

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1151

(Ano XV)

(20/05/2023)

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 1151



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. 1151, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 617. *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



O que são medidas liminares e sua aplicação prática

Murilo Zerrenner, 10.

ARTIGOS

A investigação e a licitude da prova. Diligências policiais, o que pode e o que não pode, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Valdinei Cordeiro Coimbra, 13.

Compliance Criminal

Daiany Freire Pereira, 20.

Repercussões do poder de polícia em matéria ambiental no Estado do Tocantins

Barbara Santiago Silva Corrêa, 29.

As demandas familiares contemporâneas e o papel do Estado

Camilla Rocha de Paula, 41.

Competência territorial trabalhista à luz da Constituição Federal de 1988

Renildo Argôlo Nery, 60.

A aplicação da Lei Maria da Penha às pessoas transexuais

Ana Flávia Marinho Costa, 129.

A efetividade do valor da indenização ocasionada por erro judicial

Fabiane Juvenal de Lima Rodrigues, 157.

Uma reflexão à dignidade da pessoa privada de liberdade

Mario Jose Gomes De Melo Silva, 173.

Psicopatia e o direito penal brasileiro: a devida punibilidade dos psicopatas em decorrência de sua natureza

Ana Clara Pinho, 181.

O mercado imobiliário brasileiro: direito imobiliário e locação de imóveis

Thiago Santos Guimarães, 196.

Análise função interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Parecer Consultivo - OC 29/22: abordagens diferenciadas aplicáveis às gestantes, às mulheres em trabalho de parto, às puérperas e às lactantes privadas de liberdade

Gabriella de Barros Afonso Ferreira, 209.

Repensando a liberdade: a força do habeas corpus no Brasil

Luís Augusto Correia Lima de Oliveira, 253.

Análise do processo de impeachment estadual à luz da Constituição Federal, da Lei nº 1.079/1950 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.771)

Lucas Pinto Fernandes, 291.

Acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida na legislação pátria e internacional

Camila Fernandes Ferreira da Silva Lobo, 315.

A reparação civil a criança e adolescentes que sofrem abandono afetivo no Brasil

Viviane de Lima Pereira, 330.

A crise no sistema prisional brasileiro

Natália Nunes Fernandes, 353.

A utilização da inteligência artificial na esfera jurídica. Análise dos riscos dos vieses discriminatórios.

Cinara Salvi de Oliveira, 370.

Divórcio unilateral: necessidade de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro

Dalila Priscila Andrade Moraes, 383.

Lei Maria da Penha e Lei do Femicídio: reflexos de uma violência cultural 17/05/2023 04:15 | DOUGLAS RIBEIRO DA SILVA JUNIOR

Multiparentalidade e o princípio do melhor interesse da criança: análise da jurisprudência brasileira

Dener Neres Caminha, 397.

O Estudo dos Princípios do Direito do Trabalho como parâmetros para decisões em julgados.

Paulo de Tarso Brandão Nogueira Filho, 418.

Proposta de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da grande BH:

considerações técnicas e operacionais sobre a Estação José Cândido da Silveira, Belo Horizonte, MG

Vagner Luciano Coelho de Lima Andrade, 426.

A prestação de contas simplificada no artigo 2º, inciso III da lei 14.017/2020 e sua aplicação em Manaus perante princípios administrativos e constitucionais

Luiz Eduardo Barbosa da Silva e Ricardo Maia Barbosa, 451.

Namoro qualificado ou união estável? Como diferenciá-los e suas consequências jurídicas

Dener Neres Caminha, 466.

A mulher negra e o direito do trabalho: realidade fática

Laryssa da Silva Chefer, 480.

Meios adequados de resolução de conflito no Direito de Família

Raphaela da Silva Nascimento, 494.

Retroatividade da lei de improbidade administrativa

Giovanna de Moraes Cizmoski, 507.

Distribuição de lucros no lucro presumido: abordagem crítica da legislação e prática fiscal

Betina Cançado, 513.

Regularização fundiária urbana e o desenvolvimento econômico regional

Italo Valério Americo, 534.

A possibilidade de aplicação do instituto do dano moral no direito de imagem

Ricardo Lucas Rodrigues, 549.

Dever de atualidade nas concessões de serviço público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

Luiz Henrique Alves Bertoldi, 566.

A Cidadania das pessoas em situação de rua e a (in) eficiência da Política Nacional para a População em Situação de Rua

Fabiane Juvenal de Lima Rodrigues, 587.

Pobreza menstrual e políticas públicas: situação social de crianças e adolescentes na realidade brasileira

Raphaela da Silva Nascimento, 593.

O princípio da proteção integral e as medidas socioeducativas: uma análise acerca da possibilidade de desconstituição de sentença absolutória em favor do adolescente acusado de ato infracional.

Jeanderson da Silva Bispo, 598.

Direitos do trabalhador doméstico remunerado a partir da Lei Complementar nº 150/2015 e da Emenda Constitucional nº 72/2013

Vinícius Gomes Moraes, 608.

O QUE SÃO MEDIDAS LIMINARES E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA

MURILO ZERRENNER: Advogado do Battaglia & Pedrosa Advogados, graduado em Direito e pós-graduando em Processo Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro na comissão de compliance da OAB Santo Amaro¹.

Afinal, o que são essas “liminares” que tanto se escuta falar nos noticiários, e o que essa medida pode auxiliar na resolução efetiva de situações do seu dia a dia ou no da sua empresa.

Na última eleição, muito se veiculou através da mídia sobre atos liminares concedidos pelo presidente do TSE, Ministro Alexandre de Moares, para o combate de “fake news” e o que o egrégio tribunal entende como “desinformação”, mas o que efetivamente é uma medida liminar e como essas medidas podem garantir ao cidadão a manutenção do seu direito.

Inicialmente, conceitua-se “liminar” como uma ordem judicial de caráter temporário e antes do oferecimento de contraditório pela parte contrária, usualmente utilizada quando o juiz ou relator verificam o risco que aquela situação objeto da lide pode prejudicar alguma das partes, caso o judiciário não atue de forma rápida. Outros requisitos são necessários para deferimento de uma ordem liminar, mas para fins de síntese conceitual o “*perigo na demora*” é o instituto mais relevante quando falamos desse instituto.

Dentro da legislação processual civil, dois institutos dividem o palco central das discussões envolvendo deferimento de liminares, sendo estes a tutela de urgência e a tutela de evidência, cabendo em cada requisitos diferentes e que viabilizam sua distinção para aplicação na prática. Basicamente, a tutela de urgência é uma das formas de tutela provisória, prevista nos arts. 300 a 310 do CPC, a qual tem por requisito essencial de concessão a existência de uma situação de perigo de dano iminente, que pode acarretar na demora do processo (*periculum in mora*), cumulado com a probabilidade de existência de direito (*fumus boni iuris*).

A tutela de urgência pode ter duas naturezas diferentes, isto é, antecipada, a qual tem por objetivo permitir a imediata realização da prática do direito alegado pelo

¹ E-mail: murilo@bpadvogados.com.br

demandante, sendo adequada, principalmente nos casos que se evidencie uma situação de perigo iminente para o próprio direito, e também há a cautelar, que é destinada a assegurar o futuro resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo coloque em risco a sua efetividade. Ainda, evidencia-se que a tutela de urgência, seja ela antecedente ou cautelar, pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

A tutela de evidência, por outro lado, prevista no art. 311 do CPC, também trata-se de um tipo de tutela provisória satisfativa, isto é, declara a existência ou não de um direito e força a satisfação de um direito substancial, no entanto, esta apenas é aplicada em hipóteses específicas, as quais apenas são deferidas com base na alta probabilidade ou quase certeza da existência do direito alegado.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara “Denomina-se tutela de evidência à tutela provisória, de natureza satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito da urgência (art. 311). Trata-se, então, de uma tutela antecipada não urgente, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença de periculum in mora.”²

Esta tutela, conforme mencionado, é aplicada apenas em hipóteses específicas, como: **(i)** se trata-se de um caso em que está caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; **(ii)** se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; **(iii)** se trata-se de um pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; ou **(iv)** se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Nesses casos, o juiz poderá decidir liminarmente.

Nesse sentido, verifica-se que o instituto da liminar é utilizado quando é verificada uma situação na qual a mora judiciária pode ou tem alta probabilidade de causar dano irreparável a direito da parte, desde que demonstrado a plausibilidade do direito pleiteado. Na prática, no dia a dia das pessoas e das empresas, essas medidas viabilizam a solução parcial de situações vexatórias ou pelo menos a garantia de que aquela situação não se prolongará até o final do processo.

Como exemplo prático dessas medidas, podemos utilizá-las para obter o fornecimento de medicações e tratamentos ou até mesmo o cancelamento de protestos e

2 O novo processo civil brasileiro / Alexandre Freitas Câmara. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016

negativação indevidas, claro que sempre dependendo de uma análise de cada situação por um profissional capacitado e habilitado para realizar esse estudo.

A INVESTIGAÇÃO E A LICITUDE DA PROVA. DILIGÊNCIAS POLICIAIS, O QUE PODE E O QUE NÃO PODE, SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:

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-FORTIUM³.

Não é incomum nos depararmos com notícias de decisões do Superior Tribunal de Justiça anulando processos criminais por questões relacionadas à atuação das polícias, sendo que para alguns, tais decisões estaria enfraquecendo o combate à criminalidade, enquanto para outros, seria o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, em especial a proteção das garantias individuais, catalogadas na Constituição Federal.

Nesse sentido, indaga-se, se a sociedade deseja um combate rápido e efetivo ao crime, por qual razão não é permitido que a polícia invada uma casa a partir de qualquer suspeita, ou que o celular de uma pessoa seja apreendido por decisão do investigador para a verificação de suposto delito? A resposta está no Estado Democrático de Direito, que garante, a um só tempo, a submissão de todos à lei e a proteção dos direitos individuais – como a liberdade, a intimidade, a ampla defesa e o devido processo legal.

Esse sistema de proteção tem base principal na Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso LVI, o qual proíbe a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. O mesmo artigo estabelece a casa como asilo inviolável, salvo em situações como o flagrante delito ou a entrada, durante o dia, por determinação judicial (inciso XI); e o sigilo

³ Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (inciso XII). Essas garantias, quando não observadas pelos órgãos de persecução penal, as provas colhidas com violação a essas garantias, tendem a serem consideradas ilícitas.

Ocorre que, o crime não conhece limites e está sempre modificando suas táticas para não ser descoberto, enquanto a polícia busca desenvolver novos métodos de investigação. Nessa corrida, uma linha – muitas vezes tênue – separa a legalidade da ilegalidade nos atos investigatórios.

O Judiciário é continuamente acionado pelo Ministério Público, legitimado constitucionalmente para processar os criminosos, para se pronunciar sobre eventuais nulidades nas provas, decorrentes de vícios em procedimentos policiais. Esses vícios de ilegalidade na produção da prova, em regra são alegados em todas as instâncias judiciais, até chegar no Superior Tribunal de Justiça (STJ), por onde, muitas vezes decide pela ilicitude da prova anulando todo o processo desde o seu nascedouro.

Ilegalidade em diligências no campo digital

A comunicação por celulares e pela internet é um dos fenômenos modernos mais importantes nessa relação antagônica entre as novas práticas criminosas e os limites da investigação policial. Em 2018, por exemplo, a Sexta Turma declarou nula decisão judicial que autorizou o espelhamento do aplicativo WhatsApp, por meio da página WhatsApp Web, como forma de obtenção de prova em uma investigação sobre tráfico de drogas.

Para o colegiado, entre outros fundamentos, a medida não poderia ser equiparada à interceptação telefônica, já que esta permite a escuta apenas após autorização judicial, ao passo que o espelhamento possibilita ao investigador acesso irrestrito a conversas registradas antes, podendo, inclusive, interferir ativamente na troca de mensagens entre os usuários.

Como consequência, a turma anulou provas obtidas pela polícia após a apreensão e o espelhamento do celular do investigado sem que, em relação ao uso do WhatsApp Web, ele tivesse dado o seu consentimento.

"Para que ao caso de espelhamento via *QR Code* fosse aplicável, por analogia, a legislação atinente às interceptações telefônicas, com o propósito de dar suporte à conclusão de que as duas medidas são admitidas pelo direito, seria imprescindível a demonstração, por parte do intérprete, de similaridades entre os dois sistemas de obtenção de provas, sobretudo no que diz respeito à operacionalização e ao acesso às comunicações pertinentes", afirmou a relatora do recurso, ministra Laurita Vaz (*processo em segredo judicial*).

Na mesma linha de entendimento, em março deste ano, a Sexta Turma considerou inválida a obtenção de provas a partir de prints da tela do WhatsApp Web. As imagens foram entregues por um denunciante anônimo em caso de suspeita de corrupção (processo em segredo judicial).

Impossibilidade de substituição de chips pela polícia

A Sexta Turma – ao julgar recurso sob a relatoria da ministra Laurita Vaz – entendeu ser ilegal a substituição do *chip* do celular do investigado por um número da polícia.

Para o colegiado, de modo distinto da interceptação telefônica – em que somente os diálogos entre o alvo interceptado e outras pessoas são captados –, a substituição do *chip* do investigado por um da polícia, sem o conhecimento do alvo, daria ao investigador a possibilidade de conversar com os seus contatos e gerenciar todas as mensagens – hipótese de investigação que não tem previsão na Constituição nem na Lei 9.296/1996 (processo em segredo judicial).

“Na troca do chip, o agente do Estado tem a possibilidade de atuar como participante das conversas, podendo interagir diretamente com seus interlocutores, enviando novas mensagens a qualquer contato inserido no celular, além de poder também excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, as mensagens de whatsapp”(Laurita Vaz)

No REsp 1.630.097, a Quinta Turma estabeleceu que, sem o consentimento do réu ou a prévia autorização judicial, é ilícita a prova colhida coercitivamente pela polícia em conversas mantidas pelo investigado com outra pessoa em telefone celular, por meio do recurso de viva-voz.

No caso dos autos, enquanto os policiais abordavam dois homens que lhes pareceram suspeitos, o celular de um deles recebeu uma ligação. Os agentes teriam exigido que o aparelho fosse colocado no modo viva-voz e ouviram a mãe do suspeito pedir a ele que voltasse para casa e entregasse certo "material" a uma pessoa que o aguardava. Na sequência, os policiais foram até a residência e encontraram 11 gramas de crack, acondicionados em 104 embalagens plásticas.

Segundo o relator, ministro Joel Ilan Paciornik, a abordagem descrita no processo resultou em obtenção ilícita de prova, já que o ato de colocar o telefone em viva-voz foi involuntário e coercitivo, gerando verdadeira autoincriminação. O relator lembrou que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de maneira voluntária e consciente.

"A prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita", apontou o magistrado.

No HC 537.274, a Quinta Turma reforçou que é ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no celular, relativos a mensagens de texto, SMS e conversas por meio de aplicativos, obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

Entretanto, no caso julgado, apesar de não ter havido autorização judicial, foi provado que o acusado permitiu que os policiais acessassem as trocas de mensagens em seu celular, motivo pelo qual o colegiado afastou a ilegalidade no procedimento investigatório. Além disso, havia outras provas capazes de sustentar a condenação.

Necessidade de gravação para entrada em residência

Muitos dos questionamentos sobre licitude de diligências policiais que chegam ao STJ dizem respeito à abordagem pessoal e ao ingresso dos agentes em locais privados – especialmente residências. Sobre esse tema, normalmente, os debates envolvem o direito à inviolabilidade do domicílio e a proteção da intimidade, mas também a constatação de flagrância e a necessidade de ação rápida por parte da polícia.

Em 2021, a Sexta Turma firmou um precedente importante ao definir que os policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito.

No julgamento, o colegiado fixou o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e as demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

Segundo o relator do caso, ministro Rogério Schietti Cruz, a inviolabilidade da moradia é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de sua família, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias.

O magistrado explicou que as circunstâncias anteriores à violação do domicílio devem ser capazes de justificar a diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito. Essa motivação, esclareceu, não pode derivar de simples desconfiança policial, baseada em "atitude suspeita" ou na fuga do indivíduo em direção à sua casa durante ronda ostensiva.

A situação versada neste processo diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança (Rogério Schietti Cruz).

Além disso, Schietti lembrou que são frequentes as notícias de abusos cometidos em operações policiais realizadas em comunidades pobres, de modo que não se poderia atribuir valor absoluto ao depoimento daqueles que são apontados como responsáveis por atos abusivos. Dessa forma, para o ministro, o registro da diligência por meio audiovisual garante não só a proteção dos direitos individuais, mas a legalidade da ação policial para obtenção de provas dentro de residências (*processo em segredo judicial*).

Denúncia e fuga do acusado não autoriza ingresso na casa

Em posição semelhante, no RHC 89.853, a Quinta Turma estabeleceu que a existência de denúncia anônima da prática de tráfico de drogas, somada à fuga do acusado ao avistar a polícia, por si só, não configuram razões concretas para autorizar o ingresso policial no domicílio do acusado sem a sua autorização ou sem determinação judicial.

De acordo com o ministro Ribeiro Dantas, não se exige apuração profunda, mas apenas uma breve averiguação prévia – por exemplo, uma "campana" para verificar movimentação suspeita na casa.

Em relação ao material passível de apreensão em diligências policiais, a Sexta Turma entendeu que não existe exigência de que o mandado de busca e apreensão detalhe o tipo de documento a ser apreendido, ainda que de natureza sigilosa. Como consequência, o colegiado considerou válida operação policial que apreendeu prontuários médicos no âmbito de investigação sobre cárcere privado mediante internação em casa de saúde, além de maus-tratos contra pacientes.

Segundo o relator do caso, ministro Sebastião Reis Júnior, o artigo 243 do Código de Processo Penal disciplina os requisitos do mandado de busca e apreensão, entre os quais não está o detalhamento do que pode ou não ser apreendido. Já o artigo 240 do código, apontou, apresenta rol exemplificativo dos casos em que a medida pode ser determinada, no qual se encontra a hipótese de arrecadação de objetos necessários à

prova da infração, não havendo qualquer ressalva de que os documentos não possam ser relativos à intimidade ou à vida privada do indivíduo.

"O sigilo do qual se reveste o prontuário médico pertence única e exclusivamente ao paciente, e não ao médico. Assim, caso houvesse a violação do direito à intimidade, haveria de ser arguida pelos seus titulares (pacientes), e não pelo investigado", afirmou o ministro (processo *em segredo judicial*).

Ainda no tocante ao material apreendido, no RHC 59.414, a Quinta Turma definiu que a ausência de lacre em todos os documentos e bens recolhidos pela polícia não torna automaticamente ilegítima a prova obtida. O entendimento foi fixado em processo por formação de quadrilha, corrupção e outros crimes, no qual um dos réus alegou que, quando os policiais federais estiveram na sede de sua empresa para cumprir mandados de busca e apreensão, não lacraram os objetos recolhidos, como computadores, documentos e discos rígidos.

Segundo o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a ausência de lacre se deveu à grande quantidade e bens apreendidos. Para o relator, sem haver informações sobre adulteração do material recolhido, a simples ausência do lacre não tem a capacidade de anular a diligência e a ação penal.

"A defesa do acusado não alega ou aponta eventual prejuízo, nem sequer afirma qualquer nulidade na decisão que determinou a busca e apreensão, como o descumprimento dos ditames do artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal, bem assim que os documentos ou bens apreendidos foram efetivamente corrompidos, limitando-se a inferir/deduzir que a ausência de lacre em todo o material colhido era suficiente para transformar a prova em ilícita e a nulidade em absoluta", reforçou o magistrado, ao negar o pedido de anulação das provas.

Falta de diligências antes de revista íntima

Diversos outros precedentes foram firmados pelo STJ a respeito da legalidade das diligências policiais. No REsp 1.695.349, a Sexta Turma considerou ilícita a prova obtida por meio de revista íntima realizada com base unicamente em denúncia anônima. Segundo o processo, com base em denúncia de que a acusada tentaria entrar no presídio com drogas, os agentes penitenciários submeteram-na a revista íntima e encontraram cerca de 45 gramas de maconha na vagina.

O ministro Rogerio Schietti afirmou que, sem diligências prévias para apurar a plausibilidade da informação anônima, não seria possível autorizar a realização da revista íntima, sob pena de esvaziar o direito constitucional à intimidade, à honra e à imagem da pessoa.

"Em que pese eventual boa-fé dos agentes penitenciários, não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a realização de revista íntima. Eis a razão pela qual são ilícitas as provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como todas as que delas decorreram (por força da teoria dos frutos da árvore envenenada), o que impõe a absolvição dos acusados, por ausência de provas acerca da materialidade do delito", concluiu o magistrado.

Outro aspecto que gera controvérsias judiciais em investigações é o encontro casual de provas – a teoria da serendipidade. No RHC 117.113, a Quinta Turma definiu que são válidas as provas encontradas ao acaso pela polícia, relativas a crime até então desconhecido, durante diligência regularmente autorizada para a obtenção de provas de outro crime, ainda que os investigados ou réus em cada caso não sejam os mesmos.

De acordo com o colegiado, o encontro fortuito de provas é válido mesmo que não exista conexão ou continência entre os crimes e o delito descoberto não cumpra os requisitos autorizadores da diligência, e desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova.

REFERÊNCIAS

REsp 1630097

HC 537274

REsp 1630097

HC 537274

RHC 89853

REsp 1695349

RHC 117113

COMPLIANCE CRIMINAL.

DAIANY FREIRE PEREIRA:
Pós-graduada em Direito
Penal.

RESUMO: A prevenção da corrupção é e deve continuar a ser um dos objetivos da aplicação da lei penal. A pesquisa aborda através do fundamento legal a relação entre o compliance criminal e a corrupção. Este artigo tem como objetivo analisar o instituto Criminal *Compliance* como resposta às novas necessidades decorrentes da sociedade, e a importância do direito penal e a adoção de normas preventivas no combate a novos crimes, procurará analisar o surgimento do criminal compliance. Para tanto, será feita uma breve análise do surgimento deste, no Brasil por meio da Lei nº. 9.613 / 98, mais conhecida como "Lei da Lavagem de Dinheiro". O presente trabalho tem como técnica de pesquisa a referência bibliográfica e como meio de pesquisas, sites de busca, livros, artigos científicos e a norma brasileira. Busca-se apresentar e conceituar o compliance, com a intenção de consagrá-lo a um estudo mais profundo pelos acadêmicos e profissionais com a intenção.

Palavras-chave: *Compliance* Criminal. Crimes. Lavagem de Dinheiro.

CRIMINAL COMPLIANCE. PEREIRA, Daiany Freire¹. (¹Postgraduate in Criminal Law).

ABSTRACT: The prevention of corruption is and must continue to be one of the objectives of criminal law enforcement. The research approaches through the legal foundation the relationship between criminal compliance and corruption. This article aims to analyze the Criminal Compliance institute as a response to the new needs arising from society, and the importance of criminal law and the adoption of preventive norms in the combat of new crimes, will seek to analyze the emergence of criminal compliance. For such, a brief analysis will be made of its appearance in Brazil by means of Law no. 9.613 / 98, better known as the "Money Laundering Law". The present work has as a research technique the bibliographical reference and as means of research, search sites, books, scientific articles and the Brazilian norm. It seeks to present and conceptualize compliance, with the intention of consecrating it to a deeper study by academics and professionals with the intention.

Keywords: Criminal Compliance. Crimes. Money Laundering.

1.INTRODUÇÃO

Ao analisar e compreender a definição de uma sociedade global, surgem várias questões nas quais o estudo jurídico deve se basear. É importante notar que, no campo penal, a complexidade das relações, especialmente as relacionadas com a atividade

econômica e o surgimento de novos métodos tecnológicos, tem determinado, ao longo dos anos, um aumento das capitulações típicas, especialmente no âmbito empresarial. Os benefícios decorrentes dos avanços tecnológicos trouxeram consigo, em decorrência de uma sociedade pós-industrial, a noção de riscos, os quais estão vinculados a eventos futuros e previstos, potencialmente evitáveis ou mitigáveis.

