §1º) não promove o ‘pagamento’ e, como tal, se sujeita a esses acréscimos legais ao valor da execução”

Ou seja, o depósito realizado condicionado à discussão da cobrança e obstando o credor de levantar a verba devida, não pode ser reconhecido como pagamento, mesmo para aqueles que defendem a possibilidade de reconhecimento de adimplemento da obrigação por meio da execução coativa.

Assim, em se pensando em execução forçada, mesmo para aqueles que defendem a possibilidade de reconhecimento de adimplemento, é de suma importância que seja verificado o efetivo momento da sua ocorrência, levando em conta a satisfação do crédito pelo credor.

6. Conclusão

Conclui-se, assim, que a averiguação da ocorrência efetiva do adimplemento não é tarefa simples, seja sob uma análise do regular trâmite do contrato, seja em uma análise

35 PAVAN, Dorival Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 2. Cassio Scarpinella Bueno [coord.]. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 683

36 SICA, Heitor Victor Mendonça. In Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer [coord.]. Editora Forense, 2015, p. 822

em que tenha sido proposta uma execução forçada – para aqueles que entendem ser possível falar de adimplemento nesta hipótese.

De maneira geral, para a configuração do adimplemento, tem-se que um elemento se mostra essencial, qual seja, a prestação “concretamente devida”.

Contudo, é importante destacar que, tanto na consecução regular do contrato, quanto em situações em que foi proposta uma execução forçada, é necessária a observação de diversos elementos.

Atualmente, o estudo do direito obrigacional prevê uma estrutura dinâmica, não mais estática, de modo que, além da prestação principal, também deve ser observada a prestação secundária e, ainda, os deveres anexos ou laterais decorrentes da boa-fé.

A boa-fé objetiva deve reger todas as relações entre partes, mas fato é que no âmbito do adimplemento esta desempenha papel essencial, inclusive para fins de sua verificação. A conduta de diligência também não repousa muito distante da boa-fé objetiva, sendo muito debatida, tanto em nosso ordenamento jurídico, quanto nas legislações estrangeiras.

Assim, deve ser reconhecido um alargamento no âmbito do adimplemento, sendo que este apenas pode ser entendido por configurado nos casos em que o comportamento do obrigado também abarque as prestações secundárias e deveres anexos, com base na boa-fé.

Importante destacar que nem sempre estamos diante da figura do adimplemento, já que, por vezes, a obrigação pode se extinguir de formas diversas que, ainda que guardem semelhanças e possam induzir o aplicador do direito em erro, não se trata efetivamente de adimplemento.

O Código Civil prevê, a partir de seu artigo 334, outras figuras que acabam por levar à extinção da obrigação, tais como a consignação em pagamento, a novação, a compensação, a remissão *etc.*

Nesse sentido, no caso da já mencionada execução forçada existe discussão sobre o tema.

Para aqueles que entendem pela possibilidade de reconhecer o adimplemento na execução forçada, a premissa utilizada é a de que ocorrerá a efetiva satisfação da obrigação, ainda que por meios indiretos. Assim, para estes, seria possível concluir pela ocorrência do adimplemento, conquanto não haja a voluntariedade do devedor.

Assim, ainda que se entenda que a execução forçada é capaz de reconhecer a obrigação com adimplida, ainda assim, é relevante destacar que é extremamente relevante que haja a efetiva satisfação do credor para este reconhecimento. Assim, é de suma importância que seja verificado o efetivo momento da sua ocorrência.

Nesse sentido, questão de extrema importância que vem tomando corpo no Poder Judiciário é o fato de que o mero depósito de valores nos autos do processo não é apto a reconhecer o efetivo pagamento, sem que a quantia seja efetivamente liberada ao exequente pelo executado.

O mero depósito sem a liberação da quantia para a credor – e a consequente discussão do crédito cobrado –, não traria o elemento satisfativo e, portanto, não haveria como se reconhecer o adimplemento da obrigação.

Inclusive, a jurisprudência reconhece que o mero depósito a título de garantia, sem que se permita o levantamento pela contraparte, faz incidir a previsão legal contida no artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil.

Ou seja, que o depósito realizado condicionado à discussão dos valores e obstando o credor de levantar a verba devida, não pode ser reconhecido como pagamento, mesmo para aqueles que defendem a possibilidade de reconhecimento de adimplemento da obrigação por meio da execução coativa.

Seja como for, para que seja efetivamente apurado o adimplemento, é necessária a observação de diversos elementos.

7. Bibliografia

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5 ed. São Paulo. Saraiva, 1980;

ASSIS, Araken de. Comentários ao Código de processo civil. Rio de Janeiro. Forense, 2001. Vol. . (arts 566 a 645);

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. Vol. IX. Direito das obrigações. Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. 3ª edição totalmente revista e aumentada. Almedina. 2017;

ESPINOLA, Eduardo, Sistema do direito civil brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1944;

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Adimplemento e extinção das obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem deve pagar. Daqueles a quem se deve pagar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). Obrigações. São Paulo: Atlas, 2011;

GOMES, Orlando. Obrigações. 12 ed. Rio de Janeiro. Forense. 1998;

GONÇALVES, Carlos Roberto Contratos e atos unilaterais Coleção Direito civil brasileiro volume 3 – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020;

GONZAGA, N. Tolentino. Extinção ds obrigações. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1925;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações. 11 ed. Coimbra. Almedina, v. 2, 2017;

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Arts 304 a 388. Coordenador Salvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense. 2003;

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2018;

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 24, p. 71-85 (§ 2.902 a § 2.905);

NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021;

PACHECO, O adimplemento visto sob a perspectiva da obrigação como processo. Revista dos Tribunais | vol. 1047/ 2023 | p. 61 - 81 | Jan / 2023 DTR\2022\17980;

PAVAN, Dorival Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 2. Cassio Scarpinella Bueno [coord.]. São Paulo: Saraiva, 2017;

RODOTÀ, Stefano. Diligenza: diritto civile. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1964, v. 12, p. 539-546;

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São Paulo. Almedina. 2020;

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. Direito ao cumprimento e direito a cumprir. Coimbra: Almedina, 1997;

SICA, Heitor Victor Mendonça. In Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer [coord.]. Editora Forense, 2015;

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021;

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Adimplemento: conceito e sua natureza jurídica. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 10/ 2017 | p. 51 - 72 | Jan - Mar / 2017 DTR\2017\478.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: LIMITES DE UM PODER CONSTITUÍDO

DAVID RAMALHO HERCULANO BANDEIRA:

Advogado. Formado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduando em Direito Constitucional pela ABDConst.³⁷

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo expor os limites da mutação constitucional, mediante revisão bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo. Inicialmente, será apresentada a origem da formulação teórica dos poderes constituinte e constituídos. Em seguida, far-se-á a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, atentando-se à natureza limitada destes. Será examinada, posteriormente, a mutação constitucional enquanto poder constituído. Por fim, estabelecer-se-ão os limites inerentes à mutação constitucional, conforme a análise da doutrina e de acordo com o caminho metodológico proposto pelo trabalho.

Palavras-chave: Mutação constitucional; Poder constituinte; Poderes constituídos; Limites; Jurisdição constitucional; Direito constitucional.

1 INTRODUÇÃO

A mutação constitucional encontra-se cada vez mais presente no âmbito da jurisdição constitucional. Trata-se de um fenômeno que se verifica cotidianamente nas decisões judiciais, sobretudo, no Brasil, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo explícito e, por vezes, implícito.

Acontece que a mutação constitucional, ainda que familiarizada na seara jurisprudencial ou doutrinária, carece de maior atenção quanto a um aspecto primordial: os seus limites. Pode-se dizer que existem, na doutrina, discussões relevantes sobre o tema. Contudo, neste particular, não se pode negar que há uma cegueira jurisprudencial ou, ao menos, uma dissonância da jurisprudência com a doutrina.

A jurisdição constitucional brasileira tem, atualmente, uma tendência nitidamente ativista, que resiste em reconhecer limitações interpretativas. Acontece que, atualmente, a mutação constitucional manifesta-se, de forma precípua, no plano da interpretação jurisdicional.

Ante o estado da arte, será desenvolvida, no presente trabalho, a compreensão da mutação constitucional como manifestação de um poder de natureza limitada, porquanto constituído, instituído ou admitido pelo poder constituinte. Assim, estudar-se-ão os limites do mecanismo de mudança constitucional informal, com base na originária doutrina alemã

³⁷ E-mail: davidbandeirafpb@hotmail.com.

e na doutrina brasileira, cujo entendimento mais difundido coaduna com a visão do constitucionalismo moderno.

2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL ENQUANTO PODER CONSTITUÍDO

A ideia de poder constituinte propriamente dito sempre esteve presente nas sociedades politicamente organizadas, como fenômeno social e político. É certo, no entanto, que a sua formulação teórica – que trata das nuances, sobretudo, da sua legitimação – passou a existir na emergência do pensamento iluminista do século XVII, no que surgiu a noção de constituição escrita ou constituição jurídica, inaugurando o constitucionalismo moderno.³⁸ Desde lá, segue sendo aceita a clássica formulação consignada pelo abade Emmanuel Joseph Seyès, pensador responsável por contribuições pioneiras sobre o tema, que classifica e distingue os conceitos de poder constituinte e de poderes constituídos.³⁹

O poder constituinte é originário – assim comumente chamado pela doutrina brasileira –, político, pré-jurídico ou, mesmo, extrajurídico, porque constitui potência primeira capaz de elaborar uma nova constituição, isto é, de estabelecer uma nova ordem jurídica. Por outro lado, os poderes constituídos são, em essência, poderes instituídos, regulados e limitados por aquele, possuindo feição jurídica, de competência. São, estes últimos, os chamados poderes constituintes derivados ou instituídos. Fica evidenciado que, ao passo que o poder constituinte se caracteriza como uma categoria pré-constitucional, os poderes constituídos colocam-se dentro dos limites estabelecidos pela nova ordem jurídica (constitucional) posta, porque por ela são regulados e limitados.

Com efeito, as constituições, na expressão do poder constituinte (originário), tanto criam garantias para a sua própria estabilidade e permanência quanto viabilizam eventuais mudanças no seu conteúdo.⁴⁰ Embora pareçam, à primeira vista, mutuamente contraditórios, tais intentos coadunam para um mesmo fim: a sobrevivência, no plano da legitimidade, da constituição ao longo do tempo. É que a constituição, na medida em que deve preservar a sua identidade constitucional (estabilidade e permanência), não pode, por outro lado, simplesmente se tornar um texto morto, uma mera folha de papel⁴¹,

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 141.

³⁹ INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁰ INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 21.

⁴¹ A expressiva concepção adotada por Ferdinand Lassale (*Que é uma Constituição?*. 2ª ed., São Paulo: Kairós Livraria e Editora, 1985), decerto, vai de encontro a uma noção de força normativa da Constituição, amplamente amparada na atual quadra da história, não se coadunando, tampouco, com a visão do constitucionalismo como mecanismo compromissário e limitador.

inadequado às mudanças por que passa a sociedade por ela regida (dinamicidade) – daí a necessidade de haver mecanismos de mudanças (adequações) da constituição.

Os poderes constituídos pelo poder constituinte, portanto, dentro dos limites estabelecidos por este, servem à própria constituição e não podem contrariá-la. De outro modo, não se respeitando os limites impostos para o seu exercício, estar-se-ia usurpando o poder constituinte originário e a soberania popular. Ofende-se, nestes casos, o âmago da constituição, visto que tais limites são firmados para a proteção dos valores que constituem o seu núcleo essencial e que expressam os principais interesses escolhidos pela sociedade, aludentes à identidade constitucional. Incluem-se, aqui, tanto os limites materiais – vejam-se as cláusulas pétreas ou cláusulas de eternidade, que são escolhidos, de forma clara, como núcleo essencial da constituição – quanto os limites não materiais – os limites formais que caracterizam a rigidez de uma constituição, por exemplo, é parte que constitui a sua identidade.

Quanto a isso, Elster introduz a ideia de que a assembleia constituinte (ou a geração que dela participa), na expressão do poder constituinte originário, é responsável pela *politique politisante* (política politizante, em tradução livre), sendo que é um ator político desprendido de quaisquer valores prévios. Diferentemente, as gerações futuras, que não participam da expressão do poder constituinte originário, restringem-se à *politique politisée* (política politizada, em tradução livre), porque adstritas aos poderes constituídos, que serão limitados, a preservar a essência da constituição original.

Na realidade, apenas a assembleia constituinte é um ator político, no forte sentido da *politique politisante*; todas as gerações posteriores estão restringidas à *politique politisée*, ou o cotidiano posto em vigor pelas regras fundamentais.

Ao abordar tais limites, Elster⁴², além de deixar clara a sua expressão no âmbito do poder de reforma, evidencia a confiança conferida ao Poder Judiciário. A este é atribuída destacada responsabilidade, na qualidade de guardião da constituição, que exerce, vale dizer, papel substantivo no que se refere à mutação constitucional:

A nação pode atar-se “a si mesma” (ideia controvertida) mediante a assembleia constituinte, confiando certos poderes de decisão ao ramo judicial, requerendo que as regras básicas só possam ser mudadas por uma maioria de dois terços ou três quartos, etc.

⁴² ELSTER, Jon. *Ulisses y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 159.

Dentre os poderes constituídos reconhecidos ou admitidos pela ordem jurídico-constitucional brasileira, têm-se: o poder constituinte derivado reformador, o poder constituinte derivado de revisão, o poder constituinte derivado decorrente. Objeto do presente trabalho, há, também, o que se convencionou chamar de poder constituinte difuso⁴³, em que se situa a mutação constitucional.

Não há precisão, por parte da doutrina, quanto à classificação do poder constituinte difuso, que serve de fundamento à mutação constitucional. Seguindo Burdeau, Anna Cândida da Cunha Ferraz⁴⁴ afirma que esta modalidade de alteração constitucional opera fora das “modalidades organizadas de exercício do poder constituinte ou derivado”, e, segundo a autora, “justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada de Poder Constituinte”.

Contudo, as características do poder constituinte difuso melhor se enquadram na noção de poder constituído, já exposta neste trabalho. Embora não seja instituído de forma expressa pelo poder constituinte originário, é admitido⁴⁵ por este, além do que se trata de categoria jurídica e limitada, notadamente quando exercido pela via da interpretação judicial, conforme se verá a seguir, não se confundindo, pois, com um poder constituinte originário permanente. Nesse sentido é a crítica de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto ao termo “poder constituinte difuso”, nos termos da qual “não se deve levar ao extremo a possibilidade de mutação constitucional, concebendo-a como resultado do exercício de uma espécie de *poder constituinte difuso*, como chegou a preconizar Georges Burdeau, sobretudo num contexto, como o brasileiro, em que as alterações formais na Constituição não são tão difíceis”⁴⁶.

Assim, não obstante o originariamente chamado poder constituinte difuso possa ser considerado *sui generis*, os seus atributos, na atual formulação, mais se assemelham aos de um poder constituído, mormente se se compreender a mutação constitucional

⁴³ O termo “poder constituinte difuso” foi alçado por Burdeau para expressar o poder de que decorre as mudanças constitucionais informais (BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2. ed. Paris : L.G.D.J., 1969. V. 4, p. 247, 290 e seguintes). Contudo, a consolidada expressão guarda relação com a especial noção do autor francês sobre o tema, não sendo isenta, vale dizer, a críticas e apontamentos, conforme se fará.

⁴⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 10.

⁴⁵ Barroso, ao tratar do poder constituinte difuso, afirma que os mecanismos informais de mudança constitucional, embora “não expressamente previstos na Constituição”, são “indubitavelmente por ela admitidos” (BARROSO, Luís Roberto *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, n. p.).

⁴⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 344.

como “adaptação interpretativa entre o texto constitucional e a realidade a ser operada”, exercida, portanto, pelo Poder Judiciário, em especial pelos Tribunais Constitucionais.⁴⁷ Adota-se, aqui, visão similar à de Sarlet, que trata a mutação constitucional “como – manifestação de – poder constituído”⁴⁸.

3 DOS LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A manifestação da mutação constitucional relaciona-se, como é notável, com a ideia da adequação das constituições à dinamicidade da realidade social. Porquanto promove mudanças do conteúdo e do alcance das normas constitucionais sem que haja alteração no texto da Constituição, é considerada uma via informal de reforma. Em suma, à vista da incongruência entre a constituição escrita e a realidade constitucional⁴⁹, adequa-se a norma contida e comportada pelo texto normativo.

As primeiras constatações da ocorrência de mutação constitucional foram na Alemanha, após a unificação dos Estados do Sul da Alemanha e da Confederação Alemã do Norte, contexto em que se utilizou, para criação da Constituição do Império Alemão, em 1871, o esboço da Constituição feita por Otto von Bismarck para a Confederação Alemã do Norte, em 1866, com algumas adaptações. Esse e outros fatores, somados à característica rigidez da nova constituição, fez surgir um descompasso desta com a realidade social do país, notada por Paul Laband⁵⁰ e por Georg Jellinek⁵¹, que iniciaram a discussão.⁵²

⁴⁷ NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional - Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e *Versfassungsstaat*. In: Direitos fundamentais e estado constitucional : estudos em homenagem a J. J. Canotilho / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 97-98.

⁴⁸ Sarlet trata a mutação constitucional “como – manifestação de – poder constituído” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 169)

⁴⁹ DAU-LIN, Hsü. Mutación de la Constitución, Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 28 e seguintes, *apud* INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 54.

⁵⁰ LABAND, Paul. Wandlungen der deutschen Reichsverfassung. Dresden, 1895.

⁵¹ JELLINEK, Georg. Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Berlin, 1906.

⁵² SANTOS, Carlos Víctor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Rio Grande do Sul, 2015, p. 82.

Nesse contexto, a Escola de Direito Público Alemã, nas pessoas de autores como Laband⁵³, Jellinek⁵⁴ e, posteriormente, Hsü Dau-Lin⁵⁵, passou a desenvolver uma série de estudos sobre o tema, pelos quais se constatou que a Constituição sofria mudanças sem o atendimento a quaisquer pressupostos formais, o que foi denominado como *Versfassungswandlung* – a mutação constitucional.

Em 1932, Dau-Lin, responsável por significativo aprofundamento do assunto, estabeleceu possíveis manifestações da mutação constitucional: 1) quando se constata a realidade sem norma, ocasionada pela falta de reformas aptas a alinhar o texto constitucional às transformações sociais; 2) quando há norma sem realidade, no que se dificulta o exercício de direitos constitucionais legítimos; 3) quando há relação de incoerência entre a norma e a realidade, em que a realidade tanto pode contradizer a norma – hipótese em que se tem uma prática inconstitucional – quanto pode alterar o sentido da norma.⁵⁶

Percebe-se que tais autores direcionaram o seu estudo ao conceito de mutação constitucional, não tendo se atentado, ainda, às possíveis limitações ao instituto. Embora alguns autores, como Laband e Jellinek, tivessem indicado a impossibilidade de um controle jurídico sobre a mutação constitucional, enquanto decorrência de forças fáticas impositivas, o primeiro a discutir os limites da mutação constitucional foi Hesse, na obra intitulada "*A força normativa da Constituição*", de 1953. Em contraponto, refutando a impossibilidade de controle jurídico sobre a mutação constitucional, o autor constatou que admitir a supremacia do fato sobre a norma implicaria a negação da força normativa da Constituição, que seria adequada à faticidade, e não o contrário.

Não se pretende negar, entretanto, que a realidade e o contexto histórico em que a norma está inserida têm relevante influência. Como bem aponta Hesse, "a constituição real e a constituição jurídica, por retomar os conceitos já utilizados, estão em uma situação correlativa. Condicionam-se mutuamente, sem ser simplesmente dependentes uma da outra; pode-se dizer que à constituição jurídica corresponde a um significado autônomo, mesmo que apenas relativo"⁵⁷ (tradução livre).

⁵³ LABAND, Paul. *Op. cit.*

⁵⁴ JELLINEK, Georg. *Op. cit.*

⁵⁵ DAU-LIN, Hsü. *Op. cit.*

⁵⁶ INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 54. SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Op. cit.*, p. 83.

⁵⁷ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 62-63.

Sob essa perspectiva, o autor alemão vislumbrou o fator interpretativo como baliza à mutação constitucional, considerando, com efeito, que a mudança da realidade influencia na interpretação do texto constitucional. Conforme identificou, "uma mudança das relações fáticas pode — ou deve — provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa".⁵⁸

Há, portanto, um condicionamento mútuo entre a "constituição real" e a "constituição jurídica". Isto é, ao passo que a norma não pode simplesmente se desprender do plano fático, a realidade há de ser condicionada pela norma. Caso contrário, na total preponderância da "constituição real" sobre a "constituição jurídica" (ou escrita), esta seria reduzida a mera folha de papel, à mercê daquela. Dessa forma, a Constituição, estando integralmente condicionada à realidade, perde a sua força normativa (submete-se o "dever ser" constitucional ao mundo do "ser").

Quanto à identificação dos limites ao mecanismo informal de mudança constitucional, na mesma esteira de Hesse, Friedrich Müller⁵⁹ ensina que a realidade social é substantiva para a concretização das normas constitucionais; a mutação constitucional, porém, estará, necessariamente, vinculada ao "programa da norma" (*Normprogramm*). Este indicará as possibilidades e estabelecerá limites, de acordo com os dados da linguagem jurídica dos textos.

Afirma o autor que "a norma jurídica apresenta-se ao olhar realista como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados linguísticos (programa da norma) e do conjunto de dados reais conformes ao programa da norma (âmbito normativo). Nessa estrutura a instância ordenadora e a instância a ser ordenada devem ser relacionadas por razões inerentes à materialidade da questão [*sachlich zusammengehören*]. O texto da norma não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/input mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente".

A doutrina brasileira, por seu turno, enfrentou o tema anos depois. Embora se considerem as menções *en passant* sobre a mutação constitucional feitas anteriormente, Anna Cândida da Cunha Ferraz, em 1986, foi a primeira a se aprofundar acerca da matéria⁶⁰, sistematizando-a na obra intitulada "Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais". O livro foi reeditado, sem

⁵⁸ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. Positivismo. Tradução de Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. In: Boletim dos Procuradores da República. Ano III, n. 29, setembro, 2000, p. 7.

⁶⁰ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Op. cit.*, p. 88.

modificações, em 2015, “considerando o momento vivido pelo constitucionalismo brasileiro e que vem colocando em discussão, com inegável evidência e muitas vezes perplexidade, os limites da interpretação constitucional”, prossegue a autora, “seja a que vem sendo traçada pelo Supremo Tribunal Federal, seja a que conduz à ação o Poder Constituinte de Reforma Constitucional perante a Constituição de 1988 ou mesmo o legislador ordinário”⁶¹. Nota-se, de pronto, a preocupação com os limites aos processos de mudança da Constituição, constituídos pelo poder constituinte, mormente à vista do atual cenário.

As mutações constitucionais, segundo a autora, “sempre ocorrem dentro dos limites constitucionais: não alteram a letra nem o espírito da Constituição, mas adaptam-na à realidade, atribuindo-lhe novo sentido, renovado significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance”⁶². Atenta, todavia, às mutações inconstitucionais, visto que “nem sempre as limitações impostas são observadas, e que as mudanças constitucionais escapam, muitas vezes, a qualquer controle”⁶³.

Assim, Ferraz⁶⁴ aponta a hipótese das mutações (in)constitucionais *contra constitutionem*, que se revelam nas interpretações constitucionais – legislativa, administrativa ou judicial – que contrariam a Constituição, quer seja o próprio sentido da norma objeto da mudança, quer sejam outras disposições constitucionais ou, ainda, a Constituição em sua identidade.⁶⁵ Aqui, tais processos de mudança extrapolam os limites de forma ou de fundo fixados pelo poder constituinte, que são de observância obrigatória por parte dos órgãos estatais.⁶⁶

Vê-se, pois, que o pensamento sobre mutação constitucional inaugurado no Brasil, por intermédio da mencionada autora, coaduna com a visão, dentre outros, de Hesse e de Müller. Segundo tais autores, a realidade não pode se sobrepor à norma constitucional e, portanto, as práticas (e as interpretações) que contrariam a constituição escrita, nas suas possibilidades de concretização conforme o programa da norma, não podem prosperar.

⁶¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, introdução.

⁶² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 243.

⁶³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 243.

⁶⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 244.

⁶⁵ No mesmo sentido, Barroso, pela via doutrinária: “(..) a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição” (BARROSO, Luís Roberto *Op. cit.*, n. p.).

⁶⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 245.

No mesmo sentido, Sarlet, referindo-se à visão de J. J. Gomes Canotilho⁶⁷, leciona que as mutações constitucionais são admissíveis “quando não se pretenda simplesmente constitucionalizar fatos de modo a ensejar uma leitura contrária ao próprio texto constitucional”, o que, segundo o autor, representaria “uma leitura constitucional de baixo para cima, corrosiva até mesmo da força normativa da constituição”⁶⁸.

Não se pode ignorar, entretanto, que há posição doutrinária em diferente sentido. Por exemplo, Uadi Lammêgo Bulos defende que “a prática constitucional evidencia a impossibilidade de traçarmos, com exatidão, as limitações a que estão sujeitas o poder constituinte difuso”⁶⁹.

No seu trabalho sobre o tema, à guisa de conclusões, afirma que, “diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir - mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica, seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior”.

O entendimento de que inexistem limites à mutação constitucional, no entanto, é incongruente com a noção do constitucionalismo moderno, além do que contraria a essência dos poderes constituídos, ontologicamente limitados. Admitir que não há limites para a mutação constitucional é permitir práticas inconstitucionais, sob o pretexto de que o fato corrige a norma, e não o contrário.

Ademais, corroborando esse entendimento, Nelson Nery Jr.⁷⁰ infere que a mutação constitucional, hodiernamente, “deve ser entendida como adaptação interpretativa entre o texto constitucional e a realidade a ser operada principalmente pelos Tribunais Constitucionais”. Ora, se a mutação constitucional se insere, primordialmente, no plano da interpretação, submete-se às limitações do próprio fenômeno interpretativo. Sobreleva-se, portanto, que “a mutação constitucional possui limites, a fim de se evitar

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 1229-30.

⁶⁸ SARLET, Ingo. *Op. cit.*, p. 58-59.

⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, p. 41.

⁷⁰ NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação consitucional - Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 97-98.

decisionismos e arbitrariedades, e ultrapassar esses limites implica violação do poder constituinte e da soberania popular”.

No mesmo sentido, Canotilho⁷¹, seguindo Müller, conclui que "uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente incomportáveis pelo programa da norma constitucional”.

Valendo-se das lições de Hesse, Sarlet⁷² aponta os limites à mutação constitucional, como manifestação de um poder constituído, denunciando as mutações constitucionais que contrariam o texto constitucional como mudanças manifestamente inconstitucionais, notadamente quando o intérprete se coloca acima da constituição, violando-a. O autor atribui a ocorrência de mudanças que violam a constituição escrita à falta de efetivo controle.

A despeito de tais mudanças serem inconstitucionais por ofensa à constituição escrita, cuja supremacia formal e material há de ser assegurada, o fato é que na prática mudanças manifestamente inconstitucionais (pelo menos no sentido, reitere-se, de violação da constituição escrita) podem ainda assim prevalecer, seja pela falta de controle (especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade) de tais mudanças, seja pelo fato de tal controle ser mesmo inviável em algumas hipóteses. Especialmente quando se trata de mutação por via da interpretação judicial, verifica-se que os limites da interpretação são, em certo sentido, também limites da própria mutação, visto que *como poder constituído*, embora a atribuição para interpretar e aplicar de forma vinculante o direito constitucional, o Poder Judiciário não está autorizado (o que não significa que isso não possa vir a ocorrer na prática!) a julgar contra disposição constitucional expressa, ou seja, a mutação não pode justificar alterações que contrariem o texto constitucional, devendo respeitar as possibilidades interpretativas que decorrem (e encontram seu limite) nesse

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1229.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 169

mesmo texto constitucional. Valendo-nos da lição de Konrad Hesse, embora haja possibilidade de uma mutação constitucional pela interpretação, a quebra da ordem constitucional encontra-se vedada, pois, onde o intérprete se coloca acima da constituição, não se trata mais de interpretação, mas, sim, de alteração ou mesmo violação da constituição. (grifo nosso)

Importante notar que a força normativa da Constituição, conforme ressaltado por Hesse⁷³, não se revela em períodos pacíficos, mas é realçada em tempos de crise.⁷⁴ É que, para que não sucumba à pressão momentânea do fático, a Constituição deve revestir-se de “força ativa e determinante que obriguem tanto os órgãos estatais como os cidadãos”⁷⁵. Como bem apontado por Lima e Lança⁷⁶, citando Hesse⁷⁷, “justamente nos tempos de crise entre tais arranjos estruturais (...) que a constituição jurídica deverá demonstrar sua força vinculante contra o arbítrio e a supressão de direitos”. Há de se ressaltar, pois, a importância de se estabelecerem as limitações à mutação constitucional, notadamente em momentos de crise, de ruptura, nos quais se sobressai a tendência humana a se tomarem decisões imediatistas que ameaçam direitos constitucionais consagrados.

Da análise da doutrina, configuram-se, como limites à mutação constitucional, o texto da norma constitucional e a própria Constituição^{78,79}. Isto é, o intérprete, ao apreciar a ocorrência de mutação constitucional sobre uma norma, não pode conferir às palavras escritas sentidos ilógicos⁸⁰; deve, dessarte, restringir-se às possibilidades semânticas, aos

⁷³ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁷⁴ LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. A força normativa da Constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, pp. 275 - 303, jan./jun. 2013. p. 283-284

⁷⁵ CORTUCCI, Andréa Mancini. *Mutação Consitucional, entre a Interpretação e a Justiça Constitucional*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 61.

⁷⁶ LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. *Op. cit.*, p. 284.

⁷⁷ HESSE, Konrad. *Op. cit.*

⁷⁸ Na definição de Anna Candida da Cunha Ferraz, “A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la” (grifo da autora) (FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 10)..

⁷⁹ Como percebeu Carlos Victor Nascimento Santos, em pesquisa dedicada ao assunto: “A preocupação de autores que estabelecem um limite à ocorrência da mutação do texto constitucional funda-se também na possibilidade do novo sentido ultrapassar os limites impostos pelo próprio texto” (SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Op. cit.*, p. 88.).

⁸⁰ É o que Néstor Pedro Sagüés denomina “*gato por liebre constitucional*”, referindo-se à manipulação da Constituição. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Reflexiones sobre la manipulación constitucional* In: Programa de

sentidos comportados pela (ou pelo programa da) norma. Por outro lado, ainda que as possibilidades semânticas do texto normativo específico permitam determinada interpretação, há de se observar se esta não implica a violação de outro(s) dispositivo(s) constitucional(is) ou dos princípios fundamentais adotados pela Constituição, atentando-se, neste ponto, à identidade constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os compromissos prévios firmados pelo poder constituinte, a fim de assegurar o caminho rumo aos principais interesses da sociedade, manifestam-se nos limites por ele impostos, de modo que, ao conferir “certos poderes de decisão ao ramo judicial”⁸¹, não o faz de forma ilimitada. Caso contrário, estar-se-ia concebendo um poder constituinte permanente, tendo a Constituição como um papel em branco, desprovido de sentidos, a ser construído ao arbítrio do Poder Judiciário.

Há que se reconhecerem, portanto, limites ao Poder Judiciário, inclusive no exercício da jurisdição constitucional. Entendendo-se a mutação constitucional, hodiernamente, enquanto adaptação interpretativa realizada, sobretudo, pela jurisdição constitucional, não se pode negar a sua natureza limitada, o que se coaduna com a essência de poder constituído e com o próprio fenômeno interpretativo.

Para finalizar, não custa lembrar lição, precisa e ainda atual, de Carlos Maximiliano⁸², sobre interpretação e os sentidos das palavras:

A palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de ideias.

investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2004, p. 3.

⁸¹ ELSTER, Jon. Ulisses y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 159.

⁸² Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 16.

Traçar um rumo nesse mar revolto; numa torrente de vocábulos descobrir um conceito; entre acepções várias e hipóteses divergentes fixar a solução definitiva, lúcida, precisa; determinar o sentido exato e a extensão da fórmula legal – é a tarefa do intérprete.

Não lhe compete apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, jurídico. (grifo nosso)

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33.

BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. 2. ed. Paris : L.G.D.J., 1969. V. 4.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.2.

CORTUCCI, Andréa Mancini. **Mutação Constitucional, entre a Interpretação e a Justiça Constitucional**. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**, Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.

ELSTER, Jon. **Precommitment and Constitucionalism**. Columbia University materials, 1995.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**. Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

ELSTER, Jon. **Ulysses y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1995.

ELSTER, Jon. **Ulysses Revisited - Precommitment and Constitucionalism**. Universidade de Columbia, 1995.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, introdução.

GUERRA, Elizabete Olinda. **A teoria da escolha racional no pensamento de Jon Elster**. In Revista de Filosofia Peri. v. 05. n. 01. Santa Catarina, 2013.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOLMES, Stephen. **Precommitment and the Paradox of Democracy. in Passion & Constraint**. Chicago, The University of Chicago Press, 1995.

HOMERO. **Odisseia**. Tradução e prefácio de Frederico Lourenço. São Paulo: Companhia das Letras/Penguin Books, 2011.

HUME, David. **Ensaio Morais, Políticos e Literários**. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

INGO, Wolfgang Sarlet. **Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional - uma análise a perspectiva da Constituição de 1988**. In: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck/ coordenação Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet; Nelson Nery Jr.. – Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 21.

JELLINEK, Georg. **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung**. Berlin, 1906.

LABAND, Paul. **Wandlungen der deutschen Reichsverfassung**. Dresden, 1895.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?**. 2ª ed., São Paulo: Kairós Livraria e Editora, 1985.

LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. **A força normativa da Constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 275 - 303, jan./jun. 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Positivismo**. Tradução de Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. In: Boletim dos Procuradores da República. Ano III, n. 29, setembro, 2000.

NERY JR., Nelson. **Anotações sobre mutação consitucional - Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat**. In: Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução de Antonio do Passo Cabral. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Em defesa da política**. 2. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2004.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Reflexiones sobre la manipulación constitucional**. In: Programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Drecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. **O estado ético e o estado poiético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 24, n. 2, p. 3-34, abr./jun. 1988.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG: nova fase, Belo Horizonte, n. 34, 2001.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **Reconstruindo o conceito de mutação constitucional**. In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Rio Grande do Sul, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: Teori Zavascki. DJe: 17 de fevereiro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 95.886/RJ**, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 4 de dezembro de 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 2018. Parecer disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314992702&ext=.pdf>

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como Reserva de Justiça**. Lua Nova, nº 42, 1997.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

O MANDADO DE SEGURANÇA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

PEDRO GRAZIEL FILGUEIRA PEIXOTO:

Servidor Público no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, graduado em direito pela Faculdade Católica de Rondônia⁸³

RESUMO: O presente estudo visa realizar um levantamento sobre o remédio constitucional do Mandado de Segurança, previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, através de revisão de literatura, esclarecendo os requisitos necessários para sua concessão, bem como o objeto tutelado, fazendo-se uma ponderação com as decisões dos Tribunais de Justiça pátrios sobre o tema, bem como investigando quais são seus efeitos jurídicos. Com isso, a intenção é buscar compreender quais são as hipóteses de cabimento à luz da doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Palavras chaves: Mandado de segurança; Direito líquido e certo; Efeitos jurídicos; Tribunais superiores.

ABSTRACT: The present study aims to carry out a survey on the constitutional appeal of the Writ of Mandamus, provided for in article 5, item LXIX, of the Federal Constitution of 1988, clarifying the necessary requirements for its granting, as well as the protected object, making a weighting with the decisions of the Brazilian Courts of Justice on the subject, as well as to investigate what are their legal effects. With this, the intention is to seek to understand what are the appropriate hypotheses in the light of doctrine and jurisprudence on the subject.

Keywords: Writ of Mandamus; Liquid and certain law; Legal effects; Higher courts.

1. INTRODUÇÃO

Consoante se depreende do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Com efeito, o mandado de segurança exige prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo, porque não comporta, em seu rito especial, dilação probatória, motivo pelo qual a utilização desta via, quando insuficientes elementos probatórios, afigura-se inadequada.

e-mail: pedrograziel@gmail.com

A ação é de natureza constitucional. Além do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, foi editada uma lei que trata especialmente de todos os detalhes sobre o instrumento do mandado de segurança, a Lei 12.016 de 2009.

Direito líquido e certo é aquele que não suscita dúvidas. A lei 12.016/2009 ainda diz que o direito que se pretende tutelar não pode ser amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”, outros dois tipos de ação que visam a proteger a liberdade e a informação, respectivamente. Assim, quando são esses os direitos em questão, não há que se utilizar mandado de segurança.

O mandado de segurança comporta medida liminar, quando presentes os pressupostos necessário a sua concessão, sendo eles o “*fumus boni iuris*” (fumaça do bom direito, expressão utilizada quando o caso concreto demonstra que o pedido está imune de qualquer irregularidade) e o “*periculum in mora*” (expressão que serve para assinalar que a demora em conceder o direito pode levar à degeneração ou destruição do que se pede).

Existente em nosso ordenamento desde 1934, o mandado de segurança é essencial à vida de um Estado Democrático de Direito, por dar ao coletivo uma leve certeza de justiça com respeito total ao direito existente em nossa sociedade.

2. CONCEITO

O Título II da *Lex Fundamentalis consagra* os direitos e garantias fundamentais que, conforme a doutrina constitucional majoritária, tem aplicação imediata. Ainda, agora conforme a teoria clássica, aquele título consagra disposições declaratórias, seja “medidas assecuratórias que defendem a observância dos direitos reconhecidos pelo Estado, limitando seu poder” (MESSA, 2010, p. 377).

Também sobre tal diferença, citamos LENZA (2010, p. 671)

Os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.

Por fim, diferenciar as garantias fundamentais dos remédios constitucionais. Estes últimos são espécie do gênero garantia. Isso porque, uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará definidas constitucionalmente como remédios constitucionais (ex: habeas corpus, habeas data etc). Em determinadas situações a

garantia poderá estar na própria norma que assegura o direito. Vejamos dois exemplos: 1) é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos – artigo 5º VI (direito) - , garantindo-se na forma da lei a proteção aos locais de culto e suas garantias (garantia); 2) direito ao juízo natural (direito) – artigo 5º, XXXVII, veda a instituição de juízo ou tribunal de exceção (garantia).

“O Mandado de Segurança é, ao mesmo tempo, garantia e remédio constitucional”, pois é uma instituição que visa proteger a efetividade e gozo dos direitos individuais previstos no artigo 5º da Lei Fundamental. (BULOS, ano 2011, p. 735).

Os conceitos vigentes de Mandado de Segurança estão dispostos no inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal (no capítulo de direitos e deveres individuais e coletivos) e artigo 1º da Lei 12.016/09:

Art. 5º, CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Portanto, percebe-se que a própria norma constitucional traz o conceito do remédio constitucional do mandado de segurança, indicando os pressupostos necessários para a sua concessão.

3. NATUREZA JURÍDICA

Com relação à natureza jurídica do Mandado de Segurança, a maioria da doutrina o classifica como ação constitucional de natureza civil. Mas surge a dúvida de quando o Mandado de Segurança é impetrado no âmbito criminal, qual seria sua natureza? Observemos o entendimento de BONFIM (2010, p. 864):

No âmbito criminal, o *writ* constitucional é meio hábil sobretudo para impugnar atos jurisdicionais (despachos, decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos), revelando-se como verdadeira garantia contra as arbitrariedades de Estado, uma vez que somente poderão

ser agentes do ato abusivo ou ilegal as autoridades públicas, representadas nas figuras dos juízes e dos membros dos tribunais.

No que diz respeito à natureza jurídica, o mandado de segurança é ação constitucional e, mesmo quando utilizado no âmbito do processo penal, conserva sua natureza civil. Inclui-se, portanto, entre as ações autônomas de impugnação, a exemplo do *habeas corpus*.

Sobre o Mandado de Segurança em matéria penal, BULOS, (2011, p. 736) coaduna o entendimento de sua natureza civil:

A natureza civil da segurança não impede o seu ajuizamento no âmbito criminal. Nesse sentido já decidiu o Pretório Excelso: o "Mandado de segurança é ação civil, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal. Aplica-se, em consequência, ao recurso extraordinário interposto na decisão que julga, o prazo estabelecido no Código de Processo Civil" (STF, rtj 83:255). No mesmo sentido: RT: 505:287.

E, por fim, destaca-se o entendimento do renomado processualista penal TÁVORA, (2012, p. 1211):

O Mandado de Segurança, em essência, não é ação penal, mais ação de natureza cível. A ideia que norteia o Mandado de Segurança é de que tenha rito abreviado. Em matéria penal, o *writ of mandamus* servirá como sucedâneo recursal. Vale dizer, nas hipóteses em que não houver recurso específico e que não seja possível *habeas corpus* – especialmente quando a lei não preveja em abstrato pena privativa de liberdade para o crime apurado -, terá lugar a impetração do mandado de segurança. Rege-se, desse modo, pelo princípio da subsidiariedade (ou residualidade).

A doutrina ainda classifica o Mandado de Segurança como ação de conhecimento. Nessa categoria, seria declaratória, constitutiva, condenatória ou mandamental? Sobre as modalidades de cognição, cita-se THEODORO JÚNIOR, (2009, p. 470):

A ação de cognição, que provoca a instauração de um processo de conhecimento, busca um pronunciamento de uma sentença que declare entre os contendores quem tem razão e quem não tem, o que se realiza mediante determinação da regra jurídica concreta que

disciplina o caso em que formou o objeto do processo. Pode a ação de cognição ser desdobrada em:

a) Ação condenatória: a que busca não apenas a declaração do direito subjetivo material do autor, mas também a formulação de um comando que imponha uma prestação a ser cumprida pelo réu (sanção). Tende à formação de um título executivo;

b) ação constitutiva: a que, além da declaração do direito da parte, cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica material;

c) ação declaratória: aquela que se destina apenas a declarar a certeza da existência ou inexistência da relação jurídica, ou de autenticidade ou falsidade de documento (artigo 4º). Podem essas ações ser manejadas em caráter principal (artigo 4º) ou incidental (artigo 5º). No último caso, representa uma cumulação sucessiva de pedidos, para ampliar o alcance da coisa julgada, levando sua eficácia também para a questão prejudicial que se tornou litigiosa após a propositura da ação principal.

Já a ação mandamental é conceituada por GONÇALVES, (2011, p. 237):

São ações mandamentais aquelas em que o juiz, ao condenar o réu, emite uma ordem, um comando, que permite, sem necessidade de um processo autônomo, tomar medidas concretas e efetivas, destinadas a proporcionar ao vencedor a efetiva satisfação do seu direito. São exemplos de tutela mandamental as sentenças proferidas em mandado de segurança e nas ações que tenham por objeto obrigação de fazer o não fazer, previstas nos artigos 461 e 461-A, do CPC. Descumprida a ordem, o juiz pode determinar providências que pressionem o devedor, como fixação de multa diária, chamada "astreinte". Caso a desobediência persista, pode tomar providências que assegurem resultado prático equivalente ao do descumprimento.

A maioria da doutrina aduz que o mandado de segurança é ação de conhecimento e dependendo de seu objeto, pode ser classificado como uma das ações supramencionadas. DONIZETTI, (2010, p. 08), dirime a dúvida:

Assim, o mandado de segurança é ação constitucional típica e, como ação, tem natureza cognitiva e será classificada de acordo com o pedido formulado na inicial.

No que tange ao rito, sob a perspectiva proposta por Alfredo Buzaid, o que distingue o mandado de segurança das demais ações é a índole do direito que visa tutelar. Assim, porque o mandado de segurança se presta a proteger direito líquido e certo, há de ter rito sumário e célere com necessidade de menor número de atos e termos. Ante a certeza e liquidez do direito demonstradas pro meio da prova pré-constituída, o legislador limitou ao indispensável o número de atos, o que faz o mandado de segurança uma ação de rito sumário.

Não podemos nos olvidar, por oportuno, que o mandado de segurança exige prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo, porque não comporta, em seu rito especial, dilação probatória, motivo pelo qual a utilização desta via, quando insuficientes elementos probatórios, afigura-se inadequada.

4. REQUISITOS PARA PROPOSITURA DA DEMANDA

Os requisitos indispensáveis para que haja possibilidade de impetração do *writ* brasileiro é: direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesão ou ameaça de lesão; ato comissivo ou omissivo de autoridade pública ou particular que age por delegação do Poder Público; e ilegalidade ou abuso de poder.

4.1. Direito líquido e certo

Antes de colar comentários do conceito de direito líquido e certo, vale tecer o histórico de tal requisito. Da constitucionalização do Mandado em 1934 até a Constituição de 1946, era necessário que houvesse “direito certo e incontestável” para concessão da segurança. Era esta a nomenclatura utilizada pelo legislador.

No entanto, os juristas sentiam dificuldade em definir tal nomenclatura, como se vê no seguinte trecho de uma sentença proferida pelo Juiz Federal Cunha Melo, em 11 de agosto de 1934 menos de um mês após a criação do instituto, citada em BARBI, (2009, p. 49):

Colhe-se da pesquisa feita nos Anais da Suprema Justiça Federal o conceito correntio do que, na técnica jurídica, se chama direito certo e incontestável: é aquele contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis e sim meras e vagas alegações cuja improcedência do magistrado pode reconhecer imediatamente, sem necessidade de detido exame – Acórdãos ns. 5.051, 5.090 e 8.108, HC no Diário Oficial

de 18 de abril de 1920, 19 de novembro de 1919 e 4 de setembro de 1922.

O direito líquido e certo foi inserido na Constituição de 1946 e perdura até a presente data. Podemos dizer que, atualmente, a liquidez e certeza de uma prova ocorre quando ela convence o julgador já na peça inicial. Segundo BULOS, (2011, p. 737):

É aquele que se prova, documentalmente, logo na petição inicial. Uma pesquisa na jurisprudência do STF mostra que a terminologia está ligada à prova pré-constituída, a fatos documentalmente provados na exordial. Não importa se a questão jurídica é difícil, complexa ou intrincada. Isso não configura empecilho para a concessão da segurança (Súmula 625 do STF: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”). O que se exige é o fato apresentar-se claro e indubitável, pois o direito é certo se o fato que lhe corresponder também o for. Mas, se os fatos forem controversos, será descabido o writ. Pois inexistirá a convicção de sua extrema plausibilidade. Portanto, meras conjecturas, suposições infundadas, argumentos que dependam de comprovação, não dão suporte ao mandado de segurança.

Válido constar também o conceito de direito líquido e certo de LENZA, (2009, p. 733), porquanto sintetiza bem as suas características principais:

O direito líquido e certo é aquele que poder demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de sua impetração. Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para cabimento do writ.

Por outro lado, MEIRELES, (2008, p. 37), critica tanto o direito líquido e certo quanto a antiga expressão direito certo e incontestável:

A atual expressão “direito líquido e certo” substitui a precedente, da legislação criadora do mandado de segurança, direito certo e incontestável. Nenhuma satisfaz. Ambas são impróprias e de significação equívoca, como procuraremos demonstrar no texto. O direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e

esclarecimento para propiciar a aplicação do Direito invocado pelo postulante.

Pode-se falar, então, que dado seu caráter subsidiário, o direito líquido e certo do impetrante não pode ser amparado por *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII CF) ou *habeas data*. Ou seja, o direito violado ou ameaçado tem de ser distinto da liberdade ambulatoria (ir e vir) e também no que concerne a exibição, retificação, conhecimento de informações ou dados constantes em registros de caráter público. TÁVORA, (2012, p. 1212), infere:

A menção a direito líquido e certo tem íntima relação com a cognição e rito estreitos do Mandado de Segurança. É que o autor deve, no ato de interposição, demonstrar, por prova documental pré-constituída, a lesão ou a ameaça de lesão a direito seu. Se existir necessidade de instrução, o *writ* não será a via adequada. Essa noção de direito líquido e certo, entendida corretamente: o impetrante comprova de imediato o fato que alega na petição em seu favor.

Vale citar, também, a doutrina minoritária. Com visão distinta das supramencionadas, DANTAS, ano 2004, p. 332, aduz que “a existência de direito líquido e certo não constitui requisito para que se exerça a ação do mandado de segurança”, pois isso envolve “o próprio mérito da segurança”.

4.2. Lesão ou ameaça de lesão

A lesão ocorre quando já houve um prejuízo causado a um bem, sendo facultado a impetração de mandado de segurança repressivo. A ameaça de lesão é a potencialidade danosa que enseja o mandado de segurança preventivo quando há justo receio ou indícios de eventual lesão. Sobre o requisito em comento, colacionamos um trecho de ALEXANDRE DE MORAES, (2003, p. 2.556-2.557):

O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, constituindo um verdadeiro instrumento de liberdade civil e liberdade política.

O mandado poderá ser repressivo de uma ilegalidade já cometida, ou preventivo, quando o impetrante demonstrar justo receio de sofrer uma violação a direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada. Nesse caso, porém, sempre haverá a necessidade de comprovação de um ato ou uma omissão concreta que esteja pondo em risco o direito do impetrante, ou no dizer de Caio Tácito, “atos

preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se a fazê-lo, de tal forma que, a conservar-se esse propósito, a lesão de direito se torne efetiva”.

4.3. Ato (comissivo ou omissivo) de autoridade ou particular que age por delegação do Poder Público

O ato, passível de mandado de segurança, deve ser praticado por autoridade pública ou agente que exerce função delegada pelo poder público. Sobre a prática de ato comissivo ou omissivo citado, vejamos trecho do Curso de Direito Constitucional de BULOS, (2011, p. 738):

A autoridade pública (titular do poder decisório) ou pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias), podem praticar ato comissivo ou omissivo, ensejando a impetração do mandado de segurança quando: (i) inexistir balizamento legal para sua consecução; (ii) contrariar lei expressa, regulamento ou princípios constitucionais positivos; (iii) usurpar ou invadir funções; (iv) calcar-se em desvios de competência, forma, objeto, motivo e finalidade; e (v) manter-se em desconformidade com norma legal ou em conformidade com norma ilegal ou inconstitucional.

DONIZETTI, (2010, p. 28), acentua que nem todo agente público pode ser considerado autoridade coatora:

Distingue-se as figuras da autoridade pública e do mero agente público. A primeira consiste na pessoa física investida de poder de decisão, a segunda, a seu turno, apenas pratica atos executórios e não pode ser considerada autoridade coatora para fins de impetração do mandado de segurança. Com efeito, somente aquele que detém algum poder decisório é quem pode ser tido como coator.

Não somente os atos de autoridade integrante da Administração Direta são passíveis de controle por meio de mandado de segurança. Como bem salientado por Sérgio Ferraz, “onde o Estado coloque a mão, onde o interesse público se revele preponderante, aí existe campo para uso do mandado de segurança”. O sentido amplo do vocábulo autoridade para fins de impetração também é revelado pelo artigo 1º § 1º da Lei n. 12.016/09 (...)

Somente os particulares que exercem atividade por delegação em nome do Poder Público que poderão constar no pólo passivo da ação assecuratória. GRECO FILHO, (ano 2010, p. 16), define as autoridades a que se refere o artigo 1º, § 1º desta lei:

O mandado de segurança, como deflui do texto constitucional, tem por objeto a correção de ato de autoridade. Não cabe mandado de segurança contra ato de particular, enquanto particular.

Autoridade é todo agente do Poder Público e também aquele por delegação do Poder Público e também aquele que atua por delegação do Poder Público, usando do poder administrativo. Pode, pois, ser sujeito passivo do mandado de segurança o agente público diretamente ou particular que exerça função delegada, por exemplo, o concessionário de serviço público. Todavia, nesta última hipótese, o mandado será meio hábil para correção de ilegalidade, na medida em que o particular atue como Poder Público e no que concerne essa delegação. Quando age *ut singuli*, como particular, aos atos do concessionário não são passíveis de exame por meio do writ constitucional. Daí o § 2º deste artigo, que esclarece não caber impetração contra atos de gestão comercial praticados por administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de concessionárias de serviço público. Não há referência de exclusão a atos de administração de autarquias ou fundações públicas, porque todos estão sujeitos ao controle do mandado de segurança por serem entidades de Direito Público e, portanto, todos os seus atos são atos de autoridade, respeitando-se, é evidente, o requisito de que venham a ferir direito líquido e certo, como consta do § 1º. Igualmente, por equiparação, são passível de mandado de segurança os atos praticados por representantes ou órgãos de partidos políticos.

4.4. Ilegalidade ou abuso de Poder

“O ato ilegal é aquele contrário ao direito” (FONSECA MORAES, ano 2008, p. 113). Para maioria da doutrina, o conceito de ilegalidade abrange o abuso de poder. Nesse sentido, BULOS (2011, p. 738) firma:

Ilegal é o ato que não se submete à lei (*lato sensu*) e aos princípios cardeais do ordenamento. O abuso de poder, por sua vez, contém-se na ideia de ilegalidade. Basta que a autoridade, no exercício de suas

atribuições, transcenda ou distorça os limites de sua competência, alegando agir com fundamento nela, para configurar a hipótese.

GRECO FILHO, (2010, p. 17), aduz que a ilegalidade está ligada aos elementos do ato administrativo, nota-se:

A finalidade do mandado de segurança é correção de ato de autoridade quando estiver viciado pela falta de alguns de seus elementos, que são: competência, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, motivo e finalidade. Não é possível, todavia, o exame do mérito do ato administrativo, isto é, o exame de suas razões de oportunidade e conveniência, que escapam, aliás, em qualquer caso, da apreciação do Poder Judiciário, dado o princípio constitucional da separação de poderes.

Por outro lado, a simples existência de ilegalidade não gera a legitimidade para a ação. É preciso que essa ilegalidade ou abuso de poder cause violação de direito líquido e certo de determinada pessoa para que se torne legitimada para agir. Esta é a legitimação ativa ordinária.

O entendimento de DONIZETTI, (2010, p. 29), é no seguinte sentido:

Por derradeiro, cumpre observar que a ilegalidade ou abuso de poder constituem condição específica da ação de mandado de segurança. Mas, veja bem, não é a existência de ilegalidade ou abuso de poder em si a condição específica da ação, mais sim a possibilidade de se evidenciar dita ilegalidade desde logo por meio de prova documental pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória, sob pena de o feito ser extinto sem resolução do mérito. Se, depois de admitida a ação e apresentadas as informações, a presunção de legitimidade de que goza o ato de autoridade impugnado permanecer incólume, o juiz deverá proferir sentença de improcedência com fundamento na inexistência de ilegalidade, analisando o mérito da questão.

O abuso de poder poderá ocorrer sob duas formas, desvio de finalidade e excesso de poder. "O desvio ocorre quando o ato administrativo, embora seja praticado por autoridade competente, não atende a sua finalidade. O excesso advém do ato praticado por autoridade que não possui atribuições." (GUERRA, ano 2010, p. 132). A anulação dos atos administrativos, nesse caso, é conceituada por FONSECA MORAES, (2008, p. 104):

Anulação é o desfazimento de ato eivado de nulidade (ilegalidade), ou seja nulo. O ato nulo é aquele que apresenta vício em um ou mais dos requisitos de validade do ato administrativo. É caso do ato praticado por autoridade incompetente (competência); com desvio de finalidade ou abuso de poder, sem atender ao interesse público (finalidade); por meio diverso daquele previsto em lei (vício de forma); quando recair em objeto ilegítimo ou ilícito ou vedado por lei (objeto); e, quando o motivo inexistente, falso ou forjado (motivo). (...)

O ato administrativo pode ser anulado pelo Poder Judiciário no exercício do controle externo da Administração Pública, o que se dá mediante provocação. A anulação retroage (*ex tunc*) e atinge o ato ilegal em sua origem. Caso o ato faça parte do itinerário de um procedimento, a anulação atingirá todos os atos posteriores., mesmo que legais.

5. EFEITOS

Visto o seu conceito, sua natureza e suas condições de procedimento do mandado de segurança, abordaremos os seus efeitos jurídicos, entrar-se-á no objeto deste trabalho, que se limita aos efeitos jurídicos do mandado de segurança individual.

5.1. Corrigir ou anular atos ilegais ou abusivos

É o efeito mais comum da ação estudada. Como descrito na Constituição Federal, o Mandado de Segurança contra ato daquele “responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” que possa causar lesão a direito líquido e certo do Impetrante (artigo 5º, LXIX, CF). Desta feita, o Poder Judiciário anula o ato ilegal ou praticado com abuso de poder quando concede a ordem. É o primeiro efeito jurídico a ser analisado.

No Capítulo II, aduziu-se a redundância que constitui “ilegalidade ou abuso de poder”, pois os Administrativistas afirmam que o ato ilegal abrange o abusivo. Desvio de poder está relacionado com finalidade do ato administrativo, e excesso de poder, no vício em sua competência.

O Efeito Anulatório ou Corretivo no Ato impugnado visa resguardar o direito líquido e certo do Impetrante que se utiliza da ação mandamental. A propósito:

EMENTA: Concurso público. Exclusão ilegal do candidato. Requisitos cumpridos devidamente. Constitui ofensa a direito líquido e certo,

passível de correção via mandado de segurança, o ato da autoridade coatora que nega posse a aprovado em concurso para provimento de vagas para cargo de nível médio, sob o simples fundamento de que o candidato possui curso superior. É incabível o ato emanado pela autoridade coatora que exclui candidato que na verdade estaria mais do que qualificado para o certame. A sua qualificação além do exigido não se configura óbice para sua nomeação, incorrendo assim em ato ilegal e lesivo ao direito líquido e certo do impetrante. Processo n. 100.001.2006.017565-5 Reexame Necessário

Portanto se vê que o efeito anulatório pode ser considerado o mais importante do Mandado de Segurança, pois declara a ilegalidade ou abusividade do ato impugnado, evitando atitudes despóticas do Poder Público em detrimento dos direitos individuais.

5.2. Reprimir as omissões de autoridades

Outro efeito do Mandado de Segurança é a repressão das omissões das autoridades. É até comum a Administração Pública manter-se inerte em suas obrigações. Apontando tal premissa, analisar-se-á a possibilidade de ataque, através desta ação mandamental, aos atos omissivos das autoridades.

Exemplo típico de omissão foi configurada no MS n. 24.660-0 julgado pelo STF no dia 03 de fevereiro de 2011, impetrado por candidato de concurso público para provimento de cargo de Promotor de Justiça Militar, contra ato do Procurador-Geral da República e Procuradora-Geral da Justiça Militar, cuja ementa firma o seguinte:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROMOTOR DE JUSTIÇA MILITAR. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS. OMISSÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. ALCANCE DO VETO AO ARTIGO 2º DA LEI N. 8.975/1995. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O veto ao artigo 2º da Lei n. 8.975/1995 não alcançou o artigo 3º da mesma lei, sendo quarenta e dois cargos de Promotor de Justiça Militar da carreira do Ministério Público Militar (artigo 119 da Lei Orgânica do Ministério Público da União). Não havendo veto implícito ou tácito no direito constitucional brasileiro. 2. Prova pré-constituída que evidencia a existência de cargo vago, criado por lei específica, na data da impetração e a resistência ilegal dos Impetrados em efetivar a promoção de promotores para impedir a nomeação do Impetrante, caracterizando o seu direito líquido e certo. 3. Mandado de segurança concedido.

No caso em tela, a Impetrante provou que havia cargos disponíveis de Promotor de Justiça Militar, conforme a Lei 8.975/1995, e que o tempo para expirar o prazo do concurso público estava se extinguindo, motivo pelo qual havia “intenção da Administração Pública de preteri-la, ao deixar expirar a validade de dois anos previsto na Constituição sem a sua nomeação”.

A Impetrante comprovou também que o Ministério Público da União já havia aprovada portaria para promover um novo concurso para o cargo pleiteado. Em informações a Procuradora-Geral da Justiça Militar afirmou que não haveria vaga para a Impetrante. No entanto, o Procurador-Geral da República reconheceu a “omissão ilegítima e ofensiva a direito líquido e certo da impetrante”.

O Supremo, por maioria, concedeu a ordem tendo em vista que mesmo a candidata não ter sido aprovada dentro do número de vagas, candidatos na mesma situação tomaram posse e havia disponibilidade de vagas para sua nomeação.

O episódio citado mostra que a concessão da segurança também possui o efeito declaratório, reprimindo a omissão do Poder Público e, por consequência, condenatória, pois impôs a Autoridade Coatora o direito de nomeação da Impetrante.

5.3. Proteção de direitos fundamentais

Durante todo o trabalho, fala-se que a concessão da segurança visa proteger o direito líquido e certo. Lopes, ano 2009, p. 08, preceitua que o Brasil adotou a Teoria dinâmica da prova no Mandado de Segurança, fazendo com que “o juiz há de exigir a prova da parte que está em melhores condições de produzi-la, ainda que tal elemento seja utilizado na formação de convicção contrária a seus interesses”.

O Direito líquido e certo, já conceituado anteriormente, é aquele de existência evidente desde a inicial, a prova plausível, inequívoca e na forma documental, pois o Mandado de Segurança não admite a dilação probatória.

Feitas essas considerações, o *mandamus*, tanto na redação da Lei Fundamental como do artigo 1º da Lei 12.016/2009 busca proteger o direito líquido e certo. Essa proteção é, igualmente, um dos efeitos (declaratório e talvez condenatório) da concessão da segurança.

Antes de explicar a incidência mandamental no amparo dos direitos fundamentais, compreender-se-á o seu significado. BULOS, (2011, p. 515), preleciona:

Seu fundamento reside na proteção da dignidade da pessoa humana, sendo a Constituição a sua fonte de validade. (...) Direitos

fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Na p. 516, o doutrinador considera que os direitos fundamentais com “direito de defesa e instrumentais”. Confira:

Como direitos de defesa, permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados, proibindo os Poderes Públicos de invadirem a esfera privada dos indivíduos. (...) No posto de direitos instrumentais, consagram princípios informadores de toda a ordem jurídica (legalidade, isonomia, devido processo legal etc.), fornecendo-lhes os mecanismos de tutela (mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular etc.). A finalidade instrumental das liberdades públicas permite ao particular reivindicar do Estado o cumprimento das prestações sociais, a proteção contra atos de terceiros e a tutela contra discriminações.

Logo se vê que a doutrina informa que o Mandado de Segurança alcança a proteção dos direitos fundamentais e constitui também um direito fundamental. É um direito fundamental buscando a conservação de outro direito fundamental.

Nessa linha, colacionar-se-á o Mandado de Segurança de n. 005616-1 de 2007, impetrado contra ato do Secretário de Saúde do Distrito Federal. Veja, *a priori*, a Ementa de concessão da segurança por unanimidade:

MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO GRATUITO DE MATERIAL E MEDICAMENTO PELO PODER PÚBLICO – DEVER DO ESTADO – OBEDIÊNCIA AOS PRECEITOS ESTABELECIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA.

1. É dever do Estado prestar assistência farmacêutica e garantir o acesso da população aos materiais e medicamentos necessários à recuperação de sua saúde.
2. Uma vez prescrito por médico responsável pelo tratamento da paciente/impetrante, a jurisprudência pátria reconhece que os portadores de moléstias graves têm o direito de receber

gratuitamente do Estado os materiais e medicamentos de comprovada necessidade.

3. Ordem concedida, balizando-se o fornecimento pelo tempo que for necessário ao tratamento da impetrante e nos termos do relatório médico e prescrição colacionada ao “mandamus”, pois a obrigação constitucional de acesso à medicação não tem prazo para terminar.

A Impetrante, portadora de Diabetes *Mellitus* do tipo 01, sofria com graves convulsões, seguidas de paralisias que acarretavam sua imediata internação. No procedimento do *mandamus* provou-se que um tratamento que fora pago uma vez pela Impetrante, poderia minimizar as crises de sua doença.

A impetração fez-se por conta de ato omissivo do Secretário de Saúde do DF que, alegando não haver realizado licitação para compra do remédio pleiteado pela Impetrante, o Estado não dispunha do medicamento, pois “o tratamento não é padronizado no âmbito de sua pasta, razão pelo qual não há estoque”.

É certo que tal decisão poderia ser alcançada pela via de ação ordinária, regida nos termos do CPC, inclusive com a devida antecipação de tutela. Mas o que se quer valorizar neste trabalho é que a via mandamental constitui um instrumento cujo os efeitos (seja constitutivo, declaratório ou condenatório) são alcançados de modo infinitamente mais céleres do que a via comum.

Ademais, o Mandado de Segurança é ação em que não há necessidade de seu autor/impetrante providenciar sua execução, pois a sua constituição constitui um comando a ser cumprido pela Autoridade Coatora ou a pessoa jurídica a qual esta vinculada, a verdadeira legitimada passiva *ad causam*.

No caso em tela, o Tribunal *a quo* decidiu pela carência da ação, falta de adequação no interesse de agir, pois a decisão do juiz criminal (autoridade coatora) deveria ser atacada por apelação. No entanto, o STJ, no acórdão citado, aduziu que o Impetrante tem direito líquido e certo de ter a posse do seu bem, concedendo a segurança.

O direito reconhecido pela Ministra Laurita Vaz (Relatora) consistiu na restituição do bem, por direito constante no artigo 120 do Código de Processo Penal. Ademais, pode-se dizer que a cúpula do direito objetivo federal procurou proteger o direito fundamental a propriedade insculpido, inclusive, na Lei Fundamental (artigo 5º, *caput* da CF).

Conforme o artigo 1.228 do Código Civil “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Caso semelhante julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte no dia 06 de julho de 2011 no MS n. 39.926:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TERCEIRO PREJUDICADO. SÚMULA 202 STJ. ADMISSIBILIDADE DO *MANDAMUS*. ARRESTO DE BENS. BEM DE PROPRIEDADE DO IMPETRANTE, ESTRANHO A LIDE INCLUÍDO NA MEDIDA CONSTRITIVA. DEVOLUÇÃO DO BEM. CONCESSÃO DA ORDEM.

O Impetrante demandou contra o ato ilegal do juiz que concedeu liminar de arresto de bens. No cumprimento da ordem judicial, o demandado da ação cautelar estava com o veículo do impetrante, não havendo nenhuma relação entre este com o autor da ação antecedente. O Tribunal concedeu a segurança determinando liminarmente a devolução de seu automóvel, protegendo seu direito fundamental a propriedade.

5.4. Suprir lacunas legislativas

O Mandado de Segurança pode ser impetrado quando não há recurso para impugnar as decisões judiciais ou inexistência de qualquer medida para impugnar o ato administrativo. Para exemplificar, DONIZETTI (2010, p. 310), aduz:

Os despachos, porque desprovidos de conteúdo decisório, de regra, não têm aptidão para causar lesão às partes. Por isso, nos termos do artigo 504, deles não cabe recurso. Se causarem gravame, podem ensejar correição parcial (recurso anômalo previsto nas leis de organização judiciária) ou mandado de segurança. Designação de audiência para data distante, de forma a comprometer a garantia razoável do processo (CF, artg. 5º LXXVIII), afronta direito líquido e certo dos litigantes, dando azo à impetração de mandado de segurança.

Logo se vê que o Mandado de Segurança conduz, também, a integração do ordenamento jurídico brasileiro, atacando decisões em que o legislador não previu medida cabível em caso de ofensa a direito líquido e certo. DONIZETTI, (2011, p. 15), descreve ainda:

Ocorre que em 2005 a disciplina do agravo de instrumento tornou a ser modificada. Entre tais alterações, destaque especial há de ser

dado ao caráter excepcional do agravo de instrumento e à possibilidade de conversão em retido caso não estejam presentes os requisitos legais. Depreende-se da leitura do parágrafo único do artigo 527 do CPC que, da decisão que converte o agravo de instrumento em retido não cabe recurso. O STJ, analisando esse dispositivo, passou a entender, então, que, havendo a conversão em agravo retido, a parte prejudicada poderá perfeitamente valer-se do mandado de segurança para combater a lesividade do ato judicial impugnado, por inexistência de recurso hábil para tanto.

Inexistindo recurso ou medida cabível para decisões judiciais ou de qualquer autoridade, pública ou privada, esta no exercício de atividade delegada, que causem prejuízo a direito individual, o lesado pode valer-se do Mandado de Segurança para rechaçar a arbitrariedade.

Em matéria criminal, a impetração do Mandado de Segurança é legítima por advogado que tenha acesso negado aos autos do inquérito policial, mesmo que sigiloso, ante a falta de medida cabível. Segue a Ementa do MS n. 100120000409, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, julgado em 29 de fevereiro de 2012:

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL. SÚMULA VINCULANTE 14 DO STF. INVESTIGAÇÃO SIGILOSA. SIGILO INOPONÍVEL AO PATRONO DO SUSPEITO OU INVESTIGADO. ELEMENTOS DOCUMENTADOS. ACESSO AMPLO. GARANTIA CONSTITUCIONAL ASSEGURADA.

1.Descabe indeferir o acesso da defesa aos autos do inquérito, ainda que deles constem dados protegidos pelo sigilo. Súmula vinculante 14 do STF.

2.O advogado tem a prerrogativa de ter acesso aos autos de inquérito, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia, da qual não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo.

3. A Constituição Federal, assegura ao investigado, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito.

4. O acesso pela parte ao inquérito se restringe às informações já documentadas nestes autos.

5. Segurança concedida, assegurando aos advogados constituídos pelos ora impetrantes acesso às informações já documentadas nos autos do Inquérito policial nº 113/2011, bem como nos autos dos inquéritos decorrentes do referido procedimento, possibilitando-lhes, inclusive, a extração de cópias. (TJES, Classe: Mandado de Segurança, 100120000409, Relator : SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 29/02/2012, Data da Publicação no Diário: 09/03/2012)

Em suma, o Juiz Criminal (Autoridade Coatora) negou o acesso dos advogados (Impetrantes) aos autos do Inquérito Policial aduzindo que "tendo em vista a natureza das medidas assecuratórias tomadas no curso das investigações e também diante da ausência de previsão de contraditório na fase extrajudicial da *persecutio criminis*."

No entanto, o Tribunal reconheceu o direito líquido e certo (examinar em qualquer repartição policial autos de inquéritos) dos Impetrantes descritos explicitamente no artigo 7º, XIV do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94) e teor do artigo 5º, LVIII da Lei Fundamental, que consiste em ter acesso amplo aos inquéritos policiais, mesmo que correm em sigilo, porque a Lei citada não condicionou tal prerrogativa aos patronos.

6. MANDADO DE SEGURANÇA INTERPOSTO CONTRA DECISÃO JUDICIAL

Os Tribunais Superiores há muito consolidaram suas jurisprudências no sentido de ser inviável a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, seja porque o remédio constitucional não se presta a substituir o recurso cabível contra o ato impugnado, tampouco não pode ser impetrado como sucedâneo recursal.