Nesse cenário, os defensores da modernização do direito penal defendem a ampliação do modelo clássico do crime, com foco no crime individual, para uma perspectiva voltada para o crime coletivo, bem como para a proteção dos bens jurídicos intangíveis e supra-individuais, como a ordem econômica, que faz parte da atividade econômica. Diante de um Estado cujos tentáculos repressivos se expandem, há uma clara preocupação, principalmente no âmbito empresarial, em prevenir possíveis responsabilidades criminais.

Neste contexto, é instituído o Instituto de Compliance, que estabelece o cumprimento de compromissos por parte das pessoas coletivas, para que estas, através da autorregulação regulamentada, assumam a responsabilidade de apurar internamente as práticas incorretas ligadas ao seu negócio, prevenindo assim os crimes. O Criminal Compliance requer, portanto, uma mudança de paradigma, convertendo o Direito Penal predominantemente preventiva, com o objetivo de resguardar o cultivo de um crime e de qualquer responsabilidade criminal. Verifica-se, que esta é uma área recém discutida no Brasil, à qual tem-se avançado lentamente, ainda que recente seja possível constatar a importância do trabalho realizado pelo compliance.

2.COMPLIANCE CRIMINAL

Vindo da área de relações internacionais e economia, o termo *compliance* tem conquistado as páginas de notícias e artigos acadêmicos nos últimos anos. Seu significado é bastante simples e pode ser definido como conformidade com leis e regulamentos conhecidos com programas de *compliance* relacionados ao sistema financeiro e programas anticorrupção.

O termo *compliance* surge inicialmente nos EUA em 1950 com o intuito de prevenir delitos econômicos e empresariais. O instituto do *compliance* significa estar em conformidade com as regras. O *compliance officer* é caracterizado como o profissional responsável em garantir que todos os regulamentos internos e externos sejam cumpridos. As práticas de *compliance* ganharam espaço no mercado financeiro, mas tem se estendido para as diversas organizações, já que o *compliance* se desenvolve no ambiente de controle da organização fortalecendo a ética, a integridade, a

competência, a estrutura organizacional e o suporte da alta administração. (NETTO, 2020, p.01).

Criminal *compliance*, por sua vez, é o sistema de avaliação contínua das condutas praticadas na atividade da empresa com o objetivo de evitar a violação das regras do direito penal, cometer crimes contra a empresa ou mesmo práticas lesivas do ponto de vista criminal. Segundo a Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI), "*compliance* é a obrigação de cumprir, cumprir e fazer cumprir as normas internas e externas que incidem sobre a atividade da instituição". Em resumo, pode-se dizer que o termo *compliance* significa adesão a normas e regulamentos internos e externos.

Um dos marcos do *compliance* criminal no Brasil é a aprovação da Lei de Lavagem de Dinheiro. O Criminal *Compliance* é visto como um instrumento de combate a diversos crimes como a corrupção e o branqueamento de capitais, uma vez que visa estabelecer uma cultura de adesão às práticas preventivas e eliminar a responsabilidade criminal pela prática de atos criminosos (ZANON, 2019).

A Lei de Lavagem de Dinheiro nº 9.613, de 1998, dispõe: "sobre os crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens ou valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os crimes previstos em lei e a criação do Conselho de Controle Financeiro". A lei pertinente continha algumas disposições que foram modificadas pela Lei nº 12.683 de 2012.

O cumprimento do direito penal é diferente do direito penal tradicional. O direito penal tradicional atua retroativamente, enquanto a aplicação da lei atua preventivamente. Ressalta-se que mesmo ações preventivas em conformidade com a legislação penal podem acarretar novas sanções, principalmente contra o *Compliance Officer*.

O *Compliance Officer* é responsável pela implementação do Programa de Integridade conforme estabelecido no artigo 2, IX, do Decreto nº 8.20 de 2015. O *Compliance Officer* deve atuar como auditor interno e supervisor e garantir o cumprimento da regulamentação. Esse profissional deve desenvolver controles internos para mitigar a incidência de responsabilidade administrativa, civil ou criminal.

Difere muito do direito penal tradicional, que age após a conduta ilícita, para apurar os fatos, impor sanções e exigir sanções do Estado. Uma das principais funções do *compliance* criminal é prevenir a ocorrência de um crime, tomar medidas preventivas e apurar as medidas que podem impedir o processo criminal contra administradores de empresas. Pretende-se uma maior eficiência no combate ao crime empresarial, pelo que o objetivo do *compliance* criminal é reduzir ou prevenir a responsabilidade penal através da implementação de controles internos e monitorização constante.

Deve-se notar que não busca buscar mecanismos preventivos para a aplicação da ação penal do Estado contra a pessoa jurídica, uma vez que não existe. No Brasil, esta opção não está disponível para graduados em Direito (exceto na área de meio ambiente). A aplicação da lei criminal visa estimular a disposição para obedecer à lei, pois esse é o comportamento correto que todos esperam. Sanções e multas servem como resposta às violações e costumam ser severas, de modo que podem ser usadas para persuadir o comportamento exigido e exercer pressão.

O papel da Execução Criminal não inclui exclusivamente a tentativa de conduta relacionada à lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo ou corrupção. É também necessária e importante nas mais diversas situações do cotidiano e do cotidiano do ambiente empresarial, que nem sempre se destacam bem, mas que por vezes podem conduzir à responsabilização criminal dos seus representantes ou colaboradores.

3.COMPLIANCE E LAVAGEM DE DINHEIRO

A realidade brasileira e seu ordenamento jurídico, em particular o crime de lavagem de dinheiro, considera-se o conceito e alcance do termo *compliance*. Inicialmente, cabe destacar que o nome citado tem sua origem no verbo na língua inglesa, que significa conformar, satisfazer, obedecer, concordar com algo.

O conceito emprestado do termo é extremamente abrangente e diz respeito, ao nível da empresa, às políticas e procedimentos internos das empresas, visando o cumprimento de determinadas regras, de uma forma ampla. Conforme mencionado acima, a execução criminal visa prevenir crimes econômicos e financeiros em um estágio inicial do processo. Além disso, a base do cumprimento penal reside na prevenção de quaisquer medidas judiciais, criminais, investigativas ou mesmo judiciais.

Os primeiros atos jurídicos a respeito estão depositados na Resolução 2.55 de 1998 do Conselho Monetário Nacional e na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613 / 98), atualmente alterada pela Lei 12.68 /12. De referir que 1 Em setembro de 2012, entrou em vigor a Resolução 20 do Coaf (Conselho de Atividades Financeiras), órgão criado para o combate ao crime de lavagem de dinheiro e recuperação de bens. Dessa forma, será necessário, antes de tudo, comentar brevemente o que se entende por reciclagem para, em uma etapa posterior, determinar quais são as inovações da Lei 12.683/12, especialmente no que se refere às chamadas obrigações de *compliance*.

Destarte, observa-se a extensão das atribuições indicadas, para que essas mudanças sejam posteriormente analisadas à luz do processo penal e de algumas digressões criminológicas necessárias para revelar o horizonte político penal brasileiro.

Vale ressaltar, que as obrigações de *compliance* surge em conjunto com a Lei de Lavagem de Dinheiro. E este não é um relacionamento episódico ou acidental. Sendo o crime de lavagem de dinheiro um crime que faz parte da prática de auxílio a muitos outros crimes, ou seja, a lavagem de dinheiro corresponde à prática de transformar a origem ilícita de certos bens ou valores em aparentemente lícitos.

Para evitar uma modalidade criminoso, seria necessária uma ação do Estado que permitisse que a prática fosse detectada em um momento antes de mascarar a origem ilícita de tais bens ou valores. A dificuldade de comprovar o crime de lavagem de dinheiro e, portanto, de recuperar o patrimônio é enorme.

Para garantir a eficácia das medidas preventivas dos programas de conformidade criminal, seria de particular importância a cooperação entre o sistema regulador interno da empresa e as estruturas da autoridade estatal para a prevenção de crimes de colarinho branco. Portanto, o Estado obrigaria legalmente as empresas a implementar o cumprimento da infração penal em um sistema de autorregulação regulado, no qual a cooperação entre os setores público e privado seria buscada para melhor prevenir crimes corporativos.

A fragmentação de evidências é praticamente comum em crimes de lavagem de dinheiro, tornando difícil para as autoridades montar o "quebra-cabeça", o crime de lavagem de dinheiro também é cometido por meio do uso do mercado financeiro, por meio de operações em "cascata", ou seja, por meio de uma cadeia de transações aparentemente jurídicas que, muitas vezes, ocorrem em diversos países.

Nesse diapasão, a cooperação judiciária internacional acaba sendo necessária, com obstáculos de toda ordem à celeridade e eficácia das provas encontradas. Não raro, a lavagem de dinheiro é praticada com o auxílio de empresas que desenvolvem atividades lícitas e também com a comissão de valores, inclusive de natureza jurídica, o que dificulta a demonstração da introdução de valores decorrentes da prática criminoso dentro dessas cadeias de transações financeiras.

Obviamente, há dificuldades em separar os valores provenientes de transações ilegais daqueles que têm a sua sede social, por ser crime que admite apenas a figura maliciosa, a prova do elemento subjetivo da espécie, porque não admite qualquer interpretação que atenua o princípio da legalidade.

Verifica-se, a assunção de determinadas obrigações por parte de agentes e empresas que atuam no mercado financeiro e econômico está estritamente ligada aos esforços desenvolvidos para prevenir o crime de lavagem de dinheiro. A adoção de obrigações de *compliance* pela própria lei de combate à lavagem de dinheiro especifica

essa ideia, com o Estado atuando diretamente nas operações suspeitas ou mesmo naquela categoria de operações que comumente servem à prática desse crime.

O Brasil regulamentou pela primeira vez o crime de lavagem de dinheiro no sistema de justiça criminal com a aprovação da Lei 9.613/98. O crime de lavagem de dinheiro requer a prática de um crime antecedente que foi previamente incluído em uma série de crimes básicos. Assim, se a primeira lei contra a lavagem de dinheiro deixasse o crime anterior relacionado ao narcotráfico e as leis de terceira geração renunciassem à lista fechada para que a lavagem de dinheiro caísse em qualquer conduta criminosa (leis de terceira geração) que a Lei 9.613/98 permitisse de certa categoria de crime para autorizar a lavagem.

[...] o conjunto de regras jurídicas que impõe aos sujeitos expressamente nelas elencados duas obrigações em essência: I) a de instituir filtro sem suas atividades cotidianas, consistentes em controles sobre movimentação financeira, de bens e serviços, de seus clientes, funcionários e sócios, de modo a perceber indícios do uso de sua profissão ou indústria para a transformação de bens econômicos de origem ilícita em bens econômicos aparentemente lícitos; II) a de comunicar às autoridades responsáveis a ocorrência desses indícios. LIMA, 2013, p.61, apud, NETO; CORDEIRO; PAES, 2018, p. 92)

Na redação original da Lei 9.613/98, para que existisse o crime de lavagem de dinheiro, era necessário que o crime anterior, cujo produto se pretendia ocultar ou mesmo mudar de natureza, viesse da prática: a) ilícito tráfico de entorpecentes ou drogas afins; b) terrorismo; c) financiamento do terrorismo; c) contrabando ou tráfico de armas, munições ou materiais destinados à sua fabricação; d) extorsão por meio de sequestro; e) crimes contra a administração pública; f) Crimes contra o sistema financeiro nacional.

Estas são as infrações antecedentes que podem levar à prática do crime de lavagem de dinheiro. Com a entrada em vigor da Lei 12.683 /12, foi revogada a lista de crimes anteriores na legislação (lei de terceira geração). No que se refere às obrigações de cumprimento estabelecidas na Lei 9.613 de 1998, deve-se destacar que a referida legislação foi considerada objeto de controle de atividades e, cumulativamente, tinha o dever de informar as autoridades sobre o acompanhamento de eventual situação financeira.

A Lei 12.683 /12 amplia e modifica as pessoas com obrigações de *compliance*. Neste sentido, a maior alteração introduzida pela nova legislação refere-se, em primeiro

lugar, ao alargamento das pessoas protegidas, que deixaram de estar sujeitas à regra de que neste contexto apenas se incluem as pessoas coletivas, salvo raras exceções.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo tentou conceituar *compliance* e, em particular, *compliance* criminal. Entende-se, que *compliance* se refere ao cumprimento de uma obrigação regulatória e nada mais é do que o cumprimento de normas legais e oficiais. Do ponto de vista doutrinário criminal, entende-se por *compliance* o cumprimento legal a que estão sujeitas as instituições financeiras.

Em particular na abordagem aqui apresentada, *compliance* significa o necessário cumprimento das regras de prevenção e combate ao branqueamento de capitais. Uma breve análise histórica mostrou que o surgimento da repressão criminal foi inicialmente resultado da guerra contra o crime organizado decorrente do tráfico de drogas e, posteriormente, atraiu mais atenção pela observação de que dinheiro sujo também era usado para financiar terroristas.

Por fim, a nível nacional, ficou demonstrado que o *compliance* foi implementado através da adoção da Lei n.º 9.613/98, alterada pela Lei n.º 12.683/12, embora os bancos que operam em território nacional já tenham implementado ações preventivas e de combate ao branqueamento de capitais, em atendimento à Resolução nº 255/98 do Banco Central.

Embora tenha sido banido quase que exclusivamente nos setores financeiro e econômico, ainda temos um déficit nas consequências da política penal de seu desenvolvimento, especialmente após o julgamento da ação penal nº 70 (caso Mensalão). O que se pode dizer, porém, é que se acreditarmos no crescimento do país e acabarmos com a era de corrupção institucionalizada em que entramos, o *compliance* criminal é fundamental para o combate à lavagem de dinheiro.

Por fim, conclui-se que sistemas de *compliance* como mecanismos de prevenção ao crime no ambiente empresarial surgiram da posição do legislador na definição das chamadas obrigações de *compliance* e da discussão técnica desses sistemas no âmbito da lei o direito penal comercial à configuração do que se convencionou chamar de criminal *compliance*, e os discursos que o circundam procuram, em grande parte, examinar sua capacidade de isentar as pessoas jurídicas de qualquer forma de responsabilidade penal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, M. de. **Os programas de criminal *compliance* como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial.** São Paulo: LiberArs, 2015.

ANSELMO, Márcio Adriano. Criminal *compliance* e a investigação de crimes contra a empresa. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-08/criminal-compliance-investigacao-crimes-empresa>. Acesso em: 31 set.2021.

BONACCORSI, Daniela Vilani. **A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro. Análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal.** 1 Ed. Lumen Juris, 2013.

BRASIL, **Lei 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre o crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do ‘nemo tenetur se detegere’. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 147–172, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24626>. Acesso em: 31 out. 2021.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira Eiró do. Criminal compliance: prevenção penal privada dos crimes de lavagem de dinheiro no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6385, 24 dez. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85869>. Acesso em: 31 out. 2021.

NETO, L.P.C; CORDEIRO, N.; PAES, J.E.S. **Criminal Compliance anti-lavagem: prevenção penal por agentes privados e o direito ao silêncio.** Revista da Faculdade de Direito. UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v.64, n.2, p. 89-110, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63741>. Acesso em: 06/07/2020.

NETTO, Thaís. *Compliance*, lavagem de dinheiro e corrupção. **Instituto de Direito Real**, mai. 2020. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/compliance-lavagem-de-dinheiro-e-corrupcao>. Acesso em: 02 set. 2020.

PAGOTTO, L. **Temas de anticorrupção e Compliance.** São Paulo: Martins Fontes Paulista, 2013.

PESSÔA, U; Ramalho, D. **Criminal *compliance* e o Direito Penal Econômico: a prevenção da responsabilidade penal no âmbito corporativo.** In: Ulisses Pessôa.

(Org). Reflexões sobre Direito Penal econômico. 1. Ed. Belo Horizonte: Editar, 2018, v.1, p. 93-102.

SAAVEDRA, G. A. *Compliance* e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia, v. 12, n. 54, p. 165-180, jul./set. 2014.

SÁNCHEZ RIOS, R.; ANTONIETTO, C. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 341-376, mai./jun. 2015.

TRIVINO, Aline Melsone Marcondes. SANTOS, Verônica Martin Batitsta. *Compliance* criminal: contextualizações. **Migalhas**, jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319529/compliance-criminal--contextualizacoes>. Acesso em: 10 set. 2021.

VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. Introdução ao criminal compliance. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5512, 4 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67296>. Acesso em: 31 out. 2021.

REPERCUSSÕES DO PODER DE POLÍCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL NO ESTADO DO TOCANTINS

BARBARA SANTIAGO SILVA CORRÊA:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro
Universitário Unirg. Gurupi-TO. ⁴

FÁBIO ARAÚJO SILVA⁵
(orientador)

RESUMO: Esta pesquisa reunirá as políticas repressivas e preventivas exercidas pelo Estado do Tocantins, elaboradas pelos órgãos policiais competentes, que lidam com as funções do estado conforme definidas na Constituição Federal de 1988, procurando identificar as foras como são exercidas as atividades desses órgãos, adotou-se como metodologia a hipótese de que todo o território do país lida com o meio ambiente, portanto os dados referente ao Estado do Tocantins foram utilizados para identificar as autoridades responsáveis pelo órgão de poder de polícia ambiental, incluindo dentre esses o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis), coletando informações desde 2020 ao início de 2023, analisando as entidades detentoras do poder no estado do Tocantins.

Palavras-chave: Poder de Polícia. Direito Ambiental. Órgãos competentes. Tocantins.

ABSTRAT: This research will bring together the repressive and preventive policies exercised by the State of Tocantins, prepared by the competent police bodies, which deal with the functions of the state as defined in the Federal Constitution of 1988, seeking to identify the forums in which the activities of these bodies are carried out, it was adopted as a methodology, the hypothesis that the entire territory of the country deals with the environment, therefore the data referring to the State of Tocantins were used to identify the authorities responsible for the environmental police power agency, including among these the IBAMA (Brazilian Institute of Meio Environment and Renewable Natural Resources), collecting information from 2020 to the beginning of 2023, analyzing the entities that hold power in the state of Tocantins.

Keywords: Police Power. Environmental Law. Competent bodies. Tocantins.

⁴ Email: barbarasantiago15@hotmail.com

⁵ Professor Orientador do curso de Direito do Centro Universitário Unirg. Gurupi – TO. Email: fabiosilva2020@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O Poder de Polícia em matéria ambiental e suas repercussões no estado do Tocantins podem ser definidos como um poder no qual a administração pública deve restringir e regular os direitos, interesses e liberdades, onde procura a regulamentação de condutas nos meios sociais em busca de evitar abusos do poder estatal.

É de competência do estado o poder de polícia para a conservação do meio ambiente, o que se manifesta através de órgãos que utilizam dos recursos oferecidos pelo Estado para o bem comum de todos. Obrigações estatais de garantia e não garantia (fazer e não fazer) para a garantia dos direitos fundamentais ao equilíbrio do meio ecologicamente resguardado.

O artigo tem o recorte de demonstrar o poder de polícia ambiental suas dificuldades e soluções para melhoria da fiscalização e preservação dos danos ambientais enfrentados.

É interessante de aprender sobre este tema é que ele é de grande importância em nosso tempo, pois poderá trazer vantagens no ambiente sendo levantadas hipóteses de melhoria de vida em questões climáticas. Algumas teorias podem ser estendidas às autoridades competentes para conduzir o caso.

A sociedade poderá exercer o poder de polícia no âmbito da prevenção do meio ambiente, sendo ainda um dever estatal promover, estimular e introduzir os meios que pode ser realizado esse exercício, trazendo para as pessoas uma melhoria climática.

A pesquisa versará sobre a força policial e os órgãos de competência dentro do poder de política e os enfrentamentos dentro dos recursos pelo estado e suas respostas na sociedade e a prevenção aos danos ambientais. No entanto embora seja esse tema seja altamente relevante para o nosso cenário atual, foram encontrados poucos estudos que abordam esse tema sob uma concepção teórica e contextual.

Dessa maneira, se realizarmos uma revisão literária sobre o poder de polícia em matéria ambiental e suas repercussões no estado do Tocantins de ao longo de 2022, isso ajudaria a aumentar o conhecimento sobre esse tema específico, pois as revisões tem a função de preencher as lacunas existentes na literatura através da combinação de diferentes pesquisas bibliográficas.

1.CONTEXTO DE DIREITO AMBIENTAL.

O direito ambiental é o campo da jurisprudência que estuda a interação do homem com o meio ambiente e os mecanismos jurídicos de proteção ao meio ambiente. É uma ciência holística que estabelece relações internas e transdisciplinares entre diversos

campos como a antropologia, a biologia, as ciências sociais, a engenharia, a geologia e os princípios fundamentais do direito internacional.

Segundo Paulo de Bessy Antunes, renomado advogado da área, o direito ambiental é a área do direito que rege a relação entre indivíduos, governos e corporações e o meio ambiente. A finalidade disso é conciliar os aspectos ecológicos, econômicos e sociais com o aprimoramento do meio ambiente e o bem-estar da sociedade.

A Constituição de 1988 modernizou o ordenamento jurídico em relação ao objeto deste livro, não ao introduzir um novo tema, o direito ambiental, mas ao abordá-lo e consagrá-lo constitucionalmente, e também reservando um capítulo separado (VI) sob título VIII tem (lidando com a ordem social), que define a observação sistêmica dentro de uma estrutura constitucional para o meio ambiente.

A abordagem é baseada, principalmente no direito à sustentabilidade ambiental da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶, que inclui a proteção ambiental. Vemos várias formas de previsão legal para a proteção do meio ambiente em si, tais como legislações esparsas relativas a florestas e vegetações, assim como leis sobre provisão ambientais, e deve-se notar que a proteção do meio ambiente, vem de encontro a atender o uso comum e o fator essencial, em outros termos, a qualidade de vida.

A autoridade pública estabelece os regulamentos ambientais e as autoridades ambientais são responsáveis por monitorá-los. Quando se trata de regulamentação ambiental, nosso país é o líder absoluto, com uma das regulamentações mais abrangentes do mundo.

2.OS FATORES NECESSÁRIOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO PODER DE POLÍCIA.

Como fator principal, nosso intuito é relacionar as hipóteses para alguns problemas que devem ter uma atenção *sine qua non*, são *a)* os princípios norteadores do direito ambiental e como se correlaciona com um meio ambiente ecologicamente sustentável? e como será essa relação com a sobrevivência humana? e, *b)* o paralelismo com a Constituição Cidadã, de modo a conceder o maior número possível de direitos e garantias, que ficaram entendidas como fundamentais se foram ganhando outras formas e até mesmo sem um poder de polícia adequado.

⁶ Ressaltamos que chamaremos aqui de Constituição Cidadã.

Os acontecimentos no atual cenário do meio ambiente trazem a justificativa para a realização da pesquisa, considerando qual o dever do estado nas inúmeras catástrofes sendo o dever de fazer e não fazer dos órgãos de atribuição.

A relevância nas realizações dos órgãos competentes quanto o direito fundamental do equilíbrio ao meio ambiente, demonstrando as dificuldades enfrentadas por este nas realizações de prevenções e medidas repressivas.

Estudar o poder de polícia em matéria ambiental poderá trazer as vantagens no ambiente sendo levantadas hipóteses de melhoria de vida em questões climáticas. Podendo ser ampliadas algumas teorias quanto aos órgãos competentes do exercício da matéria.

Ao enfatizar a consideração do que é poder de polícia o Código Tributário Nacional, demonstra a relação aos direitos individuais ou coletivos, o poder de polícia está relacionado a diversas áreas que disciplina os direitos dos indivíduos.

Quanto os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988, é de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios preservar o meio ambiente e combater qualquer tipo de poluição, resguardar a fauna e a flora.

Como estes exercer tais funções? a resposta é clara, o poder de polícia é delegado a diferentes autoridades para aplicar essas garantias ou sanções. Desse modo o desempenho do poder de polícia podem cobrar taxas através dos contribuintes a disposição dos serviços públicos específicos e divisíveis. Este poder respeitará os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

3.O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A definição do meio ambiente equilibrado, é expresso pela coletividade dentro da base de preservação e da geração de melhorias. Diante disso, percebemos que os fatos ocorrem dentro do âmbito do poder de polícia e seus reflexos dentro do espaço público.

Citamos aqui, as resoluções e CNS 466/20127, por se tratar de uma pesquisa da qual as informações serão retiradas em materiais já publicados e ofertados na literatura, tendo

⁴ O Plenário do Conselho Nacional de Saúde em sua 240ª Reunião Ordinária, realizada nos dias 11 e 12 de dezembro de 2012, no uso de suas competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, e Considerando o respeito pela dignidade humana e pela especial proteção devida aos participantes das pesquisas científicas envolvendo seres humanos; Considerando o desenvolvimento e o engajamento ético, que é inerente ao desenvolvimento científico e tecnológico; Considerando o progresso da ciência e da tecnologia, que desvendou outra percepção da vida, dos modos de vida, com reflexos não apenas na concepção e no prolongamento da vida humana, como nos hábitos, na cultura, no comportamento do ser humano nos

somente análise aos órgãos sem necessário questionamento junto à seres humanos. Sendo assim, a pesquisa não implica nenhum risco aos sujeitos.

Concluimos que, o poder de polícia ambiental é consequentemente ligado ao poder do interesse de disciplinar o direito e a liberdade, dentro da prática do ato em si, que basear-se ao poder de interesse público.

Cumpramos ressaltar, que a concepção sofreu modificações dentro ao que tange a manutenção daquilo que é a ordem pública e para servir de instrumentalização dentro da proteção em si dos direitos fundamentais, não se pode dissociar aquilo que é a base para conferir à sociedade, dentro daquilo que verificamos como a função básica e administrativa.

É de suma importância ressaltar o poder de polícia e suas nuances dentro da faceta repressiva e preventiva. Em 8 de dezembro de 2011, a Lei Complementar nº 140, que regulamenta os incisos III, VI e VII do caput e o parágrafo único do art. foi sancionada.

A referida lei complementar reproduziu o entendimento consagrado na Resolução 237/97 a respeito de licenciamento ambiental, do mesmo modo que tratou de estipular atuação supletiva, como sendo a atuação de ente da Federação em substituição ao ente federativo originalmente detentor das competências, nos termos definidos na Lei Complementar.

Para esse objetivo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios precisarão está desenvolvendo cooperação para atingir as metas estabelecidas no Art. 3º da referida lei, do mesmo modo garantir o desenvolvimento sustentável, harmonização e integração de todas as políticas governamentais e tratou de apresentar as responsabilidade de cada um dos entes federados.

Antes de proceder as considerações ao poder de polícia, as disposições complementares exigem, ainda que brevemente, a descrição do controle de licença, na medida em que sua análise depende de seu entendimento, mediante expresso entendimento legal. Nesse sentido, a contribuição de Milaré é importante: O poder de polícia em matéria ambiental é exercido, na maioria das vezes, por meio de atividades de fiscalização, pois a proteção ambiental inclui, entre outras coisas, ações corretivas e fiscalizações. Mas a autorização também ocupa um lugar importante entre os atos de

meios reais e virtuais disponíveis e que se alteram e inovam em ritmo acelerado e contínuo; Considerando o progresso da ciência e da tecnologia, que deve implicar em benefícios, atuais e potenciais para o ser humano, para a comunidade na qual está inserido e para a sociedade, nacional e universal, possibilitando a promoção do bem-estar e da qualidade de vida e promovendo a defesa e preservação do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações.

polícia ambiental, pois a autorização é requisito para a prática de atos que, se descumpridas as cláusulas relativas, podem resultar e consequências ilícitas ou graváveis.

4. AS RESOLUÇÕES E SUA APLICABILIDADE NAS RESERVAS AMBIENTAIS

No que se refere às licenças ambientais na esfera federal, a Lei Complementar nº 180/2011 efetivamente duplicou o que já havia sido redigido na Resolução CONAMA nº 237/9732 e conferiu competência da União o licenciamento das empresas e atividades, sob os termos do Art. 7º inciso XIV, localizadas ou desenvolvidas simultaneamente no Brasil e em país vizinho; no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; terras indígenas; em unidades de conservação instituídas pela União, com exceção das Áreas de Proteção Ambiental (APAs); em 2 (dois) ou mais Estados de natureza militar, ressalvadas as ambientais, conforme ato do poder executivo previsto na preparação e no desdobramentos das Forças Armadas, na forma da Lei Adicional nº 97, de 09 de junho de 1999; destinados à pesquisa, extração produção, utilização, transporte, armazenamento e estocagem de material radioativo em todas as fases ou aproveitamento da energia nuclear em todas as suas formas de aplicação, ouvida a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou que se enquadrem na tipologia estabelecida por ato do Executivo a pedido da Comissão Nacional tripartite com a participação de membro do Conselho Nacional de Proteção ao Meio Ambiente (Conam) e levando em consideração os critérios de porte, poluição e natureza do negócio ou empresa.

Além disso, decorre da redação do parágrafo único do artigo 7º que a União tem competência para conceder autorizações às empresas cujo estabelecimento se estenda tanto na faixa terrestre quanto na faixa marítima da zona costeira apenas nos casos previstos na tipologia estabelecida no artigo ato de habilitação onde a lei complementar que regulamenta a matéria visa resolver definitivamente, com não poucas consequências no campo jurídico, o grave problema relativo ao conflito de competências que afeta todos os setores atuantes no campo ambiental tem por vezes tornado decisões erradas neste assunto.

Até o momento, alguns critérios objetivos vinham sendo adotados para a solução dos conflitos no licenciamento: o preponderante interesse, dimensão do impacto e as unidades de conservação. Em muitos casos, dada à subjetividade e os interesses envolvidos na questão, poderia ter o entendimento, por exemplo, de que o interesse era federal e/ou estadual; ou ainda, de que o impacto ultrapassava os limites de um determinado estado. Ao que parece, embora os problemas não sejam resolvidos em sua totalidade, espera-se que o enfrentamento existente no plano federal, estadual e municipal seja minimizado, na medida em que a Lei Complementar 140/2011 se aplique apenas às licenças ambientais iniciadas a partir de sua entrada em vigor.

A competência para os Estados promoverem o licenciamento ambiental já estava definida no artigo 10 da Lei 6938/81, que estabelecia que

[...] a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão do prévio licenciamento de órgão estadual competente [...]

Todavia, ocorriam vários problemas em relação ao pedido de licenciamento e o órgão federal, que de acordo com a legislação acima indicada, possuía competência supletiva, sem dano de outras licenças exigíveis.

Com a Lei Complementar n. 140/2011, o artigo 10 da Lei 6938/1981, passou a ter a seguinte redação:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Indubitavelmente que os Estados passam a ter maior importância nos pedidos de licenciamento ambiental ao se atribuir esta ação em quase todas as atividades, excluindo apenas àquelas que estão sob responsabilidade da União e dos Municípios, bem como a promoção de licenças ambientais para atividades ou empresas localizadas ou desenvolvidas em unidades de defesa instituídas pelo Estado, excluídas as Áreas de Proteção Ambiental (APAs), conforme o inciso XV.

Em relação aos Municípios, a nova lei sancionou e definiu como critério atributivo de competência de atuação dos Municípios o do interesse local, observando se, naturalmente, os aspectos relativos ao porte, potencial poluidor e natureza da atividade, ao estabelecer no inciso XIV, do artigo 9, que

[..] observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da

atividade; ou localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

Com efeito, ao se apresentar a ideia do interesse local, "fica claro que não se trata de uma dimensão exclusiva, visto que qualquer elemento que afete uma dada comuna acabará de alguma forma, mais ou menos direta, por afetando nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal por si só é inconcebível, também por razões de ordem lógica: se o Município faz parte de uma coletividade maior, então o benefício dado a uma parte do todo acresce a este próprio todo.

Os interesses locais dos Municípios são aqueles que compreendem imediatamente com suas primordialidade imediatas e indiretamente, em maior ou menor impacto, com as necessidades gerais." No que tange ao exercício do poder de polícia, objeto principal deste estudo, a Lei Complementar nº 140/2011 alargou o entendimento da Lei 9605/98 e do Regulamento nº 6514/2008.

A Lei dispôs que a competência para lavrar auto de infração do meio ambiente e instauração de processo administrativo será do órgão competente pelo licenciamento ou autorização ambiental. Mais ainda, estabeleceu que em caso de deterioração iminente ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, a unidade federada que tiver conhecimento sobre o fato deverá decidir sobre as medidas para prevenir, interromper ou mitigar e notificar imediatamente o órgão responsável sobre as medidas aplicáveis.

A ideia aqui é de que os órgãos ambientais (federal, estadual e municipal) não apliquem sanções administrativas ao mesmo tempo, que acaba por trazer desconforto para as partes envolvidas na esfera administrativa e, por vezes, sendo a matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Não se quer dizer com isso que os órgãos ambientais estejam impedidos do exercício do poder de polícia em razão do entendimento acima esposado. Ao contrário, os entes federativos continuam a ter atribuições comuns no que se refere a fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais, em conformidade com a legislação ambiental em vigor. Todavia, prevalece o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput do artigo 17.

Trata-se, portanto, de avanço na medida em que é indispensável que o Poder Público possa lançar mão de instrumentos de controle prévios, concomitantes e sucessivos das atividades humanas que interfiram no equilíbrio do meio ambiente. Por isso mesmo é que as atividades econômicas e outras das quais possam resultar intervenções no meio ambiente estão submetidas ao controle dos poderes públicos que estabelece condições e limites para o exercício destas atividades.

5. CASOS ESPECÍFICOS DO ESTADO DO TOCANTINS

A Nossa pesquisa observou que os licenciamentos ambientais, principalmente os que tratam da operação dentro das barragens e elevatórios, não passaram por revisões dentro dos doze meses subseqüente, portanto, percebemos que algumas decisões foram tomadas.

Ressaltamos aqui, as decisões que foram proferidas em 2017 pela Ação Cautelar ao que se baseia o Ministério Público do Estado de Tocantins e os apontamentos do Parquet dentro da atividade que utilizam-se dos recursos pelas atividades empresarias e principalmente agrícolas.

Alguns exemplos são necessários para ilustrarmos como as Fazendas e os Dois Rios e outros pontos que degrada a ecologia e o seu manejo e o fluxo da água, vemos que a decisão da Justiça, repassa dentro das técnicas e do fluxo de água.

Portanto, baseamos dentro das licenças e dos órgãos ambientais e sua particularidade dentro dos riscos criados para tais órgãos.

Nossa principal importância é para as licenças desse meio ambiente como o NATURATINS e suas licenças e dentro das operações de suas barragens.

O Ministério Público do Estado do Tocantins (MPTO) denúncia um produtor agrícola no sul do Estado acusando-o de desmatar ilegalmente 634 (seiscentos de trinta e quatro) hectares da vegetação nativa que deveria compor a Reserva Legal do imóvel rural, está área desmatada é utilizada para o cultivo agrícola a mais de 10 (dez) anos, o que causa a falta de regeneração da vegetação durante todo esse período.

Com base em pesquisas realizadas pelo Centro de Apoio Operacional de Habitação Urbanismo e Meio Ambiente (CAOMA) do MPTO, o empresário lucra com a atividade em média de 1,8 milhões por anos no cultivo da soja, Além disso há notas técnica do NATURATINS demonstrando que o imóvel está em desconformidade com o Código Florestal, no que se refere à manutenção de sua Área de Preservação Permanente (APP) e Reserva Legal.

Uma grande vitória ainda foi conquistada na atualidade através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que declara se inconstitucional a Lei nº 3.804/2021, na qual flexibilizou o licenciamento ambiental no Estado O procurador-geral de justiça sustenta a tese de que a lei citada padece de vícios, e afirma que o Estado não tem poder de legislar algo que ofereça menor proteção ao meio ambiente.

Com a pandemia do ano de 2020 surgiram algumas ferramentas para manter o atendimento do MPTO durante esse período no qual pode ser citada os atendimentos online. Para esse avanço foram adquiridos equipamentos para facilitar a atuação nas plataformas virtuais.

Como a maioria dos interessados nas ações ambientais se encontram nas zonas rurais os meios de comunicação virtuais facilitaram e trouxeram eficiência e agilidades nos procedimentos pois interessado pode se conectar da onde está utilizando apenas o seu celular ou computador com acesso a internet; ainda com a tecnologia é possível obter conhecimento de crimes ambientais em tempo real com fotos, documentos e localização exata.

A Promotoria de Justiça Regional Ambiental da Bacia do Alto e Médio Araguaia e da Força Tarefa Ambiental no Araguaia tem trabalhado através de suas ferramentas digitais para sanar os danos ambientais da região antes mesmo de propor ação judicial ou restrição administrativa assim tendo agilidade e conclusão nos procedimentos extrajudicialmente.

Um trabalho realizado pelos promotores membros da Força Tarefa Ambiental, trouxe a condenação de três réus sendo dois destes ex-servidores do NATURATINS, e o outro consultor ambiental; os acusados agiram dolosamente na elaboração de pareceres de autorização para desmatamento de uma área de reserva legal com mais de 655 hectares. O pacote oferecido ficou conhecido como “kit fraude”.

O fato aconteceu entre os anos 2013 e 2015, os réus declararam não obter conhecimento do Novo Código Florestal debatido e não foi apresentada nenhuma prova que afastasse o ato criminoso sendo assim entendido que a ação foi sem o conhecimento da legislação, então a condenação foi dada com base na Lei de Crimes Ambientais por em média de um a três anos de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de multa de dez salários mínimo para cada.

Em observação do Ministério Público Estadual (MPE) aos documentos das barragens Calumbi I, Calumbi II, Taboca e Projeto de Irrigação do Distrito de Formoso do Araguaia na região sul do estado foi detectado que estão com titularidade em nome das Secretarias do Estado do Tocantins ao invés de estarem no nome dos responsáveis pelas atividade privadas que são os próprios beneficiários; ainda segundo a Agência Nacional de Àguas (ANA), as referidas barragens se encontram em nível de Dano Potencial Alto.

Desta forma solicita o MPE que seja suspensa a outorga de Recursos hídricos e licenças para estas área e ainda que seja adotadas as medidas administrativas cabíveis para que seja retiradas as Secretarias do Estado de condições de empreendedores e seja atribuídas aos verdadeiros responsáveis pela atividade privada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, foram sintetizados conhecimentos sobre as repercussões do poder de polícia em matéria ambiental no Estado do Tocantins, o que possibilitou realizar uma análise aprofundada sobre esse assunto.

Diante do desafio de uma breve apresentação do que é o meio ambiente ecologicamente equilibrado e com um recorte ao NATURATINS e a Região do Estado do Tocantins, percebemos que o trabalho se encaminhou de forma a propor soluções dentro do contexto socioambiental e suas repercussões.

Dessa maneira, foi observado que o poder de polícia pode ser exercido de diversas formas dentro dos órgãos detentores podendo ainda agir um órgão sobre o outro.

Percebemos, ainda que é de suma importância para o nosso trabalho apontar rumos para soluções rápidas para que haja efetivação da Lei e também os pontos que poderiam se tornar melhores dentro de uma eficácia da Lei de proteção aos direitos ambientais.

Portanto, pode ser concluído que o Poder de polícia ambiental pode ser exercido por todos os cidadãos e há muito trabalho pela frente até regularizar toda a situação do meio ambiente. Dentro do trabalho que precisa ser realizados estão as medidas repressivas e preventivas podendo ser praticadas tanto pela sociedade quanto pelos órgãos competentes.

Nosso intuito foi averiguar o contexto em que são efetivadas essas leis e como elas na prática são realizadas de forma estruturada e organizada. Por sua vez, essa organização é baseada de forma sistematizada, demonstrando assim, os pontos principais de soluções.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19. Ed., ver. E atual. São Paulo, Atlas, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **As competências do Município** na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 1939.

CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1992.

COSTA, Elisson Pereira da. **Poder de polícia ambiental e administração Pública**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RDC n. 16- jul./dez. 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. Curso de direito ambiental. Belo Horizonte: Forum, 2009.

GUERRA, Sidney. **Direito ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. INAGÊ, Antônio. Introdução à Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2005. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e a aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público**, Vol. II, 1977, Ed. Revista dos Tribunais. MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina. Jurisprudência. Glossário. São Paulo: RT, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PORTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DO TOCANTINS. Disponível em: <https://www.mpto.mp.br/portal/>. Acesso em 08 fev. 2022.

PORTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DO TOCANTINS. Disponível em: <https://www.mpto.mp.br/portal/>. Acesso em 25 mar. 2023.

TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. Revista de Direito Administrativo. 1952, v.27.

TRENNEPOHL, Curt e TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

AS DEMANDAS FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS E O PAPEL DO ESTADO

CAMILLA ROCHA DE PAULA:
Pós-graduanda e advogada.
Centro Universitário do Rio
Grande do Norte - UNI-RN.

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar o papel do Estado como garantidor das relações jurídicas contemporâneas, principalmente naquelas regidas pelo Direito de Família. Objetiva-se estudar o afeto não apenas como um fato jurídico, mas como princípio basilar e objeto de proteção pelo ordenamento jurídico atual, ultrapassando, portanto, a noção de afeição apenas como um valor de ordem psicológica, desprovida de caráter jurídico. Entender as diversas espécies de família e a importância de políticas públicas com o escopo de preservar tal instituto, respeitando suas diversas formas e priorizando o princípio da afetividade é de suma importância para assegurar os direitos e garantias constitucionais concernentes aos indivíduos e ao instituto familiar, conforme o primado da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito de Família; Afetividade; Afeto; Proteção; Princípio; Garantia.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 preceitua em seu art. 226 que a família é base da sociedade, gozando de especial proteção do Estado. Do mesmo modo, o parágrafo sétimo do referido artigo assegura que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Dessa forma, no primeiro capítulo, será tratada e evidenciada a intenção constitucional de assegurar à família, sem discriminação de qualquer espécie, toda proteção inerente às relações familiares, sendo um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, será abordada a compreensão de que a família não possui uma configuração tradicional, sendo modalidades de família a matrimonial, constituída inclusive através de uniões homoafetivas, a anaparental, a família mosaico, e até mesmo àquelas constituídas apenas por um indivíduo, conforme recente entendimento jurisprudencial⁸.

⁸ Enunciado 364 do STJ: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

No mais, para acompanhar a configuração atual da sociedade, os princípios inerentes ao Direito das Famílias, discutidos no terceiro capítulo, desempenham função essencial, porquanto permitem concluir que a filiação não está adstrita às relações biológicas ou civis, visto que se estendem a relações socioafetivas ou também àquelas provenientes de inseminações artificiais homólogas ou heterólogas. Portanto, a família deve ser pautada e compreendida à luz do afeto.

No quarto capítulo, a análise do afeto como objeto de proteção jurídica será desempenhada à luz da jurisprudência, uma vez que a judicialização de tais demandas é uma crescente, razão pela qual os operadores do direito procuram por mecanismos extrajudiciais para resolver os referidos impasses. O reconhecimento da adoção socioafetiva, a alienação parental, além das ações de guarda e direito de convivência são alguns dos exemplos comumente recebidos todos os dias pelo Judiciário.

Ainda nessa direção, na esteira da jurisprudência, importante ressaltar que há decisões do STJ no sentido de ser cabível indenização por abandono afetivo em hipóteses excepcionais, de gravíssimo descaso em relação ao filho⁹. Mas também há decisões em sentido contrário, que entendeu ser incabível indenizar o abandono afetivo, por maior que tenha sido o sofrimento do filho¹⁰.

Por esse motivo, é de extrema importância entender o papel do afeto nas relações familiares, delimitando até onde esse pode ser considerado objeto de direito ou apenas privilégio das relações interpessoais.

Finalmente, com base na dignidade da pessoa humana e na tese do abandono afetivo (teoria do desamor), destacando a necessidade de igual dignidade para todas as entidades familiares, a presente monografia, usando como metodologia artigos científicos, doutrinas, jurisprudências e legislação pátria, busca esclarecer o papel do afeto familiar nas relações jurídicas, viabilizando o direito à felicidade como direito personalíssimo de todos os indivíduos.

2 DIREITO DAS FAMÍLIAS E AS RELAÇÕES FAMILIARES

Conforme preconiza a doutrina majoritária (DIAS, 2022), a forma correta de chamar o direito de família é “Direito das Famílias”. Isso porque aquela forma tradicional de se enxergar a família tem cedido espaço para formatos modernos dessa instituição.

9 STJ. 3ª Turma. REsp 1.557.978-DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 03/11/2015.

10 STJ. 4ª Turma. REsp 1.579.021-RS, Relª Minª Isabel Gallotti, julgado em 19/10/2017.

Para Venosa (2021, p. 34), “o direito de família, ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social”.

Ainda, insta mencionar que o Direito das Famílias é regulamentado por normas do Direito Civil, principalmente as encontradas no Código Civil, sem deixar de citar as Leis esparsas, como a Lei de Alimentos e da Alienação Parental, bem como por normas de Direito Constitucional, previstas na Constituição Federal de 1988.

Neste ínterim, alguns doutrinadores entendem que as referidas normas do Direito das Famílias são de ordem pública, enquanto outros entendem que o ordenamento familiarista é de ordem privada.

Os que enxergam as normas do Direito das Famílias como de ordem pública justificam esse posicionamento em razão de o Estado participar da relação jurídica e processual familiar, uma vez que tutela e protege os interesses relacionados às famílias, bem como em razão de as partes envolvidas não poderem agir de forma diversa da estabelecida na legislação (RIZZARDO, 2019).

Nessa linha, podemos citar a atuação do Ministério Público em todas as demandas do Direito das Famílias, bem como a vista e o parecer deste órgão quando da juntada de documentos e da solicitação da homologação de acordo envolvendo crianças e adolescentes.

Destarte, conclui-se que o Direito das Famílias, essencialmente dentro do Direito Privado, fica responsável por regulamentar as relações familiares, promovendo o respaldo jurídico necessário, através de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ainda quanto às relações familiares, segundo o Código Civil, em seu artigo 1.593, o parentesco é civil ou natural. No entanto, a doutrina traz a classificação do parentesco em natural (biológico), civil e por afinidade. Desse modo, resta cristalino que independente de vínculo sanguíneo, as pessoas se enxergam pertencentes ao mesmo núcleo familiar quando se relacionam com base na afeição, laço muito maior e mais poderoso do que qualquer ligação genética.

O parentesco natural é aquele em que existem laços sanguíneos, já o parentesco civil resulta de outra origem, que não a biológica, como por exemplo, o parentesco proveniente da adoção, inseminação artificial heteróloga ou parentesco socioafetivo.

Quanto ao parentesco por afinidade, podemos entender como aquele contraído após o casamento ou união estável. A família do cônjuge ou companheiro passa a ser família do outro cônjuge ou companheiro por laço afim.

Outro ponto importante, no que tange as relações familiares, diz respeito à pluriparentalidade (multiparentalidade). Conforme bem assevera Maria Berenice Dias e Oppermann (2023, documento online):

Diante do atual conceito de parentalidade socioafetiva, imperioso admitir a possibilidade de coexistência da filiação biológica e da filiação construída pelo afeto. E não há outro modo de melhor contemplar a realidade da vida do que abrir caminho para o reconhecimento da multiparentalidade. Afinal, não há como negar que alguém possa ter mais de dois pais. Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de um pai ou mais de uma mãe. Reconhecida a presença da posse de estado de filho com mais de duas pessoas, todos devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar. Não há outra forma de resguardar o seu melhor interesse e assegurar proteção integral.