Nesse sentido, o excelso Supremo Tribunal Federal editou enunciado de súmulas assentando o posicionamento que não cabe mandado de segurança contra decisão transitada em julgado⁸⁴, tampouco contra ato judicial passível de recurso ou correição⁸⁵.

Demais disso, tal posicionamento aqui adotado é pacífico e remansoso na jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme ementas a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA - REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE - DECISÃO RECORRÍVEL – SÚMULA 267/STF - AUSÊNCIA DE RECURSO - TRÂNSITO EM JULGADO - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - HIPÓTESE DE CABIMENTO DE RESCISÓRIA - SÚMULA 268/STF. 1. Não cabe

⁸⁴ Súmula 267 – STF: Não cabe mandado de segurança contra decisão transitada em julgado.

⁸⁵ Súmula 268 – STF: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição

mandado de segurança contra decisão recorrível (Súmula 267/STF). 2. Não pode ser considerado terceiro quem é citado e apresenta defesa no processo. 3. Não cabe mandado de segurança contra decisão transitada em julgado (Súmula 268/STF), sendo o pleito mandamental hipótese de ação rescisória. 3. Recurso ordinário não provido. (Segunda Turma, RMS 27.505/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe de 26.5.2009).

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. ARREMATÇÃO DE IMÓVEL. IMISSÃO NA POSSE. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CABÍVEL. SÚMULA 267/STF. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA, ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 202/STJ NO CASO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. Nos termos do que dispõe o enunciado da Súmula 267/STF: "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição". 2. "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a impetração de mandado de segurança contra ato judicial é medida excepcional, o que faz a admissão do writ encontrar-se condicionada à natureza teratológica da decisão combatida, seja por manifesta ilegalidade, seja por abuso de poder" (RMS 28.737/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe de 24/2/2010). 3. Impossibilidade também de concessão do writ, pois o feito não se enquadra no disposto na Súmula 202/STJ, segundo a qual "a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso". 4. Recurso ordinário desprovido. (Quarta Turma, RMS 34.052/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, DJe de 19.6.2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO IMPUGNADA. ART. 5º, III, DA LEI 12.016/2009 E SÚMULA 268/STF. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado, a teor do contido no art. 5º, inciso III, da Lei nº 12016/2009 e no enunciado nº 268 do Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Corte Especial, AgRg no MS 21.227/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 24.9.2014).

Nesse sentido, a recente decisão do c. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. NÃO CABIMENTO. SÚMULAS 267 E 268 DO STF. NÃO CABIMENTO. 1. Incabível o mandado de segurança contra ato judicial passível de impugnação por meio próprio, visto não ser sucedâneo de recurso. 2. Da mesma forma, não se presta a ação mandamental para combater decisão judicial transitada em julgado. 3. O mandado de segurança substitutivo contra ato judicial vem sendo admitido com o fim de emprestar efeito suspensivo quando o recurso cabível não o comporta, mas tão somente nos casos em que a decisão atacada seja manifestamente ilegal ou eivada de teratologia, circunstância não identificada na hipótese presente. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no RMS 58.056/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 13/12/2019).

Ressalta-se, por oportuno, que essa regra admite exceções, quando o remédio constitucional do mandado de segurança for interposto em face de decisão judicial em de flagrante ilegalidade ou para corrigir a ocorrência de teratologia, conforme precedente acima transcrito.

7. CONCLUSÃO

Depreende-se, assim, que o mandado de segurança é um remédio constitucional com previsão no artigo 5º, inciso, LXIX, da Constituição Federal de 1988 e Lei 12.016/2009 que destina-se a proteger direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato (ou omissão) marcado de ilegalidade ou abuso de poder, de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, inc. LXIV da Constituição Federal). Não admite em seu rito especial a dilação probatória, uma vez que exige prova pré-constituída do direito líquido e certo, possuindo natureza jurídica de ação mandamental e inegável instrumento de acessibilidade ao Poder Judiciário (art. 5, XXXV, CF/88), que reforma a formação de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BERVIAN, Pedro A. **Metodologia científica**. 6.ed. São Paulo: Editora Pearson, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança – Comentários Sistemáticos à Lei 12.016/09**. 2. ed. Editora Saraiva, 2010.

CERVO, Amado L; BERVIAN, A. Pedro. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

DE COMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de segurança – tradicional, novo e o polêmico na Lei12.016/09**. Editora Dialética, 2009.

FILHO, Vicente Greco. **Novo mandado de segurança**. Editora Saraiva, 2010.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Editora Impetus, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnold. **Mandado de segurança e Ações constitucionais**. 33. ed. Editora Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. Editora Atlas, 2011.

RAMPAZZO, Lino. **Metodologia científica para alunos dos cursos de graduação e pós graduação**. Editora Loyola, 2002.

SILVA, José Afonso da Silva. **Comentários contextuais à Constituição**. 7. ed. Editora Malheiros, 2010.

IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

RODRIGO ALVES ZAPAROLI:

Advogado; Professor; Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie⁸⁶

RESUMO: O presente trabalho se prestará a discorrer sobre os impedimentos matrimoniais e a sua relevância para o ordenamento jurídico pátrio, sendo que a análise proposta, além de se reportar à legislação e doutrina inerentes ao tema, abordará questões intrínsecas à aplicação prática do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Impedimentos matrimoniais; Artigo 1.521 do Código Civil Brasileiro; Artigo 1.548, inciso II do Código Civil.

O ordenamento jurídico pátrio reconhece como existentes duas ordens de impedimentos matrimoniais, as distinguindo entre impedimentos de caráter absoluto e relativo.

Os impedimentos de caráter absoluto encontram-se dispostos no artigo 1.521 do Código Civil, enquanto que os relativos, comumente denominados de causas suspensivas, possuem previsão no artigo 1.523 da mesma codificação.

O presente trabalho terá por objeto a análise dos impedimentos absolutos, também individualizados como impedimentos matrimoniais.

Conforme leciona Rolf Madaleno, "*os impedimentos traduzem a proibição imposta pela lei à realização de um casamento*"⁸⁷, ou seja, desrespeitada a previsão legislativa, o casamento será nulo, em conformidade com o que estabelece o artigo 1.548, inciso II do Código Civil⁸⁸.

⁸⁶ E-mail: rodrigozaparoli@hotmail.com

⁸⁷ MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 47.

⁸⁸ Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

II - por infringência de impedimento.

Antes de analisarmos especificamente quais seriam os impedimentos matrimoniais, relevante se faz entender qual é a importância do instituto e qual foi o motivo que levou o legislador a inseri-los em nossa codificação.

Para tanto, nos valeremos dos ensinamentos edificados por Maria Helena Diniz, que assim dispõe:

“(...) o objetivo do nosso legislador foi evitar uniões que afetem a prole, a ordem moral ou pública, por representarem um agravo ao direito dos nubentes, ou aos interesses de terceiros, tal a influência que exerce o matrimônio nas relações familiares e em toda esfera social. Determina, por isso, circunstâncias cuja verificação tem como consequência impedir a celebração do casamento. Daí dizer-se que o impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para o casamento. Impede, portanto, a realização do casamento válido. Se alguém, que careça de alguma das condições exigidas por lei, contrair matrimônio proibido, a norma fulminará de nulidade tal união”⁸⁹.

Dessa maneira, observa-se que a presença de ao menos um dos impedimentos constantes dos incisos do artigo 1.521 do Código Civil será suficiente a impedir a realização do casamento válido, sendo que, na hipótese de ser convolado tal matrimônio, será ele considerado nulo.

Com efeito, o artigo 1.521 do Código Civil, enumera em seus incisos, taxativamente, as hipóteses em que estará impedida a realização do casamento, que, conforme salientado, por afetar interesses não só dos nubentes, mas também de terceiros, não poderá ter nenhuma dessas causas impeditivas supridas ou sanadas.

Milton Paulo de Carvalho Filho, ao discorrer sobre a classificação dos impedimentos matrimoniais, assim prescreve:

“A lei divide em três classes os impedimentos: a) os que resultam do parentesco (incisos I a V); b) os que resultam de casamento anterior ou impedimento de vínculo (inciso VI); e, por fim, c) os que são

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: direito de família. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 81 e 82.

decorrentes de crime ou impedimento de crime (inciso VII). Os impedimentos resultantes do parentesco podem ainda ser divididos em 1) impedimentos de consanguinidade, previstos nos incisos I e IV deste artigo, que resultam de parentesco próximo; 2) impedimento de afinidade, previsto no inciso II; e 3) impedimento de adoção, previsto nos incisos III e V⁹⁰.

Superadas a conceituação e classificação dos impedimentos matrimoniais, passaremos a tratar especificamente sobre cada um deles, utilizando como diretriz a própria redação do artigo 1.521 do Código Civil, que em seu *caput* determina expressamente aqueles que *"não podem casar"*.

Determina o inciso I de referido artigo que não podem casar *"os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil"*. Tal previsão nitidamente se funda em razões morais, biológicas e eugênicas, pois impede a ocorrência de núpcias incestuosas, bem como o surgimento de taras fisiológicas e malformações que poderiam atingir a prole.

O impedimento previsto pelo inciso I do artigo 1.521 abarca qualquer grau de parentesco em linha reta, *"quer seja ele matrimonial, decorrente de justas núpcias, quer natural (CC, art. 1.593), proveniente de relações convivenciais, concubinárias ou esporádicas"*⁹¹.

Em relação à hipótese de impedimento prevista pelo inciso I se aplicar àqueles que convivem em união estável, tal entendimento consubstancia-se também no artigo 1.723, §1º do Código Civil, este determina que: *"a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente"*.

Isto posto, resta cristalino que não poderão casar os ascendentes com os descendentes, independentemente do parentesco ser de origem natural ou civil, o que abarca inclusive aqueles que convivem em união estável.

Prosseguindo com a análise do artigo 1.521 do Código Civil, observamos que seu inciso II estabelece que não podem casar *"os afins em linha reta"*. Neste ponto, urge

90 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência/Claudio Luiz Bueno de Godoy [et al.]; Coordenação Cezar Peluso. – 16 ed., rev. e atual. – Barueri [SP]: Manole, 2022, p. 1.586.

91 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: direito de família. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 85.

relembrar que o parentesco por afinidade aflora em razão do casamento, ou ainda, da união estável, de modo a ligar uma pessoa aos parentes do seu cônjuge ou companheiro.

Frise-se que referido impedimento, que apresenta nítido fundamento moral, se aplica apenas à linha reta, ou seja, os afins em linha colateral estarão excluídos da hipótese legal, sendo, conseqüentemente, válida a situação em que o viúvo contrai núpcias com a irmã de sua falecida esposa.

Ao dissertar sobre tal impedimento, Maria Helena Diniz, explica que:

“não podem convolar núpcias sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada, madrasta e enteado ou qualquer outro descendente do marido (neto, bisneto) nascido de outra união, embora tenha sido dissolvido o casamento (ou companheirismo) que originou a afinidade. Tal ocorre porque pelo Código Civil, art. 1.595, §2º, ‘na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável’”⁹².

Encerrada a explicação acerca do impedimento prescrito pelo inciso II, passaremos à análise daquele constante do inciso III do artigo 1.521 do Código Civil, este determina que não podem casar “o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante”.

O impedimento supracitado se justifica por razões morais, sociais e culturais, vez que a adoção atribui a condição de filho à pessoa adotada, conforme prevê o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, apesar deste impedimento não se justificar por restrições eugênicas, o *caput* do artigo de lei sobredito (ECA, art. 41)⁹³ é cristalino ao tratar da questão do adotado, inclusive no que atina à manutenção dos impedimentos matrimoniais, até mesmo pelo fato de que a adoção atribui a condição de filho ao adotado.

Maria Berenice Dias, ao tecer comentários a esse impedimento, ensina que:

⁹² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: direito de família. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 88.

⁹³ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

“A adoção gera duas ordens de impedimentos, tanto em relação à família de origem como diante dos familiares dos adotantes. As razões éticas são as mesmas. Ainda que a Constituição proíba discriminação com referência à filiação (CR 227 § 6.º), e o adotado se torne filho igual ao natural, persistem os impedimentos decorrentes da filiação biológica (ECA 41). Por isso, o adotado sofre duplo impedimento matrimonial (CC 1.521 I a V)”⁹⁴.

Ao avançarmos com a análise do artigo 1.521 do Código Civil, observamos que seu inciso IV, estipula que não podem casar “*os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive*”.

A vedação oriunda do inciso IV, além de ordem genética, posto o risco de malformação da prole, consubstancia-se na cultura social presente no Brasil, que sofre nítida influência do cristianismo, que reputa como imoral a união entre irmãos⁹⁵.

Conforme se extrai da leitura do inciso sobredito, é vedado o casamento de parentes até o terceiro grau, o que contempla a hipótese de casamento entre tios e sobrinhos. Todavia, referida situação pode ser superada por meio da aplicação do Decreto-Lei nº 3.200/41, que em seu artigo 2º determina que:

“Art. 2º Os colaterais do terceiro grau, que pretendam casar-se, ou seus representantes legais, se forem menores, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspensão, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio.

§1º Se os dois médicos divergirem quanto a conveniência do matrimônio, poderão os nubentes, conjuntamente, requerer ao juiz que nomeie terceiro, como desempassador.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 473.

⁹⁵ MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 49.

§2º Sempre que, a critério do juiz, não for possível a nomeação de dois médicos idôneos, poderá ele incumbir do exame um só médico, cujo parecer será conclusivo.

§3º O exame médico será feito extrajudicialmente, sem qualquer formalidade, mediante simples apresentação do requerimento despachado pelo juiz.

§4º Poderá o exame médico concluir não apenas pela declaração da possibilidade ou da irrestrita inconveniência do casamento, mas ainda pelo reconhecimento de sua viabilidade em época ulterior, uma vez feito, por um dos nubentes ou por ambos, o necessário tratamento de saúde. Nesta última hipótese, provando a realização do tratamento, poderão os interessados pedir ao juiz que determine novo exame médico, na forma do presente artigo.

§6º O atestado, constante de um só ou mais instrumentos, será entregue aos interessados, não podendo qualquer deles divulgar o que se refira ao outro, sob as penas do art. 153 do Código Penal.

§7º Quando o atestado dos dois médicos, havendo ou não desempatador, ou do único médico, no caso do par. 2º deste artigo, afirmar a inexistência de motivo que desaconselhe o matrimônio, poderão os interessados promover o processo de habilitação, apresentando, com o requerimento inicial, a prova de sanidade, devidamente autenticada. Se o atestado declarar a inconveniência do casamento, prevalecerá, em toda a plenitude, o impedimento matrimonial.

§8º Sempre que na localidade não se encontrar médico, que possa ser nomeado, o juiz designará profissional de localidade próxima, a que irão os nubentes⁹⁶.

Isto posto, conforme estipula o Decreto-Lei nº 3.200/41, se os dois médicos atestarem não haver prejuízo à saúde dos nubentes e da prole, poderão os interessados promover o

96 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm>. Acessado em: 26/02/2023.

processo de habilitação, apresentando, com o requerimento inicial, a prova de sanidade, devidamente autenticada.

Prosseguindo com a análise do artigo 1.521 do Código Civil, auferimos que seu inciso V prevê que não podem casar "*o adotado com o filho do adotante*".

Referido impedimento, assim como se faz presente nas hipóteses arroladas nos incisos I e III, deriva do respeito e confiança que deve se fazer presente na família, tratando-se de mais uma situação em que haverá impedimento por conta da adoção, essencialmente pelo fato de que ela atribui a condição de filho à pessoa adotada, logo, se impedimento não houvesse, estaria sendo permitido o casamento entre irmãos, o que seria absolutamente contrário à moralidade familiar.

Ao seguirmos com o estudo do artigo 1.521 do Código Civil, constatamos que seu inciso VI, estipula que não podem casar "*as pessoas casadas*". Tal previsão, almeja resguardar a monogamia, de modo que a violação a tal impedimento gerará a nulidade do segundo matrimônio.

Milton Paulo de Carvalho Filho, ao tecer comentários sobre o inciso VI do artigo 1.521, dispõe que:

"O vínculo conjugal só se extingue com a morte, com a invalidade do casamento e com o divórcio (...). Aquele que se casa sem que o vínculo anterior esteja extinto comete bigamia, que constitui crime previsto no art. 235 do CP. O casamento religioso anterior não constitui impedimento enquanto não estiver inscrito no registro civil (...). Será declarado nulo o segundo casamento quando realizado ainda na existência do primeiro, não podendo ser convalidado mesmo que este tenha sido dissolvido antes da decretação de nulidade daquele, por ser já preexistente o impedimento legal"⁹⁷.

Ainda no que atina ao impedimento constante do inciso VI, deve-se salientar que ele não se aplica àqueles que convivem em união estável, justamente em razão do disposto no §1º do artigo 1.723 do Código Civil, que em sua redação estipula expressamente que: "*A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se*

⁹⁷ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência/Claudio Luiz Bueno de Godoy [et al.]; Coordenação Cezar Peluso. – 16 ed., rev. e atual. – Barueri [SP]: Manole, 2022, pp. 1.587 e 1.588.

aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente".

Por fim, o inciso VII do artigo 1.521 do Código Civil, prevê que não podem casar "o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte".

O impedimento supra nitidamente almeja resguardar a moral e a ética, pois seria reprovável imaginar a hipótese de alguém pretender casar com pessoa condenada pela prática de homicídio, ainda que tentado, contra o seu consorte.

Para sua caracterização, necessária será a existência de sentença condenatória transitada em julgado, não existindo, conforme leciona Rolf Madaleno, tal impedimento "para a hipótese de homicídio culposo, porque o impedimento justamente encontra a sua razão no sentido ético da intenção criminal"⁹⁸.

Em complemento, conforme edifica Milton Paulo de Carvalho Filho, "não se exige para a configuração da proibição a participação no crime do cônjuge da vítima, pois o seu propósito de casar com o criminoso implica tácita aprovação do delito"⁹⁹.

Ante o exposto, é inequívoca a importância dos impedimentos matrimoniais, pois almejam preservar não só os interesses dos nubentes, mas também da sociedade com um todo, que possui dentre seus objetivos evitar a consumação de uniões que afetem a prole, bem como que ofendam a ordem moral e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência/Claudio Luiz Bueno de Godoy [et al.]; Coordenação Cezar Peluso. – 16 ed., rev. e atual. – Barueri [SP]: Manole, 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁹⁸ MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 50.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. op. cit., p. 1.588.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: direito de família. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm>. Acessado em: 26/02/2023.

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 26/02/2023.

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>/. Acessado em: 26/02/2023.

CONCILIABILIDADE DA REVISÃO GERAL ANUAL DE SUBSÍDIO AOS AGENTES POLÍTICOS NO ÂMBITO MUNICIPAL

PEDRO CESAR VIEIRA CAMILLO:

Procurador Legislativo Municipal. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anahaguera. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

RESUMO: A finalidade do presente trabalho é analisar eventual (in)compatibilidade da revisão geral anual aos agentes políticos municipais (prefeito, vice-prefeito, secretários e vereadores) no caso de mera recomposição inflacionária subsídio, bem como o reconhecimento do tema de repercussão geral n. 1192.

Palavras-chave: revisão geral anual – recomposição inflacionária – agentes políticos municipais.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze any (in)compatibility of the annual general review to municipal political agents (mayor, deputy mayor, secretaries and councilors) in the case of mere inflationary recomposition subsidy, as well as the recognition of general repercussion issue n. 1192.

Key-words: annual general review – inflation adjustment – municipal political agents.

1. INTRODUÇÃO

A revisão geral anual se cuida de instituto previsto na Constituição da República, visa unicamente recomposição inflacionária, é usualmente realizada pelos entes federativos e respectivos poderes, inclusive pelos agentes políticos municipais. Em relação a estes, há discussão quanto à constitucionalidade das leis específicas consideradas potenciais restrições no texto constitucional. Além disso, muitas vezes passa despercebida pelos órgãos de controle, dada a multiplicidade de ocorrências e por ser realizada simultaneamente com a revisão geral anual dos demais agentes públicos. Ainda, há relevância prática da análise, há inúmeros pequenos municípios brasileiros localizados em regiões afastadas dos grandes centros urbanos, de maneira que o incremento do subsídio do chefe do executivo municipal (teto máximo do funcionalismo municipal), mesmo que por meio de revisão geral anual, é utilizado como atrativo remuneratório à contratação de determinados profissionais (médicos). A depender do resultado do tema de repercussão geral n. 1192, os pequenos municípios poderão ser impactados, tendo em vista a potencial vedação à revisão geral anual de forma geral aos agentes políticos municipais, como também pela incidência da regra da anterioridade de legislatura.

2. COMPREENSÃO DE AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS E FORMA REMUNERATÓRIA

A nomenclatura agentes públicos (gênero) comporta diversas espécies, de maneira que a expressão tem sentido amplo e expressa aqueles que exercem função pública como representantes do Estado a qualquer título, de forma remunerada ou não, transitória ou permanente, política ou jurídica. Ainda, são imprescindíveis do ponto de vista de que o Estado se manifesta por meio de pessoas físicas em seu nome (CARVALHO FILHO, 2019, p. 861)100.

É possível afirmar que os agentes públicos se classificam em agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

Os agentes políticos, na situação, são caracterizados pela transitoriedade e por funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição (Ibidem, p. 861): “[...] (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores)”.

Assim, os prefeitos, vice-prefeitos, secretários municipais e vereadores se enquadram na referida categoria.

O arcabouço constitucional estabelece aos agentes políticos a regra de remuneração por meio de subsídio:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. PARÂMETRO DE CONTROLE. **REGIME DE SUBSÍDIO**. VERBA DE REPRESENTAÇÃO, 13^o SALÁRIO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. 1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes. 2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual. 3. A “verba de representação” impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é

100 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

compatível com o regime constitucional de subsídio. 4. Recurso parcialmente provido.

Também é pertinente a compreensão do teto remuneratório em âmbito municipal, a limitação do constituinte foi impedir os supersalários do funcionalismo público, além do teto nacional (subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal), há subtetos à nível de Estados e Municípios, no âmbito municipal o teto máximo para recebimento é o aplicável ao chefe do poder executivo do município, com única exceção em relação aos procuradores (CAVALCANTI, 2019)¹⁰¹.

A título de complemento, diversos municípios brasileiros possuem reduzido número de habitantes e muitas vezes estão deslocados em remotas regiões interioranas, de maneira que usualmente enfrentam dificuldades de contratação de médicos, uma das formas de contornar a falta de interesse dos referidos profissionais se dá por meio de oferta de remunerações mais atrativas. Entretanto, o funcionalismo do poder executivo municipal é limitado ao subsídio do prefeito, logo, é usual a alteração do subsídio do chefe do executivo municipal no curso da legislatura, inclusa a revisão geral anual, como uma das formas de manter remuneração convidativa no caso.

3. DELIMITAÇÃO DA REVISÃO GERAL ANUAL, REGRA DA ANTERIORIDADE LEGISLATIVA E CONFRONTO JURISPRUDENCIAL

A Constituição da República explicitamente prevê aos agentes políticos municipais¹⁰²:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal,

¹⁰¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Teto remuneratório de Procuradores Municipais é o subsídio de Desembargador de TJ**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/adad9e1c91a7e0f63a139458941b1c66>>. Acesso em: 26/03/2023

¹⁰² BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de março de 2023.

observado o que dispõem os **arts. 37, XI, 39, § 4º**, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

VI - o **subsídio dos Vereadores** será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais **em cada legislatura para a subsequente**, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos [...]

A *priori*, em função da incidência da regra da anterioridade para fins de aumento, a interpretação isolada conduz à conclusão de que o subsídio dos vereadores somente poderia ser alterado para a legislatura subsequente; bem como, em relação aos prefeitos, vice-prefeitos e secretários municipais, não lhes seria aplicável.

Ocorre, numa análise mais aprofundada e com base no Princípio da Unidade, também devem ser considerados:

Art. 37. [...]

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o **§ 4º do art. 39** somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, **assegurada revisão geral anual**, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos** e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário,

aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Art. 39. [...]

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais **serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única**, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, **obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.**

Interessante notar que o inciso art. 39, inciso X, da Constituição da República, que **prevê expressamente a revisão geral anual**, faz remissão direta ao §4º do art. 39, o qual, por sua vez, alberga os agentes políticos municipais.

Outrossim, em relação aos prefeitos, vice-prefeitos, secretários e especialmente vereadores, há margem interpretativa para defesa de que a revisão geral anual consistiria em exceção à regra de anterioridade de legislação.

Para fins esclarecimento, diferentemente do aumento efetivo ou real, a revisão geral anual consiste na mera recomposição inflacionária do período para preservar perdas financeiras causadas pela desvalorização da moeda, isto é, incremento do "valor nominal" sem que haja elevação do "valor de troca" (CAVALCANTI, 2019)103.

Ademais, a revisão geral anual não pode agraciar apenas uma categoria específica, mas o funcionalismo integrante de determinada entidade da federação e poder (legislativo, executivo ou judiciário) de forma geral, assim como não pode ser automática e deve provir de lei específica.

Ao encontro da permissibilidade de revisão geral anual aos agentes políticos municipais, o Tribunal de Contas de Minas Gerais¹⁰⁴:

103 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Revisão anual de vencimentos não é obrigatória, mas chefe do Executivo deve justificar.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4ddb5b8d603f88e9de689f3230234b47>>. Acesso em: 26/03/2023

104 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. **Consulta: 858052.** Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão, 16 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TCE-MG/attachments/TCE->

CONSULTA - AGENTES PÚBLICOS - REMUNERAÇÃO - ARTIGO 37, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA - REVISÃO DE REMUNERAÇÃO NÃO SE CONFUNDE COM FIXAÇÃO OU ALTERAÇÃO - REVISÃO REMUNERATÓRIA: GERAL, ANUAL E DEVE SER INSTITUÍDA POR LEI EM SENTIDO MATERIAL, OBSERVADA A INICIATIVA PRIVATIVA DE CADA PODER OU ÓRGÃO CONSTITUCIONAL - OBSERVÂNCIA DE MESMA DATA E ÍNDICE ENTRE SERVIDORES E AGENTES POLÍTICOS DA MESMA ENTIDADE POLÍTICA - PREVALÊNCIA DA DATA E ÍNDICE ADOTADOS PELA UNIDADE ORGÂNICA QUE OS INSTITUIU PRIMEIRAMENTE. 1. A revisão de remuneração ou subsídio não se confunde com sua fixação ou alteração, devendo ser observada em cada entidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a iniciativa privativa de cada Poder ou Órgão Constitucional (Executivo, Judiciário, Legislativo, Ministério Público e Tribunal de Contas). Ou seja, no âmbito municipal, é da Câmara Municipal a competência para promover a revisão geral e anual de seus servidores e de seus agentes políticos (vereadores), assim como é do Executivo a iniciativa de lei para promover a revisão geral e anual de seus servidores e de agentes políticos (prefeito, vice-prefeito e secretários). 2. A revisão decorre de um só fato econômico, que é a corrosão uniforme do poder aquisitivo da moeda; portanto, não se devem adotar datas e índices distintos entre servidores e agentes políticos da mesma entidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Por esta mesma razão e, não obstante, inexista regra expressa vinculando a revisão feita por uma unidade orgânica com a feita por outra, o índice e a data adotados por aquela que a instituiu primeiramente devem ser considerados, por vinculação lógica, pelas demais estruturas orgânicas da mesma entidade política, diante da citada natureza uniforme da questão. (TCE-MG - CONSULTA: 858052, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de Julgamento: 16/11/2011, Data de Publicação: 30/01/2012)

Destaca-se que não se cuida de posição isolada, a exemplo da posição adotada pelo Tribunal de Contas do Paraná (TCE-PR 18256013, Relator: IVENS ZSCHOERPER LINHARES, Segunda Câmara, Data de Publicação: 25/06/2018)¹⁰⁵.

[MG_858052_ab00b.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEO67SMCVA&Expires=1679847425&Signature=HsLdDrvgUas%2BLNd4gR4MJr9%2FdEA%3D](https://s3.amazonaws.com/TCE-MG/858052_ab00b.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEO67SMCVA&Expires=1679847425&Signature=HsLdDrvgUas%2BLNd4gR4MJr9%2FdEA%3D)>. Acesso em 26 de março de 2023.

105 PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Consulta**. Relator: CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES, PR, 26 de outubro de 2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TCE->

Diametralmente, destaca-se decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, para o qual é vedada a revisão geral anual não apenas para os vereadores, mas também para prefeitos, vice-prefeitos e secretários¹⁰⁶:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Expressão 'e os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais' constante do inciso X do artigo 81 da Lei nº 2.048, de 26-10-2005, na redação dada pela Lei nº 3.361, de 6-10-2020, do Município de Patrocínio Paulista; artigo 2º da Lei nº 3.045, de 11-7-2016, do Município de Patrocínio Paulista; e expressão 'ao Presidente da Câmara Municipal e aos Vereadores,' contida no artigo 1º da Lei nº 3.155, de 27-10-2017, na redação dada pela Lei nº 3.181, de 4-4-2018, do Município de Patrocínio Paulista – **Sistema remuneratório do prefeito, vice-prefeito, secretários municipais e vereadores – Reajuste na mesma data e com mesmo índice em que for procedida a revisão geral anual da remuneração dos servidores. 1. Reajuste dos subsídios atrelado à revisão anual concedida aos servidores públicos. Prefeito, vice-prefeito, secretários municipais e vereadores não são servidores públicos, são agentes políticos. O vínculo que tais agentes mantêm com o Estado é de natureza política, e não profissional. Daí o sistema remuneratório dos agentes políticos possuir especificidades e disciplina própria, distinto do regramento aplicável aos funcionários públicos em geral. Nosso sistema constitucional proíbe o reajuste automático dos subsídios em função da revisão anual concedida aos servidores públicos.** Precedentes do STF e do Órgão Especial. 2. **Regra da legislatura. Subsídios do prefeito, vice-prefeito, secretários municipais e vereadores serão fixados ou reajustados pela Câmara Municipal para a legislatura subsequente,** artigo 29, V e VI, da CF/88. Precedentes do STF. 3. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente, com ressalva.

[PR/attachments/TCE-](#)

[PR_50851717_b5233.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1679856002&Signature=7ak9uVKoRs6sRBLvÍuGSj8ydmvY%3D>.](#) Acesso em 26 de março de 2023.

106 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ação Direta de Inconstitucionalidade.** Relator Carlos Bueno, SP, 15 de setembro de 2019. Disponível em < [\[PR_50851717_b5233.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1679856002&Signature=7ak9uVKoRs6sRBLvÍuGSj8ydmvY%3D>.\]\(#\) Acesso em 25 de março de 2023.](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TCE-PR/attachments/TCE-</p></div><div data-bbox=)

(TJ-SP - ADI: 20037123220218260000 SP 2003712-32.2021.8.26.0000, Relator: Carlos Bueno, Data de Julgamento: 15/09/2021, Órgão Especial, Data de Publicação: 23/09/2021)

O Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática entendendo pela inconstitucionalidade de lei que permitia a revisão geral anual a agentes políticos municipais, reconheceu a repercussão geral do tema de número 1192107.

Quanto à tese proposta pelo Ministro Luiz Fux:

Destarte, para os fins da repercussão geral, proponho a seguinte tese: **É inconstitucional lei municipal que prevê o reajuste anual do subsídio de agentes políticos municipais, por ofensa ao princípio da anterioridade, previsto no artigo 29, VI, da Constituição Federal.** Ex positis, nos termos dos artigos 323 e 323-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, manifesto-me pela EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL da questão constitucional suscitada e pela REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, fixando-se a tese supramencionada. Por fim, conforme fundamentação acima exposta, PROVEJO o RECURSO EXTRAORDINÁRIO, para declarar a inconstitucionalidade das Leis 3.056/2019 e 3.114/2020, do Município de Pontal - SP. Submeto a matéria à apreciação dos demais Ministros da Suprema Corte.

Acaso se concretize no plenário o voto do Ministro Luiz Fux, somado ao tema afetado por meio de repercussão geral em recurso extraordinário, haverá inevitável decorrência do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes*. Na mesma conjectura do reconhecimento de repercussão geral, vislumbra-se inegável tratamento anti-isonômico em face dos entes municipais, não há razões que fundem o tratamento discriminatórios aos municípios enquanto a mesma regra não é aplicada aos demais entes federativos.

4. CONCLUSÃO

Nesse diapasão, alicerçado nas razões expostas anteriormente, com amparo no texto expresso da Constituição da República, há amparo interpretativo para permitir a revisão geral anual no âmbito municipal aos agentes políticos. Sem razões para tanto, agrega-se que condicionar a regra da legislatura a prefeitos, vice-prefeitos, secretários e vereadores consiste em tratamento nitidamente desigual e excepcional quando

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Presidente Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 25 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=9711619>>. Acesso em acesso em 25 de março de 2023.

comparados aos demais entes federativos e respectivos poderes. Por fim, fundado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 20), salienta-se a realidade de inúmeros pequenos municípios brasileiros que necessitam reajustar ou revisar o subsídio do Prefeito Municipal (teto máximo do funcionalismo municipal) para tornar mais atrativa a contratação de profissionais da área médica, acaso reste engessada até mesmo a revisão geral anual, as consequências práticas da decisão podem ser expressamente danosas para esses municípios, podendo-lhes afetar o serviço público de saúde.

CASO V.R.P., V.P.C. E OUTROS VS. NICARÁGUA, CASO WILLIAM ANDREWS VS. EUA, CASO ROBERTO MORENO RAMOS VS. EUA E OS NOVOS CONTORNOS DE CONVENCIONALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO NO QUE TANGE AO JULGAMENTO DOS CRIMES CONTRA À VIDA.

LUCAS TELLES ASSIS: Advogado, Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Faculdade CERS. Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O artigo tem o objetivo de confrontar o procedimento penal brasileiro responsável pelo julgamento dos crimes contra à vida com as análises da Corte interamericana de direitos humanos e da Comissão interamericana de direitos humanos a respeito da aplicabilidade dos princípios constitucionais que nele estão inseridos; a incomunicabilidade do jurado; a legalidade sobre a execução provisória da pena; a influência do populismo penal midiático que no júri.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes contra à vida; Corte; Comissão; Princípios Constitucionais Orientadores; Execução provisória da pena; Populismo Penal Midiático; Jurisprudência internacional.

ABSTRACT: The article aims to confront the Brazilian criminal procedure responsible for judging crimes against life with the analyzes of the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights regarding the applicability of the constitutional principles that are inserted therein; the jury's incommunicability; the legality of the provisional execution of the sentence; the influence of media penal populism than on the jury.

KEYWORDS: Crimes against life; Cut; Commission; Guiding Constitutional Principles; Provisional execution of the sentence; Media Penal Populism; International jurisprudence.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESENVOLVIMENTO. 2.1 Jurisprudência internacional a respeito do julgamento por jurados. 2.2 A incomunicabilidade do jurado no brasil. 2.3 A influência do populismo penal midiático no tribunal do júri. 2.4 O impacto do clamor social sobre o jurado. 2.5 A ausência de fundamentação do voto dos jurados e seus reflexos. 2.6 Soberania dos vereditos, garantia ou instrumento punitivo? 2.7 A execução provisória da pena no tribunal do júri e a alteração trazida pelo pacote anticrime. 3 CONCLUSÃO. 4 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O artigo aqui apresentado trata da jurisprudência internacional dos órgãos interamericanos, corte e comissão. Os casos trazidos visam validar ou ainda questionar as estruturas enraizadas no modelo de processo e julgamento dos crimes contra à vida no ordenamento jurídico brasileiro e em outros mais.