Ainda nesse sentido, o IBDFAM editou o enunciado nº 09: “A multiparentalidade gera efeitos jurídicos” (IBDFAM, 2023, documento online).

Seção 1: Os diversos tipos de família

Ao abordar as diferentes espécies de família, a autora Maria Berenice Dias (2022, p. 78-79) afirma:

O afastamento entre Estado e igreja revolucionou os costumes e especialmente os princípios que regem o Direito das Famílias, provocando profundas mudanças no próprio conceito de família. Sobreveio o reconhecimento de pluralismo das entidades familiares, independentemente das normatizações existentes.

A doutrina classifica o gênero família em várias espécies. Conforme a sociedade se desenvolve, a pluralidade de formas de relacionamentos interpessoais também aumenta consideravelmente. O ordenamento jurídico deve oferecer proteção para o pluralismo familiar, sendo tradução de uma vida digna, direito fundamental de todos os indivíduos.

A primeira espécie abordada, a família matrimonial, pode ser entendida como aquela formada pelo casamento, seja esse hétero ou homoafetivo. A jurisprudência já

consolidada tratou de sanar qualquer dúvida sobre a possibilidade do casamento homoafetivo, senão vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

[...]

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. (STJ. 4ª Turma. REsp 1183378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/10/2011)."

Já na família mosaico, os pais divorciados/separados/viúvos, que já têm outros filhos, começam a viver com outra pessoa que também tem filhos de outro relacionamento. É por essa razão que se chama "mosaico". Essa espécie de família é muito comum na nossa sociedade, o que possibilita os pais a reconstituírem sua vida conjugal, com a presença e convivência dos seus filhos já existentes.

Quanto à família monoparental, essa pode ser entendida como a família constituída por apenas um dos pais e o seu filho. Circunstâncias como a viuvez ou o divórcio não devem descaracterizar a família, sob pena de latente discriminação.

Em relação a essa espécie de família, o doutrinador Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 21-22) aduz:

Na realidade, a monoparentalidade sempre existiu — assim como o concubinato — se levarmos em consideração a ocorrência de mães solteiras, mulheres e crianças abandonadas. Mas o fenômeno não era percebido como uma categoria específica, o que explica a sua marginalidade no mundo jurídico. O primeiro país a enfrentar corajosamente a questão foi a Inglaterra (1960), que, impressionada

com a pobreza decorrente da ruptura do vínculo matrimonial e com as consequências daí advindas, passou a se referir às one-parent families ou lone-parent families, nos seus levantamentos estatísticos. Dos países anglo-saxões, a expressão ganhou a Europa continental, através da França que, em 1981, empregou o termo, pela primeira vez, em um estudo feito pelo Instituto Nacional de Estatística e de Estudos Econômicos (INSEE). O INSEE francês empregou o termo para distinguir as uniões constituídas por um casal, dos lares compostos por um progenitor solteiro, separado, divorciado ou viúvo. “Daí, a noção se espalhou por toda a Europa e hoje é conhecida e aceita no mundo ocidental como a comunidade formada por quaisquer dos pais (homem ou mulher) e seus filhos.

A família anaparental é aquela formada sem a figura dos pais, mas que apresenta vínculos subjetivos que unem os seus integrantes. O pré-fixo “ana” significa “sem”, caracterizando a família constituída só de irmãos, sem pais.

O STJ, no REsp 1217415 RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi¹¹, reconheceu a plausibilidade dessa espécie de família: nessa senda, a chamada família anaparental sem a presença de um ascendente, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status.

Por fim, alvo de recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a família unipessoal também goza de proteção jurídica. Dessa forma, também é considerada família àquela composta apenas por uma pessoa.

Na ocasião, ao analisar a impenhorabilidade do bem de família, o STJ sumulou entendimento que o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas¹².

A família eudemonista é outra espécie de família bem latente na nossa sociedade moderna. Ela é baseada essencialmente no afeto e na busca da felicidade dos seus membros, independentemente da existência ou não de laços biológicos entre eles.

Nesse aspecto da família eudemonista, o instituto da família não é mais algo que deve ser preservado por si só; a família deve ser protegida, pois seu maior objetivo diz

11 STJ, REsp 1217415 RS, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, 3^a T., publ. 28/06/2012.

12 STJ. *SÚMULA N. 364*. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

respeito à busca da felicidade dos próprios membros que a compõem. A família não é um fim em si mesmo, mas um meio para que seus componentes busquem sua felicidade.

Por fim, sobre a família simultânea ou paralela, a jurisprudência ainda é tímida para reconhecer essa espécie de família, tendo em vista a proibição do concubinato e a proteção às relações monogâmicas. Neste caso, o indivíduo mantém pelo menos duas relações ao mesmo tempo. Pode ser uma união estável e um casamento, ou duas uniões estáveis ao mesmo tempo.

Recentemente, no julgamento do RE 1.045.273, o STF discutiu a possibilidade do reconhecimento de uniões estáveis paralelas, contudo, prevaleceu, por seis votos a cinco, o entendimento do relator, ministro Alexandre de Moraes¹³, cuja tese fixada foi a seguinte:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Seção 2: Os princípios regentes do direito das famílias

Primeiramente, cumpre consignar a necessidade de analisarmos os seguintes princípios à luz da Constituição Federal. Em decorrência do neoconstitucionalismo, o Direito Civil Constitucional ganhou força, o que acarreta a fundamental importância dos princípios serem analisados como cláusulas gerais, janelas abertas deixadas pelo legislador para complementação pelo aplicador do Direito.

Seção 2.1: Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1998)

Considerado o ponto central de todas as temáticas envolvendo Direito de Família, tal princípio sustenta, em síntese, igual dignidade para todas as entidades familiares.

O referido princípio foi aplicado pela jurisprudência na tese do abandono afetivo (teoria do desamor), em que o STJ condenou pais a pagarem indenização aos filhos pelo abandono afetivo.

¹³ STF. Plenário. RE 1045273, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 529) (Info 1003).

Conforme boletim do IBDFAM:

Dignidade humana é o direito do ser humano. Kant, o 'filósofo da dignidade', certamente não imaginava que as suas idéias originais de dignidade ocupariam o centro e seriam o veio condutor das constituições democráticas do final do século XX e as do século XXI. Essas noções de dignidade incorporam-se de tal forma ao discurso jurídico que se tornou impensável qualquer julgamento ou hermenêutica sem a consideração dos elementos que compõem e dão dignidade ao humano. Seguindo a tendência personalista do Direito Civil, o Direito de Família assumiu como seu núcleo axiológico a pessoa humana como seu cerne a dignidade humana. Isso significa que todos os institutos jurídicos deverão ser interpretados à luz desse princípio, funcionalizando a família à plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. A família perdeu, assim, o seu papel primordial de instituição, ou seja, o objeto perdeu sua primazia para o sujeito. Seu verdadeiro sentido apenas se perfaz se vinculada, de forma indelével, à concretização da dignidade das pessoas que a compõe, independentemente do modelo que assumiu, dada sua realidade plural na contemporaneidade. Se não por outras razões, essa soa suficientemente forte para justificar o tema central do V Congresso: Família e Dignidade Humana (BOLETIM... 2005, p. 10).

Seção 2.2: Princípio da solidariedade familiar (art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1998)

Já o princípio da solidariedade familiar está prevista na Constituição Federal, em seu art. 3º, I, como sendo um dos objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Segundo Flávio Tartuce (2006, documento online):

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes de entrar em vigor a Lei n. 8.971/94,

o que veio a tutelar os direitos da companheira. Reconheceu-se, nesse sentido, que a norma que prevê os alimentos aos companheiros é de ordem pública, o que justificaria a sua retroatividade.

Sendo a família a base da sociedade, a teor do art. 226, da CF/88, a solidariedade se perfaz dentro dela, constituindo dever de seus membros se auxiliarem para que seja garantida a dignidade da pessoa humana, princípio previsto no art. 1º, inc. III do diploma constitucional, tanto no âmbito familiar como no social.

Seção 2.3: Princípio da função social da família

O princípio da função social da família, também conhecido como a busca da felicidade, pode ser entendido como o resultado da sociabilidade como paradigma do novo Código Civil e da Constituição de 1988. A família não é um fim em si mesmo, mas o meio social para a busca da felicidade na relação com o outro (família eudemonista). Segundo a doutrina de Gagliano *et al.* (2022, p. 1704):

Numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um.

Seção 2.4: Princípio da convivência familiar

De acordo com o referido princípio, pais e filhos devem permanecer juntos, devendo o ordenamento jurídico prezar por esse direito. Excepcionalmente, o afastamento definitivo dos filhos da sua família natural será apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.

Seção 2.5: Princípio da afetividade

Por fim, mas não menos importante, o princípio da afetividade, embora não expresso na Constituição Federal, pode ser extraído da valorização constante da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Atualmente, o afeto pode ser considerado a pedra de toque de toda e qualquer relação familiar. Na jurisprudência nacional, o princípio da afetividade é o fundamento principal para o reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas e da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico.

Conforme julgado da Ministra Nancy Andrighi¹⁴:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

Na doutrina, assevera Gagliano *et al.* (2022, p. 1704):

Nesse mesmo diapasão, descortina-se, hoje, na vereda da afetividade, o importante reconhecimento das relações filiais desbiologizadas, mitigando-se, assim, com justiça, o entendimento, até então dogmático, da supremacia genética decorrente do laudo de exame de DNA, podendo, inclusive, gerar a consequente obrigação alimentar (conforme entendimento do Enunciado n. 341 da IV Jornada de Direito Civil)."

Seção 3.0: Afeto como objeto de proteção jurídica e sua judicialização

A priori, o afeto é a base de uma família. Mas, diariamente o Judiciário é acionado com demandas envolvendo a falta ou o reconhecimento dessas relações afetivas.

Seção 3.1: Adoção socioafetiva

14 STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010.

Como forma de desafogar o judiciário, medidas extrajudiciais são adotadas atualmente para solucionar algumas das demandas tratadas nesta monografia. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 63/2017, regulamentando o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva extrajudicialmente.

Na mesma linha, a jurisprudência consolida que é possível a inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida heteróloga e com gestação por substituição, não configurando violação ao instituto da adoção unilateral¹⁵.

Ainda sobre o tema, o Enunciado 111 da I Jornada de Direito Civil¹⁶:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Segundo Rolf Madaleno (2018, p. 874):

A adoção à brasileira não é instituto regulado pelo Direito brasileiro, sendo fruto da prática axiológica, com respaldo doutrinário e jurisprudencial, decorrente da paternidade ou maternidade socioafetiva, criada pelas pessoas que se declaram perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais como genitor ou genitora de filho biológico de outrem. São, em verdade, registros de falsidade ideológica, de acordo com o artigo 299 do Código Penal, cuja prática tipificada, em tese, como crime no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente como crime contra o estado de filiação, consoante artigo 242 do Código Penal, mas cujo mote de dar afeto e ascendência à prole rejeitada constrói a paternidade ou maternidade socioafetiva e retira por sua intenção altruísta a conotação pejorativa e ilícita, porque trata dos pais do coração. No entanto, há quem advogue que o Estado não pode deixar de responsabilizar os pais

¹⁵ STJ. 3ª Turma. REsp 1.608.005-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/05/2019 (Info 649).

¹⁶ Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746#:~:text=A%20ado%C3%A7%C3%A3o%20e%20a%20reprodu%C3%A7%C3%A3o,sequer%20ser%C3%A1%20estabelecido%20o%20v%C3%ADnculo>.

que praticam a adoção à brasileira, por ser uma conduta criminosa e representar uma ameaça ao instituto da família, tendo o dever de impor sanções às violações que atentam contra a organização e subsistência da família e da dignidade de seus membros. São as perfilhações de complacência, adotadas com frequência e suportadas por uma espécie de tradição popular de respeito ao afeto como valor jurídico na construção de um vínculo social de filiação. Não há, realmente, como distinguir um ato de adoção jurídica da denominada adoção à brasileira, consistente no registro direto da pessoa, como se fosse filho biológico, posto que uma e outra refletem um desejo de aproximação afetiva entre duas pessoas, e neste posicionamento o filho adotivo (de fato ou de direito) em nada diverge da filiação natural.

Dessa forma, nos casos de adoção socioafetiva, o afeto é o liame que liga pai e filho, que procuram o Estado para que haja esse reconhecimento e os direitos que irradiam dessa relação sejam garantidos e respeitados.

Seção 3.2: Dano moral e abandono afetivo

Inicialmente, insta consignar que não há restrição legal na aplicação das regras da responsabilidade civil ao Direito das Famílias.

Dito isso, prestar assistência material e moral à prole é uma obrigação legal. Assim, para doutrina majoritária e parte da jurisprudência, essa assistência engloba o dever de cuidado, assegurado inclusive constitucionalmente, tal como dispõe o art. 227 da Constituição Federal.

Além do mínimo para a manutenção do indivíduo (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.).

A omissão do pai no dever de cuidar de seu filho viola um bem juridicamente tutelado, qual seja, o dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia) que os pais devem ter para com seus filhos.

Assim, ao omitir-se neste dever, o pai viola uma imposição legal, gerando a possibilidade da pessoa lesada (filho) pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo, sendo esse considerado um ilícito civil, sob a forma de omissão.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento prevalecente no sentido de que, em algumas situações específicas, de gravíssimo descaso em relação ao filho, é cabível a indenização por abandono afetivo. Esta conclusão foi extraída da

compreensão de que o ordenamento jurídico prevê o "dever de cuidado", o qual compreende a obrigação de convivência e um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social¹⁷.

Já a 4ª Turma do STJ diverge do entendimento acima exposto. Em suma, aqui prevalece o entendimento de que apesar da convivência familiar ser garantida pela Constituição, dentro das circunstâncias de cada família, a afetividade não é dever jurídico. O afeto é visto como um sentimento que necessita ser observado pelo juiz, quando, precisamente em razão de vicissitudes ou conflitos, tem que escolher um só dos pais, parentes mais afastados ou até mesmo estranhos para exercer a função de guardião ou tutor da criança¹⁸.

Nos seus julgados, a referida Turma cita que a incapacidade de amar, de cuidar afetivamente, muitas vezes é uma incapacidade decorrente das circunstâncias da criação, personalidade, traumas vividos pelo genitor - como também pelo filho em função do outro genitor - ao longo de sua vida.

Nesse sentido, conclui-se de acordo com a 4ª Turma do STJ, que a convivência e o afeto devem corresponder a sentimentos naturais, espontâneos, genuínos, com todas as características positivas e negativas de cada indivíduo e de cada família. Não é - nem deve ser - o cumprimento de dever jurídico, imposto pelo Estado, sob pena de punição (ou indenização punitiva).

Seção 3.3: Alienação parental

Sobre alienação parental, sustenta Madaleno (2018, p. 874):

Adultos corrompem covardemente a inocência das crianças e adolescentes quando se utilizam da Síndrome de Alienação Parental (SAP), regulada no Brasil através da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Segundo Jorge Trindade, trata-se de programar uma criança para que ela odeie, sem justificativa, um de seus genitores, cuidando a própria criança de contribuir na trajetória de desmoralização do genitor visitante. Lastimavelmente, tem sido uma prática bastante habitual de um pai ou uma mãe tentar obstruir a relação afetiva dos

17 STJ. 3ª Turma. REsp 1.557.978-DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 03/11/2015 e STJ. 3ª Turma. REsp 1887697/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/09/2021

18 STJ. 4ª Turma. REsp 1.579.021-RS, Relª Minª Isabel Gallotti, julgado em 19/10/2017. STJ. 4ª Turma. REsp 492.243-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 12/06/2018.

filhos com o outro ascendente, buscando uma cruel lealdade do filho e sua rejeição ao outro progenitor e seus familiares.

Fica explícito que a prática de alienação parental viola frontalmente o princípio da afetividade, porquanto priva o infante do afeto e cuidado ofertado pelo pai/mãe alvo da alienação praticada.

Conclui-se que o magistrado, ao lidar com situações de alienação parental, com fulcro no art. 6º da Lei nº 12.318, deverá aplicar medidas com o escopo de coibir tais práticas prejudiciais:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais

aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.”

Seção 3.4: O papel da guarda compartilhada no fortalecimento dos vínculos afetivos

A guarda compartilhada deve ser conceituada como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. É a regra no Direito das famílias. Não havendo consenso entre os pais, será aplicada a guarda compartilhada.

No entanto, há situações em que o Juiz não aplicará a guarda compartilhada, como por exemplo, um dos genitores declara ao magistrado que não deseja a guarda do menor ou se um dos genitores não se encontra apto a exercer o poder familiar.

A presente modalidade de guarda é regulamentada no Código Civil e deriva da necessidade de salvaguardar os vínculos afetivos, além de propiciar que ambos os pais participem ativamente da vida e das decisões concernentes ao filho.

Portanto, junto com a guarda compartilhada, o magistrado também fixará o direito de convivência do pai/mãe com o filho, quando esses morarem em lares distintos.

Tais práticas fortalecem os vínculos existentes, além de propiciar a proteção jurídica dos laços familiares, tão essenciais para o indivíduo em desenvolvimento.

Nesse sentido, a jurisprudência¹⁹:

O princípio constitucional do melhor interesse da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar. Fixada a guarda, esta somente deve ser alterada quando houver motivo suficiente que imponha tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos. Na guarda compartilhada, pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos. Considerando que, no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a administrar a guarda das filhas, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada”

Seção 4: Direito à felicidade

Não há como falar de afetividade e não associar ao Direito à felicidade.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal fundamenta suas decisões no direito à busca da felicidade, como uma conexão entre a teoria da felicidade e a atividade jurisdicional constitucional.

¹⁹ TJMG, Apelação Cível 1.0647.13.002668-3/002, Rel. Des. Darcio Lopardi Mendes, j. 19.03.2015, DJEMG 25.03.2015.

No caso da união estável homoafetiva, a referência obteve mais visibilidade, ocasião em que a Corte fortaleceu a democracia constitucional levando em consideração diversos argumentos, entre eles o direito à busca da felicidade²⁰:

União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, é possível concluir que o direito à felicidade não se resume a um mero argumento de reforço, mas sim um elemento autônomo nas decisões proferidas pelo Supremo, contribuindo para a concretização da busca da felicidade como um direito fundamental em sua essência.

3 PROTEÇÃO DA FAMÍLIA PELO ESTADO

Conforme já delineado neste trabalho, o Estado desempenha papel importante na proteção e assistência à família.

No âmbito constitucional, essa proteção está consubstanciada principalmente no art. 5º, caput, que impõe o dever do Estado criar mecanismos necessários para garantir, precipuamente, a igualdade material por meio de ações afirmativas, não bastando promover a igualdade formal. Dessa forma, objetiva-se desconstruir a ideia já ultrapassada da familiar tradicional.

No mesmo sentido, o art. 6º, caput, da Constituição Federal, ao garantir os direitos fundamentais sociais, requer uma prestação positiva do Estado, no sentido de assegurar o mínimo existencial à todos.

Nesse sentido, não há como uma família se desenvolver em sua plenitude, inclusive fortalecendo seus laços afetivos, à margem de direitos básicos, como é o direito à moradia,

²⁰ STF. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554/MG. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 16/08/2011. Diário de Justiça Eletrônico, 2608/2011.

alimentação, saúde (inclusive mental), entre outros direitos que caracterizam uma vida digna.

Dessa forma, programas governamentais, como aqueles voltados para o acesso à moradia pela População em Situação de Rua a partir da Política Nacional para População de Rua (modelo *housing first*²¹) são exemplos de políticas públicas que ao promover o mínimo existencial, propiciam o cenário adequado para o desenvolvimento do afeto entre os membros da família.

4 CONCLUSÃO

Por fim, ao constatar a recorrência de disputas judiciais em que o afeto é a essência do bem jurídico perquirido, cabe aos operadores do direito interpretar essas demandas não só do ponto de vista legal, mas também do ponto de vista humano.

No âmbito do Direito das Famílias, o instituto família ganha múltiplas faces, abarcando várias espécies de família. Nesse sentido, os princípios atuam de forma a imprimir melhor proteção jurídica, assegurando o direito à felicidade de todos os indivíduos.

É sabido que a família é o núcleo básico de todo ser humano. É no âmbito familiar que o indivíduo aprende a se relacionar e conviver em sociedade. A partir dessas relações e de como elas foram desenvolvidas, o indivíduo imprime na sociedade suas maiores angústias, traumas e medos.

Demandas como as ações indenizatórias por abandono afetivo, reconhecimento de vínculos socioafetivos, ações de guarda e direito de convivência são exemplos de lides que possuem em comum a sua origem nos laços afetivos, seja pela presença ou pela ausência de tais vínculos.

Dessa forma, as relações familiares, que devem ser permeadas pelo afeto em sua excelência, merecem a melhor proteção jurídica. O afeto como sentimento não pode ser imposto, porquanto ele surge involuntariamente, a partir do contexto que o indivíduo está inserido.

²¹ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **É possível *housing first* no Brasil?** Brasília: MMFDH, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/DHUM0117_21x26cm_WEB4Pg.Separadas.pdf. Acesso em: 5 maio 2023.

Nesse sentido, uma vez reconhecido esse afeto ou até mesmo a expectativa de existência desse sentimento, deve o ordenamento jurídico garantir tal direito à todos, seja extrajudicialmente ou judicialmente.

Por fim, conclui-se que o afeto por vezes não é omissão unicamente do pai que abandona o filho, ou de filho que abandona o pai idoso. O abandono afetivo por vezes decorre da omissão do Estado, que falha cotidianamente em promover políticas públicas e sociais que guarneçam o instituto família, propiciando ao cidadão o ambiente adequado e sadio para o desenvolvimento das relações afetivas com integridade e contínua busca pela felicidade.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum Rideel**: maxiletra letras grandes. São Paulo: Rideel, 2022.

BOLETIM DO IBDFAM, Belo Horizonte: IBDFAM, p. 10, jul./ago. 2005.

BORGES, Maria Eduarda. **A subsidiariedade do afeto no direito de família**. Disponível em:
<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/19994/1/A%20SUBSIDIARIE%20DADE%20DO%20AFETO%20NO%20DIREITO%20DE%20FAM%C3%8DLIA.pdf>. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 ago. 2010. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 4 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em:
<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 9 maio 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Abandono afetivo e dano moral**. Manaus. Buscador Dizer o Direito. Disponível em:
<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b571ecea16a9824023ee1af16897a582>. Acesso em: 5 maio 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e do STJ**. Salvador: Editora Juspodium, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

DIAS, Maria Berenice; OPERMANN, . **Multiparentalidade**. 2016. Disponível em: [https://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](https://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf). Acesso em: 5 maio 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze *et al.* **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO FAMÍLIA – IBDFAM. **Enunciados do IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 6 maio 2023.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro> Acesso em: 5 maio 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. 5 v.

COMPETÊNCIA TERRITORIAL TRABALHISTA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

RENILDO ARGÔLO NERY: Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (JFPE). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).²²

RESUMO: Este artigo investigou a hermenêutica constitucional da regra geral de competência em razão do lugar no Processo do Trabalho, instituída pelo *caput* do artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho no local da prestação dos serviços. Realizada a discussão, concluiu-se que a interpretação literal da regra de competência relativa não observa a evolução da sociedade, de modo a manter a ordem jurídica em sintonia com a ordem social. Ademais, verificou-se que a jurisprudência brasileira enfrenta três barreiras para fixação da competência territorial no foro do domicílio do trabalhador: ausência de previsão legal expressa, limitações à aplicação analógica da regra inserida nos demais parágrafos do artigo 651 da CLT e os princípios do devido processo legal, juiz natural e segurança das relações jurídicas, que estão também densificados na regra geral. Entendeu-se que a regra geral pode ser afastada por meio do sopesamento de princípios constitucionais, através da análise da adequação da medida, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo a permitir o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: Competência territorial no processo do trabalho. Princípio da proteção do trabalhador. Princípio do acesso à Justiça. Ponderação de interesses.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de investigar a possibilidade de afastamento episódico da regra geral de competência territorial traçada pelo *caput* do art. 651 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para que a ação seja proposta no foro do domicílio do obreiro ou naquele em que o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário seja facilitado. Partiu-se do pressuposto de que, diante das mudanças ocorridas nas últimas

décadas no plano das relações sociais, a aplicação da literalidade da regra pode significar, em muitos casos, verdadeiro atentado aos direitos fundamentais trabalhistas.

Inicialmente, analisou-se cada princípio constitucional densificado na norma do *caput* do art. 651 da CLT e que condiciona a sua aplicabilidade. Neste diapasão, o princípio da proteção do hipossuficiente ou tuitivo, exemplo maior do dirigismo contratual, manifesta-se nas máximas *in dubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável e prevalência da condição mais benéfica. De igual maneira, o princípio do acesso à justiça deve assegurar a efetiva possibilidade de provocar a atuação do Poder Judiciário e receber dele uma prestação célere, adequada e eficaz, o que somente é viável se houver reunião das condições fáticas indispensáveis e, dentre estas, insere-se a acessibilidade geográfica do foro competente para julgar a demanda proposta.

Em seguida, estudou-se o princípio do juiz natural, que está embasado na dúplici exigência constitucional de pré-constituição do órgão judiciário para conhecimento da causa e delimitação prévia das regras de competência pela legislação em vigor, de modo que a parte litigante não possa escolher o magistrado que julgará a demanda. De igual maneira, o *caput* do art. 651 da CLT densifica também o devido processo legal, sob o viés do contraditório e da ampla defesa, com todos os recursos inerentes, como condição de procedibilidade para restrição dos direitos de outrem.

O último capítulo investiga, especificamente, a possibilidade de afastamento episódico da regra geral de competência territorial para prorrogação no foro do domicílio do obreiro ou em localidade que facilite o acesso à justiça e produção dos meios de prova, quando o foro da prestação dos serviços não coincidir com o atual domicílio.

Inicialmente, construiu-se um panorama do entendimento jurisprudencial das principais cortes trabalhistas brasileiras sobre a matéria, no qual se constatou que, diante do problema apresentado, as decisões adotadas são variadas em fundamento, seja para aplicar a literalidade da regra ou para afastar sua incidência em nome de um princípio específico.

Ainda, sob o viés histórico, constatou-se que a criação de uma modalidade híbrida de competência, no foro da prestação dos serviços, almejou atender aos anseios políticos da década de 1940, principalmente numa época em que os meios de transporte e comunicação eram rudimentares, de modo que o deslocamento das pessoas no território nacional era limitado.

Em seguida, diante da quase inexistência de doutrina sobre a matéria objeto deste trabalho, rebateram-se as principais objeções jurisprudenciais ao reconhecimento da possibilidade de fixação da competência territorial no foro do domicílio do trabalhador, a saber: a ausência de previsão legal expressa, as limitações à aplicação analógica da regra inserida nos demais parágrafos do artigo 651 da CLT e os princípios do devido processo legal, juiz natural e segurança das relações jurídicas, que estão densificados na regra geral.

Por derradeiro, impende destacar que a metodologia utilizada foram as pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, envolvendo, pois, a busca de livros, monografias, artigos publicados em revistas especializadas, jornais e revistas, bem como decisões e acórdãos proferidos pelas principais cortes trabalhistas do país, na tentativa de investigar os fundamentos da decisão interlocutória que acolhe ou não a exceção de incompetência oposta pelo demandado, quando a reclamação trabalhista é ajuizada em local distinto daquele em que ocorreu a prestação dos serviços pelo empregado.

2. DESENVOLVIMENTO

A competência territorial instituída pela Consolidação das Leis do Trabalho, também intitulada competência em razão do lugar (*ratione loci*), é fixada com base na circunscrição geográfica sobre a qual atua o órgão jurisdicional. Nos termos do art. 651, *caput*, da CLT, a ação trabalhista deve ser ajuizada na localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro. Reza o aludido dispositivo:

Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro²³.

Surge, então, o questionamento sobre a norma do art. 651, *caput*, da CLT, se deve ser interpretada como uma regra ou como um princípio jurídico. Segundo Bezerra Leite²⁴, o objetivo do legislador foi ampliar ao máximo a acessibilidade do obreiro ao Poder Judiciário, facilitando a produção dos meios de prova, geralmente testemunhal, sendo que o parâmetro escolhido foi a localidade em que o contrato estiver sendo efetivamente executado, pouco importando o local da celebração. Ademais, tendo havido labor em

²³ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 249.

²⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 282.

vários estabelecimentos em locais distintos, a competência será fixada em razão do derradeiro lugar de execução do contrato.

Não obstante o argumento de facilitação do acesso à justiça pelo empregado, o referido doutrinador entende que deve prevalecer a competência territorial da Vara do Trabalho do local da prestação de serviços, mesmo que não seja a localidade da residência atual do empregado²⁵.

Discordando deste entendimento, Maria Cecília Máximo Teodoro e Marcelo Pedrosa²⁶ asseveram que o art. 651 da CLT deve ser interpretado de maneira progressista, histórica, à luz dos princípios da proteção do hipossuficiente, igualdade substancial, acesso à ordem jurídica justa e efetividade da prestação jurisdicional, de modo que o foro da prestação do serviço nem sempre deverá ser a regra no Processo do Trabalho.

Quanto à natureza jurídica do art. 651, caput, da CLT, a primeira interpretação possível é de que seria um modelo puro de regra, definido por Robert Alexy²⁷ como aquele que considera as normas de direitos fundamentais, por mais que possam ser carentes de integração axiológica, aplicáveis sem qualquer recurso a sopesamentos. *Concessa venia*, esta não é a ótica mais adequada, considerando que, quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se utilizar um modelo intermediário, que combine regras e princípios, sob pena de inviabilizar todo o procedimento interpretativo, como assevera o jurista germânico²⁸.

Poder-se-ia, de igual maneira, dizer que a norma celetista em exame é um princípio jurídico puro, mas não haveria perfeito enquadramento na lógica dos princípios estudada alhures, à luz do pensamento de Robert Alexy²⁹ e Ronald Dworkin³⁰. Isto porque, dentre muitos pontos de distinção, a norma de competência territorial celetista não é um mero

²⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 283.

²⁶ PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes. TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT: o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra*. Revista Legislação do Trabalho. São Paulo, vol. 74, n. 03, mar. 2010, p. 343-345.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 123.

²⁸ Ibidem, p. 135-144.

²⁹ Ibidem, p. 90.

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42-44.

mandamento de otimização, nem institui apenas diretrizes abstratas que se irradiam por todo o sistema.

Há, no art. 651, caput, CLT, uma regra que materializa inúmeros princípios de matriz constitucional. No entanto, Robert Alexy assevera que uma regra não é superada simplesmente porque se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio que deslegitima a sua aplicação, devendo ser superados, também, os princípios que sustentam sua aplicabilidade³¹.

Em verdade, a distinção teórica entre princípios e regras não é absoluta, de modo que existem princípios que foram acoplados em uma regra jurídica e regras, gerais e abstratas, que instituem diretrizes principiológicas. O autor, inclusive, leciona que, quando os princípios passam a se relacionar com os limites do mundo fático e normativo, surge um sistema diferenciado de regras, no qual se verifica um preceito com alto grau de generalidade, embora não seja tecnicamente um princípio³². Aduz ainda que, quando, por meio de uma norma de direito fundamental, é fixada uma determinação relativa às exigências de princípios colidentes, então haverá estabelecimento não somente de um princípio, mas também de uma regra³³.

É verdade que toda regra deve contemplar um princípio, bem como um princípio deve ser dotado de certo grau de regramento e força normativa. Entrementes, os conceitos não são estanques, considerando que as espécies normativas integram um gênero comum.

Assim, é forçoso convir que a norma definidora da competência em razão do local, insculpida no art. 651, caput, da CLT, é uma regra densificadora de princípios, porque materializa, no plano da legislação ordinária, uma série de mandamentos de índole principiológica constitucional. A priori, a norma trabalhista fixa a competência em razão do local da prestação do serviço, definindo os meandros do devido processo legal e o juiz natural, que terá competência para apreciar causas decorrentes da prestação de serviços. Por outra parte, a eleição deste foro específico tem o escopo de facilitar o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário, em virtude de sua vulnerabilidade ser ontologicamente presumida.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

³² *Ibidem*, p. 109.

³³ *Ibidem*, p. 139-140.

Essa situação não poderá ser resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios, nem tampouco com a introdução de uma cláusula de exceção. A colisão entre direitos fundamentais é solvida por meio da técnica de ponderação de interesses, com fulcro nas circunstâncias do caso concreto.

3. DOS PRINCÍPIOS E REGRAS EM CONFLITO NO PROCESSO DO TRABALHO

Como foi dito alhures, o art. 651, *caput*, da CLT, estabelece a regramento geral da competência em razão do lugar (*ratione loci*) na Justiça do Trabalho, aduzindo que a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado em outro local ou no estrangeiro.

Por se tratar de dispositivo instituidor de regra densificadora de princípios constitucionais, quando o obreiro desempregado não mais reside na localidade da prestação dos serviços e almeja demandar a empresa na qual trabalhou, pode-se constatar a existência de vários princípios aparentemente em colisão, a saber: o devido processo legal, o juiz natural, a proteção do hipossuficiente e o acesso à ordem jurídica.

Nos próximos tópicos, então, far-se-á investigação acerca dos princípios colidentes no processo de interpretação do *caput* do artigo retromencionado, na tentativa de apontar as diretrizes a serem consideradas na ponderação de interesses realizada pelo magistrado, quando arguida exceção de incompetência territorial, visando à remessa dos autos ao juízo da localidade de prestação dos serviços.

3.1 Da competência estabelecida pelo art. 651, *caput*, da CLT e seu processamento

Ab initio, é importante destacar que o presente trabalho acadêmico tem por recorte metodológico a norma do *caput* do artigo 651 da CLT³⁴, que estabelece o regramento geral da competência em razão do lugar na Justiça do Trabalho.

³⁴ Art. 651 da CLT: "A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra localidade ou no estrangeiro.

§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

À guisa de informação complementar, assinale-se que o parágrafo primeiro do mesmo artigo pontifica que quando for parte agente ou viajante comercial, a competência será da Vara da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Vara da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

De igual maneira, o parágrafo terceiro aduz que, em havendo realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

Em verdade, entender a natureza da competência instituída pelo art. 651, caput, CLT, é imprescindível para certificação das consequências jurídicas decorrentes. Para tanto, faz-se necessário um breve estudo acerca da diferenciação entre as modalidades de competência.

De acordo com Fredie Didier Júnior³⁵, a jurisdição é uma porque corresponde a uma manifestação do Estado, mas, para que seja administrada, há especialização de diferentes órgãos. Assim, a competência pode ser entendida como a quantidade de jurisdição atribuída a órgão ou grupo de órgãos do Poder Judiciário, para fins de exercício da função estatal de prevenir e compor conflitos, aplicando o direito objetivo ao caso concreto.

A competência é distribuída de acordo com vários critérios: material, funcional, territorial ou em razão do valor da causa. A competência em virtude da matéria é determinada pela natureza da relação jurídica controvertida, contida na causa de pedir, ao passo que a funcional é ditada em razão da função a ser exercida por um determinado órgão jurisdicional. A competência em razão do valor da causa é determinada pelo valor atribuído à demanda. Por outra parte, a competência territorial (*ratione loci*), objeto deste

§ 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispendo em contrário.

§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços."

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 121-122.

trabalho, é a regra que determina a competência em razão de um lugar, elegendo um território em cujo foro a causa será processada³⁶.

Insta salientar que, via de regra, as competências material e funcional são absolutas, ao passo que as competências fixadas em razão do local ou em virtude do valor da causa são classificadas como relativas. Dentre muitas diferenças que poderão ser suscitadas, a competência absoluta foi projetada para atender ao interesse público, devendo ser arguida como preliminar de contestação ou conhecida de ofício pelo magistrado, além de não poder ser alterada em virtude de conexão ou continência.

Por outro lado, a competência relativa é instituída para atender precipuamente ao interesse particular, deve ser arguida via exceção, não é conhecível de ofício pelo juiz, mas pode ser modificada por conexão ou continência, ou prorrogada, se não for oposta exceção³⁷.

Reza o art. 651, *caput*, CLT, que a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro. Trata-se de competência relativa, portanto.

É estabelecida, assim, a regra geral da competência em razão do lugar no Processo do Trabalho, com o desiderato de facilitar o acesso do empregado à Justiça Especializada, na condição de demandante ou demandado, e permitir ampla produção dos meios de prova.

Nesse ínterim, Sérgio Pinto Martins³⁸ leciona que o objetivo da lei foi instituir a competência em uma localidade onde o trabalhador dispusesse de melhores condições para produzir sua prova, que é presumidamente o lugar onde por último trabalhou, bem como não tivesse dispêndios financeiros elevados para ajuizar a demanda. Assevera, ainda, que mesmo se a matéria for unicamente de direito, a reclamação deve ser proposta sempre no último local de prestação de serviços pelo empregado.

³⁶ Ibidem, p. 138-140.

³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 128-129.

³⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132-133.

Mauro Schiavi³⁹, por seu turno, adverte que a finalidade da norma foi facilitar o acesso do trabalhador à Justiça, de modo que a interpretação do artigo 651, *caput*, da CLT, não deve ser literal, mas sim teleológica. Por conseguinte, em determinadas circunstâncias, o domicílio do obreiro poderá ser o foro competente para apreciar a demanda, de modo que eventual exceção de incompetência territorial oposta pela reclamada poderá vir a ser julgada improcedente.

Defende-se que a regra do art. 651, *caput*, da CLT, é densificadora de princípios, de modo que não pode ser interpretada sempre literalmente. A norma jurídica, como gênero, deve ser analisada a partir do sopesamentos das regras e princípios integrantes. Assim, mostra-se razoável que, em determinadas circunstâncias do caso concreto, uma regra possa vir a ser afastada quando sua aplicação possa ocasionar violência direta e literal a um princípio.

A exceção de incompetência relativa é uma espécie de defesa processual que objetiva o reconhecimento da incompetência territorial do juízo para julgar a reclamatória, quando proposta fora da localidade de prestação do serviço. A incompetência em razão do lugar é relativa. Desse modo, quando não for arguida no primeiro momento em que a parte contrária puder falar nos autos, ocorrerá preclusão da matéria, prorrogando-se a competência da Vara em que a demanda foi proposta.

Pontifica o art. 799 da CLT⁴⁰ que, apresentada a exceção de incompetência, o magistrado suspenderá o feito e abrirá vista dos autos ao excepto por 24 (vinte e quatro) horas improrrogáveis. Em seguida, proferirá a decisão na primeira audiência ou sessão que se seguir, acolhendo a exceção, momento em que determinará a remessa dos autos à Vara do Trabalho competente, ou rejeitando-a, quando a instrução do processo retomará seu curso normal.

Não obstante o prazo legal, Mauro Schiavi⁴¹ rememora que, no cotidiano da Justiça do Trabalho, os magistrados costumam decidir a exceção de incompetência territorial na própria audiência em que é arguida, se restar evidente, por meio de prova documental ou

³⁹ SCHIAVI, Mauro. *Manual de processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 261-262.

⁴⁰ Art. 800 da CLT: "Apresentada a exceção de incompetência, abrir-se-á vista dos autos ao exceto, por 24 (vinte e quatro) horas improrrogáveis, devendo a decisão ser proferida na primeira audiência ou sessão que se seguir."

⁴¹ SCHIAVI, Mauro. *Manual de processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 550.

testemunhal produzida pelo excipiente, que o excepto laborou em localidade diversa daquela em que se situa a circunscrição do foro trabalhista.

Ricardo Trajano Valente⁴² ressalta que, em virtude de o Processo do Trabalho não admitir a utilização de recurso em face de decisão interlocutória, criou-se no meio jurídico a opção pelo mandado de segurança como verdadeiro sucedâneo recursal, em caso de acolhimento da exceção de incompetência relativa. Diante do manuseio indiscriminado do *writ*, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula 214⁴³, de modo a admitir, na alínea “c”, o manejo de Recurso Ordinário em face de decisão interlocutória que acolhe exceção de incompetência territorial, com remessa dos autos para Tribunal Regional do Trabalho distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado.

Mauro Schiavi⁴⁴ lembra ainda que, no processo comum, a exceção é processada em apenso aos autos principais, em razão das maiores formalidades exigidas pelo Código de Processo Civil. Todavia, no Processo do Trabalho, em virtude dos princípios da informalidade e concentração dos atos processuais, a jurisprudência tem tolerado que a exceção de incompetência relativa seja apresentada no bojo da contestação.

Em face do exposto, resta patente que o art. 651, *caput*, da CLT, institui uma competência relativa, prorrogável caso não arguida oportunamente pela parte contrária, e instituída para atender precipuamente ao interesse de uma das partes, ou seja, o empregado, em virtude do princípio tuitivo que norteia o sistema jurídico laboral.

Desse modo, a discussão a ser travada nos tópicos posteriores será justamente acerca das limitações principiológicas ao acolhimento da exceção de incompetência relativa, quando houver evidente prejuízo ao princípio da proteção do hipossuficiente e

⁴² VALENTE, Ricardo Trajano. A exceção de incompetência à luz da súmula n. 214 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 73, n. 07, jul. 2009, p. 847-851.

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 214*. Decisão interlocutória. Irrecorribilidade. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.

⁴⁴ SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos das exceções de impedimento, suspeição e incompetência no processo do trabalho à luz da CLT, do TST e do CPC. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 71, n. 11, nov. 2007, p. 1305.

acesso à ordem jurídica, porque o demandante desempregado não mais reside na localidade da prestação dos serviços e intenta reclamar no foro do seu atual domicílio.

3.2 Do princípio da proteção do hipossuficiente

Existem relações jurídicas nas quais os sujeitos pactuantes estão em plena situação de igualdade formal e substancial e, por conseguinte, em uma postura de equivalência contratual. É o que sucede no âmbito do Direito Civil, via de regra. Diante de tais relações, a atuação do Estado deve se pautar unicamente no sentido de não permitir o privilégio espúrio de um contratante em relação ao outro, impedindo-se o enriquecimento sem causa.

Entretantes, quando há notória dessemelhança de oportunidades entre os sujeitos da relação jurídico-contratual, de modo que a isonomia é meramente formal, o Estado deve elaborar mecanismos jurídicos para proteger a parte vulnerável, sob pena de estar compactuando com a opressão econômica do mais forte sobre o mais debilitado.

No Direito do Trabalho, surgiu o princípio da proteção do hipossuficiente, também conhecido como princípio tuitivo ou tutelar, que visa igualar juridicamente empregado e empregador, tendo em vista a hipossuficiência presumida do primeiro e a superioridade econômica ostentada pelo segundo contratante.

Como assevera Luciano Martinez⁴⁵, as limitações impostas ao exercício da autonomia da vontade, no século XIX, constituíram medidas pioneiras na busca pela harmonização das relações jurídicas materialmente desequilibradas porque, na relação de trabalho, essencial ao desenvolvimento do sistema capitalista de produção, não se verifica, no polo operário, o menor vestígio de liberdade para discutir as cláusulas contratuais.

O princípio da proteção do hipossuficiente, pilar fundamental do sistema trabalhista contemporâneo, foi explicado pelo jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, para quem constitui a própria razão de ser do Direito do Trabalho. Afirma que esse ramo do Direito surgiu como consequência do uso inadequado da liberdade de contratar entre pessoas com poderes e capacidades econômicas desiguais, o que conduziu, inexoravelmente, a diferentes formas de exploração. Por conseguinte, o legislador dos países ocidentais, aos poucos, foi repensando a clássica noção de igualdade formal entre as partes, de modo a conceber uma espécie de igualação ficta, substancial, compensando-

⁴⁵ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

se a desigualdade econômica com a outorga de proteção jurídica mais favorável ao trabalhador⁴⁶.

Esclarece o autor que o princípio tuitivo não constitui uma técnica especial de interpretação jurídica, mas um princípio geral de aplicabilidade obrigatória, que inspira todas as normas do Direito do Trabalho. Não se trata, igualmente, de um mero permissivo outorgado ao juiz ou ao patrono para que o interprete livremente, mas de uma norma que deve ser considerada no instante da aplicação da lei ao caso concreto⁴⁷.

Segundo Plá Rodriguez⁴⁸, é amplíssima a diversidade de opiniões doutrinárias sobre as maneiras pelas quais o princípio da proteção do hipossuficiente se manifesta. No entanto, adverte que a multiplicidade de fórmulas expostas na doutrina ocorre pelo fato de haver clara distinção epistemológica entre o princípio genérico e uma de suas formas de aplicabilidade. Assim, considerando o princípio da proteção como um princípio geral, aduz que este se manifesta por meio de três mandamentos distintos: *in dubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável e aplicação da condição mais benéfica.

Assim, por amor à tradição doutrinária nacional, que adotou o viés classificatório de Américo Plá Rodriguez, passar-se-á à análise de cada manifestação do princípio da proteção do hipossuficiente, bem como sua consagração no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1 Regra *in dubio pro operario*

Também denominado *in dubio pro misero*, é o critério segundo o qual, quando uma mesma norma trabalhista puder ser interpretada de diversas maneiras, deve-se preferir a significação mais benéfica ao obreiro.

A regra *in dubio pro operario* se aplica, predominantemente, na interpretação dos negócios jurídicos, tendo em vista que o empregado não foi o responsável pela construção do instrumento contratual, de modo que não poderia ser apenado diante de eventuais

⁴⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. Trad. por Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

⁴⁷ Ibidem, p. 100.

⁴⁸ Ibidem, p. 106-107.

ambiguidades ou contradições que deles possam advir. No entanto, nada impede que a regra em tela seja utilizada, também, na interpretação dos textos legais polissêmicos.

Em sendo o contrato de trabalho espécie de contrato por adesão, visto que as cláusulas são estabelecidas previamente pelo empregador, sem que o obreiro tenha a oportunidade de discuti-las, entende-se correta a aplicação subsidiária da regra do art. 423 do Código Civil⁴⁹, no sentido de que, quando houver no instrumento contratual por adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, optar-se-á pela hermenêutica que mais favoreça ao aderente.

Luciano Martinez⁵⁰, por seu turno, ratifica que a regra *in dubio pro operario* foi projetada para solucionar embates interpretativos dentro de uma mesma norma, seja ela jurídica ou contratual. Pondera ainda que a referida regra não se presta à interpretação da prova produzida em juízo, porque a prova é avaliada pelo magistrado segundo o modelo da persuasão racional e distribuição do ônus probatório.

Cita como emblemática a reclamatória que tramitou perante a 3ª Vara do Trabalho de Camaçari/BA, sob o nº 00209.2006.133.05.00.9. Narra que o empregador confeccionou um termo de rescisão de contrato de trabalho (TRCT), com duas datas indicativas de recebimento das parcelas decorrentes da terminação do contrato de emprego. Diante do impasse quanto à data real do término do vínculo contratual, o magistrado de primeiro grau aplicou o princípio *in dubio pro operario*, entendendo que, se o obreiro não foi responsável pela confecção do termo de rescisão, não poderia ser prejudicado por um erro material ao qual não deu causa, de modo que a interpretação dúbia ou contraditória deve beneficiar o aderente⁵¹.