O modelo brasileiro de tribunal do júri com suas características e peculiaridades aborda a importância da participação popular nos julgamentos, pois o júri é uma corte de viés democrático, logo a participação é relevante no processo de julgamentos. A seguir será analisado os princípios constitucionais orientadores do tribunal do júri que contradizem outros preceitos dentro da própria constituição.

Diante disso, o objetivo é trazer os desdobramentos que algumas regras de funcionamento apresentadas no júri; é mostrar que algumas dessas regras foram trazidas para o júri em um lapso temporal da história totalmente distinto do que vivemos hoje e justamente por isso, tornam-se descabidas e muitas vezes contrária ao viés democrático com o qual a corte foi pensada.

O tema encontra relevância jurídica a partir do momento em que o tribunal do júri criado para livrar o indivíduo da ânsia punitiva do Estado, é hoje uma instituição que viola garantias fundamentais que a história tratou de conceder a todos, sem distinção.

Tal relevância ainda se confirma tendo em vista que hoje, o júri possui competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, crimes que visam tutelar o bem jurídico de maior importância no ordenamento jurídico, ou seja, a vida. Esses crimes trazem junto de si, penas severas e justamente pela gravidade destas penas, qualquer equívoco ao aplicá-las pode acarretar prejuízos irreparáveis.

Sob o viés político e social, o tema mostra sua relevância com facilidade, uma vez que ao observar o júri como eficaz instrumento do encarceramento em massa é preciso reavaliar, em razão dos altos índices de criminalidade no Brasil, a política de segurança pública adotada pelo Estado já que o encarceramento em nada tem contribuído para a diminuição desses índices.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Jurisprudência internacional a respeito do julgamento por jurados.

A fim de enriquecer e melhor fundamentar os questionamentos aqui trazidos serão expostos alguns julgados da órbita internacional uma vez que as críticas às estruturas do Tribunal do Júri não se limitam ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeira mão é preciso destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) já analisou a convencionalidade do tribunal do júri, ou seja, a referida corte analisou se o procedimento do júri é congruente com os ditames da convenção americana de direitos humanos (CADH). A análise se deu no Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua onde a Corte IDH afirmou que a estrutura do julgamento por jurados a princípio não macula as garantias previstas na CADH como a do devido processo legal.

Também já foi alvo de questionamento nos organismos internacionais o peso que questões extrajudiciais, como raça, nacionalidade e religião, podem ter nos veredictos dos jurados eventualmente maculando o traço democrático do Júri de garantir que o réu seja julgado por um tribunal imparcial composto de seus pares.

No Caso William Andrews vs. EUA, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entendeu que o Sr. Andrews, réu negro, não teve a garantia de ser julgado por um tribunal imparcial respeitada uma vez que os jurados durante uma pausa do julgamento tiveram acesso a um bilhete que trazia a seguinte frase “Enforquem os negros” junto de um desenho de uma forca com uma pessoa negra. Os jurados não foram questionados sobre o ocorrido pelo juiz presidente que prosseguiu com o julgamento sem adotar qualquer providência para garantir a imparcialidade dos jurados.

Vale ressaltar que o júri em questão era composto por pessoas brancas membros de uma igreja que pregava em sua doutrina a inferioridade da raça negra. Portanto, fica claro que a máxima de ser julgado por seus pares tornou-se totalmente intangível para o Sr. Andrews.

Diante do exposto, a CIDH decidiu que os EUA violaram o art. 26, §2º da Declaração americana dos direitos e deveres do homem (DADDH) que prevê o direito de ser ouvido de maneira imparcial.

Em episódio semelhante, porém com contornos diferentes é válido mencionar o Caso Roberto Moreno Ramos vs. EUA, também analisado pela CIDH. Neste caso, violação também repousa sobre o art. 26 da DADDH. Contudo, aqui o contorno não é racial, mas sim a respeito da nacionalidade do réu, o Sr. Moreno Ramos. Durante uma etapa processual, o órgão acusatório usa a nacionalidade do réu como argumento de autoridade que justificaria a sua condenação, a fim de preservar o respeito às leis estadunidenses.

Após, é preciso analisar as discussões a respeito da ausência de fundamentação dos votos dos jurados e suas reflexões.

Também no Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua, a Corte IDH proferiu decisão no sentido de que “As decisões dos jurados também devem ser motivadas, mas a falta de exteriorização da fundamentação do veredicto não viola por si só a garantia da motivação.”

A falta de exteriorização da fundamentação do veredicto só não implicará em violação às garantias do réu caso seja possível entender as razões da decisão através do conjunto de atuações realizadas no procedimento.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) possui entendimento no mesmo sentido firmado no Caso Taxquet vs. Bélgica. A corte europeia afirma que “A escolha por um Estado de determinado sistema de justiça criminal está, a princípio, fora da supervisão do Tribunal, desde que o sistema escolhido não viole os princípios estabelecidos na Convenção.”. Portanto, não seria possível exigir a fundamentação dos veredictos dos jurados sob pena de desestabilizar o próprio procedimento do júri e interferir na escolha do Estado de seu sistema de justiça criminal.

Seguindo na jurisprudência europeia, o TEDH já se posicionou através do Caso Hanif e Khan vs. Reino Unido a respeito da possibilidade de um policial servir como jurado em uma sessão do tribunal do júri. Mesmo sabendo e valorizando as bases do ordenamento jurídico que pregam pela possibilidade de qualquer um do povo poder ser membro do júri bem como pela presunção de imparcialidade de um juiz ou jurado, é preciso reconhecer que tais institutos são pouco suficientes para garantir que não haverá riscos de o jurado policial poder, ainda que inconscientemente, favorecer as provas da polícia. Sendo assim, fica vedada tal possibilidade.

Por fim e retomando à jurisprudência americana, a CIDH já se manifestou a respeito da fase recursal no procedimento do júri. No Caso Pedro Basilio Roche Azaña e outro vs. Nicarágua ficou claro que a previsão de soberania dos veredictos não pode implicar na impossibilidade de o réu uma vez condenado impugnar sua condenação, sob pena de se caracterizar como um julgamento arbitrário e violador dos direitos às garantias judiciais.

2.2 A incomunicabilidade do jurado no brasil

A incomunicabilidade dos jurados está prevista no artigo 466 §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal e encontra fundamento na doutrina jurídica brasileira no desejo de resguardar a opinião dos jurados, ou seja, proteger o voto de um jurado da interferência do outro.

De acordo com RANGEL (2018, p.81) “A incomunicabilidade que a lei quer assegurar diz respeito ao mérito do julgamento e tem como objetivo impedir que o jurado exteriorize sua forma de decidir e venha influir, favorecendo ou prejudicando qualquer um dos seus membros.”

O que doutrinadores como Paulo Rangel defendem é que existe uma grande diferença entre a incomunicabilidade dos jurados e o sigilo dos votos. O sigilo dos votos

consiste para evitar que se exerça pressão sobre a votação dos jurados, pressão essa que pode ser exercida através de chantagens, ameaças, perseguições, sem influência estranha, como também a preservação sua integridade física.

A Lei 11.689/2008 consagrou modificações no júri e dentre elas, para assegurar o sigilo das votações é necessário que a contagem dos votos cesse no quarto voto SIM ou no quarto voto NÃO esse procedimento preserva a garantia constitucional do sigilo dos votos.

O sigilo deveria ser somente externo e não necessariamente entre os jurados, ou seja, o que se pretende é evitar o conhecimento do público e das partes sobre os votos. No entanto, o ordenamento pátrio ainda defende a incomunicabilidade, a ausência de diálogo na hora do julgamento para que o jurado possa decidir por si só, sem influência alguma. O que, por conta própria, não garante qualquer lisura a votação.

Desta forma, ocorre um julgamento que decide sobre a liberdade de alguém sem que os julgadores, definidos como seus pares, possam debater, entre si, o fato e as considerações sobre o caso.

Essa comunicação torna-se fundamental para que a decisão do júri represente os ideais de um Estado Democrático de Direito. A incomunicabilidade entre os jurados é prejudicial à democracia do júri, pois se eles tivessem a oportunidade de compartilhar pensamentos, provavelmente reduziriam as decisões arraigadas de preconceitos e preferências pessoais.

A questão da incomunicabilidade foi inserida em nosso ordenamento jurídico já no código de processo penal de 1941, nesta época o júri não era para todos, de forma que os que ali estavam para julgar, pertenciam a uma classe social privilegiada, destoando totalmente dos que ali estavam para ser julgados. E em razão dessa diferença fez necessário, de forma autoritária, estabelecer a incomunicabilidade entre os jurados pois a conversação entre estes seria a manifestação e consolidação de um poder pertencente a somente uma pequena parcela da sociedade, que visa claramente punir os seus desiguais ali julgados.

O júri, por outro lado, não é mercado de palpites emocionais; é preciso um PLUS, uma crença, um flamejar de fé, para não se entrar no jogo das aparências ou no formal tecnicismo do faz de conta, em que um postula uma absolvição na qual não acredita, e outro postula uma pena que apenas dá pasto a sentimentos pueris, batendo ambos um martelo de plástico na bigorna de algodão de suas mediocridades, "homens de cortiça", forjando-se uma história forjada, banalizando-se o que é quase sagrado, assinando-se sem

escrúpulos a mentira que recebe o selo de justiça, QUAND MÊME.
(BONFIM,2018, p.37)

O debate dentro do grupo heterogêneo do conselho de sentença enriquece a decisão do julgamento criando a possibilidade de um julgamento mais justo. A comunicação entre os jurados favorece a troca de opiniões sobre esse jogo de aparências, essa encenação do promotor e do advogado a qual menciona o doutrinador acima.

O jurado, por não estar familiarizado com o meio jurídico encontra dificuldade para chegar a uma conclusão adequada sobre os fatos imputados ao réu; não por falta de inteligência, mas sim, pela falta de habitualidade e por isso acabam convencidos pelo promotor ou advogado, detentores de habilidades com as palavras para tal convencimento em seus debates sentimentalistas em detrimento do fato e do direito.

Portanto, depois dessa abordagem sobre incomunicabilidade dos jurados no Brasil, pode-se concluir que trata de uma medida que não traduz o viés democrático do tribunal do júri, bem como não respeita o nível de civilidade hoje vivido pelo brasileiro pois houve uma evolução na sociedade e no direito e assim, pode-se dizer que o que antes era considerado como fundamental hoje passa a não ser mais.

Na Inglaterra, de onde tem como base o modelo de Júri, os jurados não participam da elaboração da sentença que é ato privativo do magistrado, mas a comunicação entre os jurados é plena, uma vez que os jurados decidem com base em um juramento solene que fazem em juízo.

Em Portugal, na votação, há necessidade de fundamentação do voto por cada juiz e jurado que devem indicar os motivos que os fazem decidir de tal maneira e se possível o meio de prova que serviu para formar seu convencimento. Além disso, a comunicação entre os jurados é também prevista. Realidade completamente distinta da brasileira onde o voto não precisa ser justificado e os jurados devem permanecer incomunicáveis entre eles.

Em entrevista ao site da ConJur, o doutrinador Paulo Rangel acrescenta:

ConJur — Hoje, cada um decide separado, não podem sequer se comunicar. Paulo Rangel — A incomunicabilidade é a regra no Júri. Com a reforma do processo penal, uma vez aprovada, haverá comunicabilidade. O projeto já sofreu bastante alteração, mas me parece que, se for mantida a comunicabilidade, já será um avanço. Eu também acredito que o número de sete jurados é insuficiente. De 1822 até 1938 eram 12 jurados. Durante o governo ditatorial de Vargas, em 1938, foi baixado decreto diminuindo de 12 para sete.

Isso tem uma razão de ser: política. Doze é um número par, é mais difícil de obter a condenação porque é preciso uma diferença de dois votos, 7 a 5 no caso. Em um número ímpar, é preciso apenas a diferença de um voto, 4 a 3. É mais fácil obter a condenação. No Júri, de 1822 até 1938, os jurados se comunicavam entre si. Esse mesmo governo ditatorial acaba com a comunicabilidade e torna o Júri incomunicável com a justificava jurídica falaciosa de que é preciso manter a imparcialidade do Júri. O que tem de manter é a independência dos jurados, eles não podem ser coagidos. O Júri é o instrumento de democracia. Já vivemos duas ditaduras, e hoje estamos em uma democracia plena. Está na hora do Júri voltar a ser o que era. Não adianta viver em uma democracia se ainda há pessoas que têm um espírito ditatorial, punitivo. (RANGEL, 201

A adoção da comunicabilidade entre os jurados nos permitirá decisões cada vez menos injustas, o fato de um jurado poder influenciar no voto dos demais não deve ser motivo suficiente para justificar a incomunicabilidade entre eles, fosse assim, o processo eleitoral brasileiro estaria com vícios, pois o que mais acontece é um cidadão influenciando no voto do outro e isto é o reflexo do sistema democrático da sociedade.

2.3 A influência do populismo penal midiático no tribunal do júri

A criminalidade como um expoente problema no Brasil possui duas maneiras de ser combatida. A primeira delas enxerga esta mazela como um problema social, resultado da desigualdade social, da falta de educação e de outros elementos essenciais para o convívio sadio em sociedade. Este modo de reagir não culpa exclusivamente o criminoso, pelo contrário confia no ser humano e na sua capacidade de recuperação. A segunda maneira de reagir ao fenômeno criminológico encontra fundamento no ultraliberalismo e por isso encara o crescimento da criminalidade como um problema individual, onde o crime é fruto da maldade do criminoso (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 15).

Com base na corrente filosófica que culpa exclusivamente o criminoso e que clama por um direito penal punitivista e repressivo é que surge o irracional Populismo Penal. O populismo penal busca o apoio popular através das manifestações do senso comum, baseadas em suas emoções, para implementar um direito penal mais rigoroso como forma de combate efetivo à criminalidade (GOMES; ALMEIDA. 2013, p. 16) a ser "exercido apenas contra alguns bodes expiatórios" (apud GOMES; ALMEIDA. 2013, p. 28). Algo que tem se mostrado completamente inútil visto que os índices de criminalidade só fazem crescer.

Na gênese da implementação do populismo penal na sociedade atual é perceptível o estreitamento dos laços desta ideologia com a veiculação massiva de notícias apavorantes capazes de sedimentar no senso comum a sensação de insegurança em razão

da violência e do caos enraizados na sociedade que merecem e precisam ser combatidos através de um maior punitivismo penal (GOMES; ALMEIDA. 2013, p. 46). O chamado populismo penal midiático.

Atualmente a mídia exerce um papel muito importante em relação ao acesso à informação. Esta, no cerne da palavra, significa obter notícia e conhecimento sobre determinado assunto.

Observa-se nas residências, pelo menos, um aparelho de televisão, um rádio, aparelho de telefone móvel (através do qual, geralmente, a internet é acessada), revistas, enfim, é inegável, portanto, a facilidade com que hoje em dia se tenha acesso a informações.

Os canais de comunicação que veiculam informações durante 24 horas, tais como, jornais, reportagens, blogs, redes sociais e outros, fazem com que as pessoas estejam atualizadas com os acontecimentos a todo momento e sendo assim podem, com poucos “cliques”, obter uma gama de informações do mundo.

O consumo de informações é intenso e a toda hora, gerando lucro para quem as veicula, fazendo com que surja o interesse em atrair a maior quantidade de espectadores e muitas vezes, em detrimento do compromisso com a verdade do que se propaga.

A primeira preocupação de investigar a comunicação a partir da perspectiva científica emerge por volta dos anos 30 do século XX, quando cientistas das áreas sociais e humanas propõem as primeiras formulações teóricas para analisar a emergente sociedade e cultura de massas e, sobretudo, o poder de manipulação, persuasão e influência dos “mass media” nas sociedades industriais. (PINTO; SERELLE, 2007, p.23).

É de suma importância a responsabilidade atribuída aos canais de comunicação na veiculação de notícias. Os meios de comunicação têm a capacidade de serem instrumentos de manipulação social, que na maioria das vezes, não só informam um fato ocorrido, como também, trazem no conteúdo da notícia juízo de valor, escolhendo um lado e ao notificar um crime, por exemplo, condenam um suspeito ou um réu antes mesmo da produção de provas, sem dar direito de resposta à essa pessoa; conseqüentemente criando história com personagens reais.

Nesta lógica massiva de apresentar notícias relacionadas ao crime, “a vítima será praticamente sacralizada, enquanto o desviante, revestido de ares de periculosidade, será visto como o grande vilão a ser castigado ou eliminado, o que desnuda, então, a pretensa

imparcialidade da notícia criminal [...]” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 264). É essa chamada, dramaturgia da violência que acaba por ser uma eficaz maneira de fomentar no público, leigo ou não, uma cultura punitiva (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 265).

Há que mencionar também, a importância da influência social no convívio entre as pessoas, essas são constantemente influenciadas por outras que as cercam, às vezes as levam a imitação, pois o homem se baseia no comportamento dos outros como fonte de informação.

O escritor BERGER (2016, p.233) ensina que “(...) todos nós somos capazes de apontar exemplos de outras pessoas que caem vítimas da influência social, mas costuma ser muito mais difícil reconhecer essa influência em nós mesmos.”

A influência é uma ferramenta como qualquer outra e que pode melhorar a vida das pessoas se souber utilizá-la, não permanecendo inertes e passivos.

Portanto, existem diversas maneiras de propagar ideias e informações, sejam elas boas ou ruins. Esses meios de comunicação influenciam no dia a dia da sociedade possibilitando a compreensão da realidade que se concretiza através de opiniões.

Um pouco em todos os tempos, porém na época atual cada vez mais, o processo penal interessa à opinião pública. Os jornais ocupam uma boa parte de suas páginas com a crônica dos delitos e dos processos. Quem os lê tem consigo a impressão de que neste mundo se produzem muito mais delitos do que boas ações. O que ocorre é que os delitos assemelham às papoulas, que quando há uma em um campo, todos se dão conta dela; e as boas ações se ocultam, como as violetas entre as ervas do prado. Se os jornais se ocupam com tanta assiduidade dos delitos e dos processos penais, é porque a gente se interessa muito por eles; sobre os processos penais chamados céleres, lança-se avidamente a curiosidade do público. (CARNELUTTI, 2009, p.6 e 7).

A interferência midiática no Direito e no Processo Penal está cada vez maior, pois os nossos meios de informação exigem mais repressão, leis penais mais duras, sentenças mais severas para os acontecimentos trazidos pela mídia, como se isso fosse resolver o aumento da criminalidade. Um exemplo disto é o crescimento exponencial do direito penal simbólico, que consiste na produção quase que encomendada de novas e mais severas leis penais que na realidade não alteram a proteção efetiva de um bem jurídico. Nascem com o intuito de transmitir a sensação de tranquilidade (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 52).

O fato é que a mídia possui um enorme caráter formador de opiniões, que muitas vezes está equivocada e mal intencionada.

O Populismo Penal Midiático, dentre suas características, favorece a participação direta da sociedade na luta contra a violência e aos crimes que vão ganhando repercussão, tem a capacidade de exercer uma coação em torno de um acontecimento criminoso, criando uma versão deturpada dos fatos que conseqüentemente gera uma sensação de insegurança na sociedade.

Com o advento do populismo penal midiático e da crescente influência da mídia na formação da opinião do homem médio, o processo penal transformou-se em um espetáculo populista tele midiático (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 16). Neste cenário, a população reage cada vez mais negativamente as medidas de um Estado de bem-estar social e cada vez mais positivamente as medidas revanchistas e desproporcionais de responsabilização individual do criminoso que ignoram o verdadeiro motivo do crescimento da criminalidade no Brasil.

No tribunal do Júri esses discursos midiáticos instabilizam a democracia e a participação da população que é facilmente iludida, pois esses exercem pressão tanto nos jurados como nos juízes.

A população com sentimento de receio e intimidada com a violência que afeta o país, agarra-se a discursos penais que não irão tratar devidamente o problema; insegurança essa que pode pontuar em relação a morosidade do judiciário em apresentar o resultado para os acontecimentos, sentimento de impunidade, o descrédito na segurança pública, a insatisfação com o sistema penal, e o clamor por leis mais severas.

A celeridade das informações pode fazer com que o aparato judicial se empenhe para apresentar soluções rápidas no desvendamento de crimes e com isso comprometendo a qualidade do trabalho.

Por outro lado, a desordenada produção de leis penais cada vez mais punitivas, como é o caso da lei 13.964/19, pacote anticrime, que recrudescer o tratamento dispensado ao criminoso, como exemplo, aumentando os percentuais para progressão de regime, sobretudo para casos de crimes hediondos, ampliando em 10 anos o tempo máximo que uma pessoa pode ficar privada de liberdade e etc.

Contudo, essas opiniões acabam por influenciar os julgamentos da competência do Tribunal do Júri, pois existem um maior empenho da população quando envolve atos criminosos.

Com relação aos crimes cometidos por militares, a lei 13.491/17, prevê que para os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares estaduais contra civil serão da competência do tribunal do júri.

Esta alteração ocorreu, pois, anteriormente militares que praticavam crimes dolosos contra a vida de civil eram processados e julgados pela justiça militar, de acordo com o que estava definido no artigo 9º do CPM (Decreto lei 1001/69).

Com o episódio da chacina de Vigário Geral, no qual 21 pessoas foram mortas à sangue frio, a comoção social e midiática foi de grande relevância e após o fato o legislador editou a lei 9.299/96 que transformou esses crimes em crimes comuns sendo da competência do júri.

Devido a escalada da violência houve necessidade do emprego das forças armadas nas questões de segurança pública e mais uma vez o legislador alterou o artigo 9º do CPM com a lei 13.491/17, passando a prever que se for praticado por militar federal será da competência da justiça militar federal e se for praticado por militar estadual será da competência do tribunal do júri.

Este acontecimento repercutiu na Organização dos Estados Americanos como crime contra os direitos humanos e foi um dos pontos positivos no populismo penal midiático, pois como mencionamos em parágrafos anteriores, essa influência é uma ferramenta que pode melhorar a vida das pessoas caso saibam utilizá-la.

Ratificando o tema abordado, o doutrinador Paulo Rangel, em entrevista ao site da ConJur, explica:

ConJur — O senhor comentou o caso Nardoni. Quando há comoção da sociedade e, principalmente, muita repercussão na imprensa, o MP sempre entra com vantagem no Júri?

Paulo Rangel — Não há dúvida. Quando a imprensa está em cima, o promotor já tem a vantagem que é a comoção social. O que ele vai precisar fazer é levar as provas para o processo para justificar a decisão que já foi dada, socialmente, pela imprensa: a condenação. Eu mesmo já fiz júris em que fui com 6 a 0. Eu só precisava mostrar as provas levadas ao processo que justificavam a decisão que já havia sido dada. As pessoas estavam aguardando aquele dia. E há um problema nisso. Para a imprensa, não interessa o fato velho. Mas para o processo essa pressão é ruim, porque, de certa forma, coage o juiz e o promotor e limita o trabalho do defensor. Sem tolher a liberdade da imprensa, é preciso encontrar um meio termo para que haja a

divulgação — e não há democracia sem a imprensa livre— sem gerar prejuízos ao réu. É difícil achar esse meio termo (RANGEL, 2011)

Pode-se citar como elucidação deste artigo, casos com forte repercussão na mídia nos últimos tempos e que talvez tenham influenciado na decisão dos jurados e do juiz: O caso João Hélio, o caso Suzane Von Richthofen, caso Eliza Samudio, caso Isabella Nardoni, e o mais recente caso de Henry Borel que antes mesmo de ser sentenciado já se tem criado uma grande certeza da culpa da mãe da vítima.

2.4 O impacto do clamor social sobre o jurado

Diante do exposto, surge o questionamento se o tribunal do júri é realmente uma garantia, na medida em que, poderá ocorrer influência da mídia nos jurados. A publicidade, exercendo o papel informador nos processos criminais, acarreta, muitas vezes, um verdadeiro julgamento antecipado dos réus, pondo em risco outros valores também democráticos e que devem ser garantidos a toda pessoa no processo.

Há de ressaltar que deverá haver uma integração entre as garantias constitucionais de liberdade de expressão e informação com as garantias do réu no processo, como: o devido processo legal, a presunção de inocência, a um julgamento justo e a imparcialidade das decisões, que também merecem atenção.

O que acontece é uma pré condenação do réu na qual as chances de defesa ficam praticamente prejudicadas mediante um julgamento conforme a justiça.

A prisão preventiva que aciona a ordem pública como fundamento pode ser realizada pelo fato de o delito ter chamado a atenção da sociedade, da mídia ou da imprensa. A palavra “clamor” vem a ser ‘grito, expressão dita com veemência, brado’, podendo ser ‘pedir, implorar, petição’. A primeira acepção pode ser compreendida como repercussão, alarde.

Nesses casos, a ideia central é prender preventivamente pela repercussão do crime ou prender com o fito de amornar ou fazer cessar o clamor gerado pelo acontecimento. (PRADO; SANTOS, 2018, p.150).

No júri, como são pessoas muitas vezes despreparadas, a mídia tem força para condenar realmente por antecipação. Pode-se citar um meio de comunicação fundamental, que é a televisão, a qual produz um forte impacto na opinião do público.

No direito penal essa comunicação se torna perfeita quando noticiam uma determinada investigação que já apontam se a pessoa é inocente ou culpada e assim, essa informação é propagada rapidamente.

Nos casos de grande repercussão, a publicidade traz diversas informações, às vezes, isoladas, onde se divulga características do réu no que tange a sua personalidade, antecedentes, vida social, aspecto físico que podem influenciar na conclusão do caso precipitadamente, fazendo com que a sociedade faça um juízo de valor sem conhecer a defesa do réu.

Logo, ressaltamos a responsabilidade que possuem os meios de comunicação ao transmitirem informações durante as investigações e processos judiciais, pois estas notícias atingem diretamente as partes envolvidas, dificultando a possibilidade do conhecimento das circunstâncias do caso, que é o objeto de exposição e debate em plenário.

Diante do que fora mencionado há possibilidade de o clamor popular influenciar julgamentos em qualquer área do direito e não apenas no direito penal, pois nos casos de grande repercussão a sociedade participa ativamente das investigações.

Tudo isso reflete no julgamento do tribunal do júri, haja vista o despreparo dos jurados para julgar, sem conhecimento técnico. Os jurados imbuídos de um sentimento de medo da violência que lhe é transmitida pelos meios de comunicação, fazem com que condenem a pessoa acusada como solução de garantia da ordem pública.

2.5 A ausência de fundamentação do voto dos jurados e seus reflexos

Trata-se de resquício do conhecido e ultrapassado sistema da íntima convicção do voto dos jurados que viola flagrantemente o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais previsto no art. 93, IX da CRFB (RANGEL, 2018, p. 222). Através deste sistema já superado em todo o processo penal, com exceção do Júri, o julgador vota de acordo com a sua consciência, não precisando fundamentar ou basear sua decisão na avaliação das provas apresentadas.

Todavia, todos os atos do poder judiciário devem ser motivados, a fim de que o cidadão esteja protegido do poder punitivo do Estado. Logo, o juiz togado na função de julgador que exerce como representante legal de um poder que emana do povo, deve fundamentar todas as suas decisões. No entanto, o jurado, próprio titular do poder democrático, não o precisa fazer quando exerce a mesma função. Medida que, claramente, não goza de nenhuma coerência.

Isto por que o sistema da íntima convicção quando pensado para o júri, fundamenta-se na assertiva de que o jurado, sendo qualquer um do povo, seria capaz de proferir uma decisão justa com base na empatia, na aproximação com o réu. Contudo esta

paridade com o réu, projetada nos jurados, além de cada vez mais rarefeita é pouquíssimo suficiente para legitimar uma decisão de absolvição ou condenação em um estado democrático de direito.

A ausência de fundamentação nos votos do júri implica também em questões processuais práticas, além das questões éticas e morais trazidas. A base para a elaboração de um eventual recurso é justamente a motivação alegada pelo julgador para chegar à decisão que será atacada. E se esta motivação não existe, a garantia de um duplo grau de jurisdição fica comprovadamente prejudicada.

Por exemplo, no processo penal comum, diante de uma decisão obscura, contraditória ou omissa as partes têm a sua disposição os embargos de declaração previsto no art. 382 do CPP, no júri, como o voto é imotivado, este instituto fica sem aplicação. No mais, as possibilidades de apelação são precárias frente a complexidade deste rito. Evidenciando mais uma afronta ao status de corte democrática que idealizaram para o tribunal do júri.

2.6 Soberania dos vereditos, garantia ou instrumento punitivo?

O princípio da soberania dos vereditos é aquele que afirma ser o veredito dos jurados incontestável, quanto ao mérito, por qualquer tribunal togado (NUCCI, 2015, p. 43). E, em caso de erro do conselho de sentença, o réu será submetido a novo júri e não a decisão de um tribunal togado.

Neste ponto a crítica que se faz é a respeito da imutabilidade que se pode atribuir a uma decisão, que será tomada com base apenas na íntima convicção do jurado. Convicção esta, formada por aquilo que os meios de comunicação de massa entendem ser o certo a se dizer sobre um processo penal e não necessariamente sobre as provas e argumentos apresentados pelos profissionais envolvidos.

Elementos processuais que podem ratificar o temor de transformar decisões soberanas, criadas para beneficiar o réu, em decisões injustas e imutáveis está na escassez de incidentes recursais para tais decisões. Nas hipóteses em que a decisão do conselho de sentença for manifestamente contrária as provas apresentadas, caberá apelação na forma do art. 593, III, "d" do CPP. Sendo esta apelação favorável ao réu, ele será submetido a um novo júri que poderá, infelizmente, incidir no mesmo erro do anterior. Neste caso, uma nova apelação é inviável tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro veda duas apelações com esta mesma motivação, no mesmo processo, na forma do art. 593, §3º do CPP. Diante disto, somente restaria ao réu a revisão criminal que pouco sacia esta sede de justiça, visto que possui rol de cabimento taxativo e busca a alteração de uma decisão já transitada em julgado.

Ponto que ganha destaque no que tange a soberania dos vereditos é a grande discussão doutrinária e jurisprudencial, a respeito de sua aplicação em concorrência com o princípio da vedação da reformatio in pejus indireta para o caso em que o réu recorre, de forma exclusiva, da decisão do júri.

Parte da doutrina defende que em razão da soberania dos vereditos gozar de hierarquia constitucional, não caberia a aplicação indireta do princípio da vedação da reformatio in pejus, hipótese em que um possível novo júri estaria livre para agravar a situação do réu. No entanto, como pode um princípio constitucional feito para proteger o indivíduo da ânsia punitiva estatal, ser o próprio instrumento a piorar a situação jurídica do réu?

Sobre esta ótica e através do HC 89.544-1/RN, o Ministro do STF Cezar Peluso, relator do referido HC, afirmou que o princípio da reformatio in pejus indireta, apesar de estar previsto no art. 617 CPP, dispositivo infraconstitucional, se assegura no direito a ampla defesa e ao contraditório que possuem hierarquia constitucional, igualmente a soberania dos vereditos. E que por gozarem de igual hierarquia normativa, o conflito entre tais institutos, deve ser resolvido pela chamada concordância prática onde recomenda-se que o aplicador da norma “adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum” (HC 89.544-1/RN, STF, 2009).

Ou seja, o STF entendeu pela viabilidade da aplicação indireta do princípio da vedação da reformatio in pejus frente a decisão do júri ainda que os vereditos do júri sejam soberanos. Isto por que, nas palavras de Ada Pellegrini (HC 89.544-1/RN, STF, 2009) “a) o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando à parte que não recorreu; e, via de consequência, que b) quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da parte contrária”.

A solução dada por Guilherme Nucci (HC 89.544-1/RN, STF, 2009) para aplicar de forma harmônica os dois institutos, é que o novo júri possa decidir da maneira que lhe convir, reconhecendo, se for o caso, situação mais prejudicial ao réu do que a do primeiro júri em respeito à soberania dos vereditos. Todavia, o juiz presidente do júri, um juiz togado, no momento da dosimetria da pena estará limitado a quantificar a condenação do réu no montante acertado no júri feito antes do recurso, em respeito a vedação da reformatio in pejus indireta.

Por fim, o Ministro se valendo das palavras de Frederico Marques nos orienta da seguinte forma: “A soberania dos veredictos não pode ser atingida, enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas, se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comete contra o texto constitucional” (HC 89.544-1/RN, STF, 2009).

2.7 A execução provisória da pena no tribunal do júri e a alteração trazida pelo pacote anticrime.

A lei 13.964/19, denominada de pacote anticrime, alterou a redação do artigo 492 do Código de Processo Penal Brasileiro, (CPP), trazendo hipótese de execução provisória da pena no Tribunal do Júri. O Tribunal do Júri é competente para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, com previsão legal no artigo 5º inciso XXXVIII, "d" da CRFB, bem como o artigo 74 § 1º do Código de Processo Penal.

A alteração do artigo 492 do CPP, com a nova lei, acrescentou que em caso do acusado ser condenado a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, o juiz expedirá o mandado de prisão, configurando assim a execução provisória da pena.

Considera-se execução provisória da pena quando o condenado já começa a cumprir a pena que lhe foi imposta na decisão condenatória mesmo sendo ainda uma decisão passível de modificação através de recurso.

A lei 13.964/19 previu no artigo 492 do CPP em seus §§ 3º, 4º e 5º inciso I e II onde se interpreta no § 3º exceções a possibilidade do juiz-presidente do júri deixar de decretar a prisão nos seguintes casos: Quando houver questão substancial que leve à revisão da condenação; Nos §§ 4º e 5º e inciso I e II que a apelação interposta não terá efeito suspensivo e o Tribunal poderá atribuir esse efeito quando verificado, cumulativamente, que o recurso não tem propósito protelatório, quando houver questão que possa absolver, anular sentença, novo julgamento ou a redução de pena para menos de 15 anos.

E assim já se posicionou o entendimento do STF, conforme demonstrado a seguir:

O cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos.

Resumo do julgado

O art. 283 do CPP, que exige o trânsito em julgado da condenação para que se inicie o cumprimento da pena, é constitucional, sendo compatível com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88.

Assim, é proibida a chamada "execução provisória da pena".

Vale ressaltar que é possível que o réu seja preso antes do trânsito em julgado (antes do esgotamento de todos os recursos no entanto, para isso, é necessário que seja proferida uma decisão judicial

individualmente fundamentada, na qual o magistrado demonstre que estão presentes os requisitos para a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP.

Dessa forma, o réu até pode ficar preso antes do trânsito em julgado, mas cautelarmente (preventivamente), e não como execução provisória da pena.

STF. Plenário. ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 7/11/2019 (Info 958).

O Código Penal Brasileiro vigente, determina e regulamenta os atos considerados como infrações penais dentro de nossa sociedade e prevê outros crimes que não são da competência do Júri, cuja pena pode ser de 15 anos.

Nestes casos, há uma desproporcionalidade para esses crimes, pois se o réu for condenado a pena de 15 anos ou superior, terá direito de interpor o recurso e aguardar a decisão em liberdade, em caso de não haver necessidade da prisão preventiva.

Em caso do réu que foi condenado por um crime e que ainda caibam recursos a serem interpostos, significa dizer que, não transitou em julgado e se não transitou devemos tratar o réu como inocente até essa sentença definitiva, conforme se segue:

Muito importante sublinhar que a presunção constitucional de inocência tem um marco claramente demarcado: até o trânsito em julgado.

Neste ponto nosso texto constitucional supera os diplomas internacionais de direitos humanos e muitas constituições tidas como referência. Há uma afirmação explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. (LOPES JR., 2021, P.640).

Sendo assim, discorda-se da execução provisória da pena numa decisão condenatória do Tribunal do Júri, haja vista que o condenado cumpriria a pena imposta mesmo que a decisão ainda não tivesse transitado em julgado, como também, mesmo que o recurso ainda não tivesse sido julgado.

Essa hipótese aqui abordada, trata-se da supressão de alguns princípios constitucionais, tais como: o princípio do duplo grau de jurisdição, que é construído a partir do artigo 5º inciso LV da CRFB/88, da presunção de inocência, artigo 5º inciso LVII da CRFB/88, da dignidade da pessoa humana, artigo 1º inciso III da CRFB/88 e do devido processo legal, artigo 5º inciso LIV da CRFB/88 entre outros também elencados na CRFB/88.

Todos esses princípios estão alçados a nível constitucional e internacional devendo assim, serem sopesados.

A presunção de inocência, também conhecida como o princípio da “não culpabilidade”, é uma das mais importantes garantias constitucionais.

O sistema processual vigente prevê que ninguém pode ser considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado do processo, é um princípio basilar do processo penal brasileiro e direito fundamental de todos os cidadãos.

No Brasil a incorporação deste princípio ocorreu em 1988 com o advento da Constituição da República, apesar do Brasil já ter assinado a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Houve ainda a expressa previsão da presunção de inocência na Convenção Americana sobre Direitos Humanos no (Pacto de São José da Costa Rica), adotado pelo Brasil no Decreto nº 678/1992 que traz no seu artigo 8º, 2, primeira parte, que à toda pessoa acusada de delito, é considerada inocente por presunção até a comprovação de sua culpa.

Ratificando com base no texto infraconstitucional, menciona-se também o artigo 283 do CPP onde prevê que as prisões devem ser processadas quando for o caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, quando houver sentença condenatória transitada em julgado ou em casos de prisões cautelares as quais garantem a segurança jurídica do processo.

Conforme previsão do artigo 5º inciso LVII como direito fundamental, o legislador se preocupa em garantir que ninguém tenha, precocemente, seu bem jurídico cerceado ou que sofra as consequências legais e sociais que o crime traz ao indivíduo quando se é reconhecida sua autoria.

3 CONCLUSÃO

Ao longo desse artigo foi analisada a jurisprudência dos órgãos interamericano, corte e comissão, no sentido de reafirmar a convencionalidade da possibilidade de julgamento por jurados, onde jurados não são juízes togados. Contudo, é feita a ressalva de que mesmo se permitindo o julgamento por juízes leigos é preciso da mesma forma garantir a imparcialidade desses indivíduos envolvidos. Por fim, afirma-se que as decisões devem ser motivadas, mas a falta de exteriorização da fundamentação do veredicto não viola por si só a garantia da motivação.

Foi feita a análise de outro princípio no tribunal do júri, em especial a incomunicabilidade dos jurados. A incomunicabilidade dos jurados que visa resguardar, proteger o voto de um jurado da interferência do outro, acaba por impedir que o corpo de jurados possa tomar uma decisão mais justa, pautada na democracia.

O que o legislador deveria buscar evitar, é o conhecimento do público e das partes sobre os votos dos jurados e não uma decisão, a respeito da liberdade de um cidadão, sem a possibilidade de diálogo entre os que darão esta decisão.

Ressalta-se a viabilidade de comunicação entre os jurados sem prejuízo da garantia do sigilo da votação uma vez que uma não se confunde com a outra.

Cabe ainda ressaltar, a influência do populismo penal midiático na independência dos jurados em proferir seus votos no júri. O populismo penal midiático é a filosofia que busca nos meios de comunicação em massa para implantar na sociedade a sensação de medo e com base nas suas emoções, clamar por um direito penal mais rigoroso. Direito penal este que acredita no revanchismo e por consequência no encarceramento em massa como forma de combate à criminalidade.

Lamentavelmente é com esta mentalidade e com a ajuda de certas estruturas do Júri, que o viés democrático da corte vem se perdendo. O sistema da íntima convicção dos jurados é um dos colaboradores desta realidade. Superado em todo o ordenamento jurídico, mas ainda vigorante no Tribunal do júri, este sistema nos orienta que pode o julgador votar de acordo com a sua consciência, não precisando fundamentar ou basear sua decisão na avaliação das provas apresentadas. Em contrapartida a determinação de que todos os atos do poder judiciário devem ser motivados, a fim de que o cidadão esteja protegido do poder punitivo do Estado.

Da mesma forma, o princípio da soberania dos veredictos também pode ser um grande aliado das decisões injustas no tribunal do júri, isto porque este princípio determina que o veredicto dos jurados seja incontestável, quanto ao mérito, por qualquer tribunal togado.

Sendo assim, é possível que torne praticamente imutável uma decisão tomada sob influência da mídia e no formato da íntima convicção.

Por fim, outra questão de relevância trazida foi a lei 13.964/19 denominada de pacote anticrime, que alterou artigos na seara do direito penal e com recrudescimento para alguns deles, aplicando lei mais punitivas.

Em consonância com as leis é necessário enfatizarmos a importância da aplicação do princípio da presunção de inocência em todas os casos concretos, sem distinção para que se faça jus a constitucionalidade do direito.

O papel do júri é lutar pelos direitos e garantias individuais, expressando verdadeiramente os ideais trazidos pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, como um resguardo contra o exercício de poder antidemocrático, por isso o código de processo penal que regula o júri, deve ser interpretado à luz da constituição da república e não o contrário.

Por esses e outros pontos não debatidos nesse trabalho é que há doutrina defendendo a inconstitucionalidade das estruturas do Tribunal do Júri atual. Uma tentativa de retomar o viés democrático dessa corte seria a busca pela popularização da função do jurado, abarcando assim todas as classes sociais e não somente os privilegiados como tem se visto atualmente. No mais, rever o quórum exigido para a condenação de um indivíduo, em países como os EUA o júri precisa de maioria qualificada e fundamentação de sua decisão para condenar alguém enquanto que no Brasil basta maioria simples e decisão não fundamentada, decidida em silêncio.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de; GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal Midiático Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERGER, Jonah. **O Poder da Influência**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **No Tribunal do Júri**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Código Vade Mecum RT**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

COSTA JÚNIOR, Osny Brito. Nova Prisão Preventiva no Tribunal do Júri do Pacote Anticrime. **Revista Jus Navigandi**. 2020.

DIREITO, Buscador Dizer o Direito. Não é possível a execução provisória da pena mesmo em caso de condenação pelo Tribunal do Júri. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em 04 de outubro de 2021.

FONSECA, Sara. A Incompatibilidade do Tribunal do Júri com o Sistema Jurídico Brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Revista 144 Ano 2016.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Visão crítica acerca do Tribunal do Júri. **Âmbito Jurídico**. Revista 55 Ano 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

PENAL, Tudo de Penal. Disponível em: <https://tudodepenal.com>. Acesso em 02 de junho de 2022.

PINTO, Júlio; SERELLE, Márcio. **Interações Midiáticas**. São Paulo: Grupo Autêntica, 2007.

PLANALTO, Decreto lei nº 678 de 06 de novembro de 1992. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva - A contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2018.

QUEIROZ, Gabriel de Freitas; SILVEIRA, Matheus. Inciso XXXVIII- Tribunal do Júri. **Artigo Quinto**. 2020.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Atlas, 2018.

SCHICOVSKI, Fernando Henrique. As alterações promovidas no Júri com o advento da lei nº 11.689/08. **Jusbrasil**.

SILVA, Darlúcia Palafoz. Influência do Populismo Penal Midiático no Tribunal do Júri. **Revista Jus Navegandi**.. Ano 20, Teresina, 2015.

Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, 44, 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em: 07 de novembro de 2019.

A INTERSEÇÃO ENTRE OS CASOS PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO, CHINCHILLA SANDOVAL, HERNANDEZ E A REALIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NOS PRESÍDIOS DA AMÉRICA LATINA

VIVIAN MARAÇAT ANET AFONSO:
Advogada, Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar a violação dos Estados ao direito à saúde daquele que está sujeito à execução da pena privativa de liberdade à luz da jurisprudência interamericana de direitos humanos, através do estudo do funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e de casos relevantes sobre a temática, além de destacar o descumprimento por parte do Poder Público quanto aos direitos convencionalmente assegurados aos reclusos.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direito à saúde. Pena Privativa de Liberdade. Estado de coisas inconstitucional. Casos emblemáticos.

ABSTRACT: This article aims to address the violation by States of the right to health of those who are subject to the execution of a custodial sentence in the light of inter-American human rights jurisprudence, through the study of the functioning of the Inter-American System of Human Rights and of relevant cases on the subject, in addition to highlighting the non-compliance by the Public Power with regard to the rights conventionally guaranteed to inmates.

KEYWORDS: Inter-American Human Rights System. Right to health. Deprivation of Liberty. Unconstitutional state of affairs. Emblematic cases.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 INTRODUÇÃO AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – NORMATIVA E ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO; 2 DIREITO À SAÚDE E DIGNIDADE HUMANA; 2.1 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO AUTÔNOMO E REIVINDICÁVEL NA ESFERA INTERNACIONAL; 3 A INOBSERVÂNCIA DO ESTADO QUANTO AO DIREITO À SAÚDE DOS RECLUSOS; 4 CASOS EMBLEMÁTICOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A TEMÁTICA; 4.1 CASO PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO; 4.2 CASO CHINCHILLA SANDOVAL VS. GUATEMALA; 4.3 CASO HERNANDEZ VS. ARGENTINA; 5 IMPACTOS DA COVID-19 E A RESOLUÇÃO 01/20 SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o direito à saúde, como direito convencional, previsto no art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), e, indiretamente, no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo certo que este direito humano fundamental

não faz qualquer distinção quanto ao seu destinatário, pelo contrário, o Protocolo de São Salvador enfatiza o alcance a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado.

A partir de uma introdução à estrutura normativa e orgânica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, será apresentado a problemática de judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais e como se alcançou a judicialização do direito à saúde como um direito autônomo e reivindicável na esfera internacional.

O enfoque a este direito convencionalmente previsto se dará no âmbito da privação de liberdade, com a exposição da recorrente violação estatal aos direitos humanos dos reclusos, que, por não raras vezes, se sujeitam ao cumprimento de uma pena muito além do determinado na sentença penal condenatória, não só sendo privado de sua liberdade, mas, muitas vezes, pagando com a própria vida.

O objetivo deste trabalho é ressaltar que tamanha negligência estatal tem como consequência o desrespeito à humanidade e à dignidade da pessoa humana, que envolve a violação da integridade física, psíquica e moral. Em tese, todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória, deveriam permanecer a salvo, mas, na realidade, não é o que ocorre.

Para atingir os objetivos desta pesquisa, o trabalho foi dividido em cinco seções. Na seção 1 será tratado do funcionalismo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com a análise de sua estrutura normativa e orgânica, para um melhor entendimento da jurisprudência interamericana trazida posteriormente.

A seção 2 foi destinada a tratar sobre o direito à saúde e dignidade humana, com base nas previsões convencionais, em especial, do Sistema Interamericano, mas com apontamentos a dois documentos do Sistema Global de suma importância para o tema, são eles as Regras de Mandela e Regras de Bangkok.

A seção 3 introduz relatos de inobservância estatal quanto ao direito à saúde do recluso.

A seção 4 se destina à jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que trata do direito à saúde no cárcere. Serão analisados três casos em especiais: o Caso Plácido de Sá Carvalho, presídio do Estado do Rio de Janeiro, que foi alvo de medidas de urgência e medidas provisórias; o Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala e Caso Hernandez vs. Argentina.

Por fim, a quinta e última seção, discorre acerca do impacto da Covid-19 gerado nas pessoas privadas de liberdade nas Américas por meio da análise da Resolução 01/20 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – NORMATIVA E ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO

Para melhor compreensão acerca da violação ao direito à saúde à luz da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é imprescindível o conhecimento de seu funcionamento e estrutura orgânica.

A história dos Direitos Humanos não veio de uma grande ruptura que surgiu repentinamente, de fato há importantes marcos e antecedentes históricos que eclodiram em um Sistema Global e Regional de Proteção, entretanto, esses sistemas não vieram de maneira linear e evolutiva, são frutos de avanços e retrocessos históricos, fluxos e contrafluxos.

André de Carvalho Ramos destaca que não há um ponto exato que delimite o nascimento de uma disciplina jurídica e tampouco seria possível medir épocas da história da humanidade com a régua do presente. No caso dos direitos humanos, o principal objetivo é a luta contra a opressão e a busca do bem-estar do indivíduo (RAMOS, 2020, p. 35).

Pelo exposto até aqui, pode-se concluir que não há um único marco isolado capaz de eclodir em um enorme sistema de proteção, todavia, não se pode negar a importância da Segunda Guerra Mundial que trouxe uma nova organização da sociedade internacional.

Em virtude disso, em âmbito regional, os Estados Americanos reuniram-se em conferências especializadas para examinar problemas sobre guerra, paz e segurança, e foi durante a 9ª Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, 1948, que foram aprovadas a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (RAMOS, 2020, p. 329).

Somente a Declaração Americana (DADH) enumerou quais direitos fundamentais deveriam ser observados e garantidos pelos Estados, a Carta da OEA proclamou o dever de respeito aos direitos humanos de forma genérica e se limitou a criar e estruturar a Organização dos Estados Americanos (OEA). Por isso, a DADH é considerada interpretação autêntica dos direitos genéricos protegidos pela Carta da OEA.

Após esse processo de criação normativa, o próximo passo era a criação de um órgão especializado na promoção e proteção de direitos humanos no âmbito da OEA. Foi durante a 5ª Reunião de consultas dos Ministros de Relações Exteriores, realizada em Santiago, Chile, no ano de 1959, que foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), mediante Resolução, posteriormente por meio de uma emenda à Carta da OEA em 1967, a CIDH passou a ser órgão principal incorporada à sua estrutura permanente e superando a debilidade de ter sido criada por mera resolução.

Situado o contexto em que se estabeleceu a CIDH, órgão de grande relevância da OEA, faz-se necessário destacar toda a estrutura orgânica trazida pelo art. 53 da Carta da OEA, que expressamente dispõe que a Organização dos Estados Americanos realiza os seus fins por intermédio da Assembleia Geral; Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; dos Conselhos; da Comissão Jurídica Interamericana; da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; da Secretaria-Geral; das Conferências Especializadas e dos Organismos Especializados.

O importantíssimo marco normativo que veio a seguir, foi a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em São José, na Costa Rica, em 1969, que somente entrou em vigor no ano de 1978, após ter obtido o mínimo de ratificações. Importante ressaltar que a

Convenção Americana não enuncia especificamente direitos sociais, culturais e econômicos, traz apenas uma determinação para que os Estados alcancem, progressivamente, a realização desses direitos (PIOVESAN, 2013, p. 344).

A CADH criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão judicial, e introduziu em sua estrutura a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que passou a ter papel duplice: órgão principal da OEA e da CADH, assim é incumbida de receber petições individuais de violações a direitos humanos previstos na Carta da OEA e na Declaração Americana de Direitos Humanos, além de analisar petições individuais contra os Estados-membros que ratificaram a CADH ou que aderiram a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana.

Quanto às petições individuais mencionadas, feito o exame de admissibilidade, recebidas as informações do Estado denunciado ou transcorrido o prazo e não sendo caso de arquivamento, a Comissão se empenhará em buscar solução amistosa entre as partes, contudo, não obtendo êxito, o caso poderá ser encaminhado à Corte Interamericana, caso o Estado tenha aderido sua jurisdição contenciosa. Pelo exposto, percebe-se que o indivíduo não possui acesso direto à Corte, apenas por intermédio da Comissão, que, assim, será assegurado o *locus standi* dos petionários em todas as etapas do procedimento perante a Corte. (PIOVESAN, 2013, p. 347)

Posteriormente foram adotados Protocolos Adicionais à CADH, sendo o mais importante o Protocolo de San Salvador, em razão da necessidade de aferir o cumprimento dos direitos sociais em sentido amplo pelos Estados, além de diversos tratados específicos de proteção como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir o Crime de Tortura, Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativo à Abolição à Pena de Morte, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dentre outras.

2. DIREITO À SAÚDE E DIGNIDADE HUMANA

A saúde é um direito indisponível e que está indissociavelmente atrelada ao direito à vida. O Direito à Saúde é previsto expressamente no art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de São Salvador), neste artigo o direito à saúde é compreendido como um direito ao gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

Ademais, devem os Estados-Partes reconhecer a saúde como um bem público e adotar medidas a todas as pessoas sujeitas à sua Jurisdição que satisfaçam essa garantia, quando se trata de apenados não pode ser diferente.

O art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) prevê expressamente que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Em âmbito global, no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, foram adotadas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (também conhecida como Regras de Mandela, preceitos 24 e ss), dentre elas podemos destacar as seguintes:

I) os presos devem usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade, e os serviços de saúde necessários devem ser gratuitos, sem discriminação motivada pela sua situação jurídica.

II) toda unidade prisional deve contar com um serviço de saúde incumbido de avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos presos, prestando particular atenção aos presos com necessidades especiais ou problemas de saúde que dificultam sua reabilitação.

III) os serviços de saúde devem ser compostos por equipe interdisciplinar, com pessoal qualificado suficiente, atuando com total independência clínica, e deve abranger a experiência necessária de psicologia e psiquiatria. Serviço odontológico qualificado deve ser disponibilizado a todo preso.

IV) o médico deve examinar cada preso, logo após o seu recolhimento, o quanto antes possível e que, posteriormente, deverá fazê-lo sempre que seja necessário, tendo principalmente em vista: a) Identificar as necessidades de atendimento médico e adotar as medidas de tratamento necessárias; b) Identificar quaisquer maus-tratos a que o preso recém-admitido tenha sido submetido antes de sua entrada na unidade prisional; c) Identificar qualquer sinal de estresse psicológico, ou de qualquer outro tipo, causado pelo encarceramento, incluindo, mas não apenas, risco de suicídio ou lesões autoprovocadas, e sintomas de abstinência resultantes do uso de drogas, medicamentos ou álcool; além de administrar todas as medidas ou tratamentos apropriados individualizados; d) Nos casos em que há suspeita de o preso estar com doença infectocontagiosa, deve-se providenciar o asilamento clínico, durante o período infeccioso, e tratamento adequado; e) Determinar a aptidão do preso para trabalhar, praticar exercícios e participar das demais atividades, conforme for o caso.

Não é surpresa que a violação ao direito à saúde é recorrentemente violada no cárcere, em completa afronta às Regras 24 a 35 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, dentre as quais destaco que os reclusos devem poder usufruir dos mesmos padrões de serviços públicos de saúde disponíveis à comunidade e ter acesso gratuito aos serviços de saúde necessários, sem discriminação em razão da sua situação jurídica (Regra 24.1).

Destaca-se ainda, dentre os documentos internacionais de grande importância, as “Regras de Bangkok”, que se destina ao tratamento de mulheres presas. Este documento dialoga com as Regras de Mandela, sendo expedido em julho de 2010 pelo Conselho Econômico e Social da ONU. O referido documento reforça a importância do cuidado especial no período menstrual, garantindo-se absorventes e adequada circulação de água.

Quanto à saúde, o exame de ingresso deve determinar o histórico reprodutivo, de doenças sexualmente transmissíveis, de abusos sexuais, de dependência química e de traumas psicológicos,

respeitada a confidencialidade deste exame. Determina, ainda, que caso a criança vá acompanhar a mulher no ingresso no estabelecimento, deve receber exame pediátrico. (LAZARI; OLIVEIRA, 2018, p. 393).

É certo que o desrespeito ao direito à saúde e à dignidade humana expõe o ambiente carcerário à condições desumanas e degradantes.

2.1 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO AUTÔNOMO E REIVINDICÁVEL NA ESFERA INTERNACIONAL

Foi no Caso Lagos Del Campo vs. Peru que a Corte Interamericana de Direitos Humanos incorreu em uma virada jurisprudencial na judicialização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), extraído do art. 26 da CADH, através de uma interpretação autônoma e evolutiva, sem depender do Protocolo San Salvador, aprofundado mais a frente.

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Reafirma o juiz Roberto Caldas em seu voto na decisão proferida no caso em comento, Lagos Del Campo:

Por todo lo anterior, reafirmo mi adhesión a esta importante Sentencia, con la sencilla excepción procesal que, a mi criterio, en el presente caso no resulta necesaria la aplicación del principio de iura novit curia para poder declarar la violación del artículo 26 convencional. El resultado no cambia con este detalle. Reitero el gran paso histórico que ha tomado este Tribunal de declarar la justiciabilidad del derecho del trabajo y de la estabilidad laboral, y con ello una nueva época para la protección de todos los derechos humanos, interdependientes e indivisibles, y de manera aún más integral.

Antes disso, o tribunal protegia esses direitos como um direito secundário ou indireto, quando em muitos casos era o principal direito reivindicado (PAIVA, HEEMAN, 2019, p. 322).

Extrai-se do preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o seguinte: "Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser

realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.

Contudo, apesar de clara intenção de interdependência, a Convenção trata essencialmente de direitos civis e políticos, trazendo no art. 26 apenas uma cláusula de efetiva progressividade no que tange aos direitos sociais, sem trazer um catálogo dos recursos disponíveis, tampouco dispõe sobre a judicialização desses direitos (PIOVESAN, 2013, p. 343, 344).

Posteriormente, em 1988, com a adoção de um Protocolo Adicional à Convenção, Protocolo de San Salvador, introduziu-se um catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais, reafirmando esses direitos. No entanto, apesar de trazer este catálogo, este tratado limita a judicialização de forma direta apenas quanto aos direitos de educação (artigo 13) e sindicais (alínea “a” do artigo 8º), com a exceção do direito de greve. No que tange aos demais direitos, a judicialização se dava apenas de forma indireta, caso violasse um direito à vida ou a integridade pessoal, expressamente garantido na CADH. Vejamos:

19.6. Caso os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8º, e no artigo 13, forem violados por ação que pode ser atribuída diretamente a um Estado-Parte neste Protocolo, essa situação poderia dar origem, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando for cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Finalmente, foi no Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile que se reconheceu o direito à saúde como um direito humano autônomo. Extrai-se da sentença da Corte IDH o que segue:

100..En la sentencia del caso Lagos del Campo Vs. Perú, la Corte desarrolló y concretó por primera vez una condena específica en forma autónoma del artículo 26 de la Convención Americana¹²², dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado. Así, este Tribunal reitero su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados. Asimismo, la Corte reiteró la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos

humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello

Destaca-se do trecho acima a ressalva de que a Corte reiterou a interdependência entre direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, uma vez que devem ser entendidos integralmente e de maneira global, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos perante as autoridades competentes.

3.A INOBSERVÂNCIA DO ESTADO QUANTO AO DIREITO À SAÚDE DOS RECLUSOS

A médica psiquiatra Natalia Timerman, que atua no Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário em São Paulo, afirma em seu livro "Desterros: história de um hospital-prisão" (TIMERMAN, 2017, p. 18 e 26), que dentro da prisão existem diversas formas de se estar preso. Isto porque o julgamento na maioria das vezes pressupõe que, uma vez errado, aquele deve ser punido com sua vida, com parte de seu corpo e com seus movimentos, como se vingança fosse o mesmo que justiça.

No caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou que o Estado se encontra em uma posição especial de garante em relação às pessoas privadas de liberdade (PAIVA; HEEMAN, 2019, P. 291).

Fator extremamente delicado é o suporte ao encarceramento da mulher e a falta de interesse do Estado em atender as peculiaridades voltadas ao sexo feminino, que acaba possuindo tratamento similar ao masculino. Independente das condições que os presídios se encontrem, já é de se enxergar a ausência de cuidados básicos para a higiene da mulher, tendo em vista a singularidade do sexo que menstrua e engravida.

A falta de atendimento médico, em especial o ginecológico, aumenta os casos de câncer, dos quais sobressaem os de mama, descobertos somente quando já se encontram em estágio avançado, obrigando a retirada dos seios, o que gera um profundo processo de depressão (GRECO, 2011, p. 268).

A gravidez no cárcere é mais um dos inúmeros problemas e violações a direitos fundamentais enfrentados. Com tantas ilegalidades, não é surpresa a precariedade do acompanhamento pré-natal.

Diante das diversas violações constitucionais e convencionais, o desleixo do Poder Público gerou o reconhecimento, no Brasil, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal do chamado "estado de coisas inconstitucional" no sistema penal brasileiro, por meio da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, conforme exposto a seguir:

Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental

O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade

aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. Em relação ao Funpen¹⁰⁸, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.[...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio).

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi criado pela Corte Constitucional Colombiana, a ideia é correlacionar a omissão estatal com a falta de coordenação estrutural entre lei e os modos de aplicação na forma de políticas públicas, que implica na violação massiva de direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 95).

Reconhecer a vigência de um ECI significa conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais, pois são situações que necessitam de transformações urgentes (CAMPOS, 2016, p. 95).

Ressalta-se que reconhecer esse estado carcerário e discutir mudanças estruturais é viabilizar o que André de Carvalho Ramos chama de “Diálogo das Cortes”, o que foi reforçado no Caso Plácido de Sá Carvalho, que será aprofundado oportunamente. Conforme expõe André de Carvalho Ramos (RAMOS, 2020, p. 562), para que se determine a existência de um diálogo efetivo, é necessário:

- 1) A menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou

¹⁰⁸ Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) tem como finalidade proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro e encontra regulamentação no Decreto nº 1.093, de 23 de março de 1994.

extraconvencionais de direito humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema;

- 2) A menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo tribunal;
- 3) A menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil;
- 4) O peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional.

Conforme o mencionado Autor ressalta, na impossibilidade desse Diálogo existir, deve ser aplicada a “teoria do duplo controle ou duplo crivo de direitos humanos”, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade internacional. A partir dessa teoria, exige-se que todo ato interno se conforme não só com a jurisprudência pátria, mas também com a jurisprudência internacional.

No âmbito do Sistema Interamericano a Corte Interamericana e a Comissão Interamericana possuem competência para expedir medidas de urgência nos casos de extrema gravidade e urgência para se evitar danos irreparáveis, sendo as medidas cautelares expedidas pela CIDH, com natureza regulamentar (art. 25 do Regulamento da CIDH), e as medidas provisórias pela Corte IDH, com previsão convencional (art. 63.2 da CADH). Quanto às medidas provisórias expedidas contra o Brasil, com exceção de uma, todas se destinam a cessar as violações de direitos humanos no interior de estabelecimentos prisionais, já foram objeto de medida de urgência o estabelecimento prisional de Urso Brando, Complexo do Tatuapé da FEBEM, Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, Unidade de Internação Socioeducativa, Complexo Penitenciário de Curado, Complexo Penitenciário de Pedrinhas e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (HEEMANN, PAIVA, 2020, p. 426).

4.CASOS EMBLEMÁTICOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A TEMÁTICA

4.1 CASO PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, através de seu Núcleo do Sistema Penitenciário solicitou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a adoção de medidas necessárias para proteger a vida e integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, em razão de condições de detenções precárias e série de contínuos falecimentos.

No Relatório 39/2015 emitido pela CIDH se ressalta o absurdo quadro de superlotação carcerária, em que, por ocasião da visita realizada em 18 de janeiro de 2016, se registrou um excesso de ocupação acima de 100% de sua capacidade; precárias condições de alimentação; baixo corpo técnico qualificado na área da saúde; deterioração das estruturas, com infiltração de água e de chuva dentro das celas, buracos onde deveriam existir vasos sanitários; existência de ratos, percevejos, carrapatos e outras pragas, ocasionando doenças de pele e patologias similares;

carência de entrada de ar e luz natural, dentre inúmeras outras violações a direitos que ultrapassam a pena privativa de liberdade determinada por sentença.

No mencionado relatório consta que entre 1º de janeiro e 26 de junho de 2016, ou seja, em apenas 5 meses, faleceram 13 pessoas, justamente em razão das deploráveis condições de detenção.

A CIDH considerou que a situação reúne os requisitos da gravidade, urgência e irreparabilidade contido no art. 25 de seu Regulamento e solicitou que o Estado Brasileiro adotasse medidas necessárias para proteger a vida e integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no IPPSC.

Diante da inércia do Estado Brasileiro em cumprir as solicitações da CIDH e do crescente quadro de massivas e generalizadas violações, o caso foi submetido à Corte IDH para adoção de Medidas Provisórias, quando se determinou que o único meio para fazer cessar a continuação da eventual situação ilícita frente à Convenção Americana consiste em procurar a redução da população do IPPSC.

Dessa forma, determinou-se que deve o Estado arbitrar no prazo de 6 (seis) meses o cômputo em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, nesses casos a Corte IDH exigiu um exame ou perícia técnica criminológica que indique se a redução é aconselhável ou não. Neste ponto ressaltou uma crítica à decisão que, ao excluir certas pessoas do cômputo em dobro em decorrência da prática de alguns crimes, acabou por incorrer em nítido Direito Penal do Autor. Independente do crime praticado, as condições desumanas de cumprimento de pena ultrapassam a restrição de liberdade determinada pela sentença penal condenatória.

Ainda foi determinado que o Estado Brasileiro observasse as medidas necessárias ao atendimento da Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, para que novos presos não ingressem no IPPSC e tampouco se façam traslado dos ali alojados a outros estabelecimentos penais.

Diante disso, em nítido Diálogo das Cortes, o Ministro relator do Superior Tribunal de Justiça, Reynaldo Soares da Fonseca, no RHC 136961 expressamente ressaltou que ao aceitar a jurisdição da Corte IDH, o Brasil ampliou o espaço de diálogo com a comunidade internacional e reconheceu a eficácia vinculante das sentenças emitidas pela Corte IDH.

Ademais, foi além e asseverou que o Estado-parte pode ampliar a proteção dos direitos humanos por meio do princípio *pro persona*, a fim de empregar a interpretação mais favorável ao indivíduo e deu provimento ao recurso para que o cômputo em dobro seja contado de todo o período que o paciente tenha cumprido a pena no IPPSC.

4.2 CASO CHINCHILLA SANDOVAL VS. GUATEMALA

Trata-se de uma senhora chamada María Inés Chinchilla, condenada a 30 anos de prisão, que sofreu inúmeras enfermidades enquanto estava presa e, como consequência, morreu na prisão em 25/05/2004, com 51 anos de idade, em virtude de um infarto agudo no miocárdio e diabetes mellitus tipo II. (PAIVA; HEEMAN, 2019, P. 291).

Depois de sua prisão, Chinchilla foi diagnosticada com doenças cardíacas, ginecológicas e diabetes. Em decorrência de seu estado clínico, teve que amputar uma das pernas e utilizava cadeira de rodas para se locomover, o que a tornou hipervulnerável, tendo como interseccionalidade a condição de mulher, encarcerada e pessoa com deficiência, atraindo cuidados ainda maiores. Por todas as condições que se encontrava no cárcere que, nitidamente, impossibilitava sua permanência no local, o defensor público que a acompanhava promoveu quatro incidentes de liberdade antecipada, sendo todos julgados improcedentes.

Apesar de iniciada investigação a respeito de sua morte, o caso foi arquivado. Por isso, a Corte IDH concluiu que a Guatemala foi responsável pela violação dos direitos humanos da senhora Chinchilla, em especial, à integridade pessoal, à vida e à proteção judicial.

A Corte reiterou em sua sentença deste caso, que o Estado se encontra em uma “posição especial de garante” em relação às pessoas privadas de liberdade e que diante de seu quadro de diabetes o Estado não teria garantido controles periódicos, equipamentos e medicamentos especializados, tampouco alimentação e cuidados constantes. Pelo contrário, a Sra. Chanchilla utilizou seu próprio medicamento e alimentos, dependendo da ajuda de seus parentes. (B. Consideraciones de la Corte, B.1 Las obligaciones del Estado de proveer atención y tratamiento médico a las personas privadas de libertad, §168)

Ademais, a Corte ressalta ainda que diante da condição especial de pessoa com deficiência, o Estado não lhe proporcionou condições de detenção adequadas. No §214 das Exceções Preliminares da Sentença em análise, a Corte menciona que o direito à acessibilidade inclui o dever de ajustar um ambiente em que uma pessoa com qualquer limitação possa usufruir da maior independência possível. Assim, deveria o Estado identificar os obstáculos e barreiras e, conseqüentemente, atuar positivamente para eliminá-los ou adaptá-los.

Por todo o exposto, dentre as Considerações da Corte, destaco o §184 e §185, em especial o entendimento de que as pessoas privadas de liberdade que sofrem doenças graves, crônicas ou terminais não devem permanecer nas prisões. A única ressalva feita para tornar relevante a prisão de uma pessoa nestas condições, seria a garantia pelos Estados de que tenham unidades de cuidados médicos adequados para fornecer cuidados especializados, além de alimentação adequada.

4.3 CASO HERNANDEZ VS. ARGENTINA

Em 22 de novembro de 2019, a Corte IDH emitiu sentença responsabilizando o Estado da Argentina pela violação de diversos direitos humanos do Sr. José Luis Hernández e de sua mãe, Sra. Raquel San Martin de Hernández, em especial o direito à integridade pessoal e saúde do Sr. Hernández, que faleceu em 24 de dezembro de 2015, aos 47 anos, em decorrência das doenças adquiridas no cárcere.

No momento da prisão, ocorrida em 7 de fevereiro de 1989, o Sr. Hernandez era uma pessoa plenamente saudável, constatado em exame físico realizado. Importante mencionar que permaneceu detido na Delegacia de Monte Grande até 3 de agosto de 1990, onde foi diagnosticado com meningite tuberculosa e em decorrência disso sofreu distúrbios neurológicos que consistiu na perda da visão de um olho, adquiriu uma incapacidade parcial e permanente de membro superior esquerdo e perda de memória, enquanto preso sua mãe fez vários pedidos de atenção médica ao filho.

O Sr. Hernandez ajuizou em 2 de abril de 1993 uma ação cível por perdas e danos contra a Sede da Polícia da Província de Buenos Aires pela doença que contraiu e pela falta de atendimento e tratamento médico adequado e suas consequências, e foi rejeitado porque a ação foi prescrita.

Em especial quanto a violação aos direitos à integridade pessoal e à saúde, a Corte Concluiu que a integridade pessoal foi violada em razão da privação de liberdade em uma prisão que não tinha espaço suficiente para abrigar o número de presidiários. Além disso, as autoridades não cumpriram em tempo hábil com as ordens do Juiz para lhe fornecer cuidados médicos assim que o estado de saúde fora comunicado, mais uma vez se observa violação ao Artigo 5.1, 5.2 e 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, constatou a omissão atribuível ao Estado em termos de qualidade, disponibilidade e acessibilidade aos cuidados de saúde, asseverando a existência denexo causal.

5. IMPACTOS DA COVID-19 E A RESOLUÇÃO 01/20 SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Resolução 01/20, aprovada em 10 de abril de 2020, relatando sobre a pandemia gerada pelo COVID-19 e sua relação com os direitos humanos nas Américas. Em virtude de sua principal função, qual seja a de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos, conforme art. 106 da Carta da OEA, a CIDH emitiu recomendações visando a adoção de medidas progressivas em prol dos direitos humanos, função que se extrai do art. 41 da CADH, bem como do art. 18.b de seu Estatuto.

É de se destacar como tema do presente trabalho, os impactos gerados nas pessoas privadas de liberdade. A CIDH recomendou nos §'s 45 a 48 que os Estados adotem medidas para enfrentar a aglomeração nas unidades de privação da liberdade, inclusive com a reavaliação dos casos de prisão preventiva para identificar as possíveis conversões em medidas alternativas à privação da liberdade, com prioridade principalmente aos idosos e mulheres grávidas ou lactantes, em razão do maior risco de saúde frente ao contágio.