Impende registrar, por fim, que a aplicação do mecanismo *in dubio pro operario* pressupõe não só a existência de dúvida sobre o alcance hermenêutico da regra legal, mas também que a interpretação adotada esteja em conformidade com a vontade do legislador, sob pena de restar desvirtuada toda a sistemática normativa do ordenamento jurídico.

3.2.2 Regra da norma mais favorável

⁴⁹ Art. 423 do Código Civil: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente."

⁵⁰ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84.

⁵¹ *Ibidem*, p. 83.

A regra protetiva de aplicação da norma mais favorável está embasada no mandamento nuclear segundo o qual, em havendo mais de uma fonte normativa com vigência simultânea, será adotada aquela que mais beneficiar o obreiro.

Nesse sentido, não será aplicada a norma mais elevada dentro de uma hierarquia predeterminada, mas se aplicará, no caso concreto, aquela que for a mais favorável ao trabalhador. Existe, assim, verdadeira quebra aparente da lógica constitucional da hierarquia das fontes, que encontra na pirâmide kelseniana seu paradigma máximo, de modo que o vértice da pirâmide será ocupado não necessariamente pela Constituição da República, mas pela norma jurídica mais favorável ao trabalhador, dentre as diferentes normas em vigor.

Plá Rodriguez⁵² apresenta uma série de critérios a serem observados no ato de verificação da norma mais benigna ao obreiro. Para o jurista uruguaio, a comparação deve observar a norma mais favorável em seu conjunto, conglobadamente, levando em consideração não um trabalhador isoladamente, mas a coletividade trabalhadora interessada. Além disso, a apreciação da norma mais favorável deve ser pautada em critérios objetivos, no caso concreto, fundada na possibilidade de melhoria das condições de trabalho.

Em verdade, o Direito brasileiro conhece inúmeras disposições normativas nas quais o princípio da aplicação da norma mais favorável foi institucionalizado.

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, inseriu em seu texto um rol mínimo de direitos fundamentais trabalhistas, tornando-os irredutíveis por ação do legislador ordinário, do poder constituinte derivado ou da negociação coletiva, salvo as hipóteses da irredutibilidade do salário e da duração de jornada, que poderão ser mitigadas em desfavor do obreiro, sob determinadas condições, através de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Nas demais situações, o bojo de direitos fundamentais trabalhistas não pode ser modificado, exceto quando se destinar à melhoria das condições dos trabalhadores⁵³.

⁵² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 127-128.

⁵³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; [...]

Resta, pois, ratificado o entendimento constitucional de que a norma mais favorável será aplicada ao caso concreto, independentemente da sua localização na pirâmide do ordenamento jurídico.

A CLT também possui inúmeros dispositivos nos quais há adoção expressa do princípio da norma mais benéfica ao trabalhador. Cite-se, por exemplo, o artigo 620⁵⁴, que reza no sentido de que as condições de trabalho estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo. Assim, por não haver hierarquia entre as normas negociadas, opta-se pela aplicação daquela que, em seu conjunto, for mais benigna ao obreiro.

Em suma, o princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador impõe ao hermeneuta que, em havendo pluralidade de normas jurídicas de direito do trabalho vigentes e aplicáveis à mesma situação fática, deva preferir a norma mais vantajosa ao trabalhador, não importando sua natureza ou hierarquia.

3.2.3 Regra da condição mais benéfica

O princípio da manutenção da condição mais benéfica, também intitulado inalterabilidade contratual lesiva, baseia-se no pressuposto de que, em havendo mais de uma norma com vigência sucessiva, a condição anterior já incorporada ao patrimônio jurídico deve ser mantida, se for mais benéfica ao trabalhador.

Plá Rodriguez⁵⁵ assevera que a regra da aplicação da norma mais favorável não se confunde com a da condição mais benéfica, pois a primeira pressupõe a vigência simultânea de duas ou mais normas regulamentando idêntica situação jurídica, ao passo que a última requer sucessão normativa, de modo que haverá, necessariamente, uma norma anterior e uma posterior. Também alerta que a norma mais favorável se diferencia da regra *in dubio pro operario*, por ser mais geral e ter formulação jurídica expressa.

O autor ainda traça os elementos necessários à aplicação da regra da condição mais benéfica. Desta sorte, as condições de trabalho devem ser entendidas em sentido

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

⁵⁴ Art. 620 da CLT: "As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo."

⁵⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 131.

amplo, de modo a englobar não somente as condições de trabalho propriamente ditas, mas também as condições que se concedem no trabalho realizado por conta alheia. Além disso, é imprescindível que a relação de trabalho tenha se originado sob o império da norma antiga, de modo que os trabalhadores admitidos na empresa depois da sucessão normativa não poderão alegar violação de uma condição trabalhista que não conheceram. Por fim, para que haja prevalência da condição mais benigna, entende necessário que tenha se incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador⁵⁶.

Em verdade, o art. 468 da CLT⁵⁷ consubstancia o princípio da prevalência da condição mais benéfica, dispondo que, nos contratos individuais de emprego, a alteração das condições de trabalho é, via de regra, ilícita, a menos que pactuada por mútuo consentimento e não resulte, direta ou indiretamente, em prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade. Há, portanto, proteção ao direito adquirido em relações individuais de emprego.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula nº 51⁵⁸, adotou o entendimento segundo o qual a condição mais vantajosa incorporada ao patrimônio jurídico do obreiro deve se manter incólume em face de alterações normativas, aduzindo que as cláusulas regulamentares que alterem ou revoguem vantagens já deferidas só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou modificação. Assim, a regra da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador se caracteriza como garantia de vedação à alteração contratual lesiva no curso do contrato de trabalho.

3.2.4 Da aplicabilidade do princípio de proteção do hipossuficiente no processo do trabalho

Toda a explanação realizada anteriormente seria inócua, não só com relação ao tema deste trabalho, mas também no que se refere à concretização da igualdade

⁵⁶ Ibidem, p. 133-134.

⁵⁷ Art. 468 da CLT: "Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia."

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 51*. Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

substantial, se o princípio da proteção do hipossuficiente tivesse aplicabilidade restrita ao âmbito do direito material do trabalho.

Portanto, defende-se que o referido princípio deve ser considerado na interpretação da regra geral da competência territorial no processo do trabalho, insculpida no art. 651, caput, CLT, pelas razões a seguir expendidas.

Em um passado não muito remoto, muitas vozes se levantaram para afirmar que o princípio da proteção do hipossuficiente não se aplicava ao processo do trabalho, restringindo-se apenas ao âmbito do direito substantivo, tendo em vista que, na relação jurídico-processual, a isonomia das partes era presumida. Então, se o direito material previsse a vulnerabilidade de algum dos litigantes, esta seria tratada, no direito formal, como mera presunção sobre a relação jurídica discutida, em favor do empregado, o que em nada afetaria a relação processual em si. Nesse sentido, leciona Wilson de Souza Campos Batalha:

No processo vigora o princípio da igualdade das partes. Os princípios *in dubio pro misero* e *in dubio pro reo*, como o símile *in dubio pro fisco*, não prevalecem como princípios de ordem processual. Prevalecem quando se trata de dúvida acerca da relação jurídica que em juízo se discute, mas não constituem exceções ao princípio da igualdade das partes no processo. As inversões de *onus probandi* devem ser consagradas através de presunções, *iuris tantum* ou *hominis*, sem que se altere o equilíbrio das partes do contraditório⁵⁹.

No entanto, sabe-se atualmente que o processo do trabalho não é um fim em si mesmo, mas verdadeiro instrumento de efetivação do direito material. Para entender que o princípio da proteção do hipossuficiente não é instituto privativo do direito material, mas que permeia também o direito formal trabalhista, faz-se imprescindível proceder à análise da evolução do pensamento processualístico na doutrina, desde a fase do imanentismo até o instrumentalismo.

Ricardo de Barros Leonel⁶⁰ assevera que, até o século XIX, predominava a concepção imanentista ou sincretista, segundo a qual o processo funcionaria como mero apêndice do direito material, deste indissociável. O processo não figurava como uma

⁵⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 178.

⁶⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

ciência autônoma. Em verdade, a todo direito correspondia uma ação, de modo que havia evidente sincretismo entre os planos substancial e processual do ordenamento jurídico.

Em seguida, surgiu a fase autonomista, que inaugurou a teoria abstrata do direito de ação, passando o processo a figurar como ciência independente. Houve distinção entre as relações jurídico-processual e jurídico-substancial, de acordo com os sujeitos, pressupostos e objeto envolvidos. Foram formulados grandes estudos teóricos acerca dos institutos da ação, jurisdição, defesa e processo, com o escopo de assegurar a cientificidade do processo⁶¹.

Percebeu-se posteriormente que a técnica processual não pode existir como um fim em si mesmo, mas sim como meio de realização do direito material objeto da prestação jurisdicional. Surge então a fase instrumentalista do processo, preocupada com o acesso à ordem jurídica justa, partindo do pressuposto de que o processo apenas é válido se direcionado ao alcance de resultados que venham a beneficiar o detentor de um interesse juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico⁶².

Em não havendo distinção absoluta entre direito material e processual, óbvio que o princípio protetor se aplica ao processo do trabalho, de modo a criar benefícios para o hipossuficiente, tendo em vista que a sistemática processual celetista parte do pressuposto de que as partes são desiguais sob o viés fático, necessitando o empregado da proteção legal.

Há alguns exemplos emblemáticos da manifestação do princípio protetivo no direito processual do trabalho: apenas o empregador efetua depósito recursal; há recurso por simples petição; a competência territorial é fixada para facilitar o acesso do empregado à justiça; há gratuidade do processo, com dispensa do pagamento de custas; as custas são pagas pelo vencido; a ausência à audiência inaugural pode resultar em arquivamento ou decretação de revelia, se a parte faltosa for o reclamante ou reclamado, respectivamente, dentre outros.

De igual maneira, a Justiça do Trabalho foi idealizada como instrumento de proteção do trabalhador. Em verdade, o legislador celetista criou as regras protecionistas

⁶¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.

⁶² *Ibidem*, p. 21-22.

materiais e processuais de direito do trabalho, atribuindo a uma Justiça Especializada a competência para apreciar lides de tal natureza.

Edilton Meireles e Leonardo Dias Borges⁶³ asseveram, a título de complementação, que o princípio da proteção do hipossuficiente não é exclusivo do direito processual do trabalho. Alegam que, em menor ou maior medida, protege-se o hipossuficiente em diversas relações processuais, como nas demandas consumeristas (quando se assegura ao consumidor a inversão do ônus da prova como mecanismo de proteção do direito material), penais (através da máxima *in dubio pro reo*) ou ainda naquelas que seja parte a Fazenda Pública (prazos em dobro para recorrer, prazo em quádruplo para contestar, execução por precatório, etc.).

Sérgio Pinto Martins⁶⁴ assevera que o princípio protetivo é o verdadeiro mandamento nuclear do processo do trabalho, de modo que, assim como no direito do trabalho as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de polissemia, o mesmo argumento vale para o direito processual do trabalho, que deve ser visualizado como um direito instrumental. Não é o litígio que deve se amoldar às regras processuais, mas sim a estrutura do processo que precisa se adaptar à natureza peculiar da lide trabalhista.

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni⁶⁵ acrescenta que um único tipo de procedimento seria inviável para tutelar todas as situações de direito material. Adverte que o mito da uniformidade procedimental deriva da tentativa de eliminar a influência do direito material sobre o direito processual. No entanto, a ação se desenvolve para chegar ao julgamento do mérito, de modo que a efetividade da prestação jurisdicional depende da capacidade do procedimento para atender ao direito material.

Por fim, Bezerra Leite⁶⁶ leciona que o princípio tutelar é peculiar tanto no direito do trabalho quanto no direito processual do trabalho, como forma de equilibrar a desigualdade existente no plano socioeconômico. Aduz que o princípio da proteção do hipossuficiente constitui a própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para instrumentalizar a realização do direito material trabalhista. Assim, entende

⁶³ MEIRELES, Edilton; BORGES, Leonardo Dias. *Primeiras linhas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 135.

⁶⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41-42.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 224.

⁶⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.81-82.

justo tratar, no processo do trabalho, igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem, como mecanismo de concretização da isonomia substancial.

Na hipótese sub examine, a competência territorial instituída pelo art. 651, *caput*, da CLT, determinada pela circunscrição geográfica sobre a qual atua o órgão jurisdicional, foi projetada para possibilitar o acesso do obreiro à Justiça do Trabalho, sem que, para tanto, fossem necessários dispêndios financeiros exorbitantes.

Com a dinâmica das migrações internas, a regra concebida como protetora pode inviabilizar o acesso à justiça. Exigir do trabalhador despedido o deslocamento para a localidade em que prestou serviços para fins de propositura da reclamatória, em muitos casos, poderá constituir verdadeira afronta, também, ao princípio da proteção do hipossuficiente.

Desse modo, a regra geral do artigo 651, *caput*, da CLT, deve ser interpretada teleologicamente, considerando que uma das partes é hipossuficiente presumida, de modo que o local de prestação de serviços seja a regra de competência no momento em que facilite a produção dos meios de prova.

Defende-se, por conseguinte, com fulcro no exposto e como será melhor discutido e aprofundado nos capítulos posteriores, que quando o foro for inacessível economicamente para o obreiro despedido, a competência poderá ser determinada no juízo do seu atual domicílio.

3.3 Do princípio de acesso à ordem jurídica

O direito de acesso à justiça constitui-se numa das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito. Manifesta-se na inafastável prerrogativa de provocar a atuação do Poder Judiciário e dele receber uma prestação célere, adequada e eficaz.

Na moderna processualística, o acesso à ordem jurídica deixou de ser interpretado apenas no seu aspecto meramente formal, como desdobramento do direito de ação, para adquirir também contornos substanciais, de modo a amparar aquelas pessoas que, em razão da sua condição de vulnerabilidade socioeconômica, não podem arcar com encargos da demanda judiciária, a exemplo de custas processuais, honorários advocatícios e dispêndio com o deslocamento para o foro onde tramita o processo.

Assim, resta evidente que, com o princípio de acesso à ordem jurídica, o Poder Judiciário passa a ocupar um papel de destaque na efetivação dos direitos fundamentais. Em verdade, a Constituição da República, em seu art. 5º, XXXV⁶⁷, delinea o direito de acesso à justiça, por meio da garantia de inafastabilidade da jurisdição, inserindo-o no rol das cláusulas pétreas. Proíbe-se, dessa maneira, que o constituinte reformador ou o legislador infraconstitucional exclua determinadas matérias da apreciação do Poder Judiciário, bem como haja condicionamento à exaustão da esfera administrativa como condição de procedibilidade processual.

Impende ressaltar, no entanto, que a exigência constitucional de esgotamento da esfera administrativa refere-se unicamente a ações relativas à disciplina e às competições desportivas, quando haverá prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do procedimento, para proferimento da decisão⁶⁸.

Todavia, somente dizer que a apreciação judiciária é inafastável não solucionaria o problema do acesso à justiça no país. Por esta razão, a Constituição de 1988 e a legislação infraconstitucional criaram inúmeros mecanismos destinados a possibilitar que os mais vulneráveis da sociedade também pudessem levar seus litígios ao Poder Judiciário.

Dirley da Cunha Júnior⁶⁹ assevera que uma das mais importantes providências adotadas pela Carta de Outubro para efetivação do princípio do acesso à ordem jurídica foi a previsão dos Juizados Especiais, com competência para apreciar causas de pequeno valor e baixa complexidade técnica. Neste diapasão, a simplificação do rito e a própria dispensabilidade do advogado, em algumas situações, seria manifestação do princípio de acesso à justiça, de modo a inexistir qualquer mácula à Constituição.

⁶⁷ Art. 5º da CF: "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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

⁶⁸ Art. 217 da CF: "É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: (...)

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

§ 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final."

⁶⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 672-673.

Em verdade, a Constituição Federal⁷⁰ assegurou que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem hipossuficiência econômica. De igual maneira, institucionalizou a Defensoria Pública⁷¹, que exerce papel fundamental como garantidora do acesso à justiça nas camadas mais vulneráveis da sociedade brasileira.

Mauro Cappelletti⁷² aduz que o conceito de acesso à justiça sofreu amplas transformações nas últimas décadas, especialmente no campo jurídico processual, em razão do reconhecimento de novos direitos fundamentais que extrapolam a órbita da primeira geração clássica. Assinala que a velha teoria dos direitos humanos apontava no sentido de que o acesso à justiça era um direito natural que não necessitava de uma atividade estatal específica para sua proteção. O Estado, por conseguinte, permanecia inerte com relação ao reconhecimento e defesa dos direitos das pessoas em juízo.

Com efeito, na medida em que as sociedades burguesas se expandiram, o conceito de direitos fundamentais passou a sofrer radical câmbio paradigmático, tendo em vista que necessidades humanas assumiam, cada vez mais, feição coletiva, fazendo com que abandonassem a visão individualista dos direitos humanos.

Ressalta Mauro Cappelletti⁷³ que, dentre esses novos direitos fundamentais, insere-se o direito de acesso à ordem jurídica, necessário para tornar efetivos os direitos humanos já proclamados, exigindo-se, por conseguinte, uma atuação positiva estatal, que se materializa numa prestação ativa. Alerta que o acesso efetivo à justiça adquiriu importância maior com o surgimento dos direitos transindividuais, porque as reformas ocorridas no Estado do bem-estar social acabaram por transformar os indivíduos em consumidores, locatários, empregados e cidadãos, quando se verificou que as regras processuais clássicas eram incapazes de solucionar lides decorrentes da violação de tais direitos.

⁷⁰ Art. 5º, LXXIV, da Constituição: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

⁷¹ Art. 134 da Constituição: "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV."

⁷² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 09.

⁷³ *Ibidem*, p. 10-11.

Apesar de o acesso à justiça ter-se incorporado como direito fundamental, na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, muitos obstáculos ainda precisam ser transpostos para sua plena efetividade. Há uma série de situações que inviabilizam o paradigma da paridade de armas na relação processual. A resolução de litígios é, geralmente, muito dispendiosa, pois os litigantes devem arcar financeiramente com honorários advocatícios e custas pelo uso da máquina judiciária. As demandas de menor valor seriam as mais prejudicadas, tendo em vista que, ao final, o dispêndio pode exceder o montante da controvérsia, a ponto de tornar a demanda uma futilidade⁷⁴.

Existem muitos outros problemas que dificultam a paridade de armas na persecução dos direitos individuais por meio do processo judiciário, como assinala o autor. Em muitos países, as partes que buscam uma solução para a lide esperam anos por uma decisão exequível, sendo que os efeitos inflacionários dessa delonga poderão ser irreparáveis. O custo final do processo pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. Ademais, as pessoas que possuem recursos financeiros consideráveis têm vantagens óbvias ao propor ou contestar demandas, porque podem suportar os custos processuais e as delongas do litígio, além de estarem em condições de apresentar seus argumentos jurídicos por meio de advogado mais experiente e qualificado⁷⁵.

O acesso à justiça é um direito que precisa ser assegurado para que o trabalhador efetivamente possa levar sua demanda junto aos órgãos do Poder Judiciário, sem que circunstâncias de ordem econômica ou geográfica possam prejudicá-lo.

3.3.1 Das três ondas de acesso à justiça

Para compreender em que consiste o princípio do acesso à justiça, é preciso fazer uma breve retrospectiva histórica da sua evolução.

Os operadores do Direito, no início do século XX, começaram a perceber que as estruturas judiciárias precisavam ser reformuladas para amenizar os empecilhos do acesso à justiça. Desse modo, Mauro Cappelletti indica a existência três fases, as quais intitula “três ondas do acesso à justiça”, que exprimem, sob o viés cronológico, os anseios por acesso efetivo à ordem jurídica no mundo inteiro.

⁷⁴ Ibidem, p. 15-19.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 20-21.

A primeira fase histórica do acesso à justiça consistiu no oferecimento de assistência judiciária gratuita aos reconhecidamente pobres, nas primeiras décadas do século XX, quando o Estado passou a ressarcir os advogados que a prestassem. No entanto, esse programa governamental não funcionou de forma satisfatória, porque os patronos, principalmente os mais experientes e reconhecidos no mercado da advocacia, acabavam priorizando as atividades particulares ao invés da assistência jurídica gratuita, em virtude de a rentabilidade ser consideravelmente maior⁷⁶.

A “segunda onda de acesso à justiça” adveio em meados do século XX, com o problema da tutela jurisdicional dos interesses difusos, assim chamados os direitos coletivos ou grupais. Verificou-se que a concepção tradicional do processo civil não abarcava a proteção dos direitos transindividuais, porque o processo era visto unicamente como uma relação jurídica entre duas partes, instaurada para fins de entrega da prestação jurisdicional. Por promover reflexões sobre os institutos tradicionais do processo civil, a segunda onda do acesso à justiça modificou substancialmente a concepção de coisa julgada e legitimidade para a causa⁷⁷.

Por fim, a “terceira onda de acesso à justiça” volta sua atenção ao conjunto de instituições e mecanismos utilizados para reprimir ou mesmo prevenir as disputas na sociedade globalizada. Preocupa-se em promover a satisfação do jurisdicionado com a prestação da tutela jurisdicional, a qual deve ser efetiva e adequada a garantir verdadeira proteção jurídica aos direitos lesados ou ameaçados.

A fase contemporânea da instrumentalidade processual propõe que o processo se comprometa com o resultado da demanda, devendo existir, por conseguinte, adaptação do rito procedimental à natureza específica do bem jurídico tutelado⁷⁸. Apesar de Mauro Cappelletti ter delineado as “três ondas do acesso à justiça”, é certo que o movimento se construiu paulatinamente em vários países, com diferentes objetos e perspectivas, desde o início do século XX até a contemporaneidade, razão pela qual resta impossível traçar uma teoria uniforme sobre o princípio em comento.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 31-48.

⁷⁷ Ibidem, p. 49-66.

⁷⁸ Ibidem, p. 67-73.

É verdade que a garantia de acesso à justiça tem o escopo de realizar, no plano processual, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e isonomia substancial. Entretanto, é imprescindível que se aplique o princípio sob comento sem a fragilização das garantias processuais elementares, a exemplo do juiz natural e devido processo legal. É verdade, também, que o acolhimento da exceção de incompetência em razão do local, na hipótese do art. 651, caput, da CLT, pode representar verdadeira negativa de acesso à justiça, quando o obreiro desempregado não mais reside na localidade de prestação de serviços e não dispõe de meios suficientes para deslocamento até o foro competente, como será debatido nos próximos tópicos.

Portanto, considerando que o processo judiciário não é um fim em si mesmo, mas verdadeiro mecanismo de efetivação do direito material, faz-se necessária a releitura principiológica das regras procedimentais, a fim de tornar a justiça mais acessível.

3.3.2 Princípio do acesso à justiça no processo trabalhista

O princípio do acesso à justiça é diretriz normativa basilar do Estado Democrático de Direito, porque garante a qualquer pessoa o direito de provocar o Judiciário para pleitear a satisfação de um interesse violado. Todavia, no processo do trabalho, este princípio ganha contornos ainda mais bem delineados, visto que a hipossuficiência de uma das partes, o empregado, é presumida.

É importante ressaltar que a preocupação com o efetivo acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho possui tamanha dimensão que a Constituição Federal, em seu art. 112⁷⁹, autorizou que a função jurisdicional trabalhista, nas localidades não abrangidas pela jurisdição das Varas do Trabalho, fosse atribuída aos juízes de direito da respectiva comarca, com recursos para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.

A Lei nº 1.060/1950, assegurou ao economicamente necessitado a isenção do pagamento de despesas processuais, em qualquer demanda, desde que, para os fins legais, esteja em situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. No processo do trabalho, o art. 790, §3º, Consolidado⁸⁰ assegurou assistência judiciária gratuita a todo aquele que

⁷⁹ Art. 112 da CF: "A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho."

⁸⁰ Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. [...]

perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual direito ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho, através da Orientação Jurisprudencial nº 304 da Seção de Dissídios Individuais I⁸¹, visando ampliar o acesso do trabalhador à justiça, editou entendimento segundo o qual, para concessão da assistência judiciária gratuita, é exigível unicamente a afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a situação de miserabilidade jurídica.

Insta registrar, a título ilustrativo, que a “segunda onda do acesso à justiça” impulsionou o legislador a editar as Leis nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), e a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que estabeleceram regras procedimentais para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em verdade, é impossível falar em direito fundamental ao trabalho sem que existam órgãos estatais responsáveis pela fiscalização e controle das ilegalidades presentes na relação jurídica. Da mesma forma, considerando a natureza alimentar da verba remuneratória, mostra-se imprescindível a adoção de procedimentos céleres e simplificados na Justiça Especializada.

Gustavo Tenório Accioly⁸² ensina que os direitos fundamentais trabalhistas não podem ser estudados sob o prisma material desconectado de sua versão instrumental e, portanto, do acesso à justiça, porque a inexistência ou insuficiência de órgão adequado,

§ 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

⁸¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n.º 304 da Seção de Dissídios Individuais I*. Honorários advocatícios. Assistência judiciária. Declaração de pobreza. Comprovação. Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica.

⁸² ACCIOLY, Gustavo Tenório. *Direito fundamental ao trabalho e implicações no plano processual: uma abordagem da competência material da Justiça do Trabalho sob a ótica do acesso à justiça*. Revista Legislação do Trabalho. São Paulo, vol. 75, abr. 2011, n. 04, p. 448.

que lhe assegure a efetividade, é o mesmo que outorgar direitos, mas não oferecer meios para exercê-los.

Não haveria lógica, ao garantir o direito à tutela efetiva, se o Estado não assegurasse a proteção dos direitos que poderão ser atingidos. Do contrário, o direito constitucional à tutela efetiva seria inócuo. Assim, cabe ao Estado possibilitar o direito de acesso à Justiça de forma integral, eficiente e eficaz, agindo de modo a impedir todos os atentados a esse direito fundamental, como leciona Edilton Meireles e Leonardo Dias Borges⁸³.

A Carta Magna, ao assegurar o direito de ação, por meio do princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, não se preocupou apenas com seu aspecto formal, garantindo somente o direito de qualquer pessoa ingressar em juízo com uma demanda. Assegura-se, em verdade, o direito de se poder efetivamente ajuizar uma ação, sendo que isto somente é viável se houver reunião das condições fáticas indispensáveis para propositura e, dentre estas, insere-se a acessibilidade geográfica do foro competente, principalmente quando o demandante for indivíduo hipossuficiente, como é o caso do trabalhador que se encontra ocasionalmente desempregado.

A interpretação literal do art. 651, caput, da CLT, da qual resulte acolhimento da exceção de incompetência territorial oposta pela reclamada, com remessa dos autos ao foro do local de prestação do serviço, pode resultar em várias situações nas quais os direitos constitucionais de acesso à jurisdição e efetividade da justiça restarão totalmente menoscabados em seu aspecto substancial.

3.4 Do princípio do juiz natural e a fixação da competência em razão do lugar

O princípio do juiz natural está calcado na dúplici exigência constitucional de pré-constituição do órgão judiciário para julgamento da causa e delimitação prévia das regras de competência pela legislação em vigor. Encontra-se inserido na Constituição da República, em seu art. 5º, XXXVII e LIII⁸⁴, através da vedação ao juízo ou tribunal de exceção

⁸³ MEIRELES, Edilton; BORGES, Leonardo Dias. *Primeiras linhas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 124.

⁸⁴ Art. 5º da CF: "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: [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção. [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente."

e da garantia de que nenhuma pessoa será processada e julgada senão pela autoridade competente.

O referido princípio constitucional precisa ser interpretado em sua completude, de modo a não só vedar-se a instituição juízos ou tribunais de exceção, como também exigir-se obediência às regras de determinação de competência, para que não seja maculada a independência e imparcialidade do julgador, consoante leciona Alexandre de Moraes⁸⁵.

Segundo Alexandre Freitas Câmara⁸⁶, a naturalidade do juízo deve ser entendida como um princípio que possui duas faces, sendo que a primeira se reporta ao órgão jurisdicional, ao passo que a segunda diz respeito à figura do juiz, no que tange ao requisito da imparcialidade. Argumenta que o primeiro critério, o qual intitula “princípio do juiz constitucional”, deriva da proibição constitucional dos juízos de exceção, bem como da regra segundo a qual os processos devem tramitar perante o juízo competente. A outra face do princípio do juiz natural está diretamente relacionada com a pessoa do juiz, que deve ser imparcial, sob pena de retirar a legitimidade de sua decisão.

Divergindo parcialmente deste entendimento, Mauro Schiavi⁸⁷ assevera que a garantia da naturalidade do juízo possui índole tridimensional. Em primeiro plano, significa que não haverá juízo ou tribunal de exceção. Em segundo lugar, garante que todas as pessoas têm direito de submeter suas demandas perante um juízo competente, pré-constituído na forma da lei. Por fim, de acordo com o autor, a terceira dimensão do princípio da naturalidade do juízo aponta que o magistrado competente para julgar a causa deve, ainda, ser imparcial.

Independentemente da classificação doutrinária adotada, conclui-se que o referido princípio surgiu da necessidade de a parte ver o dissídio em que se insere ser julgado por um órgão judiciário previamente designado por lei, sem ingerência dos demais poderes do Estado na atividade jurisdicional e também sem ingerência de determinados órgãos do poder Judiciário nas esferas preestabelecidas a outros.

Além disso, o princípio do juiz natural visa assegurar, no processo, a imparcialidade do julgador. Possibilita-se, destarte, que o magistrado competente aprecie a causa

⁸⁵ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 102.

⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45-48.

⁸⁷ SCHIAVI, Mauro. *Manual de processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 78.

conforme a sua livre convicção, através da persuasão racional e do livre convencimento motivado, independentemente de quais sejam os litigantes ou o objeto da controvérsia. O princípio da naturalidade do juízo protege também o jurisdicionado em face dos arbítrios estatais, porque o atual regime constitucional não admite a designação de magistrados para apreciar uma causa específica ou a criação de órgão judiciário com o escopo de conhecer e julgar fatos pretéritos.

Guilherme Alves de Mello Franco⁸⁸ entende que existem duas regras procedimentais no âmbito trabalhista que agredem frontalmente o princípio do juiz natural. A primeira seria a investidura do juiz de direito nas funções inerentes à jurisdição laboral, nas localidades não abrangidas pela jurisdição das Varas do Trabalho, conforme explanado no tópico anterior. A segunda hipótese, de acordo com o autor, seria a competência da Justiça Especializada para executar, de ofício, as parcelas de origem previdenciária, na forma do art. 114, VIII, da Carta Política de 1988⁸⁹, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Com a devida vênia, ousa-se discordar da opinião do autor, porque, em ambos os casos, o juízo competente foi determinado previamente pela norma jurídica. Além disso, em se tratando da investidura do juiz de direito nas funções trabalhistas, há delegação de atribuição para prática dos atos processuais e não de competência, visto que eventuais recursos contra a decisão serão julgados pelo Tribunal Regional do Trabalho da circunscrição, e não pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado. De igual maneira, a regra que permite a execução *ex officio* das contribuições previdenciárias tem aplicação imediata aos processos em curso, não alcançando, todavia, os atos processuais praticados antes de sua vigência.

Embora o princípio do juiz natural assegure a imparcialidade da pessoa do magistrado, isto não significa garantia de neutralidade axiológica. É certo que não há juiz neutro, fechado a qualquer influência de ordem subjetiva ou ideológica exógena.

Em verdade, a imparcialidade que se busca no processo, como consequência do princípio do juiz natural, revela-se como exigência de o magistrado não se comprometer

⁸⁸ FRANCO, Guilherme Alves de Mello. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 36.

⁸⁹ Art. 114 da CF: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]"

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir."

subjetivamente com uma das partes, de modo que possa aplicar o direito objetivo ao caso concreto segundo o livre convencimento motivado.

Pontifica Gomes Canotilho⁹⁰ que o princípio da imparcialidade, como manifestação do princípio do juiz natural, pressupõe a exigência de que os magistrados não sejam parte nas demandas submetidas à sua apreciação. Esta exigência de terciariedade justifica a obrigação de o juiz se considerar impedido no caso de existir qualquer ligação a uma das partes no processo, bem como ser recusado em virtude de suspeição.

É certo que o princípio na naturalidade do juízo pressupõe a existência de um órgão jurisdicional prévio e legalmente estabelecido para apreciação da lide. Assim, como corolário do devido processo legal, é plenamente aplicável para fins de determinação da competência no processo do trabalho.

De acordo com o art. 651, *caput*, da CLT, a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra localidade ou no estrangeiro.

Argumenta-se que a fixação da competência no foro do domicílio do obreiro, quando este não mais residir na localidade da prestação do serviço, violaria o princípio do juiz natural, porque existe regra de competência expressa, na CLT, no sentido de que a demanda deva ser proposta na localidade da prestação do serviço.

Ademais, se houvesse tal permissivo, a parte demandante teria a faculdade de escolher livremente o magistrado que julgará o processo, em qualquer foro judiciário do país, restando menoscabado, por via reflexa, também, a garantia de imparcialidade do magistrado⁹¹.

É importante assinalar que o juiz natural é um princípio inserido na Constituição da República, assim como são o direito de acesso à justiça e a presunção de hipossuficiência do trabalhador. Não é possível, portanto, interpretar literalmente o artigo retromencionado em qualquer hipótese, considerando que existem princípios

⁹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 665.

⁹¹ PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes. TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT: o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra*. Revista Legislação do Trabalho. São Paulo, vol. 74, n. 03, mar. 2010, p. 343-345.

constitucionais em colisão, sendo necessário, em verdade, traçar as diretrizes para a realização do sopesamentos de interesses.

3.5. Do devido processo legal e a determinação de competência territorial

O princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988⁹², exige a abertura de regular processo, administrativo ou judicial, no qual seja possibilitado às partes o contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos inerentes, como condição de procedibilidade para restrição dos direitos de outrem.

A aplicação do conceito de devido processo legal é baseada nas limitações constitucionais, expressas ou implícitas, à atividade dos poderes estatais, mas nada impede que também se aplique às relações jurídicas privadas, como ensina Fredie Didier Júnior⁹³.

O rito procedimental legalmente instituído deve ser cumprido para que seja possível a restrição de direitos de uma das partes. Assim, garante-se que o processo seja distribuído a um juiz imparcial, que as partes possam apresentar provas em audiência e que, ao final, seja prolatada uma decisão judicial fundamentada, de modo a possibilitar o manejo dos recursos em direito admitidos, caso uma das partes se sinta prejudicada.

O devido processo legal tem suas origens na *Magna Charta Libertarum* do monarca João Sem-Terra, editada em 1215, como tentativa de limitar os poderes da realeza britânica e assegurar prerrogativas aos nobres. O art. 39 da Magna Carta, no século XIII, referiu-se à aplicação da lei do país (*Law of the land*), embora não houvesse utilizado expressamente a locução “devido processo legal”. A referida expressão somente foi inaugurada em 1354, sob a fórmula “*due process of law*”, em instrumento normativo editado no reinado de Eduardo III, como leciona Mauro Schiavi⁹⁴.

Como adverte Dirley da Cunha Júnior⁹⁵, o princípio do devido processo legal surgiu expressamente no Brasil com a Constituição de 1988, malgrado estivesse implícito nos

⁹² Art. 5º da CF: “ 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 : [...]”

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

⁹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.50.

⁹⁴ SCHIAVI, Mauro. *Manual de processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 80.

⁹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 676-677.

regimes jurídicos anteriores. Segundo o autor, o princípio deve ser interpretado sob o aspecto formal, como mero cumprimento de um rito procedimental, e também sob a ótica material ou substantiva, exigindo-se proporcionalidade e razoabilidade nas decisões restritivas de direitos.

Manoel Jorge e Silva Neto⁹⁶ leciona que o devido processo legal pode ser entendido na acepção genérica, a qual se biparte em material e processual. O devido processo legal, no sentido genérico, tutela os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Na acepção material ou substancial, o princípio tem o sentido de reconhecer os direitos fundamentais e sua proteção pela via judicial ou administrativa. No sentido processual, o devido processo legal significa atribuição de diversas garantias na relação jurídico-processual.

Pelo princípio do devido processo legal, o autor tem o direito de postular sua pretensão em juízo e o demandado tem direito a apresentar defesa, valendo-se dos instrumentos processuais previstos em lei, não podendo ser surpreendidos pela arbitrariedade do julgador. Em verdade, é possível afirmar que o devido processo legal, como um princípio constitucional de amplo valor axiológico, dita as “regras do jogo”, visto que dele derivam outros princípios fundamentais, a exemplo do contraditório, ampla defesa e juiz natural.

Diz-se, assim, que a flexibilização da regra de competência territorial na Justiça do Trabalho afrontaria o devido processo legal, na medida em que as demandas poderiam ser propostas em qualquer foro judiciário do país, gerando uma situação de instabilidade jurídica para a empresa reclamada. Ademais, considerando a natureza peculiar do processo do trabalho, o contraditório e ampla defesa poderiam restar prejudicados, de modo a dar ensejo a uma verdadeira “indústria de julgamentos à revelia” no país⁹⁷.

Resta evidente que a regra instituidora de competência do art. 651, *caput*, da CLT, materializa os princípios constitucionais do devido processo legal, juiz natural, proteção do hipossuficiente e acesso à justiça, pelas razões já expendidas nos tópicos anteriores.

⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 675.

⁹⁷ PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes. TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT: o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra*. Revista Legislação do Trabalho. São Paulo, vol. 74, n. 03, mar. 2010, p. 343-345.

Considerando não haver hierarquia normativa entre princípios, não se poderia, em abstrato, apontar a prevalência de um sobre o outro.

No caso concreto, quando se verificar que o valor axiológico de um princípio é desproporcional ao do outro, de modo que a aplicação da literalidade da lei resulte em verdadeira negativa de prestação jurisdicional para uma das partes, cogita-se a possibilidade de superação da regra em prol de um princípio, por meio da técnica de ponderação de interesses.

No próximo item será feita análise da regra do art. 651, *caput*, da CLT, confrontando-a com os princípios constitucionais colidentes, de maneira que, em circunstâncias excepcionalíssimas, avalie-se a possibilidade de fixação da competência não em virtude do local de prestação do serviço, mas no domicílio atual do trabalhador.

Para tanto, considerando a escassez de doutrina sobre o tema objeto deste trabalho acadêmico, faz-se imprescindível o acompanhamento dos principais julgados proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho, de modo que seja possível traçar um panorama jurisprudencial do entendimento majoritário e tecer eventuais críticas acerca da interpretação adotada.

4. NOVA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA DO ARTIGO 651, *CAPUT*, DA CLT

Como demonstrado nos capítulos anteriores, o artigo 651, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, determina o parâmetro geral da competência em razão do lugar (*ratione loci*) na Justiça do Trabalho. Todavia, não se trata de regra jurídica pura, desprovida de qualquer carga axiológica ou supedâneo principiológico.

Concluiu-se, destarte, que a norma do *caput* do artigo 651 da CLT encerra uma regra densificadora de princípios constitucionais, porque traz em seu bojo, na legislação ordinária, a determinação do juízo competente para apreciar e processar a causa, os meandros do devido processo legal e a possibilidade do efetivo acesso à ordem jurídica, de modo a implementar, também, por via direta, o princípio da proteção do hipossuficiente.

Verifica-se que o tema objeto deste trabalho é pouco recorrente na doutrina nacional, limitando-se a infrequentes comentários nos manuais acadêmicos de Direito Processual do Trabalho e alguns artigos científicos. No entanto, em virtude da vedação ao exercício jurisdicional do *non liquet*, a Justiça do Trabalho, incumbida da função de dizer o direito, tem reconhecido distintas interpretações ao artigo retromencionado, pelas óticas

literal, analógica e teleológica, quando oferecida exceção de incompetência territorial no processo individual, para acolher ou rejeitar a referida espécie de defesa.

Assim, inicialmente, é imprescindível traçar um panorama crítico do entendimento jurisprudencial das principais cortes trabalhistas brasileiras sobre a matéria. Logo em seguida, com fulcro na teoria da ponderação de interesses de Robert Alexy e na teoria dos princípios de Ronald Dworkin, intentar-se-á construir um arcabouço argumentativo capaz de apontar os direcionamentos para solucionar esta querela processual.

4.1 Dos entendimentos jurisprudenciais acerca da exceção de incompetência em razão do lugar no Processo do Trabalho

Tem sido variada a interpretação das Cortes Trabalhistas brasileiras acerca da regra insculpida no *caput* do artigo 651 da CLT, especialmente em virtude das circunstâncias fáticas peculiares ao caso concreto. Verifica-se o manejo de três técnicas hermenêuticas: literal, analógica e teleológica.

4.1.1 Da interpretação literal do caput do artigo 651 da CLT

A primeira interpretação adotada é aquela pautada na premissa de que a norma do *caput* do artigo 651 da CLT é uma regra jurídica pura, não suscetível de sopesamentos, sendo a competência das Varas do Trabalho determinada pela localidade onde o empregado prestar serviços ao empregador, ainda que o contrato haja sido celebrado em outro lugar ou até mesmo no estrangeiro. É o que se verifica no aresto a seguir transcrito:

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. APLICAÇÃO DO ARTIGO 651 DA CLT. A competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra localidade ou no estrangeiro.⁹⁸

No processo apresentado, o reclamante, residente na microrregião de Guanambi, sudoeste da Bahia, foi arrematado pelo preposto da reclamada e conduzido para a cidade da prestação dos serviços, no interior do Estado de São Paulo, onde assinou o contrato de trabalho, retornando ao término da safra. A reclamatória foi proposta no foro

⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo nº RO-0000109-85.2011.5.05.0641*. Desembargadora Relatora: Lea Reis Nunes de Albuquerque; Órgão julgador: 3ª Turma; Recorrente: Alessandro Francisco da Silva; Recorrido: Clealco Açúcar e Álcool S.A.; Data de publicação: DJU de 06.02.2012.

do domicílio do reclamante, tendo o reclamado apresentado exceção de incompetência territorial. O magistrado *a quo* acolheu a exceção, determinando a remessa dos autos ao Tribunal competente, sob o argumento de que a eleição da Vara do Trabalho de Guanambi na hipótese dos autos não tinha o escopo permitir o acesso à Justiça, mas afastava o Juiz natural da causa e dificultava a ampla defesa da parte contrária, com o necessário deslocamento de seus representantes e advogados, em franca violação do direito ao devido processo legal. Em seguida, foi interposto Recurso Ordinário contra a decisão, cujo provimento foi negado.

Com a devida vênia, entende-se que a decisão prolatada pelo magistrado de primeiro grau e ratificada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região violou o direito de ação, garantido a todos pela Constituição Federal, em seu capítulo dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. O fato de a ação trabalhista ser proposta em foro distinto daquele em que o serviço foi prestado não macula o princípio do juiz natural, porque a competência é relativa e pode ser prorrogada caso a exceção seja julgada improcedente ou não venha a ser oferecida pelo reclamado.

Parece evidente que o deslocamento dos representantes e advogados da empresa até a Vara do Trabalho de Guanambi/BA, onde tramitou a reclamação trabalhista, seria muito menos dispendioso que exigir do reclamante, hipossuficiente e desempregado, a transferência para outro Estado da Federação, a fim de provocar a atuação do Poder Judiciário. Ademais, se o reclamado, por meio de prepostos, teve condições de se deslocar até o Estado da Bahia para arregimentar trabalhadores, é contraditório conceber, em momento posterior, a impossibilidade de deslocamento para fins de defesa na reclamatória proposta.

O entendimento de que a norma do *caput* do artigo 651 da CLT deve ser interpretada em sua literalidade também foi esposado nos julgados a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. A Corte Regional, ao acolher o pedido formulado pelo reclamado, de incompetência relativa da Vara do Trabalho de Curitiba, determinando a remessa dos autos à Vara do Trabalho de Campinas, não violou os princípios da celeridade e economia processual estabelecidos no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; ao contrário, foi observada a exigência contida no artigo 651 da CLT, que fixa a competência da Vara do Trabalho pelo local da prestação de serviços. Arestos

inservíveis, à luz da Súmula nº 23 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.⁹⁹

COMPETÊNCIA TERRITORIAL. FORO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS X FORO DO DOMICÍLIO DO TRABALHADOR. 1. A regra geral de competência territorial tem residência no art. 651, *caput*, da CLT e se estabelece prioritariamente em razão do lugar da prestação de serviços. O foro do domicílio do trabalhador constitui exceção contida no §1º do dispositivo citado, sendo aplicável apenas ao agente ou viajante comercial. 2. O município escolhido pelo empregado após a rescisão do contrato não atrai a incidência de nenhuma regra de competência territorial trabalhista.¹⁰⁰

A literalidade do *caput* do artigo 651 da CLT não parece ser a melhor alternativa hermenêutica, visto que o objetivo da norma celetista é permitir que as partes possam levar, efetivamente, suas demandas à Justiça do Trabalho. Assim, quando o domicílio do obreiro desempregado não coincide com a localidade da prestação dos serviços, o acolhimento da exceção de incompetência relativa, com remessa dos autos a outro Tribunal Regional do Trabalho, pode resultar em verdadeira negativa de acesso à Justiça. De igual maneira, como será desdobrado nos tópicos seguintes, não se pode falar em violação do princípio do juiz natural, visto que a competência é relativa e se sujeita à prorrogação.

4.1.2 Da aplicação analógica dos parágrafos do artigo 651 da CLT

Situados numa corrente intermediária, por reconhecerem que o *caput* do artigo 651 da CLT, que estabelece o regramento geral da competência *ratione loci* na Justiça do Trabalho, não abarca todas as situações da praxe trabalhista, alguns tribunais passaram a utilizar a possibilidade de aplicação analógica dos parágrafos do referido artigo, que regulam a situação do agente ou viajante comercial e dos empregadores que realizam atividades fora do local de celebração do contrato, de modo a permitir que a demanda

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº AI-RR- 1646-25.2010.5.09.0000*. Ministro Relator: Pedro Paulo Manus; Órgão julgador: 7ª Turma; Agravante: Maurício Villarinho; Agravados: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil e Banco do Brasil S.A; Data de publicação: DEJT de 04.05.2012.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Processo nº RO 77200-32.2009.5.10.0821*. Desembargador Relator: André R. P. V. Damasceno; Órgão julgador: 1ª Turma; Recorrente: Gerolino Rodrigues Vieira; Recorrido: Marcelino Gomes de Brito; Data de publicação: DEJT de 16.03.2011.

seja também proposta na localidade em que a empresa tiver agência ou filial ou no foro da celebração do contrato.

É importante rememorar que o parágrafo primeiro do artigo 651 da CLT pontifica que, quando for parte agente ou viajante comercial, a competência será da Vara da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Vara da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima. Por seu turno, o parágrafo terceiro aduz que, em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.¹⁰¹

Verifica-se a aplicação da hermenêutica analógica no aresto a seguir transcrito, pois a regra geral foi afastada, com aplicação subsidiária da norma inculpada no parágrafo terceiro do artigo 651 da CLT, por ser mais favorável ao obreiro, permitindo a propositura da ação no local da celebração do contrato ou da execução do serviço, embora o empregador não fosse propriamente uma empresa que promove a realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, mas um grupo econômico:

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. Aplica-se a exceção prevista no §3º quando o empregado for contratado em uma localidade e prestar serviço em outra, haja vista que lhe é facultado optar pelo foro da celebração do contrato ou da execução do serviço.¹⁰²

¹⁰¹ Art. 651 da CLT: "A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima. [...]