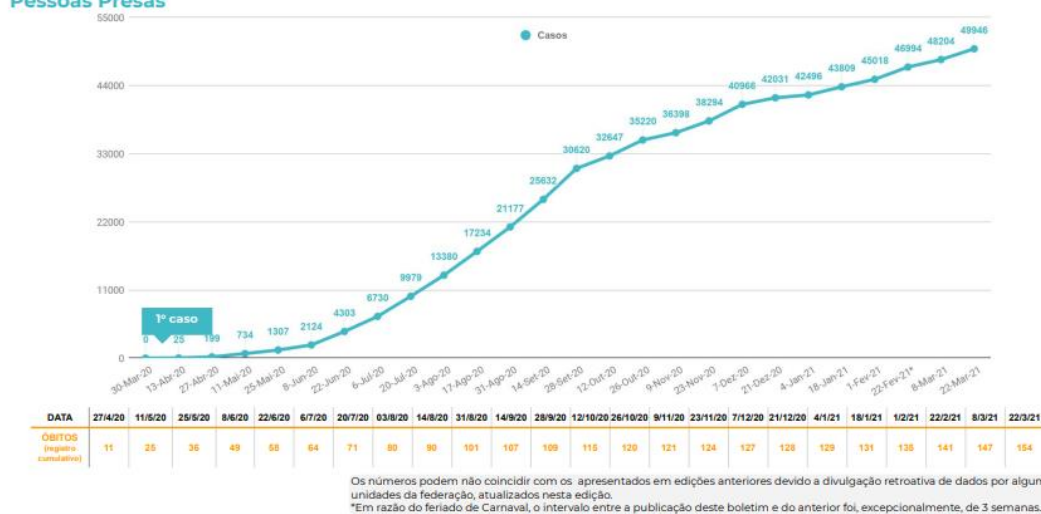
Além disso, destacou a importância de adequar as condições de detenção, particularmente quanto à alimentação, saúde, saneamento, medidas de quarentena e estabelecer protocolos que garantam a segurança e ordem nas unidades.

É de se ressaltar que, por todo o exposto até aqui, as pessoas privadas de liberdade fazem parte de um grupo em especial risco, que sofrem um impacto diferenciado gerado pela pandemia, a começar pelas condições frequentes de superlotação, intensificadas pelas recorrentes violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais.

Em especial no Sistema Prisional Brasileiro, conforme dados obtidos através do CNJ, atualizados até 22/03/2021, a evolução no número de casos e óbitos são preocupantes, conforme se extrai dos gráficos a seguir.

Evolução no número de casos e óbitos - Sistema Prisional

Pessoas Presas



Boletim CNJ de Monitoramento Covid-19 - Registro de casos e óbitos



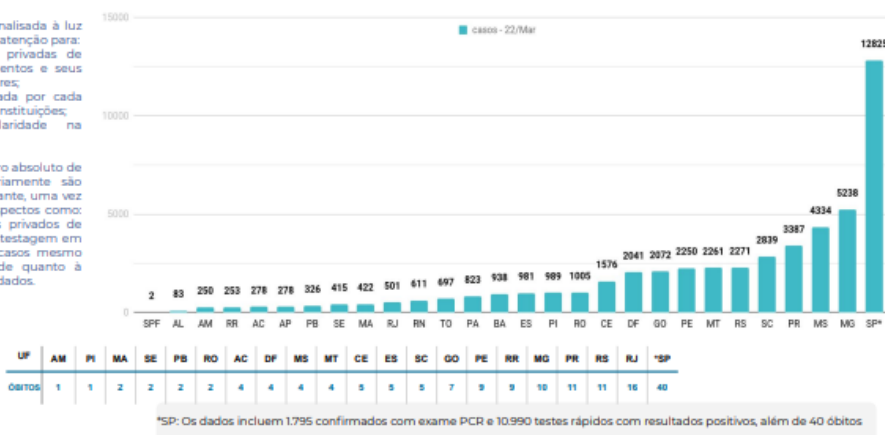
Número de casos e óbitos por UF - Sistema Prisional

Pessoas Presas

A incidência de casos deve ser analisada à luz dos contextos locais, com especial atenção para:

- o tamanho das populações privadas de liberdade nesses estabelecimentos e seus respectivos quadros de servidores;
- a política de testagem adotada por cada Unidade da Federação nessas instituições;
- a transparência e regularidade na divulgação dessa informação.

UFs que apresentam maior número absoluto de casos registrados não necessariamente são aquelas com situação mais alarmante, uma vez que esse número pode refletir aspectos como: maior quantitativo de indivíduos privados de liberdade; adoção de políticas de testagem em massa, capazes de diagnosticar casos mesmo entre assintomáticos; regularidade quanto à atualização e à divulgação desses dados.



Boletim CNJ de Monitoramento Covid-19 - Registro de casos e óbitos



A importância na adoção de medidas tendentes a reduzir o risco de contaminação é imprescindível não só para a saúde dos presos, mas também para a população extra muros, haja

vista a alta rotatividade de pessoas com contato direito dentro e fora do cárcere, como os familiares e agentes penitenciários. Assim, a busca por medidas que reduzam a aglomeração, em especial em ambientes frequentemente superlotados, é de interesse social.

CONCLUSÃO

Pelo exposto até aqui, conclui-se que o desprezo pela vida humana dos presos é inerente ao sistema punitivista. A violação ao direito à saúde daqueles que privado se encontram não choca da mesma maneira que a falha do sistema de saúde indigna a população extra muros. Isso é fruto de um sistema classista e seletivo, característico de Estados coniventes com o sentimento vingativo e punitivo de uma classe dominante.

O Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos é subsidiário e, por isso, pressupõe o esgotamento dos recursos internos. A grande quantidade de casos e medidas de urgência expedidas que chegam até os sistemas internacionais de proteção com denúncias a violações de direitos humanos no cárcere, demonstra o desprezo de todas as instâncias e agências de controle formais internas na tentativa de superar esse quadro de violação de direitos humanos.

Dessa maneira, diante da primazia da pessoa humana, visando alcançar a maior efetividade possível na tutela de direitos fundamentais, extrai-se a importância dos Sistemas Internacionais de Proteção. Como dito no decorrer do presente artigo, a Corte Interamericana ressaltou que o Estado se encontra em uma “posição especial de garante” frente às pessoas privadas de liberdade, devendo ser diretamente responsabilizado por suas violações.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 1/2020. Pandemia e Direitos Humanos Nas Américas**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>> Acesso em: 10 out. 2021

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Gráficos**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Monitoramento-Casos-e-O%CC%81bitos-Covid-19-300621-Info.pdf>> Acesso: 16 out. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf> Acesso em: 10 out. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Hernandez vs. Argentina. Disponível em:** <<https://corteidh.or.cr/docs/tramite/hernandez.pdf>> Acesso em: 10 out. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lagos Del Campo vs. Perú. Disponível em:** <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_366_esp.pdf> Acesso em: 10 out. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias a Respeito do Brasil. Instituto Plácido de Sá Carvalho. Disponível em:** <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf > Acesso em: 10 out. 2021

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.** Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

LAZARI, Rafael; OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia. **Manual de Direitos Humanos.** Salvador: Juspodivm, 2018.

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

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2020.

REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE RECLUSOS. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf> Acesso em: 10 out. 2021

TIMERMAN, Natalia. **Desterros: história de um hospital-prisão.** São Paulo: Elefante, 2017.

A PROBLEMÁTICA RELAÇÃO ENTRE LOUCURA E DIREITO PENAL – CONTRADIÇÕES QUE ECOAM NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

LIZ VIEIRA MACHADO:
Graduada em Direito pela
Universidade Federal de Sergipe
(2017)

1. O CRITÉRIO DA PERICULOSIDADE NAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança é um instituto jurídico do Direito brasileiro, especialmente, do Direito Penal, classificado como uma das espécies de sanção penal, ao lado da pena. Acontece que a relação entre a sanção penal em comento e a periculosidade merece uma análise mais atenciosa, inclusive, como parte do processo de desnaturalizar determinadas estruturas já postas, calcificadas.

Nesse embalo, vale dizer que o sistema de responsabilidade criminal¹⁰⁹ pode percorrer duas diferentes trajetórias, seguindo a trilha do sistema de culpabilidade (quanto a imputáveis e, assim, quanto à pena) ou o caminho do sistema de periculosidade (quando destacada a inimputabilidade – ou semi-inimputabilidade-, e aplicada a medida de segurança).

Em suma, quando for o caso de ausência de responsabilidade penal, pelos fundamentos apresentados acima, a aplicação da pena dará lugar à aplicação da medida de segurança. Os fins retributivos da pena darão lugar à orientação de tratamento do paciente (CARVALHO, 2013, pp. 517-519).

Nesse ponto, tem-se como crucial o paralelo entre a culpabilidade (pena) e a periculosidade (medida de segurança). A concepção de culpabilidade remonta a um processo histórico de ultrapassagem da responsabilidade penal objetiva e conquista de uma responsabilidade penal subjetiva (BATISTA, 2007, p. 102-105).

O princípio da culpabilidade é traduzido em garantias¹¹⁰ para o indivíduo alcançado pela pretensão punitiva do Estado, dentre elas, BATISTA (2007, p. 103) menciona a intranscendência e a individualização da pena. Isso acontece porque o referido princípio

¹¹⁰ Não por menos, FERRAJOLI (2010, p. 447) traz a culpabilidade como uma condição material do ordenamento que se pretende garantista.

rechaça a punição meramente pelo resultado e diz que, para fins penais, a conduta deve ser reprovável em relação ao indivíduo acusado.

Não por menos, autores como Maria Lúcia Karam consideram que a culpabilidade está protegida constitucionalmente, mesmo que não de forma expressa, por estar representada pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Carta de 1988 (KARAM, 2002, p. 215).

No entanto, como já dito, a delimitação teórica ensina que a medida de segurança não está relacionada à culpabilidade do agente que teve a respectiva capacidade questionada (BITENCOURT, 2014, p. 374). O próprio BITENCOURT destaca a fragilidade de tal raciocínio afirmando que na prática “a medida de segurança não se diferencia em nada da pena privativa de liberdade, em regra, são cumpridas nos mesmos locais e nas mesmas condições” (BITENCOURT, 2014, p.374).

É preciso que esteja bem claro: a concepção de direito penal brasileiro que se tem hoje possui uma ligação umbilical com a culpabilidade. Além de tudo mais que já foi delineado nos parágrafos anteriores, mostra-se salutar trazer, ainda, mais um ponto sobre essa relação.

Ora, mas por que a culpabilidade é ponto chave da presente discussão? Porque esse princípio desenha-se no traçado do que se entende por elemento subjetivo do delito (ou, ainda, elemento psicológico do delito). O que significa que a ação humana para ser valorada como capaz de gerar um castigo (ou uma responsabilização) precisa estar fundada em uma decisão, em uma consciência de vontade (FERRAJOLI, 2010, p. 447).

Pois bem, o direito penal da culpabilidade, alça a pena ao patamar de retribuição frente a reprovabilidade da conduta. O caráter retributivo a que se faz referência pode ser melhor ilustrado, por exemplo, se ocorrer a consideração de que a palavra culpabilidade encontra como possível tradução, no alemão, a expressão *schuld*. Não por acaso, *schuld* também está intimamente ligada à ideia de dívida, de obrigação, ou seja, de pagamento (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

Aspecto crucial para que o indivíduo possa ser cobrado pela conduta reprovável é, justamente, a liberdade de escolha deste cidadão perante as circunstâncias que culminaram no tal ato.

Como se nota, estruturar o direito penal sob o alicerce da culpabilidade denota a opção por uma concepção de homem, a concepção antropológica. Seguindo o raciocínio, o ser humano é concebido como um ser capaz de realizar escolhas, há, portanto, o reconhecimento da autonomia ética desse ser. Não havendo possibilidade de escolha, não

há que se falar em culpabilidade, o direito penal passar a ter como limite apenas a periculosidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

Acontece que esse limite é muito frágil e, não raramente, expõe o indivíduo que apresenta um transtorno psíquico a condições ainda mais aflitivas do que a própria pena privativa de liberdade.

A referida limitação carece de proporcionalidade, mas carece, acima de tudo, de lastro lógico, já que contraria noções básicas de responsabilização, como é o caso da autonomia necessária para que o indivíduo arque com as consequências de uma conduta reprovável. Separar o direito penal entre culpabilidade e periculosidade não é medida suficiente para resolver a contradição presente em destinar uma sanção penal a um sujeito que não possui possibilidade de escolha.

FERRAJOLI (2010, p. 449) salienta que a noção de culpabilidade confunde-se com a própria ideia de justiça, afinal, é expressão de um sentimento comum o fato de que a punibilidade deve estar associada à intencionalidade da conduta.

Seguindo tal raciocínio, chega-se à conclusão de que é inaceitável voltar aos parâmetros da responsabilidade objetiva ou de uma responsabilidade alheia à culpa, contrariando, também, o axioma *nulla actio sine culpa*, que tem como corolário *nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* (FERRAJOLI, 2010, pp. 447-449).

Se o direito penal, representação máxima do controle do Estado em relação aos indivíduos, remédio mais amargo e que, por isso, só poderia ser utilizado como *ultima ratio*, está intrinsecamente ligado à noção de culpabilidade, como é possível, pragmaticamente, que a medida de segurança, estando, como está, fora do alcance da culpabilidade esteja no território de abrangência do direito penal?

Em outras palavras, qual a ginástica hermenêutica necessária para driblar um conceito que deveria justificar e balizar a atuação desse ramo do direito? Por que escapar do domínio da culpabilidade não significa deslegitimar a atuação do direito penal?

Os questionamentos são relevantes, inclusive, levando em conta que o que precisa ser justificado e legitimado é, nas palavras de LOPES JR: "o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual" (LOPES JR, 2014, p.43).

Outra ressalva que merece atenção é a de que, segundo uma visão utilitarista do princípio da culpabilidade, da culpa depende a própria noção de prevenção, que seria uma das finalidades do direito penal. A pena, nessa ótica, não pode ser aplicada, e, portanto, é dispensável, se o sujeito não tem consciência sobre os atos praticados, porque, nesse caso,

não haveria possibilidade de que a pena representasse qualquer intimidação (FERRAJOLI, 2010, p. 451).

A firula utilizada para perpetuar a sanha punitiva chama-se periculosidade, e, como se verá no tópico a seguir, é um conceito genérico, abstrato e revestido com um verniz de cientificidade que não é suficiente para mascarar a contradição reinante na aplicação (e na existência) das medidas de segurança.

Ademais, a manobra que permite esse movimento de imposição de uma pena sem culpa pode fazer lembrar de uma histórica discussão filosófica entre deterministas e indeterministas.

Os contornos aprofundados do referido embate estão muito além do momento deste trabalho, no entanto, vale o registro de que a discussão passa por esse ponto e, também, de que a lembrança é importante para que se tenha em mente reflexões sobre livre arbítrio, escolha e ética.

FERRAJOLI (2010, pp. 452-353) sintetiza a questão. Ou se tem em mente a noção de culpabilidade de modo a tornar o agente responsável por determinada conduta, assumindo assim que este indivíduo poderia ter agido de uma forma diferente, mas assim não o fez (o que está em sincronia com o que dizem os autores indeterministas). Ou se considerada que o sujeito que comete um crime assim o fez porque assim o faria de qualquer modo, ou seja, o agente não agiria de outra forma (o que segue um raciocínio semelhante ao determinismo).

A noção de periculosidade pode encontrar como marco histórico o fim do século XIX, com a criminologia positivista, de Lombroso, Ferri e Garofalo, , que bebeu da fonte da filosofia e da psicologia do positivismo naturalista. Quanto à breve discussão do tópico anterior, a Escola Positivista abraçava-se ao determinismo para rechaçar a ideia de que o indivíduo responderia fundamentalmente, ao respectivo livre arbítrio (BARATTA, 2013, p. 29 e pp. 32-39; MECLER, 2010).

Mas, então, sob essa ótica, como as decisões desses sujeitos seriam tomadas? O direcionamento decisório não ocorreria livremente, dependendo, portanto, da própria natureza do indivíduo, o que significa que aqueles agentes que apresentassem a marca da criminalidade, isto é, que manifestassem esse tipo de anormalidade, teriam um campo reduzido de possibilidades. Como se, cedo ou tarde, o destino criminoso fosse encontrar (novamente) determinadas categorias de indivíduos.

Nesse ponto, parece válida a comparação com o diagnóstico de uma doença por um médico. O profissional da medicina precisa identificar de que mal sucumbe o paciente e, também, qual o nível da doença. É seguindo esse raciocínio que o juiz precisaria

identificar o índice de criminalidade do sujeito e, assim, saber quão perigoso aquele agente poderia ser para a sociedade (MECLER, 2010).

Dessa forma, à Escola positivista interessaria saber mais sobre o sujeito que cometeu o delito, do que sobre possíveis classificações do delito em si (BARATTA, 2013, p. 39). Nesse momento histórico era crucial, portanto, saber mais sobre a personalidade do autor do crime, que estaria sentenciado pelo determinismo biológico a delinquir.

A pena destinada a esse sujeito seria moldada de acordo com a análise feita acerca de sua periculosidade, afinal, o indivíduo nocivo precisa ser contido em nome da defesa social (BARATTA, 2013, p. 39 e MECLER, 2010).

Há que se destacar, ainda, que associar a pena à personalidade do sujeito tem como consequência prática um abismo de indeterminação quanto ao cumprimento dessa sanção, afinal, a execução da penalidade não obedeceria aos critérios prefixados quanto ao delito, mas sim à subjetividade de cada delinquente (BARATTA, p. 40)

Os primeiros passos rumo à definição de periculosidade foram delineados por Garofalo que, em 1878, conceituou o que chamou de “temibilidade” como uma indicação de perversidade e do quanto determinado indivíduo deve ser temido (MECLER, 2010).

A periculosidade e as diferenças entre pena e medida de segurança ganharam espaço também com a fundação, em 1880, da União Internacional de Direito Penal (UIDP). Congressos da referida organização apontaram algumas categorias potencialmente perigosas, como alcóolatas, mendigos, reincidentes e deficientes de qualquer ordem (MECLER, 2010).

Como bem se vê, o perigo não é associado a categorias aleatórias de indivíduos, a periculosidade formou-se em parceria com a crença de que alguns sujeitos tendem a ser mais perigosos que outros.

A ideia de associar a pena a um tratamento ou à necessidade de reeducar o agente também não é nenhuma novidade e não afasta as intenções históricas do conceito. É de se notar, pois, que a construção do conceito de periculosidade teve como objetivo imediato a defesa da sociedade.

Dessa forma, os filtros de controle social tratariam de destinar à internação em HCTPs categorias já conhecidas do sistema penitenciário. A equação que resulta em uma decisão que define uma medida de segurança não se trata apenas da soma entre o cometimento de um crime e a verificação de que existe um transtorno mental capaz de abalar a imputabilidade.

Ademais, o critério da periculosidade, ao concentrar-se em um risco futuro de que aquele sujeito pode representar para a sociedade, firma-se como uma manobra desastrada capaz de revisitar a falsa dicotomia entre o interesse público e o interesse privado. Afinal, a matéria penal inspira os maiores cuidados e por isso deve ser de interesse de todos (LOPES JR.,2014, p.45).

A periculosidade, enfim, simboliza bem a tortuosa relação entre o direito penal e a existência de algum transtorno psiquiátrico. O critério não se sustenta em nada mais além do que um mecanismo de defesa social, escancarando, para quem quiser ver, a ausência de preocupações médicas com o sujeito internado.

Dizer o que se diz não significa, por óbvio, deixar de reconhecer os valorosos passos dados em relação à reforma psiquiátrica e ao melhoramento das respectivas instituições. Acontece que a reforma dos conceitos e das grades do manicômio ainda são muito pouco em comparação ao complexo de contradições que sustentam as medidas de segurança, contradições essas que tem como sintoma mais característico o critério da periculosidade do indivíduo.

Quem está em perigo, nessa relação, não é a sociedade, com o temor que tem da loucura, é sim o indivíduo sob custódia, que além de ser preso, como tantos outros, precisa escapar do julgamento direcionado ao futuro, como se pudesse provar que não será perigoso amanhã. Quem poderia produzir tal prova?

A necessidade de verificação da cessação da periculosidade representa, pois, o ponto máximo de perpetuação de um sistema punitivo, mostra até que ponto a pena pode tornar-se maleável, imprecisa e escorregadia.

2.CONCLUSÃO

No entendimento aqui exposto, nomear a sentença de absolutória não faz sentido e não traz repercussões positivas para a execução da medida de segurança. A falta de clareza no procedimento que culmina na aplicação deste instituto jurídico e os eufemismos que regem a relação do direito penal brasileiro com a loucura representam sintomas de que a condição desses indivíduos como pessoas humanas, dignas, portanto, fica em segundo plano frente à ânsia punitiva.

De imediato, é preciso reconhecer a medida de segurança como o que ela é: uma sanção penal (JACOBINA, 2004, p.83). Assim sendo, é preciso assumir, também, que o discurso essencialmente terapêutico não cabe no instituto da medida de segurança, vestindo-lhe melhor o traje da medida repressiva que de fato é.

Ademais, a análise dos conceitos e do contexto jurídico e histórico que embasam a existência de um instituto como a medida de segurança evidenciaram o envenenamento

lógico perpetuado pelo referido mecanismo. Ponto alto desse vale de contradições, o critério da periculosidade foi destacado por ser, possivelmente, a maior representação da força punitiva, capaz de contrariar os pilares que justificam o próprio direito penal.

Dessa reflexão surgem outras: a periculosidade escapa da rede de garantias por um erro do direito penal ou, muito pelo contrário, por um acerto e, assim, por satisfazer um fim não declarado do ramo do direito em questão?

A relação do direito penal com a loucura não parece deixar rastros para maiores dúvidas. A periculosidade não é uma brecha no sistema penal, é, sim, a própria representação da eficácia desse sistema.

Para além de uma série de novos questionamentos que foram despertados durante a elaboração do presente projeto resta a conclusão de que é preciso expor e repensar a aplicação e a própria existência das medidas de segurança, inclusive, como forma de expor e repensar a aplicação e a existência dos mecanismos que sustentam e legitimam o próprio direito penal e o direito de punir (JACOBINA, 2004, p.84).

3. REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil.**4ª.ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BATISTA, Micheline Dayse Gomes. **Breve história da loucura, movimentos de contestação e reforma psiquiátrica na Itália, na França e no Brasil.** Revista de Ciências Sociais. n. 40 pp. 391-404.. Abril de 2014. Política & Trabalho. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/politicaetrabalho/article/view/16690/11177>> . Acesso em: 15 fev 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.**11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BERLINCK, Manoel Tosta; MAGTAZ, Ana Cecília; TEIXEIRA, Mônica. **A Reforma Psiquiátrica Brasileira: perspectivas e problemas.** Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 21-27, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rlpf/v11n1/a03v11n1>> . Acesso em 19 fev 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Decreto Lei nº 1.132.** 22 de dezembro de 1903.

BRASIL. **Decreto nº 17.805.** 23 de maio de 1927.

BRASIL. **Código Penal**. 16 de dezembro de 1830.

BRASIL. **Código Penal**. 11 de outubro de 1890.

BRASIL. **Código Penal**. 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Lei nº 7.210**. 11 de julho de 1984.

BRASIL. **Lei nº 9. 867**. 10 de novembro de 1999.

BRASIL. **Lei nº 10. 2016**. 6 de abril de 2001.

BRASIL. **Lei nº 10. 708**. 31 de julho de 2003.

CARACAS. **Declaração de Caracas**. 14 de novembro de 1990.

CARRARA, Sergio. **Crime e Loucura: O aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Coleção Saúde & Sociedade. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de (organizador). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DE TILIO, Rafael. **A querela dos direitos: loucos, doentes mentais e portadores de transtornos e sofrimentos mentais**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103863X2007000200004&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em 06 mar 2017.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011 [recurso eletrônico]**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão...um caso de parricídio do século XIX, apresentado por Michel Foucault**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais: curso no Collège de France** .2ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRAGOSO, H.C. **Sistema de duplo binário: vida e morte**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11331-11331-1-PB.pdf>> . Acesso em 09 jan. 2017.

FRY, Peter; CARRARA, Sérgio: **As vicissitudes do liberalismo no direito penal brasileiro**. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_02/rbcs02_05.htm> . Acesso em 06 jan. 2017.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GOULART, Maria Stella Brandão. **As raízes italianas do movimento antimanicomial**. 1ª.ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal e loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica**. Revista de Direito Sanitário, 2004. Disponível em <http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/Direito_penal_da_loucura_medida_de_seguran%C3%A7a_e_reforma_psiqui%C3%A1trica1.pdf> . Acesso em 04 abr 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade**. 2012, pp. 210-224. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4620/3210>> . Acesso em 27 mar 2017.

LA HAYE, Jacques Lesage de. **A morte do manicômio: história da antipsiquiatria**. São Paulo: Editora Imaginário: Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2007.

LEBRE, Marcelo. **Medidas de Segurança e Periculosidade Criminal: Medo de quem?**. Belo Horizonte: 2013, pp. 273-282. Disponível em <http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/Medidas_de_seguran%C3%A7a_e_periculosidade_criminal_medo_de_quem.pdf> . Acesso 27 mar 2017.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone Editora, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MECLER, Kátia. **Periculosidade: Evolução e aplicação do conceito**. São Paulo: 2010. Disponível em < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822010000100010 >. Acesso em 27 mar 2017.

MELO, Walter. **Nise da Silveira e o campo da Saúde Mental (1944-1952): contribuições, embates e transformações**. Disponível em: http://mnemosine.com.br/ojs/index.php/mnemosine/article/view/173/pdf_158 . Acesso em 20 mar 2017.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SCANDELARIA, Gustavo Britta. **Incidente de insanidade mental no CPP apresenta questões relevantes** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-16/gustavo-britta-anotacoes-incidente-insanidade-mental-cpp#author>>. Data de acesso 05 jan.2017.

SZASZ, Thomas S. **A fabricação da loucura: um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental**. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1971.

SZASZ, Thomas S. **O mito da doença mental**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

STOCKINGER, Rui Carlos. **Reforma Psiquiátrica Brasileira: perspectivas humanistas e existenciais**. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Manual_de_direito_penal_brasileiro_cap_02.pdf>. Acesso em 07 jan. 2017

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NO EXERCÍCIO DE SUA PROFISSÃO

MARISTELLI BRASIL OLIVEIRA SILVA.

Bacharelada em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG¹¹¹.

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN¹¹²

(orientador).

RESUMO: Sabe-se que a procura por um médico tem como propósito tratar alguma enfermidade ou realizar algum procedimento estético reparador. Quando esse resultado não é alcançado em razão de comprovada falha na atuação do profissional, surge a possibilidade no âmbito civil de buscar a reparação pelo drama suportado. Nesse sentido, emerge a medida jurídica da responsabilidade civil, onde, com base no atual Código Civil, exige a comprovação de quatro requisitos: a conduta, dolo ou culpa, o resultado e o nexo causal, sem os quais não há que se falar em responsabilização. Portanto, essa pesquisa teve como objetivo central discorrer sobre a Responsabilidade Civil do erro do médico, assim como conhecer os elementares para sua caracterização e as formas de reparação civil discriminadas no Código civilista. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, é majoritário o entendimento doutrinário de que a responsabilidade civil aplicada ao erro do médico é plenamente possível. A jurisprudência tem julgado favorável a entrada desse instituto nos casos em que se configurou o erro do médico. Quanto à perspectiva jurídica, a análise da responsabilização civil e meios de reparação mostra que os elementares da responsabilização (conduta, nexo de causalidade e dano) são essenciais para a caracterização do erro do médico e o dever de indenizar moral ou materialmente a vítima, cuja ausência poderá afastar a condenação do agente.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Erro médico. Jurisprudência.

CIVIL LIABILITY FOR MEDICAL ERROR IN THE EXERCISE OF YOUR PROFESSION

ABSTRACT: It is known that the search for a doctor is intended to treat some disease or perform some repairing aesthetic procedure. When this result is not achieved due to proven failure in the professional's performance, the possibility arises in the civil scope of seeking reparation for the supported drama. In this sense, the legal measure of civil liability

111 E-mail: maristellib@gmail.com.

112 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: furlanadvocacia@hotmail.com.

emerges, where based on the current Civil Code, requires proof of four requirements: the conduct, intent or guilt, the result and the causal link, without which there is no need to speak of liability. Therefore, this research aimed to discuss the civil liability of the doctor's error, as well as to know the elementary for their characterization and the forms of civil reparation discriminated against in the civilist code. The materials used in their elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the results, the doctrinal understanding that civil liability applied to the doctor's error is fully possible is fully possible. The jurisprudence has judged favorable to the entry of this institute in cases where the doctor's error was configured. Regarding the legal perspective, the analysis of civil liability and means of reparation shows that the elementary of liability (conduct, causal link and damage) are essential for the characterization of the doctor's error and the duty to morally or materially indemnify the victim, whose absence may rule out the conviction of the agent.

Keywords: Civil responsibility. Medical error. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do erro médico. 3. Da responsabilidade civil. 3.1 Responsabilidade Civil *versus* Direito do Consumidor. 4. Responsabilidade civil por erro médico. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Um dos pilares implantados pelo direito civilista brasileiro diz respeito à reparação de danos. Sejam eles de natureza moral ou patrimonial, o fato é que o Direito Civil traz em seu texto o dever de reparação por conduta comissiva ou omissiva que cause qualquer dano a outrem (PEREIRA, 2014).

Essa previsão alcança a atuação dos médicos que, por serem fornecedores de um serviço, respondem pela falha que causar um dano à parte. Essa responsabilização compreende tanto os tratamentos médicos quanto os diagnósticos. Em todos eles o médico poderá ser responsabilizado (DOELLE, 2019).

Frente a isso, a pesquisa em questão tem como objetivo central abordar a responsabilidade civil do médico por erro, seja no diagnóstico ou em outras situações, através da análise dos conceitos, requisitos legais e formas de reparação do dano civil causado pelo erro do profissional da saúde.

Justifica-se a discussão dessa temática pelo fato de que o que se espera do médico é uma atuação competente, pautada nos aprendizados obtidos na academia e na prática clínica. Um dos primeiros atos por ele praticado quando em contato com o paciente é o exame e o diagnóstico da doença, para que a partir dele seja dado início ao tratamento médico. Uma vez iniciado, deve-se encontrar a prática da profissão de forma competente.

No decorrer da análise desse tema procurou-se responder a seguinte indagação: há a possibilidade de aplicar o instituto da responsabilidade civil no caso de erro do médico?

Diante disso, o presente estudo teve o objetivo de abordar questões relacionadas à responsabilidade civil e correlacioná-la ao contexto da responsabilização dos médicos por erros de tratamento e de diagnóstico.

A metodologia empregada foi a de revisão da literatura, tendo como fonte de pesquisa a base de dados digitais como Google, Scielo, etc., e em livros, periódicos, artigos científicos e na legislação e jurisprudência brasileira.

2. DO ERRO MÉDICO

Historicamente, o erro médico não se trata de um assunto plenamente recente, permeando desde a antiguidade. Observa-se esse fato devido ao primeiro documento histórico que trata do assunto ser o Código de Hamurabi. Rios (2022) pontua que desde a Roma antiga condutas específicas do médico geravam o dever de indenizar. Dessa forma, o ato danoso era avaliado por outros profissionais médicos que, por meio de análises, designavam se a culpa do resultado foi ou não de responsabilidade do agente supramencionado.

Conceitualmente, entende-se que o erro médico é “a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência” (RIOS, 2022, p. 25).

Segundo Rios (2022) a falha do profissional advém de um ato ilícito durante o exercício da sua função, mediante fatos como imprudência, negligência e imperícia. Ressalta-se a necessidade de ser comprovado o nexo de causal frente ao ato ilícito e o dano ocasionado à vítima.

No contexto do tema ora proposto, há algumas situações que podem ser verificados como erro médico. *A priori*, o erro médico é reconhecido através de um diagnóstico.

O diagnóstico na área da Medicina nada mais é do que “o ato de determinar e conhecer a natureza de uma doença pela observação dos seus sintomas e sinais” (GONÇALVES, 2018, p. 18). O diagnóstico médico engloba dois aspectos da lógica: a análise e a síntese. Recorre-se a diversas ferramentas durante o processo, como o histórico clínico, o exame físico e os exames complementares, entre outras.

Ocorre que na prática tem-se verificado uma série de situações onde se apresenta o erro do diagnóstico realizado pelo médico. Esse fato ocasiona diversos efeitos, tais como

falhas em diagnóstico de câncer, AIDS ou doenças congênitas em fetos, além de provocar um sofrimento evitável, representam nefasta violação da honra e, até mesmo, da intimidade e vida privada do paciente (MENDONÇA; GALLAGHER; HENDRYX, 2019).

Frente a essa questão, na prática pode ocorrer o erro médico no período anterior ao tratamento, e se restringe ao mero diagnóstico da patologia (GONÇALVES, 2018).

Outra situação muito comum que pode adentrar no espectro do erro médico, são os danos estéticos. Necessário dizer que esse estudo se alinha ao conceito trazido por Nehemias Domingos de Melo (2008) onde o mesmo define o dano estético como sendo quaisquer anomalias que uma pessoa passa a ter em decorrência de um erro causado por um terceiro. Essa anomalia acaba repercutindo na sua vida pessoal, íntima e social.

Por meio dessa definição, há o elemento essencial que caracteriza o dano estético: a integridade física. Assim, para a existência do presente dano é fundamental que a imagem da vítima seja atingida de alguma maneira, alterando a sua situação anterior. A anomalia é visível, o que representa que o foco do dano estético não é a sua ligação com o modelo padronizado de beleza, mas sim à aparência anterior da vítima (SILVA, 2017).

Importante citar que existem, conforme expressa a doutrina majoritária, três elementos que caracterizam o dano estético: 1 – a transformação piorada; 2 – a continuidade do dano de forma prolongada e 3 – expressividade externa do dano na aparência da vítima.

No caso da cirurgia plástica que visa a reparação estética o médico tem obrigação de dar ao seu paciente um resultado satisfatório. Nos casos em que não se obtém o resultado esperado pelo paciente, ocasionado por insatisfação ou até mesmo erro médico isso acaba gerando violação ao direito, tendo o paciente o seu direito resguardado de buscar por reparação de dano moral, material ou estético, que possivelmente o paciente venha a ter (SANTOS, 2020).

Alguns procedimentos estéticos podem não ser realizados com êxito, e é necessário falar que a busca pela perfeição pode se tornar algo doentio e acabar levando o paciente a querer passar por procedimentos desnecessários. Em casos como este é dever do médico mostrar ao paciente todos os benefícios e malefícios que podem ocorrer durante a cirurgia, no pós-operatório e ao longo de sua vida.

Podem existir casos isolados em que o médico opta por omitir todas as informações que deveria passar ao paciente, inclusive realizar o procedimento em clínicas de estética clandestinas evitando os cuidados necessários e expondo em risco a vida do paciente (SANTOS, 2020).

Quando uma pessoa se sujeita a uma cirurgia para buscar o aperfeiçoamento de sua aparência física é para que se sinta melhor consigo mesma, quando ocorre o efeito reverso pode acabar trazendo frustrações, sofrimento, dificuldade para conviver socialmente com outras pessoas, entre outros problemas (SANTOS, 2020).

Frente as situações expostas, fica evidente considerar que as vítimas devem ser indenizadas, diante dos prejuízos sofridos. Nesse sentido, emerge para o profissional a sua responsabilização pelos danos causados aos pacientes, que pode ser tanto na área civil quanto penal. Para essa pesquisa, foca-se somente nos casos destinados a área Civil, conforme será explicado mais adiante.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com previsão constitucional do direito e proteção dos consumidores e a Lei nº 8.078/90, que trata do Código de Defesa do Consumidor (CDC), se estabeleceu normas de defesa e tutela dos consumidores, que entre outras previsões, regula a responsabilidade civil nas relações de consumo. O consumidor por muitas vezes é a parte mais frágil da relação, e por isso o CDC é imprescindível para regular essas situações, pois resguarda o consumidor de seus direitos (GAGLIANO; FILHO, 2022).

Tanto o Código de Defesa do Consumidor, quanto a responsabilidade civil são matérias que possuem grande abrangência e são atuais, por esse motivo, na presente pesquisa, o tema se limitou à responsabilidade civil do erro médico.

Conceitualmente, para Schreiber (2022, p. 53) “a responsabilidade civil na atribuição de uma obrigação a um indivíduo que cause prejuízos a outrem em decorrência de um ato ilícito, ou mesmo de atos lícitos”.

Nos dizeres de Colombini (2022), tem responsabilidade civil de indenizar quem causa danos a outrem, seja por não honrar as cláusulas estipuladas em um contrato, assim como as obrigações de resultado; seja por ter praticado um ato contrário às disposições previstas na legislação em vigor, isto é, ilícito.

Dentro da Responsabilidade Civil, encontra-se entre os seus elementos, a reparação tanto no cenário material quanto moral estético, o dano moral em si. No entendimento de Gagliano e Filho (2022, p. 51) “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa”.

Schreiber et al. (2021, p. 54) ensina que “a responsabilidade civil abrange uma mescla de componentes que a definem, a partir de um ato praticado por uma pessoa, ou

por terceiro, gerando um dano, surge um dever de reparação”. Essa reparação é feita de forma pecuniária, “de forma que pode ser percebida, no caso do dano material, no valor real da perda gerada pela pessoa afetada pela conduta” (SCHREIBER et al. 2021, p. 55).

A responsabilidade civil é integrada por três elementos, que são a conduta (ação ou omissão), o dano e o nexo de causalidade. Acerca desses elementos, Gagliano e Filho (2022, p. 53) explica:

A **Conduta** é a ação ou omissão voluntária praticada por uma agente. Quanto ao **Dano**, este é pressuposto para a existência da reparação, podendo ser entendido como a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do agente infrator. E por fim, o **Nexo de Causalidade**, ou seja, o liame que une a Conduta ao resultado naturalístico, qual seja, o Dano.

Oportunamente, compreende-se ainda, a responsabilidade civil em suas duas modalidades: objetiva e subjetiva. A responsabilidade objetiva é aquela que tem como fundamento o elemento objetivo, o dano. Para esta corrente da responsabilidade objetiva, basta apenas que exista o dano, para surgir o dever de indenizar, dispensando a configuração de culpa por parte do agente causador do dano, sendo necessária apenas a comprovação da autoria e do dano, para que fique o autor da lesão abrigado a indenizar a vítima (CAVALIERI FILHO, 2016).

A fim de que haja a responsabilidade objetiva, é necessário a evidência de três requisitos: a conduta humana - ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade entre eles. A simples harmonia entre os pressupostos supramencionados configura o risco da determinada atividade gerado pelo ofensor, exprimindo na obrigação de reparar ou de restituir o mal causado (SCHREIBER, 2022).

Sobre a responsabilidade civil subjetiva, ela está pautada na necessidade da culpa, de modo em que seja evidenciado o nexo de causalidade existente entre o dano e a ação/omissão do agente (GAGLIANO; FILHO, 2022).

Destaca-se ainda que no âmbito da responsabilidade subjetiva, não basta somente que a pessoa alegue a existência dos requisitos da culpa. Será necessária a discussão acerca da realização ou não de produção de provas, podendo ser apresentadas pelo agente ou pela vítima (COLOMBINI, 2022).

De todo modo, a responsabilidade civil prevista no Código Civil até então era insuficiente para a defesa do consumidor, de forma que o Código de Defesa do Consumidor estabelece um novo sistema de responsabilidade civil perante as relações de

consumo, com princípios e fundamentos próprios. Sobre essa relação, apresenta-se o tópico seguinte.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Conforme expresso nos capítulos anteriores, a relação entre paciente e médico é amparada tanto pelo Código Civil quanto pelo Código do Direito do Consumidor. Desse modo, é preciso entender que é possível aplicar o instituto da Responsabilidade Civil no caso aqui analisado. Parte-se nesse trabalho, do princípio de que toda atividade que gera prejuízo resulta-se em responsabilidade ou dever de indenizar, de certa forma se retratar. Qualquer pessoa, natural ou jurídica e em qualquer situação, dever arcar com os resultados de um ato, fato, ou negócio danoso. Sendo assim todo ato humano pode acarretar o dever de indenizar.

O erro médico ocorre por um ato ilícito do profissional, ensejado em uma das modalidades de culpa existentes no ordenamento jurídico, quais sejam: imprudência, negligência e imperícia. Presente o elemento em questão, há a obrigação de reparar o dano.

A imprudência trata-se de uma ação praticada de maneira precipitada e sem cautela, assim, o agente pratica o ato de modo que não se era o esperado. No caso da negligência, é o ato em que o agente possuía noção da forma que deveria ter feito, mas por desatenção ou indiferença realiza de modo contrário ao que seguramente teria de praticar (SCHREIBER, 2022).

A imperícia ocorre quando o agente não possui conhecimento técnico necessário para realizar determinada atividade, mas a pratica independente da experiência (SCHREIBER, 2022).

Aprofundando no âmbito da medicina, podemos notar como exemplo a imprudência quando o médico realiza uma cirurgia sem a equipe necessária para a sua realização; a negligência quando o médico, após a cirurgia, esquece algum material dentro do corpo do paciente ou, nos casos habituais, omite alguma informação imprescindível ao paciente; a imperícia no momento em que um médico especializado em apenas uma área determinada resolve atender em outra que não é de seu pleno conhecimento (SANTOS, 2020).

A Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) de nº 1931, de 17 de setembro 2009, traz as diretrizes que devem ser seguidas pelos médicos como forma de aperfeiçoar a realização da medicina. A presente norma, aduz que o médico bem como a sua equipe é responsável pelos seus pacientes, não apenas no sentido prático da operação

médica, mas também no ante e pós operatório. Assim, o erro pode ser praticado tanto pelos profissionais de saúde, quanto pelo estabelecimento de saúde (VENOSA, 2015).

Os hospitais filantrópicos, mesmo tendo a atividade natureza social não afasta a responsabilidade. Conforme diz o artigo 37 § 6º da Constituição Federal “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos atos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros” (BRASIL, 1988).

Dessa forma os prestadores de serviço público e privado serão responsabilizados objetivamente pelos atos que os seus profissionais causarem a terceiros. É o que normatiza o artigo 43 do Código Civil onde aduz que as pessoas jurídicas de direito público interno são “civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvando direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo” (BRASIL, 2002).

Ainda nesse contexto, Tartuce (2016, p. 123) ressalta que havendo a responsabilidade objetiva da instituição esta pode entrar com um eventual direito de “regresso contra o médico se ele esporadicamente faz uso das estruturas físicas ou logísticas ou ainda comete erro em diagnóstico, pois existe uma relação entre o médico e o hospital”.

A culpa exigida para o erro médico é assim interpretada:

A responsabilidade civil do médico ocorre a partir da constatação da culpa do médico em sentido amplo. A culpa poderá estar presente como culpa no sentido estrito ou sob a forma de dolo. A culpa no sentido estrito pode erro médico entendida como um agir por parte do médico sem intenção de causar dano ao paciente, mas o profissional, mesmo que de forma inconsciente adota conduta errada, causando lesão ao paciente devido a defeito em sua conduta. O dolo médico será caracterizado quando o profissional age com consciência, na intenção de provocar um resultado danoso, ou de alguma forma assume o risco de sua ocorrência (ULGUIM OLIVEIRA, 2018, p.1).

Dessa forma, no caso de erro médico sobre o diagnóstico, por exemplo, é notável constatar que por conta desse erro, o paciente imediatamente sofre as consequências na sua saúde, podendo a depender do caso, ter danos pelo resto da vida.

Complementando sobre esse tema, ressalta-se que a responsabilidade civil dos médicos não está vinculada ao resultado do tratamento, mas ao emprego dos meios

disponíveis para a respectiva realidade. De tal modo que o efeito inesperado não implica na inadimplência por parte do profissional.

Desta forma, é clara a responsabilidade do médico, sendo a responsabilidade solidária em relação aos agentes que participaram do resultado danoso, havendo a fixação de valores referentes de danos morais e materiais. Fazendo-se presente ainda o pensionamento em razão de eventual paralisação do exercício laboral da vítima, por exemplo. (MASCARENHAS; PEREIRA, 2017).

Importante destacar dentro desse contexto ainda, o ônus da prova nesses casos. O ônus da prova “não se trata de uma obrigação a qual será um ato ilícito à quem descumpri-lo, mas de uma vantagem sob quem possui maior conhecimento na área que está sendo colocada em discussão” (SCHREIBER, 2022, p. 33).

É verificado que a necessidade de provar das partes é instituído pelo nobre julgador com base na observância dos fatos e fundamentos apresentados pelas partes, e serve para auxiliar na lucidez do motivo colocado em pauta, de modo em que haja uma decisão seguida pelo Princípio da Busca da Verdade Real (GAGLIANO; FILHO, 2022).

Em demandas como ações judiciais propostas por erro médico, as provas do ato ilícito podem ser apresentadas por meio de perícia, fichas médicas, prontuários etc. Assim, o paciente que se sentir lesado diante de algum ato terá a liberdade de apresentar os fatos e provas em juízo.

No entanto, em causas que dificultam o autor de demonstrar as provas por falta de amplo conhecimento, isto é, quando a parte contrária é detentor de maior lucidez da circunstância exposta, sendo o autor a parte mais frágil da relação, incube a inversão do encargo em destaque de modo a garantir igualdade no tratamento (BRASIL, 2015).

A garantia da inversão do ônus da prova se incide como uma exceção ao artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil. Ela também está disposta ao consumidor no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VIII. Em harmonia aos Princípios do Contraditório e do Devido Processo Legal, a inversão do ônus da prova permitirá ao profissional a comprovação da ausência de culpa e, conseqüentemente, o afastamento da responsabilidade civil no âmbito das obrigações já estudadas (BRASIL, 1990).

É válido salientar que a inversão do ônus da prova requer a verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor. Ela não ocorre de maneira automática, sendo importante à parte demonstrar os aspectos supramencionados.

Quanto ao erro médico, tem-se que o consumidor geralmente não possui conhecimento da área, e, assim, é possível aplicar a inversão do ônus da prova. Ressalta-se que o encargo é referente aos procedimentos e termos técnicos, desconhecidos pela parte contrária.

De modo a trazer um tratamento equânime entre as partes, a inversão do ônus da prova poderá ser requerida pelo autor, em ações que ele acreditar na sua hipossuficiência, sendo deferida ou não pelo julgador (CAVALIERI FILHO, 2016).

Ao tratar do pressuposto da obrigação de meio, caberá à parte que alega o direito provar o ônus, vez que o profissional buscou todo o seu conhecimento para o melhor resultado. Mas, no tocante da obrigação de resultado, insidiará ao médico a provar o ônus, pois caberá a ele apresentar os fatos e fundamentos sob a qual realizou todo o possível para que se chegasse no resultado acordado (CAVALIERI FILHO, 2016).

No entanto, salienta-se que cada caso concreto é único, possuindo suas especificidades próprias e, devido a isso, deve ser analisada conforme os fatos apresentados no Poder Judiciário, não se tratando de um rol rígido e taxativo quanto à aplicação da inversão do encargo.

Dentro da Responsabilidade Civil existem duas modalidades: a contratual e a extracontratual. Segundo explica Tartuce (2016) a responsabilidade civil contratual é um dever de reparação do dano tendo em vista que houve o inadimplemento de uma obrigação pelo devedor em face do credor, amparado no artigo 389 da Lei 10.406/2002.

Ressalta-se que na forma contratual, o objeto da relação jurídica está predisposto em um contrato, de modo em que a responsabilidade civil extracontratual também incide na obrigação de reparar o resultado danoso, mas não está transcrita em um contrato (MELLO, 2014).

Nos moldes da responsabilidade do médico, é observado as duas modalidades de responsabilidade civil em ênfase. A princípio, todo o objeto da relação de consumo estará disposto em um contrato, especificando os procedimentos, medicamentos e tratamentos utilizados pelo profissional. No mesmo tocante que o dever de informação incube na responsabilidade extracontratual, permeando através do vínculo existente da relação médico-paciente (TARTUCE, 2016).

Em casos de emergência, não há tempo para o médico pactuar o contrato junto ao paciente, especificando suas cláusulas e determinando o objeto por escrito, diferentemente das situações de cirurgias plásticas. Portanto, a relação de urgência será embasada na responsabilidade civil extracontratual, de forma em que há o vínculo jurídico

das partes e, em caso de dano comprovado, recairá ao agente o dever de reparar (TARTUCE, 2016).

Maria Helena Diniz (2011, p. 271) explica que a responsabilidade do médico é contratual, “por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, pôr não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos” conforme os progressos da medicina.

De modo geral, disposto pelo artigo 186 da Lei 10.406/2002 e artigo 14, § 4.º da Lei 8.078/1990, é identificada a responsabilidade civil do médico como subjetiva, pois é difícil premeditar o resultado exato de um ato. Diferentemente da responsabilidade objetiva, na anteriormente mencionada é necessário que se comprove o ato ilícito, a culpa, o nexo causal e o dano. Assim, será exprimido o dever de reparação (VENOSA, 2015).

Adentrando no tema da responsabilidade subjetiva, observa-se que, para haver o dever de reparação na obrigação de meio é necessário ao credor, nesse caso o paciente insatisfeito, comprovar o fato de o profissional não ter utilizado todas as técnicas cabíveis no caso. Deve-se apresentar a conduta ilícita e culposa, o nexo de causalidade e o dano que foi gerado ao consumidor (VENOSA, 2015).

No caso supracitado, não pode se falar em uma responsabilização pelo não alcance do resultado almejado, vez que a obrigação corresponde a uma obrigação de meio.

Por outro lado, consolidados por doutrinas e jurisprudências expressas durante o presente trabalho, há o entendimento de que algumas especialidades médicas se derivam de uma obrigação de resultado e, portanto, uma responsabilidade civil objetiva.

Os médicos especializados em cirurgias plásticas são um importante exemplo, vez que, quando há a natureza exclusivamente estética, tem-se o comprometimento de um exato resultado final. Acerca da temática expostas, tem-se o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO.** CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E REPARADORA. NATUREZA OBRIGACIONAL MISTA. **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA** DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (CDC, ART. 14, § 4º). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REPARATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção. 2. **A relação**

entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética. 3. "Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora" (Resp. 1.097.955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011).

Portanto, não restam dúvidas de que a responsabilidade objetiva é a modalidade da qual os médicos cirurgiões plásticos, de natureza estética, são responsabilizados. A culpa é presumida, bastando simplesmente demonstrar os requisitos norteadores dessa particularidade.

Respondendo a problemática desse estudo, fica assentado que no caso onde for configurado erro do médico, recai na Justiça a reparação do dano ao paciente.

Para embasar essa afirmativa, a jurisprudência brasileira vem ao longo dos últimos anos julgando a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil para os médicos que cometerem o erro no diagnóstico. Contudo, é importante ressaltar que a responsabilização do médico só ocorre quando caracterizados os elementares contidos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

A priori, apresenta-se abaixo o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CERCEAMENTO DE DEFESA QUE SE AFASTA – INTIMADA DA INTENÇÃO DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE QUEDOU-SE INERTE A PARTE APELANTE - **ERRO MÉDICO CONFIGURADO** – MORTE DE FETO – LONGO TEMPO DE INTERNAÇÃO E TRABALHO DE PARTO – SINDICÂNCIA DO CREMEB ESCLARECEDORA E CONCLUSIVA DA REALIDADE DOS AUTOS – **RESPONSABILIDADE CIVIL** - ERRO MÉDICO CONFIGURADO – DANO MORAL EVIDENCIADO E FIXADO COM RAZOABILIDADE – APELO IMPROVIDO. 1. Não há cerceamento de defesa por não realização de prova pericial visto que, havendo na inicial pedido genérico, a parte apelante foi intimada quanto ao interesse do Magistrado Primevo em julgar antecipadamente a lide e ficou-se inerte gerando preclusão quanto á referida prova. 2. Não obstante a obrigação assumida pelo médico ser de meio, devendo este se utilizar de toda a técnica disponível para o tratamento do paciente, não podendo se garantir

a cura do enfermo ou o sucesso do procedimento médico, que depende de diversos fatores, a hipótese evidenciada dos autos, e o conjunto probatório máxime as conclusões do CREMEB quanto ao episódio, demonstrou que o atendimento prestado pelo apelante, através do primeiro profissional que atendeu à parturiente, parte de sua equipe médica, réus **foi inadequado gerando o óbito do feto**, existindo nexos de causalidade entre a conduta dos apelantes e o dano causado à parte apelada, razão pela qual a responsabilização por falha na prestação do serviço é medida que se impõe. 3. Indenização fixada pelo Juízo Primevo em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para a mãe e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para o varão que se mostra razoável diante do flagrante, grave e duradouro dano à moral dos pais da criança. 4. Apelo improvido. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0535129-69.2015.8.05.0001, Relator (a): Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 19/09/2017) (TJ-BA - APL: 05351296920158050001, Relator: Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 19/09/2017).

No caso acima, verificou-se que devido à conduta profissional inadequada do médico ocorreu o óbito do feto. Houve assim, o nexo de causalidade entre a conduta dos apelantes e o dano causado à parte, motivo pelo qual se decidiu pela responsabilização.

Enfatiza-se que, quando a conduta do profissional for regular e devidamente cumprida conforme a sua função, não havendo evidência das modalidades de culpa em destaques, não há o que se falar de culpa do profissional sob o resultado ocorrido.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. **AUSÊNCIA DE CULPA. IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA NÃO EVIDENCIADAS.** IMPROCEDÊNCIA. A responsabilidade dos 33 profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa (art. 14, § 4º, do CDD). A obrigação do médico que realiza a cirurgia oftalmológica é de meio, e não de resultado. Embora o resultado da cirurgia não tenha sido o esperado pela autora, porquanto permaneceu com acuidade visual do olho direito reduzida, **não se verifica negligência, imprudência ou imperícia por parte do réu**, que adotou as medidas terapêuticas corretas para o problema diagnosticado, e, inclusive, previamente à cirurgia, prestou informações necessárias à

paciente sobre os riscos e possíveis complicações do procedimento. Improcedência da ação mantida. Preliminar de nulidade da sentença, por ausência de intimação a respeito da juntada de documentos, rejeitada. APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Cível nº 70073969115, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Krieger Martins, Julgado em 28/09/2017).

Gonçalves (2018) corrobora afirmando que caso ausente a comprovação de tais elementares da responsabilização e da atuação indevida do médico, afastada estará sua responsabilidade. Nesse caso, apresenta-se outra jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. CIRURGIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA DO PROFISSIONAL MÉDICO. RECURSO DESPROVIDO. 1) Como cediço, a responsabilidade médica é fundada, via de regra, em obrigação de meio, de modo que ao médico é exigido apenas o dever de prestar um tratamento adequado ao paciente, com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os recursos postos à disposição no local da atuação e segundo as condições pessoais do doente. Não lhe é possível, desse modo, garantir a ausência de sequelas, haja vista estar inexoravelmente limitado ao estágio do desenvolvimento da ciência, aos recursos materiais de que dispõe e aos fatores pertinentes ao organismo humano. 2) Hipótese em que o procedimento cirúrgico, sobre ser de alta complexidade – mormente diante do agravamento das lesões durante aproximadamente 11 (onze) anos do acidente e da especificidade do ato de colocação de prótese total de joelho –, foi executado de forma competente pelo médico, sem que houvesse elemento apto a evidenciar negligência, conforme, aliás, testemunhou o atual médico responsável pelo paciente. 3) Recurso desprovido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Vitória, 07 de março de 2017. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADOR RELATOR. (TJ-ES - APL: 00151521220128080021, Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 07/03/2017, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/03/2017).

O julgado acima demonstrou um fato importante sobre a questão por ora analisada: a responsabilidade médica é fundada, via de regra, em obrigação de meio. Isso significa que ao médico só é exigido que seu trabalho seja prestado de forma eficiente,

com o uso de técnica necessária, além de prestar um tratamento adequado ao paciente, com diligência, prudência, utilizando os recursos postos à disposição no local da atuação e segundo as condições pessoais do doente. Ainda que o resultado seja o oposto ao que se pretendia o paciente, quando configurado que o médico não atuou em erro ou negligência, afasta-se a aplicação da responsabilidade civil.

Portanto, os elementos para a responsabilização civil e consequente reparação moral e material necessita da presença dos requisitos legais como conduta, dano e o nexo de causalidade. Ainda nesse cenário, a responsabilidade dos hospitais enseja na modalidade objetiva, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Nota-se:

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. **RELAÇÃO DE CONSUMO**. DÍVIDA INEXISTENTE. **INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. HOSPITAL**. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. NEXO DE CAUSALIDADE. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA**. DANOS MORAIS CABÍVEIS. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. [...] 10. A **responsabilidade civil dos fornecedores de serviços, a cujo conceito se amolda a instituição financeira e a rede hospitalar, é objetiva e solidária**, fundada no risco da atividade desenvolvida, conforme arts. 14 do CDC e 186 e 927 do CC, não se fazendo necessário perquirir acerca da existência de culpa. Em caso tais, basta a comprovação do liame de causalidade entre o defeito do serviço e o evento danoso experimentado pelo consumidor, cuja responsabilidade somente poderá ser afastada nas hipóteses de força maior, eventos imprevisíveis, inexistência do defeito e culpa exclusiva do ofendido e de terceiros. 11. Escorreita a sentença em declarar a inexistência do débito em relação ao autor, a nulidade do protesto nº 1084387, protocolo 2359735, do 3º Ofício de Notas, Registro Civil e Protesto de Títulos de Taguatinga/DF, bem como determinar seu cancelamento. 12. É pacífica a jurisprudência de que a negatização indevida, por si só, viola atributo da personalidade, porquanto restringe indevidamente o crédito do consumidor, impondo-lhe a mácula de mau pagador. **Trata-se de dano presumido** (*in re ipsa*), não havendo que se falar em prova de sua existência, pois decorre do próprio ato ilícito, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei n. 8.078/90. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. (Acórdão 1207751, 07003499020198070012, Relator:

FABRÍCIO FONTOURA BEZERRA, Primeira Turma Recursal, data de julgamento: 10/10/2019, publicado no DJE: 24/10/2019).

É válido salientar que, as decisões recentes dos Tribunais parte da ideia da necessidade de uma análise profunda do elo jurídico existente entre o profissional médico e a pessoa jurídica (hospital/clínica).

Em relação à responsabilidade do Estado, está se encontra normatizada no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988. Com base nesse texto normativo, observa-se que há a responsabilidade objetiva nos assuntos dos quais tratarem de agente público, recaindo o dever estatal de reparar o dano ocasionado à vítima (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que o Estado deve responder pelos atos independentemente da demonstração da culpa, bastando estar evidente a conduta humana, o dano e o nexa causal, de modo a trazer uma segurança nas relações jurídicas (GAGLIANO; FILHO, 2022).

Entretanto, ao se tratar de erro médico praticado por rede de saúde pública, a responsabilidade civil do Estado só incidirá quando for comprovada a culpa, sendo esse um requisito imprescindível na relação em destaque. Entretanto, a responsabilidade subjetiva aplica-se ao agente público.

De todo modo, diante do exposto, é correto afirmar que a responsabilidade civil do Estado se trata de uma responsabilidade subjetiva. Dessarte, não segue a regra disposta na Constituição Federal devido a teoria supramencionada, adotada por doutrinas e jurisprudências.

Ademais, reafirma-se nessa pesquisa o entendimento de que é admitida a responsabilidade civil do médico por erro no Brasil, desde que configurada a conduta, dano e o nexa de causalidade no caso concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho ficou evidenciado que é majoritário o entendimento doutrinário de que a responsabilidade civil aplicada ao erro do médico é plenamente possível. A jurisprudência tem julgado favorável a entrada desse instituto nos casos em que se configurou o erro do médico.

Quanto à perspectiva jurídica, a análise da responsabilização civil e meios de reparação mostra que os elementares da responsabilização (conduta, nexa de causalidade e dano) são essenciais para a caracterização do erro do médico e o dever de indenizar moral ou materialmente a vítima, cuja ausência poderá afastar a condenação do agente.

A aplicação do presente instituto no caso em análise se faz necessária. Entende-se, como mostrado no decorrer desse estudo, que os danos morais e materiais sofridos pelas vítimas trazem efeitos danosos por toda uma vida. Não é apenas a mudança no corpo que impacta negativamente o paciente. O erro médico tem a capacidade de gerar danos a psique do paciente, abalando-o de modo a influenciar a sua capacidade e equilíbrio emocional.

Um cirurgião plástico por exemplo, ao cometer um erro no procedimento, pode alterar em definitivo o corpo e a imagem do paciente. O paciente, ao realizar uma cirurgia plástica tem como objetivo a melhora de sua aparência, uma vez que não se colocaria em uma cirurgia estando perfeitamente saudável, sem que houvesse a expectativa de uma melhora em sua fisionomia. Cabe lembrar que, a responsabilidade dos cirurgiões plásticos, em razão de se tratar de uma obrigação de resultado, é da presunção de culpa do médico, invertendo-se o ônus probatório.

Todavia, foi possível detectar a existência de uma preocupação com a banalização da responsabilização civil, quando analisada sob a interpretação de que o dever do médico não é a garantia do resultado, mas sim a diligência na atuação. Ou seja, o que se espera do médico é apenas a atuação profissional correta, não devendo ele ser responsabilizado por eventual inconformismo do paciente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Resolução CEM nº 1931/2009. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

COLOMBINI, Lisa. **Responsabilidade Civil por erro médico**. Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, do curso de Direito, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GOIÁS). Goiânia, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo. Saraiva, 2011.

DOELLE, Carolina. **A responsabilidade civil no direito brasileiro**. 2019. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 02 fev. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. 6º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

GONÇALVES, Bernardo José Drumond. **Erro de diagnóstico médico: ato indenizável?** São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2018.

MASCARENHAS, Ana Cristina de Souza Serrano; PEREIRA, Graciele De Rezende Alves. **A Violência Obstétrica Frente Aos Direitos Sociais Da Mulher**. 2017. Disponível em: <https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2017/A_Violencia_Obstetrica.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2023.

MENDONÇA, Vitor; GALLAGHER, Thomas; HENDRYX, Nicholas. **Erro médico: conceito, caracterização e gestão**. Saúde e Sociedade. 2019, v. 28, n. 4, pp. 255-266.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V.09. 28. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

RIOS, Letícia Araújo Costa. **Erro médico: as controvérsias acerca da responsabilidade civil médica**. Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Goiânia, 2022.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012.

SANTOS, Fernanda Lima dos. **Erro médico: responsabilidade penal e civil e o dano estético**. Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Goiânia, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. 5º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José F. et al. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. Grupo GEN, 2021.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado. **Resumo de direito médico**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 11ª ed. 2016.

ULGUIM OLIVEIRA, Daniele. **A responsabilidade civil por erro médico**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2018. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580>. Acesso em: 02 fev. 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil IV: Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ZENGO, Lonise Caroline; DODOY, Sandro Marcos. **A responsabilidade civil**. 2012. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2243/2234>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CURADOR ESPECIAL (§ 1º, DO ART. 1.182, DO CPC DE 1973). NÃO RECEPTIVIDADE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

ALEXANDRE CESAR FERNANDES TEIXEIRA:

Promotor de Justiça do Estado da Paraíba, Assessor Técnico do Procurador-Geral de Justiça, ex-Promotor de Justiça Corregedor, ex-Presidente da Associação Paraibana do Ministério Público – APMP, ex-Vice-Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp e ex-Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMIP.

A análise que faço do disposto no § 1º, do art. 1.182, do Código de Processo Civil, ainda tem sentido de ser porquanto muitos processos estão até agora em grau de recurso nos tribunais estaduais, regionais e superiores quando os julgamentos que deram origem aos seus respectivos inconformismos recursais ocorreram na vigência do Código de Processo Civil anterior.

O provimento ou não desses recursos terão de observar a legislação vigente à época, e não se deve entender que a lei processual, nessas hipóteses de recurso, tem aplicação imediata, pois a lei processual não pode retroagir para prejudicar atos processuais e situações jurídicas consolidadas pela norma revogada nem cobrar providências processuais não exigidas anteriormente no instante do manejo do instrumento recursal adequado.

A propósito, o doutor **Marcus Vinícius Furtado Coêlho** é bem enfático a respeito dessa temática:

Ainda no capítulo sobre a aplicação das normas processuais, o CPC disciplina como se dará a aplicação da lei processual no tempo, previsão constante do art. 14, *in verbis*: "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

O Código de 2015 adotou a teoria do isolamento dos atos processuais, que compreende cada ato de forma autônoma, de modo que a nova lei processual tem aplicação imediata, respeitando-se os atos já realizados e os efeitos por eles produzidos sob o regime da legislação anterior.

É certo que há situações em que não é tão simples estabelecer os limites dos atos processuais e, portanto, qual a lei a ser aplicada, tendo em vista que o processo é uma entidade complexa, cujos atos se inter-relacionam. É o que acontece, por exemplo, com a contagem de prazos em casos de redução ou aumento, a produção de determinada prova que já foi deferida, mas ainda não produzida, entre outros.

Os tribunais têm firmado que a lei sob a qual foi publicada a decisão regerá o respectivo recurso. Assim, proferida determinada sentença, por exemplo, o prazo para recorrer será o previsto pela lei antiga, vigente à época da prolação da decisão, ainda que o referido prazo tenha sido modificado, como ocorreu com o advento da contagem de prazos em dias úteis, por exemplo.

Em decisão sobre o tema³, o STJ assim consignou: "A nova lei processual se aplica imediatamente aos processos em curso (*ex vi* do art. 1.046 do CPC/2015), respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, enfim, os efeitos já produzidos ou a se produzir sob a égide da nova lei. Considerando que o processo é constituído por inúmeros atos, o Direito Processual Civil orienta-se pela Teoria dos Atos Processuais Isolados, segundo a qual, cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de determinar qual a lei que o regerá (princípio do *tempus regit actum*). Esse sistema está inclusive expressamente previsto no art. 14 do CPC/2015".

O acórdão também asseverou: "Esta Corte de Justiça estabeleceu que a lei que rege o recurso é aquela vigente ao tempo da publicação do decism. Assim, se a decisão recorrida for publicada sob a égide do CPC/1973, este Código continuará a definir o recurso cabível para sua impugnação, bem como a regular os requisitos de sua admissibilidade. *A contrario sensu*, se a intimação se deu na vigência da lei nova, será ela que vai regular integralmente a prática do novo ato do processo, o que inclui o cabimento, a forma e o modo de contagem do prazo".

A estipulação de uma regra explícita sobre direito intertemporal atende a um valor caro a qualquer ordenamento jurídico, que é a segurança, especialmente quando se trata de uma alteração

substantiva do sistema processual pátrio, como a promovida pelo CPC. O art. 14 do diploma, nesse sentido, deve ser interpretado à luz do art. 5º, XXXVI da Constituição, que consagra como direito fundamental o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Garantia esta também contemplada no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual "a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". Nesse sentido, pode-se falar em direito adquirido processual, tendo em vista que a lei processual nova não pode retroagir para prejudicar direito processual adquirido nos termos da lei revogada. **(Arts. 13, 14 e 15 do CPC - Aplicação das normas processuais. Internet, sítio Migalhas)**

Quanto à admissibilidade recursal, o **Superior Tribunal de Justiça** aprovou os seguintes Enunciados Administrativos:

Enunciado administrativo número 2

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Enunciado administrativo número 3

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Acontece que o **Superior Tribunal de Justiça**, por sua **Terceira Turma**, pontificou que o Ministério Público, na vigência do Código de Processo Civil anterior, poderia, com espeque no § 1º, do art. 1.182, funcionar no processo de curatela (chamado anteriormente de processo de interdição) como curador especial.

Aplicou processualmente a legislação anterior, haja vista a impossibilidade de retroatividade da lei processual civil.

A ementa do referido acórdão é esta:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DESNECESSIDADE.

INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DE INTERESSES. REPRESENTAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA Nº 83/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. No procedimento de interdição não requerido pelo Ministério Público, quem age em defesa do suposto incapaz é o órgão ministerial. Assim, resguardados os interesses do interditando, não se justifica a nomeação de curador especial (arts. 1.182, § 1º, do CPC/1973 e 1.770 do CC/2002). Precedente.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1652854/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, DJe 21/03/2019)

A **Quarta Turma** do **Superior Tribunal de Justiça** também nesse norte, em 2014, não deu provimento a um recurso especial:

PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. CURADOR ESPECIAL. NOMEAÇÃO. CONFLITO DE INTERESSES. AUSÊNCIA. INTERESSES DO INTERDITANDO. GARANTIA. REPRESENTAÇÃO. FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO SINGULAR DO RELATOR (CPC, ART. 557) NULIDADE. JULGAMENTO DO COLEGIADO. INEXISTÊNCIA.

1. Eventual ofensa ao art. 557 do CPC fica superada pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes.

2. A designação de curador especial tem por pressuposto a presença do conflito de interesses entre o incapaz e seu representante legal.

3. No procedimento de interdição não requerido pelo Ministério Público, quem age em defesa do suposto incapaz é o órgão ministerial e, portanto, resguardados os interesses interditando, não se justifica a nomeação de curador especial.

4. A atuação do Ministério Público como defensor do interditando, nos casos em que não é o autor da ação, decorre da lei (CPC, art.

1182, § 1º e CC/2002, art. 1770) e se dá em defesa de direitos individuais indisponíveis, função compatível com as suas funções institucionais.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1099458/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014)

O fundamento legal utilizado pelo relator foi este:

Art. 1.179. Quando a interdição for requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomeará ao interditando curador à lide (art. 9º).

Art. 1.182. Dentro do prazo de 5 (cinco) dias contados da audiência de interrogatório, poderá o interditando impugnar o pedido.

§ 1º Representará o interditando nos autos do procedimento o órgão do Ministério Público ou, quando for este o requerente, o curador à lide.

(Código de Processo Civil de 1973)

Pelos dispositivos legais supracitados, o *Ministério Público* representava o interditando no processo de interdição, sem necessidade de nomeação de curador à lide.

O **Tribunal de Justiça da Bahia**, por sua **Quinta Câmara Cível**, seguiu o mesmo posicionamento jurídico da **Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça**:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REPRESENTAR O INTERDITANDO NOS AUTOS DA AÇÃO DE INTERDIÇÃO ORIGINÁRIA E MANIFESTAR-SE NOS TERMOS DO QUANTO PREVISTO PELO ART. 1.182, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. DESNECESSIDADE. I - Submete-se à apreciação desta Corte a pretensão do Agravante (Ministério Público do Estado da Bahia) de reformar a decisão agravada em que o Juízo a quo determinou a

sua intimação para representar o interditando nos autos da Ação de Interdição e manifestar-se, no prazo de cinco dias, conforme preceitua o art. 1.182, § 1º, do Código de Processo Civil. II - Da análise dos dispositivos legais constantes no Código Civil (Lei nº 10.406/2002) atinentes aos interditos, verifica-se, claramente, no art. 1.770, que "Nos casos em que a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará defensor ao suposto incapaz; nos demais casos o Ministério Público será o defensor". (Grifou-se) III - Na hipótese dos autos, o Agravante (Ministério Público do Estado da Bahia) sustenta que "a regra inscrita no § 1º do art. 1.182, do Código de Processo Civil, não foi recepcionada pela atual ordem constitucional", defendendo, deste modo, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 não se reconhece mais a competência do Órgão Ministerial para representar incapazes. Com esse entendimento, o Agravante pugna pela reforma da decisão recorrida que determinou a sua intimação para representar o interditando nos autos da Ação de Interdição e manifestar-se, no prazo de cinco dias, conforme preceitua o art. 1.182, § 1º, do Código de Processo Civil. IV - Entretanto, a irresignação do Recorrente não merece prosperar. Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial (REsp 1.099.458-PR), de Relatoria da Min. Maria Isabel Gallotti, pacificou as discussões referentes ao tema ora analisado ao consolidar, no Informativo de Jurisprudência nº 553, o entendimento de que "Nas ações de interdição não ajuizadas pelo MP, a função de defensor do interditando deverá ser exercida pelo próprio órgão ministerial, não sendo necessária, portanto, nomeação de curador à lide". V - Ademais, na esteira do posicionamento prevalente no STJ, "proposta a ação pelos demais legitimados, caberá ao MP a defesa dos interesses do interditando, fiscalizando a regularidade do processo, requerendo provas e outras diligências que entender pertinentes ao esclarecimento da incapacidade e, ao final, impugnar ou não o pedido de interdição, motivo pelo qual não se faz cabível a nomeação de curador especial para defender, exatamente, os mesmos interesses pelos quais zela o MP. A atuação do MP como defensor do interditando, nos casos em que não é o autor da ação, decorre da lei (art. 1.182, § 1º, do CPC e art. 1.770 do CC) e se dá em defesa de direitos individuais indisponíveis, função compatível com as suas funções institucionais (art. 127 da CF)". VI - Desse modo,

agiu acertadamente o Juízo precedente ao determinar a intimação do representante do Ministério Público para representar o interditando nos autos da Ação de Interdição originária e manifestar-se, no prazo de cinco dias, conforme preceitua o art. 1.182, § 1º, do Código de Processo Civil, pois a decisão agravada encontra-se em consonância com o entendimento consolidado no STJ e veiculado no Informativo de Jurisprudência nº 553, conforme visto acima. **AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-BA - AI: 00215086520158050000, Relator: CARMEM LUCIA SANTOS PINHEIRO, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/02/2016)**

Diametralmente, a **Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça** apresentou depois outra fundamentação jurídica, acertadamente, no sentido de que o *Ministério Público* não poderia haver atuado, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, como representante do incapaz, na defesa dos interesses deste:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. AJUIZAMENTO PELA IRMÃ DA CURATELANDA. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA. FUNÇÃO INSTITUCIONAL ATÍPICA E EXCLUSIVA. AUSÊNCIA DE ÓRGÃO NA COMARCA. OBSERVÂNCIA DAS NORMAS LOCAIS. JULGAMENTO: CPC/73.

1. Ação de interdição ajuizada em 27/09/2013, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 24/11/2015 e redistribuído ao gabinete em 23/05/2019.

2. O propósito recursal é dizer sobre a negativa de prestação jurisdicional, bem como se é atribuição do Ministério Público atuar como defensor da curatela na ação de interdição proposta por sua irmã, tendo em vista a ausência de órgão da Defensoria Pública na comarca.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 535, II, do CPC/73.

4. A ação de interdição se funda na dignidade da pessoa humana e tem cunho protecionista, razão pela qual só se justifica para atender os interesses e as necessidades próprias do curatelando.

5. Considerando que a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da ordem jurídica na ação de interdição da qual não é o autor, impede que ele atue, simultaneamente, como defensor do curatelando; que a legislação prevê a nomeação de curador especial ao incapaz, para garantir a tutela dos seus próprios interesses e necessidades; e que a curadoria especial é função atípica e exclusiva da Defensoria Pública; forçoso reconhecer a falta de atribuição do Parquet para funcionar nos autos como defensor da curatela.

6. A inexistência, em determinada comarca, de órgão da Defensoria Pública do Estado para exercer a curadoria especial deve ser suprida segundo as normas locais que regulamentam a sua organização e o seu funcionamento e, na impossibilidade de tal suprimento, há de ser designado advogado dativo.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1824208/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019)

Antes, o **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** foi enfático pela impossibilidade de o *Ministério Público* atuar como representante do interditando, mesmo com esboço em dispositivo legal do Código de Processo Civil revogado:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CURATELA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. DECISÃO AGRAVADA PUBLICADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CPC/73. DIREITO INTERTEMPORAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL À DEMANDADA. PERTINÊNCIA. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE O MINISTÉRIO PÚBLICO ATUAR COMO REPRESENTANTE JUDICIAL DE PARTE.

1. Aos recursos interpostos em face de decisões publicadas até 17 de março de 2016 aplicam-se, no que tange ao cabimento e aos requisitos de admissibilidade, as regras previstas no Código de Processo Civil de 1973. De acordo com a doutrina, por publicação da decisão entende-se "a data em que foi efetivamente publicada a decisão impugnável. No primeiro grau, a decisão é publicada quando o juiz a entrega ao escrivão, quando não mais pode alterá-la".

2. É pertinente e adequada a nomeação de curador especial ao demandado em ação relativa à curatela que não possua advogado

constituído nos autos, mormente porque o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal assegura a todos os litigantes a ampla defesa.

3. Embora o § 1º do art. 1.182 do já revogado CPC/73 mencionasse que, nos processos de interdição não ajuizados pelo Ministério Público, a representação do interditando competiria ao Parquet, com o advento da Constituição Federal de 1988, restou expressamente vedada a atuação do MP como representante judicial de parte em qualquer hipótese (art. 127 da CF). Portanto, ainda na vigência do CPC/73 já era imprescindível a nomeação de curador especial quando inexistisse advogado constituído nos autos para defender os interesses do interditando. Não por outra razão o CPC/15, em seu art. 752, § 2º e 3º, bem delimita e separa a atuação do Ministério Público e do curador especial, estabelecendo que o Parquet intervirá como fiscal da ordem jurídica, e que "o interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial", a quem competirá o exercício da defesa. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento, Nº 70069155182, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 15-09-2016). Assunto: Direito de Família. Curatela. Interditando. Defesa. Advogado. Não constituição. Representante judicial. Ministério Público. Atuação. Não possibilidade. Curador especial. Nomeação. Cabimento. **(TJRS, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 15-09-2016, Publicação: 19-09-2016)**

O **Tribunal de Justiça do Paraná** já havia igualmente entendido que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o *Ministério Público* não podia exercer a dupla função de curador e fiscal da ordem jurídica, verificada que a incompatibilidade de atuação era manifesta:

DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. NOMEAÇÃO DE CURADOR AO INTERDITANDO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATUAÇÃO COMO CUSTUS LEGIS. INCOMPATIBILIDADE DE FUNÇÕES. NECESSIDADE DE SE NOMEAR CURADOR ESPECIAL AO INTERDITANDO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. RECURSO PROVIDO. **(TJPR – 12º Câmara Cível – Agr. Inst. n. 1.331.900-5 – Rel.: Des. Mário Helton Jorge – Unân. – j. 10/03/2015)**

Dessarte, poderia o *Ministério Público* ser representante (defensor como tratava o Código Civil) da parte requerida judicialmente no processo de jurisdição

voluntária de interdição, doravante processo de curatela? A resposta é inafastavelmente não!

O § 1º, do art. 1.182, do Código de Processo Civil de 1973, não foi recepcionado pela *Carta Magna* vigente.

A atuação do *Ministério Público*, este de indiscutível *caráter nacional*, tem seu fundamento primeiro de validade na *Constituição Federal* como instituição, não em artigos, parágrafos, incisos ou alíneas da legislação codificada, estatutos ou em leis esparsas.

É preciso dizer isso porque muitos estudiosos do Direito gostam de fazer citação de algum artigo de lei para querer justificar a atuação do *Ministério Público* em determinado processo judicial, o que não é correto. Primeiro, tem de observar a compatibilidade do dispositivo legal com a *Constituição Federal*, sob pena de inconstitucionalidade ou não receptividade pela Lei Magna.

Pois bem. O § 1º, do art. 1.182, do CPC de 1973, não foi recepcionado pela atual *Constituição Federal*.

O *Ministério Público* passou a ter a seguinte formatação na *Constituição Federal* de 1988 quanto às suas atribuições extrajudiciais e judiciais:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

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 a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta *Constituição*;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos 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.

Para o tema aqui em discussão, é providência indiscutível a leitura do art. 127 com o inciso IX, do art. 129, todos da Lei Maior.

O que estava previsto no Código de Processo Civil de 1973 deveria estar em compatibilidade com esses dispositivos supracitados. Como anota **Edilson Santana**: (...) Em conclusão, resta repetir que a norma constitucional (CR, art. 129, inciso IX) permite, sempre que haja compatibilidade com sua destinação, o exercício de outras atribuições, desde que em consonância com as funções inculpidas no ordenamento constitucional. Trata-se, pois, de enumeração meramente exemplificativa ou não taxativa. **(SANTANA, EDILSON; FILHO, EDILSON SANTANA. DICIONÁRIO DE MINISTÉRIO PÚBLICO: MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO (p. 665). Edição do Kindle)**

Mesma assertiva invoca **Brenno Tardelli**:

Neste artigo estão indicadas as atribuições conferidas ao Ministério Público, sem prejuízo do exercício de outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica a entidades públicas – a cargo da Advocacia pública. Tais funções só podem ser exercidas por integrantes da carreira que deverão, como regra, residir na Comarca, salvo autorização do Procurador-Geral ou de órgão colegiado integrante da cúpula da Instituição. A propósito, o ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do

bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. **(Tardelli, Brenno. Comentários críticos à Constituição da República Federativa do Brasil (Justiça Plural) (pp. 457-458). Editora Jandaíra. Edição do Kindle)**

A função do *Ministério Público* tem de ser exercida de acordo com as suas finalidades institucionais (art. 127 ao art. 130, da Constituição Federal).

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, juntamente com as funções institucionais, funda o comando da atuação do *Ministério Público*.

A afirmação de que o *Ministério Público* deve “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas” (art. 129, IX, da Constituição Federal) não tem aplicação no caso em estudo, sabido que não é e nunca foi finalidade institucional do *Parquet* atuar na defesa processual do interditando, hoje curatelando. Sua obrigação institucional sempre foi ser fiscal da lei (melhor fiscal da ordem jurídica), o que é incompatível com o exercício de uma curadoria processual de incapaz. Como também não serve como argumento jurídico sustentar que o Ministério Público promove a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis para tentar justificar qualquer atuação no processo civil.

A função institucional do *Ministério Público* é bem explicada por **Ana Paula Barcellos**, de forma bem prática:

De forma simples, o Parquet, em qualquer das atividades que desempenha, não atua como um advogado propriamente. O advogado fala, nos limites da ética, em nome e no interesse do seu cliente. O Ministério Público não tem, a rigor, qualquer cliente, mas deve atuar, nos termos do art. 127 da Constituição, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ou seja: em toda sua atuação, o Ministério Público deve agir de forma independente, não dirigido a “ganhar” qualquer espécie de disputa, mas na defesa daquilo que considere corresponder à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Esse ponto é importante, pois o Parquet, para levar a cabo seu papel, tem atribuição para desenvolver várias atividades, entre as quais ajuizar demandas. Cabe-lhe, por exemplo, privativamente, promover a ação

penal pública (art. 129, I), ajuizar ações civis públicas para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, como os dos grupos indígenas (art. 129, III e V) e ajuizar ações de controle de constitucionalidade (art. 129, IV), por exemplo. Cabe-lhe ainda manifestar-se em determinadas ações como custos legis, nas hipóteses previstas em lei, e exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), entre outras atribuições. Nada obstante, ao ser o “autor” de determinada demanda, o compromisso do Ministério Público não é “ganhar” a causa, mas promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Se ao longo da demanda ele verificar que sua improcedência ou uma solução diversa da pedida inicialmente é o que promove a defesa daqueles elementos, caberá a ele se manifestar nesse sentido. **(Barcellos, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional (p. 463). Forense. Edição do Kindle)**

Não se pode olvidar de que o **Tribunal de Justiça do Paraná**, há mais de uma década, foi preciso, na sua hermenêutica, ao evidenciar a atuação do *Ministério Público* conforme os princípios constitucionais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERDIÇÃO REQUERIDA PELA GENITORA DO INCAPAZ - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CURADOR ESPECIAL DA PARTE - DESCABIMENTO - NORMA CONSTITUCIONAL QUE ATRIBUIU AO MINISTÉRIO PÚBLICO A FUNÇÃO DE DEFENDER INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS (CF, ART. 127) - INCOMPATIBILIDADE NO ACÚMULO DAS FUNÇÕES DE FISCAL DA LEI E DE DEFENSOR DOS INTERESSES PRIVADOS (CF, ART. 129, INC. IX) - NECESSIDADE DE SE NOMEAR DEFENSOR AO INTERDITANDO - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL (CF, ARTS. 133 E 134) - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 1.179 E 1.182, DO CPC COM A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE - RECURSO PROVIDO. A Constituição Federal de 1988 veda expressamente ao Ministério Público representar judicialmente a parte ou interessado (artigo 129, inciso IX), isto porque, tal função foi atribuída à Defensoria Pública através do artigo 134 do texto constitucional e do artigo 4º, inciso VI da Lei Complementar n.º 80/94. **(TJPR - 18ª C.Cível - AI - 313983-5 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR RENATO NAVES BARCELLOS - Unânime - J. 14.06.2006)**

Ao participar de um processo de curatela, o *Ministério Público* desempenha a sua função institucional na fiscalização da ordem jurídica principalmente em respeito à Constituição Federal e as leis subsequentes compatíveis com esta, mesmo quando atua como substituto processual (princípio da especialidade como defende Costa Machado). A curadoria especial, por sua vez, é algo particularizado, voltado pelo interesse de defesa de quem está carente de proteção jurídica, que pode até caracterizar respeito à ordem jurídica, mas não necessariamente, portanto tal função não pode ser exercida pelo *Parquet*.

A curadoria especial, registre-se, não se limita à garantia dos princípios constitucionais da isonomia, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, visto que a sua atuação, para ser compatível com o instituto e o Direito Constitucional moderno, deve enfrentar as questões de direito material com substância de argumentação jurídica, não simplesmente um espaço conferido ao exercício do contraditório no seu âmbito formal, como infelizmente algumas vezes acontece na prática nos processos de curatela com a errônea interpretação do art. 341, do CPC, o qual só deve ser utilizado se a *Defensoria Pública* não está estruturada ou por ausências de informação e documentação a serem prestadas pelas pessoas vulneráveis atendidas.

Destarte, utilizando-se da interpretação teleológica sem olvidar da interpretação sistêmica que o caso impõe, o *Ministério Público* não tem nem nunca teve nenhuma vocação para o exercício de curador especial, tanto que o atual Código de Processo Civil (art. 752, §§ 1º e 2º) retirou do *Parquet* esdrúxulo encargo.

Tudo o que aqui foi colocado serve com a mesma força argumentativa para o art. 1.770, do Código Civil, atualmente revogado.

Conclusão: a *curadoria especial* do curatelando nos processos precedentes ao novo Código de Processo Civil deveria ter sido realizada pela *Defensoria Pública*, com espeque no art. 4º, XVI, da LC nº 80/94, combinado com o art. 9º, I, do CPC revogado (Lei nº 5.869/73), não ao *Ministério Público*, haja vista não possuir esta atribuição específica para tal mister.

AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

LIZ VIEIRA MACHADO:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (2017). Atividade exercida: advocacia

1. INTRODUÇÃO

A medida de segurança é um instituto com previsão em dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal. As nuances do referido mecanismo jurídico representam ponto crucial do debate sobre a relação entre crime e loucura no ordenamento brasileiro. No entanto, tão nítida quanto a importância do tema é, também, a incipiente produção nos campos do direito sobre questões mais aprofundadas acerca das tais medidas.

A impressão não é exclusiva e nem original deste trabalho, queixa repetida dos autores que trabalham com o este assunto é, justamente, a lacuna de maiores reflexões sobre o referido instituto jurídico (CARVALHO, 2004, p.618).

O obstáculo é também incentivo. Sendo assim, vale o encaminhamento de algumas observações iniciais, para que seja possível, enfim, desaguar nessa espécie de sanção absolutamente peculiar.

Mas, afinal, por que a discussão sobre loucura resulta em tantos conflitos para o direito, em especial, para o direito brasileiro? De onde deve partir essa discussão agora que já feito um histórico sobre a construção e sobre o controle da loucura? Por que a medida de segurança representa uma contradição e, ao mesmo tempo, uma demonstração de força do direito penal?

A partir do século XIX, juristas discutiam as ideias de Lombroso sobre o delito e, mais importante, sobre o delinquente. Em 1871, o marco da criminologia, *L'Uomo delinquente*, de autoria deste italiano, é publicado.

No Brasil, nesse período, estava sendo realizada uma reflexão de ordem higiênica sobre as prisões. A atmosfera lombrosiana, por assim dizer, é importante para que se entenda que, no período histórico em comento, o indivíduo que cometia um crime era visto como ser atingido pela anormalidade (RAUTER, 2003, pp. 30-34).

Nota-se um avanço do discurso médico nos debates criminológicos a partir dos primeiros anos do século XX, graças a esse tipo de pensamento foram construídas ligações entre determinadas doenças ou alterações biológicas e o crime. Tentava-se fazer uma

ponte que ligasse diretamente, uma anomalia biológica e a prática de uma conduta criminosa. Nos próximos tópicos, inclusive, serão feitos maiores apontamentos sobre esse tipo de reflexão.

Não é de se espantar, então, que mulheres acusadas de crimes e homossexuais tenham sido objetos de estudos determinados a comprovar a interferência hormonal, por exemplo, nos moldes do caráter do indivíduo (RAUTER, 2007, pp. 39-40).

Com a associação entre crime e doença, a prisão é, pois, também, um benefício concedido ao criminoso para que este seja tratado e, com sorte, curado. Vale a menção de que esse disfarce da punição ou do tratamento como um instrumento que, na verdade, seria revertido em uma vantagem para o indivíduo alvo do procedimento não é nenhuma novidade histórica.

O discurso de que a pena ou a cura são caminhos não só obrigatórios, como também, no fim das contas, bondosos, já são cartas marcadas no jogo que tem como objetivo excluir os sujeitos indesejáveis.

Para cumprir com o intento acima, parece inafastável a necessidade de traçar um rápido panorama acerca da responsabilidade penal¹¹³ nas codificações brasileiras.

O Código do Império, de 1830, foi a primeira codificação penal brasileira. No art. 10, 2º, da referida legislação, ficou determinado que não seriam julgados como criminosos os “os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime”. Esse Código recebeu as influências liberais das codificações europeias da época, sendo assim, a responsabilidade estava intrinsecamente ligada ao poder de agir segundo o livre arbítrio (RAUTER, 2007, pp. 40-44).

O Código de 1830, conforme art. 12 da legislação, entendia que o louco que cometesse um crime seria enviado para um estabelecimento próprio para o caso ou para a respectiva família, o que ficaria a critério do juiz.

Mas a psiquiatria ganhava força e chamava para si a responsabilidade (e o poder) sob os cuidados reservados à loucura. Foi narrado no capítulo anterior que o primeiro hospício do Rio de Janeiro nascia em 1841, a medicina tomava fôlego em meio a debates

¹¹³ O sentido de responsabilidade penal aqui utilizado faz referência a assunção das consequências criminais indicadas para determinadas condutas, ou, ainda, nas palavras de Luigi Ferrajoli (2010, p. 450), a responsabilidade seria a “sujeição jurídica à sanção como consequência de um delito”. A ressalva se faz válida por conta das indicações de algumas vozes no sentido de que a expressão já estaria ultrapassada. Dessa forma, pede-se que o significado da leitura seja direcionado ao didatismo literal da expressão.

sobre higienização e saúde pública fazendo uso, claro, do reconhecimento trazido pelo discurso científico.

Dessa forma, há a construção de um mecanismo capaz de alcançar, em terras brasileiras, o controle dos indivíduos reputados como loucos. A exclusão daqueles marcados pela loucura estava, essencialmente, ligada à exclusão da doença, mal a ser rejeitado assim como o crime. A justificativa legal para esse isolamento surge apenas em 1903, após, portanto, a implantação do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890. A lei de 1903 conseguiu o intento narrado através da “lei dos alienados”

Tendo em mente o roteiro histórico já trazido para essa discussão, não é difícil entender que a psiquiatria, como manifestação do poder médico (técnico, portanto) de reconhecimento e de tratamento da loucura ofereceu ao Estado um artifício precioso para a exclusão desses indivíduos indesejáveis. A internação como uma necessidade, o hospício como local adequado, a punição como tratamento, novamente, posicionamentos assim são construídos de modo a naturalizar tais estruturas (RAUTER, 2007, pp. 44-45).

Enquanto o código penal de viés liberal afastava a responsabilidade da loucura, o aprofundamento dos estudos na área da psiquiatria trazia novos questionamentos, dentre eles, surgiu a reflexão sobre a possível existência de diferentes níveis de loucura¹¹⁴. Cada vez mais, ficava evidente que para determinar quais os limites mais apropriados entre a responsabilidade criminal e a loucura, era imprescindível um parecer médico.

A relação entre psiquiatria, direito e responsabilidade criminal desperta questionamentos mais complexos do que, talvez, possa ser esperado. Perguntas feitas com maior frequência a partir de críticas aos psiquiatras, deixam a interrogação sobre quão abusiva é a conduta de afastar a responsabilização do indivíduo, de um lado, taxando-o como doente, e direcionando a ele um tratamento, de outro lado (RAUTER, 2007, p. 45).

Retomar o cenário de conflito entre o mundo jurídico e o mundo psiquiátrico, as críticas à psiquiatria no século XIX, ajuda a entender o porquê de não ser possível ver, no Código Penal de 1890, as inovações psiquiátricas correspondentes à época.

O art. 27, §§ 3º, 4º, da codificação de 1890, diz que não seriam considerados criminosos, respectivamente, os que fossem atingidos por imbecilidade nativa, enfraquecimento senil, absolutamente incapazes; aqueles que estivessem em completa privação dos sentidos e da inteligência no momento do crime.

¹¹⁴ Quanto mais se desenvolviam os estudos na área da psiquiatria, mais questionamentos surgiam acerca dos transtornos psíquicos. Essas novas questões pareciam destacar a falta de recursos do tecnicismo jurídico para lidar com especificidades psiquiátricas.

RAUTER (2007, p.45) diz que o referido Código recebeu as críticas tanto dos setores médicos quanto dos juristas que se posicionavam ao lado dos psiquiatras. Ora, os quadros relacionados a um transtorno psiquiátrico não são sinônimos de uma privação de inteligência, além do mais, o abalo psíquico pode ser temporário, dessa forma, a expressão usada pela legislação chegou ao ordenamento já acompanhada de fortes (e consistentes) ressalvas.

Poder-se-ia imaginar que a presença médica seria refletida como uma rota alternativa ao encarceramento promovido pelo judiciário. Acontece que, ao que parece, a psiquiatria, como diz RAUTER “buscou sempre se apresentar como aliada no fortalecimento da repressão e do controle social” (RAUTER, 2003, p.47). O contexto médico que circundava a aplicação do Código Penal de 1890 mostrava que o campo de domínio do direito penal e da medicina não eram exatamente opostos, não se tratava, pois, de uma exclusão imediata.

Como narrado anteriormente, nem sempre essa relação entre o jurídico e o médico ocorria de forma organizada ou alheia a conflitos. O manicômio judiciário, nesse contexto, apresenta-se como um resultado da miscelânea de conceitos envolvidos. O Decreto Lei nº 1.132 de 1903 mostrou-se como uma sinalização de que os cuidados dos alienados, nas palavras da legislação, poderiam ser concentrados no âmbito médico (RAUTER, 2007, p.49).

Mas a premissa não se sustentou quanto ao louco criminoso, o manicômio judiciário não poderia ser encarado nem apenas como prisão e, tampouco, como hospital, o estabelecimento não era nem uma coisa nem outra, e, ao mesmo tempo, era um pouco de cada. Uma instituição que não era inovadora, mas também não era uma cópia exata do cárcere e nem uma reprodução fiel do nosocômio.

Os vislumbres legais que surgiram em sequência continuaram com a ideia de que o psiquiatra não reinaria sozinho quanto ao controle do louco criminoso, a presença e o poder do juiz de direito permaneceriam presentes. É o caso de citar, nesse sentido, o Decreto nº 17.805 de 1927, mais especificamente, o respectivo art. 109, que trata dos manicômios judiciários.

O dispositivo em questão abarcava os indivíduos que, durante a pena, apresentassem alguma perturbação mental (ou afecção mental) ou que por igual motivo fossem isentos de responsabilidade penal, com destaque para a redação do inciso III, do artigo, que firma como critério o discernimento do juiz acerca dos perigos que aquele indivíduo oferece para a segurança pública.

As medidas de segurança, como instituto que teria como objetivo contornar limites da responsabilidade penal, encontram referência desde o direito romano, seja para lidar com o menores incapazes, seja para lidar com os indivíduos loucos.

A ferramenta em questão anunciava-se como uma forma de defender a sociedade de sujeitos vistos como perigosos e propagadores de maus exemplos. A tal defesa, não necessariamente, estaria relacionada ao cometimento de um crime, não ainda, pelo menos (MARCÃO, 2010, p.307).

No Brasil, depois dos questionamentos dos Códigos Penais de 1830 e de 1890, o Código Penal de 1940, e também o Código de Processo Penal, de 1941, chegaram à cena para tentar responder algumas dessas questões levantadas (DE TILIO, 2006, p.206).

A parte geral do Código Penal como se tem hoje, foi objeto de reforma em 1984. A exposição de motivos da codificação, chega a anunciar uma correspondência entre a legislação e as tendências da época, que tratavam da desinstitucionalização, conforme item 91 da referida exposição.

As intenções da codificação, em termos de política criminal, no entanto, não parecem tão confiantes na tal desinstitucionalização. Na mesma exposição de motivos, item 59, fica evidenciada a preocupação em libertar “determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade”.

2. MEDIDA DE SEGURANÇA COMO ESPÉCIE DO GÊNERO SANÇÃO PENAL – REFLEXÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

Questão fundamental quando se trata da medida de segurança é o reconhecimento da sua compatibilidade com o gênero sanção penal. Alguns autores posicionam-se no sentido de que o instituto que dá nome a este capítulo não compartilha a natureza de uma sanção. Para essas vozes, a medida de segurança funcionaria como uma espécie de tratamento, e por ser tratamento, lhe faltaria o caráter manifestamente punitivo da pena.

Seguindo esse raciocínio, diz FRAGOSO (1984, p.3):

A pena, em consequência, se funda na justiça, como justa retribuição, ao passo que a medida de segurança se funda na utilidade. A pena é sanção e se aplica por fato certo, o crime praticado, ao passo que a medida de segurança não é sanção e se aplica por fato provável, a repetição de novos crimes. A pena é medida aflitiva, ao passo que a medida de segurança é tratamento, tendo natureza assistencial, medicinal ou pedagógica.

O entendimento acima exposto aparenta não ser compartilhado por muitos dos autores que escrevem sobre direito penal e disciplinas correlacionadas. ZAFFARONI e PIERANGELI, na mesma linha de outros, classificam a medida de segurança e a pena como espécies do gênero sanção penal. Os mencionados autores fazem também um destaque crucial: chamar uma pena por outro nome é um eufemismo e, acima de tudo, um grave erro (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

Ainda com base nos doutrinadores em comento, pode-se observar que esse disfarce da medida de segurança, numa só levada, fere de morte a segurança jurídica, viola um sem número de garantias do indivíduo que sucumbe à força estatal (como será melhor delineado nos próximos parágrafos) e oculta o caráter punitivo e, sendo assim, a feição retributiva do instituto jurídico estudado.

E, como se as intempéries jurídicas e sociais já não fossem suficientes, a medida de segurança entoa um discurso de tratamento do sujeito em questão. Um tratamento coercitivo e, como já exaustivamente discutido, sancionatório. Ao que tudo indica, há uma contradição – técnica e lógica - entre as concepções de punição e de tratamento.

Ademais, todas essas escolhas problemáticas que desenham a medida de segurança acabam, como anunciado previamente, por impedir que os indivíduos por ela alcançados tenham uma maior segurança em matéria de garantias individuais.

Afinal, em que pese o avanço proporcionado, ao menos teoricamente, pela Constituição de 1988 quanto à tutela penal, a medida de segurança não foi contemplada da mesma forma pelo texto constitucional, deixando, nesse aspecto, a marca da omissão (CARVALHO, 2013, p. 513).

Ou seja, apesar dos inúmeros dispositivos que fazem referência aos direitos dos presos, em matéria de medida de segurança a Carta de 88 não foi tão expressa. O raciocínio construído neste tópico serve, então, para exemplificar o prejuízo de não dar a classificação correta à medida de segurança.

Reconhecer que se trata de uma espécie de sanção penal é dizer também que o instituto precisa passar pelo filtro constitucional, é dizer que os indivíduos com transtornos psiquiátricos sob custódia do Estado, em razão de medida de segurança, fazem jus às garantias constitucionais e legais destinadas à pena.

Como destaca CARVALHO (2013, pp. 512-513), o art. 97, § 1º, do Código Penal, diz expressamente que a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, até que seja verificada a cessação da periculosidade. O dispositivo, em sua parte final, faz referência a um prazo mínimo, mas não a um prazo máximo.

Ora, trata-se de verdadeira possibilidade de existência de uma sanção perpétua, capaz de ultrapassar, até mesmo, o tempo que o indivíduo alcançado pela medida de segurança passaria preso, se imputável fosse.

Enquanto isso, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, b, preocupa-se em deixar claro que não haverá pena de caráter perpétuo. Exemplo prático do contraste anteriormente descrito. Reconhecendo o contrassenso, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado pela limitação temporal de trinta anos para a medida de segurança. No mesmo embalo, está boa parte dos posicionamentos doutrinários, trazendo à tona, além dos dispositivos da Constituição Federal, a aplicação de dispositivos infraconstitucionais, como o art. 75, do Código Penal, às medidas de segurança.

Ainda assim, a indeterminação que paira sobre a medida de segurança é uma realidade concreta, inclusive, quanto ao critério de cessação de periculosidade. Os eufemismos que circundam este instituto jurídico são nocivos para a compreensão da realidade social, objeto da medida.

Os contornos do problema tornam-se mais drásticos se ocorrer a lembrança de que a esmagadora maioria das medidas de segurança são cumpridas na forma de internação, aquela espécie de medida que é ainda mais parecida com uma pena.

3. CONCLUSÃO

O direito penal da periculosidade, por assim dizer, apresenta-se como uma lesão ao equilíbrio do ordenamento jurídico, considerando o conjunto de normas e princípios que formam o direito brasileiro. Mais que isso, a ainda incipiente produção sobre o tema, a carência de dados e estudos a respeito, mostram que a discussão precisa ser trazida à baila com certa urgência.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil**.4ª.ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BATISTA, Micheline Dayse Gomes. **Breve história da loucura, movimentos de contestação e reforma psiquiátrica na Itália, na França e no Brasil**. Revista de Ciências Sociais. n. 40 pp. 391-404.. Abril de 2014. Política & Trabalho. Disponível em:<<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/politicaetrabalho/article/view/16690/11177>> . Acesso em: 15 fev 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**.11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BERLINCK, Manoel Tosta; MAGTAZ, Ana Cecília; TEIXEIRA, Mônica. **A Reforma Psiquiátrica Brasileira: perspectivas e problemas.** Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 21-27, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rlpf/v11n1/a03v11n1> > . Acesso em 19 fev 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Decreto Lei nº 1.132.** 22 de dezembro de 1903.

BRASIL. **Decreto nº 17.805.** 23 de maio de 1927.

BRASIL. **Código Penal.** 16 de dezembro de 1830.

BRASIL. **Código Penal.** 11 de outubro de 1890.

BRASIL. **Código Penal.** 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Lei nº 7.210.** 11 de julho de 1984.

BRASIL. **Lei nº 9. 867.** 10 de novembro de 1999.

BRASIL. **Lei nº 10. 2016.** 6 de abril de 2001.

BRASIL. **Lei nº 10. 708.** 31 de julho de 2003.

CARACAS. **Declaração de Caracas.** 14 de novembro de 1990.

CARRARA, Sergio. **Crime e Loucura: O aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século.** Coleção Saúde & Sociedade. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de (organizador). **Crítica à Execução Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DE TILIO, Rafael. **A querela dos direitos: loucos, doentes mentais e portadores de transtornos e sofrimentos mentais.** Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103863X2007000200004&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em 06 mar 2017.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011 [recurso eletrônico]**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão...um caso de parricídio do século XIX, apresentado por Michel Foucault**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais: curso no Collège de France** .2ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRAGOSO, H.C. **Sistema de duplo binário: vida e morte**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11331-11331-1-PB.pdf>> . Acesso em 09 jan. 2017.

FRY, Peter; CARRARA, Sérgio: **As vicissitudes do liberalismo no direito penal brasileiro**. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_02/rbcs02_05.htm> . Acesso em 06 jan. 2017.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GOULART, Maria Stella Brandão. **As raízes italianas do movimento antimanicomial**. 1ª.ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal e loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica**. Revista de Direito Sanitário, 2004. Disponível em <http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/Direito_penal_da_loucura_medida_de_seguran%C3%A7a_e_reforma_psiqui%C3%A1trica1.pdf> . Acesso em 04 abr 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade**. 2012, pp. 210-224. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4620/3210>> . Acesso em 27 mar 2017.

LA HAYE, Jacques Lesage de. **A morte do manicômio: história da antipsiquiatria**. São Paulo: Editora Imaginário: Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2007.

LEBRE, Marcelo. **Medidas de Segurança e Periculosidade Criminal: Medo de quem?**. Belo Horizonte: 2013, pp. 273-282. Disponível em <http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/Medidas_de_seguran%C3%A7a_e_periculosidade_criminal_medo_de_quem.pdf> . Acesso 27 mar 2017.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone Editora, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MECLER, Kátia. **Periculosidade: Evolução e aplicação do conceito**. São Paulo: 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822010000100010> . Acesso em 27 mar 2017.

MELO, Walter. **Nise da Silveira e o campo da Saúde Mental (1944-1952): contribuições, embates e transformações**. Disponível em: http://mnemosine.com.br/ojs/index.php/mnemosine/article/view/173/pdf_158 . Acesso em 20 mar 2017.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SCANDELARIA, Gustavo Britta. **Incidente de insanidade mental no CPP apresenta questões relevantes** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-16/gustavo-britta-annotacoes-incidente-insanidade-mental-cpp#author>> . Data de acesso 05 jan.2017.

SZASZ, Thomas S. **A fabricação da loucura: um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental**. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1971.

SZASZ, Thomas S. **O mito da doença mental**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

STOCKINGER, Rui Carlos. **Reforma Psiquiátrica Brasileira: perspectivas humanistas e existenciais**. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Manual_de_direito_penal_brasileiro_cap_02.pdf> . Acesso em 07 jan. 2017