§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços."

¹⁰² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo nº RO nº 0107800-66.2007.5.05.0038*. Desembargadora Relatora Marama Carneiro; Órgão julgador: 1ª Turma; Recorrente: Valter Santana Santos Junior; Recorridos: Viação Aérea Rio-grandense Varig S.A. e VEM – Manutenção e Engenharia S/A; Data de publicação: DJE de 11.02.2008.

No caso em análise, o reclamante, residente na cidade de Salvador/BA, insurgiu-se contra a decisão de primeiro grau que, acolhendo exceção de incompetência em razão do lugar, determinou a remessa dos autos para uma das Varas do Trabalho de Belém/PA. O obreiro foi admitido por uma empresa, na primeira cidade, para exercer a função de almoxarife, sendo tempos depois transferido para a capital paraense, onde passou a trabalhar para outra sociedade empresária integrante do mesmo grupo econômico.

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região reconheceu a unicidade contratual, porque a prestação de serviços ocorreu a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico. Entendeu assim que, não obstante tivesse sido transferido para Belém/PA, local onde trabalhou até a despedida, a Vara do Trabalho de Salvador, local da contratação, era competente para processar o presente feito, em virtude de a aplicação analógica do parágrafo terceiro do artigo 651 da CLT ser benéfica ao trabalhador.

Na jurisprudência, há entendimento de que os parágrafos do artigo 651 da CLT poderão ser aplicados analogicamente ao *caput*, em especial, nos casos de arregimentação de mão de obra, labor por cidadão estrangeiro e prestação de trabalho em empresas multinacionais ou integrantes do mesmo grupo econômico. A explicação é muito simples: ajuizar a demanda no local da contratação, em regra, não importa qualquer prejuízo ao devido processo legal, visto que muito possivelmente ali se encontra instalada uma filial ou representante da empresa demandada, além de permitir o acesso do obreiro à justiça.

É o que foi acolhido nos seguintes julgados:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EMPREGADO ESTRANGEIRO QUE PRESTOU SERVIÇOS NO BRASIL. FACULDADE PREVISTA NO ART. 651, §3º, DA CLT. LOCAL DA CONTRATAÇÃO OU DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. Discute-se a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar Reclamação Trabalhista ajuizada por empregado estrangeiro que prestou serviços no Brasil. O *caput* do art. 651 da CLT estabelece que a competência é determinada pela localidade em que o empregado prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro. O §3º do mesmo art. 651, por seu turno, faculta ao empregado eleger o foro onde promoverá a ação trabalhista: "Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação

dos respectivos serviços." É inegável, portanto, que o Autor, ao ajuizar a ação perante a Justiça brasileira, exerceu faculdade amparada pelo preceito legal, exurgindo a competência do Judiciário Trabalhista nacional para conhecer e julgar a Reclamação.¹⁰³

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. AÇÃO PROPOSTA NO LOCAL DE CELEBRAÇÃO DO CONTRATO OU ARREGIMENTAÇÃO DA MÃO DE OBRA. POSSIBILIDADE. Malgrado o local da prestação dos serviços seja, em regra, o elemento definidor da competência territorial do juízo em que se dará o ajuizamento de reclamação trabalhista (*caput* do artigo 651 da CLT), é possível que esta seja proposta no foro da celebração do contrato de trabalho ou da arregimentação da mão de obra em se tratando de empregador que realize as suas atividades fora desses locais (§3º do artigo 651 consolidado), como representação do direito de livre acesso ao Judiciário.¹⁰⁴

Flexibilizar a norma e permitir, por analogia, que a demanda seja proposta no foro da celebração do contrato, como visto nos casos retromencionados, representa um grande avanço para o Direito, visto que, na literalidade da norma celetista, o foro da celebração do ajuste contratual somente seria competente se o empregador desenvolvesse suas atividades em locais incertos, transitórios ou eventuais, como ressalta Sérgio Pinto Martins¹⁰⁵.

É importante gizar que, em todos os casos apresentados, encontra-se arraigada a concepção de que o local da contratação deve coincidir com a localidade em que se instala alguma filial ou representação da empresa demandada, para que seja facilitado o exercício do contraditório e ampla defesa.

4.1.3 Da fixação da competência no juízo do domicílio do obreiro

¹⁰³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº RR nº 478490-12.1998.5.01.5555*. Ministro Relator: João Oreste Dalazen; Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais; Recorrente: Ibéria Líneas Aéreas de España S.A; Recorrido: Hector Alejandro Naidich; Data de publicação: DJE de 21.06.2002.

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo nº RO nº 0000218-36.2010.5.05.0641*. Desembargador Relator: Alcino Barbosa de Felízola Soares; Órgão julgador: 4ª Turma; Recorrente: José Carlos de Oliveira Fernandes Neto; Recorrido: Hygino Lima do Nascimento; Data de publicação: DJE de 16.02.2011.

¹⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 132.

Como será discorrido de forma mais ampla nos tópicos a seguir, a jurisprudência brasileira encontra barreira tríplice para o reconhecimento da competência territorial no juízo do domicílio do trabalhador.

Em primeiro lugar, existe a limitação do legalismo, porque o *caput* do artigo 651 da CLT, ao fixar a regra geral, assevera que o local da prestação dos serviços é competente para propositura da demanda de responsabilização, tanto do empregado em face do empregador quanto do empregador em face do empregado.

Por outra parte, como visto anteriormente, a jurisprudência vem admitindo, em casos singulares, a possibilidade de interpretação analógica para reconhecimento da competência no foro da filial ou agência da empresa a que o empregado estiver subordinado ou no local da contratação, com fulcro nos parágrafos primeiro e terceiro do retromencionado artigo, que tratam, respectivamente, da situação do agente comercial e do empregador que realiza atividades fora do lugar do contrato de trabalho. A analogia tem sido feita nas hipóteses de arrematação de mão de obra, labor por cidadão estrangeiro e prestação de trabalho em empresas multinacionais ou integrantes do mesmo grupo econômico. Contudo, reside, na interpretação analógica, uma segunda limitação ao reconhecimento da competência no domicílio do obreiro, visto que a única possibilidade está no caso do equiparado ao agente ou viajante comercial que não se encontre subordinado a nenhuma agência ou filial.

O terceiro limitativo ao reconhecimento da competência no foro do domicílio do trabalhador apresentado pela doutrina mais tradicional são os princípios do devido processo legal e juiz natural, determinantes da competência, que se encontram inseridos na regra do artigo 651 da CLT.

No entanto, a análise histórica da legislação celetista evidencia seu desiderato protecionista, de modo que a referida regra também engloba o princípio da proteção do hipossuficiente e acesso à justiça, como foi demonstrado nos capítulos anteriores.

A interpretação analógica mostra-se inviável, destarte, para atingir tal escopo porque, considerando que o *caput* do artigo 651 da CLT traduz uma regra densificadora de princípios, a ponderação de interesses parece ser o método mais adequado para avaliação da possibilidade de fixação da competência no foro do domicílio do obreiro.

A jurisprudência mais vanguardista do Tribunal Superior do Trabalho tem acolhido, em casos excepcionais, a propositura da reclamatória trabalhista no foro do domicílio do obreiro, como se verifica no aresto a seguir transcrito:

RECURSO DE REVISTA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. DOMICÍLIO DO EMPREGADO. Este Tribunal tem posicionamento reiterado de ser competente para o julgamento da demanda o foro do domicílio do reclamante, em observância aos princípios da proteção ao trabalhador e do acesso à Justiça. Nesse passo, afasta-se a declaração de incompetência em razão do lugar, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem, para que prossiga ao exame da presente reclamatória trabalhista, como entender de direito. Recurso de revista conhecido e provido.¹⁰⁶

No processo em análise, verifica-se que, em sede de audiência preliminar na Vara do Trabalho de Apucarana/PR, a parte demandada ofereceu exceção de incompetência territorial, asseverando que competente para apreciar o feito seria o local onde o reclamante foi contratado e prestou serviços, ou seja, a cidade de Horizonte, no Estado do Ceará, onde está localizada, também, a sede da empresa.

Em manifestação, o excepto admitiu ter sido contratado e prestado serviços no Estado do Ceará, mas alegou que a Vara do Trabalho de Apucarana é competente para apreciar e julgar o processo, diante do princípio da proteção ao hipossuficiente e acesso à justiça, visto que atualmente reside nesta cidade. Asseverou que não possui condições de se deslocar até o local da prestação de serviços para a propositura da demanda, ao passo que as empresas reclamadas detêm grande poderio econômico e estão, dessa maneira, em plenas condições de se dirigirem ao juízo paranaense.

O magistrado de primeiro grau entendeu que, uma vez reconhecido pelo próprio excepto que a contratação se deu na cidade de Horizonte, no Ceará, sendo que a prestação de serviços também ocorreu naquele município, deveria incidir a regra geral do artigo 651 da legislação celetista, com o acolhimento da exceção apresentada.

Em sede de Recurso Ordinário, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região ratificou o entendimento do juízo *a quo*. Concluiu que a hipossuficiência do autor não teria o condão de afastar as regras de competência previstas para o processamento da ação,

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº RR 2611-90.2011.5.09.0089*. Desembargadora Relatora: Dora Maria da Costa; Órgão julgador: 8ª Turma; Recorrente: Solimar Bueno de Souza; Recorrido: A C Rodrigues Indústria Comércio e Serviços Ltda e outros (4); Data de publicação: DJE de 12.04.2013.

sob pena de macular a segurança jurídica necessária para a adequada prestação jurisdicional.

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, entendeu que o foro do domicílio do reclamante é competente para julgamento da demanda, em observância aos princípios da proteção ao obreiro e do acesso à justiça. Nesse íterim, afastou a declaração de incompetência em razão do lugar, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, para prosseguimento do exame da reclamatória trabalhista.

Verifica-se, desse modo, que a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho foi pautada na técnica de sopesamentos de interesses, de modo a afastar episodicamente os princípios do devido processo legal e segurança jurídica para concretização do acesso à ordem jurídica. Entendeu-se que, no caso concreto, a fixação da competência territorial nos estritos moldes do *caput* do artigo 651 da CLT não atenderia aos ditames da adequação, proporcionalidade em sentido estrito e necessidade, de modo a ocasionar danos de proporções ainda maiores aos direitos fundamentais trabalhistas.

Os acórdãos cujas ementas foram transcritas a seguir adotaram a mesma corrente de inteligência:

MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM LOCAL DIVERSO DA CONTRATAÇÃO. DIFICULDADE DE ACESSO À JUSTIÇA. EXCEÇÃO À REGRA DO ART. 651, *CAPUT*, DA CLT. Nos termos do art. 651, *caput*, do texto consolidado, a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra localidade. Todavia, verificando o magistrado que tal regra, se aplicada, dificultaria sobremaneira o acesso do obreiro à justiça, diante da dificuldade de deslocamento à localidade da prestação, faz-se necessária a sua mitigação, de forma a reconhecer a competência do foro do domicílio do autor para apreciar o feito. Assim, não padece de ilegalidade a decisão que, levando em conta a situação econômica do trabalhador, afasta a aplicação do dispositivo alhures mencionado, vez que compatível

com os fins sociais do Direito, nos termos do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Segurança não concedida.¹⁰⁷

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. O art. 651 da CLT deve ser interpretado em conformidade com o princípio protecionista, de modo a facilitar o acesso do trabalhador à justiça. Nesse quadro, irrelevante que todas as recorrentes, ressalvado o excepto, tenham domicílio no estado de São Paulo. E é inconsistente o argumento recursal de facilitação da prova, uma vez que essa tese é destinada à proteção do hipossuficiente na relação jurídica processual. Recurso a que se nega provimento.¹⁰⁸

Vê-se que, malgrado haja regra expressa na CLT definindo a competência em razão do lugar na Justiça do Trabalho, os juristas mais vocacionados à efetivação dos princípios já perceberam que os novos ditames das relações de emprego e o aumento do fluxo de pessoas no território nacional em busca de trabalho limitam o âmbito da sua aplicabilidade.

Nos tópicos a seguir, então, será travada uma discussão acerca dos vetores axiológicos que legitimam e deslegitimam a superação da regra insculpida no *caput* do artigo 651 da legislação celetista para fixação da competência territorial no foro do domicílio do obreiro. Em havendo conclusão de que a regra poderá ser afastada em prol de determinados princípios, passar-se-á imediatamente à discussão das circunstâncias fáticas e jurídicas que autorizam a adoção desta técnica interpretativa.

4.2 Interpretação do artigo 651, *caput*, da CLT à luz da evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil

De nada adianta interpretar as normas de direito material trabalhista em conformidade com a Constituição da República se as normas de direito adjetivo ficarem presas à mentalidade exegética dos códigos liberais. Seria como outorgar direitos aos empregados, mas impedir o seu pleno gozo e exercício.

Sabe-se que a Consolidação das Leis do Trabalho foi aprovada em 01.05.1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.452/1943, e sancionada pelo então Presidente da República,

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Processo nº MS 00383-2007-000-16-00-3. Desembargador Relator: Américo Bedê Freire. Impetrante: Hidráulica Elétrica e Manutenção LTDA. Impetrado Juiz Titular da Vara do Trabalho de Pinheiro. DJE: 24/04/2008.

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº RO 0131500-04.2009.5.02.0291. Desembargador Relator: Sérgio Roberto Rodrigues. Recorrente: IBERCOR Papeis e Embalagens LTDA. Recorrido: Evaldo Ferreira da Silva Gradim. DOE 13/01/2012.

Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo, com o escopo de reunir e unificar toda a toda legislação trabalhista então vigente no país. Buscou-se, assim, um ponto de equilíbrio entre os interesses dos empregadores e os anseios da classe proletária.

Entretanto, apesar dos inquestionáveis avanços no regimento das relações de trabalho, a justificativa do presente estudo reside na constatação de que as normas protecionistas do Direito do Trabalho, inseridas na redação original da CLT e nas reformas legislativas ocorridas posteriormente, nem sempre se coadunaram com as novas necessidades e tendências das relações trabalhistas da contemporaneidade.

As fontes materiais da CLT foram as convenções internacionais de trabalho assinadas pelo Brasil, a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e a *Carta del Lavoro*, de Benito Mussolini. Portanto, um dos maiores fundamentos da legislação celetista está na influência da Doutrina Social da Igreja Católica, que incentivava a intervenção do Estado nas relações de emprego, a função social do trabalho e a dignidade da pessoa humana¹⁰⁹.

Importante ressaltar que a CLT pouco refletiu os movimentos sociais que eclodiram no início do século XX, porque foi produto de um modelo governamental autoritário criado para, ao mesmo tempo, atender aos anseios do proletariado e manter incólume a estrutura política e econômica do país. Assim, a Consolidação não se originou de um movimento político ascendente, de baixo para cima, mas de uma conjuntura descendente, organizada de cima para baixo. Talvez por esta razão seja muito rígida no trato de algumas situações, porque não foi conquistada, mas estabelecida sem a devida discussão democrática¹¹⁰.

O advento da CLT ocorreu em um momento histórico marcado pela precariedade dos meios de comunicação, quando as notícias chegavam às pessoas através do rádio, já que a televisão somente apareceu no Brasil na década de 1950. Os meios de transporte da época eram igualmente rudimentares e vagarosos, de maneira que o deslocamento do obreiro no território nacional era limitado pelas condições físicas e geográficas impostas¹¹¹.

¹⁰⁹ PELICIONI, Claudete Inês. Evolução do direito do trabalho no Brasil: a era Vargas. *Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília, ano XXX, n. 1465, fev. 2013, p. 1465-1467.

¹¹⁰ Ibidem, p. 1458.

¹¹¹ LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência relativa: geração de violação de direito fundamental. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 74, n. 11, nov. 2010, p. 1288.

Nesse contexto, motivado pela crise econômica de 1929 e pela Segunda Guerra Mundial, o Brasil iniciou seu processo de industrialização, especialmente na Região Sudeste, o que desencadeou as migrações internas para o centro econômico do país.

A norma jurídica do *caput* do artigo 651 da CLT, que criou um tipo anômalo de competência, não foi inserida sem justo motivo, mas com a intenção de dar uma resposta à situação sociocultural reinante na época. O trabalhador, diante do panorama histórico, não encontrava facilidade para se locomover continuamente na busca por emprego em outras localidades do país. Por conseguinte, diante da escassez dos meios de transporte, a relação de trabalho fora do município de domicílio praticamente não se concretizava, dando azo a que o domicílio e o local de prestação dos serviços quase sempre coincidissem no mesmo âmbito territorial¹¹².

O objetivo legal era voltado para a proteção do trabalhador, possibilitando o ajuizamento da ação trabalhista no local em que residia, ainda que a sociedade empresária mudasse sua sede ou filial para outro município ou Estado da federação. Isto porque o Brasil vivia, naquele momento histórico, sob constantes crises econômicas e inflacionárias, o que fazia com que algumas empresas mudassem constantemente de endereço em busca de melhores meios de produção e mercado consumidor¹¹³.

Gustavo Tenório Accioly pontifica que:

Se a Justiça do Trabalho foi concebida, em seus primórdios, para garantir uma maior efetividade aos reclamos advindos de uma relação tão cara à sociedade, que é a trabalhista, com o intuito de melhor atender os embates travados a partir da luta incessante entre capital e trabalho, deve, atualmente, o intérprete adotar uma visão expansiva deste ideal, abarcando em seu seio o julgamento das causas que tragam reflexos diretos ou indiretos nesta relação. É dever do intérprete evoluir na medida em que se evolui a sociedade trabalhadora, sob pena de se relegar ao oblívio a razão de ser do próprio Direito do Trabalho, ou seja, a proteção do trabalhador. O próprio legislador constituinte percebeu que a relação trabalhista é demasiadamente complexa e mutável, e que as demandas não se cingem ao aspecto do vínculo empregatício, mas todas aquelas

¹¹² Ibidem, p. 1289.

¹¹³ Ibidem, p. 1288.

oriundas da relação de trabalho, e portanto, relacionadas ao direito fundamental ao trabalho¹¹⁴.

A CLT foi elaborada na década de 1940 e a interpretação literal do *caput* do artigo 651 parece não acompanhar a evolução das relações trabalhistas, bem como o processo de intensificação de suas próprias fragilidades. As empresas modernas, especialmente as multinacionais, aproveitando-se das inovações tecnológicas, encontram facilidade para recrutamento de empregados em qualquer ponto do país para exercício das atividades nas mais diferentes localidades. Quando ocorre a extinção do contrato de trabalho, o empregado muda de domicílio e vê-se impossibilitado de exercer o direito de ação perante a hermenêutica tradicional, porque a regra geral da competência *ratione loci* assevera que a reclamatória será proposta no foro da prestação dos serviços.

Zygmunt Bauman¹¹⁵, renomado sociólogo polonês, assevera que a sociedade contemporânea alterou a própria concepção de tempo e espaço, de modo que as relações humanas deixaram de ser tangíveis, porque a “modernidade líquida”, como ele a denomina, tornou voláteis os institutos tradicionais. Assim como a matéria em estado líquido apresenta formas variáveis, a sociedade moderna se encontra em um contínuo estágio de transformações, de maneira que a aplicabilidade dos institutos pretéritos precisa ser moldada à nova realidade fática, sob pena violação da lógica evolutiva social.

É inegável que o *caput* do artigo 651 da CLT inovou a ordem jurídica ao estabelecer uma modalidade híbrida de competência, em razão do foro da prestação dos serviços, ao invés de ser em virtude do domicílio da parte ré, como sempre ocorreu no processo civil clássico. Contudo, em 1943, o foro da prestação das atividades laborais atendia aos anseios da política varguista, na medida em que possibilitava a ambas as partes levar a contenda trabalhista à apreciação do Poder Judiciário. Assim, em virtude dos fatos sociais e econômicos que se sucederam ao longo de mais de meio século, a norma celetista precisa se adaptar à nova realidade social, de modo a efetivamente cumprir seu desiderato de proteger o hipossuficiente e possibilitar o acesso à justiça.

¹¹⁴ ACCIOLY, Gustavo Tenório. Direito fundamental ao trabalho e implicações no plano processual: uma abordagem da competência material da Justiça do Trabalho sob a ótica do acesso à justiça. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 75, abr. 2011, n. 04, p. 449.

¹¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. por Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 127-129.

Então, em virtude das considerações explanadas, conclui-se que a interpretação literal do referido dispositivo legal não observa a evolução da sociedade, de modo a manter a ordem jurídica em sintonia com a ordem social. Resta patente que o jurista deve utilizar as interpretações histórica, sistemática e teleológica para fixação da competência territorial, além de sopesar, no caso concreto, os direitos e garantias fundamentais que se encontram em conflito, como será discutido no tópico a seguir.

4.3 Das principais objeções ao reconhecimento da competência territorial no foro do domicílio do obreiro

A jurisprudência brasileira reconhece três barreiras para fixação da competência territorial no foro do domicílio do trabalhador, ao tempo do ajuizamento da reclamatória: a ausência de previsão legal expressa, as limitações à aplicação analógica da regra inserida nos demais parágrafos do artigo 651 da CLT e os princípios do devido processo legal, juiz natural e segurança das relações jurídicas, que estão densificados na regra geral. Cada uma destes fundamentos será analisado de per si, para melhor compreensão do seu alcance e possibilidade de seu afastamento no caso concreto.

4.3.1 Da ausência de previsão manifesta na Consolidação das Leis do Trabalho

O *caput* do artigo 651 da CLT é expresso ao afirmar que o foro do local da prestação dos serviços é competente para propositura da demanda trabalhista, não havendo, portanto, qualquer lacuna legislativa. A despeito desta circunstância, o dispositivo precisa ser interpretado de acordo com os princípios que o fundamentam e o momento histórico em que foi elaborado.

Dirley da Cunha Júnior¹¹⁶ pontifica que, na contemporaneidade, o juiz deixa de ser um mero coparticipante do processo de criação do direito, passando a desempenhar, por meio da interpretação constitucional, uma atividade de atualização do ordenamento jurídico. Aduz que a politização é resultado da independência e criatividade do magistrado, mas isto não significa que o Poder Judiciário se tornou parcial, apartado da lei e substituto da política. Em verdade, o juiz-político continua imparcial e vinculado à Constituição da República, porque a politização decorre tão somente do aumento das possibilidades de escolhas e decisão, numa sociedade altamente complexa.

¹¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 193-195.

Sérgio Pinto Martins¹¹⁷, para quem o Direito Processual do Trabalho, em específico, apenas conhece o princípio da proteção do hipossuficiente, afirma que princípio é onde começa algo, sendo a origem, a razão de ser da norma jurídica. Então, assim como no Direito do Trabalho as normas são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida, no Direito Processual do Trabalho também vale o princípio tuitivo, porém analisado sob a ótica do direito instrumental.

Sabe-se que regra do *caput* artigo 651 integra a redação originária da legislação celetista, momento em que o governo de Getúlio Vargas buscou um modelo de norma trabalhista que atendesse, ao mesmo tempo, aos anseios das classes proletária e empresarial. Não é por outra razão que Vargas foi apelidado “pai dos pobres e mãe dos ricos”. A massa de trabalhadores apareceu como pano de fundo da política. Como ressalta Maria Celina de Araújo¹¹⁸, o governo varguista conservava o cunho tradicional do antigo paternalismo coronelista, ao mesmo tempo em que buscava a reaproximação com os velhos aliados da Revolução de 1930.

A fixação da competência no foro da localidade de prestação dos serviços ao empregador, naquele momento histórico, atendia a todos os princípios processuais e constitucionais, já que determinava o juízo competente para apreciar a causa, fixava os meandros do devido processo legal, permitia que ambas as partes pudessem efetivamente ter acesso à ordem jurídica e protegia o trabalhador, na medida em que eventual insucesso na atividade econômica não era motivo plausível para modificação das regras competência.

Originalmente, o *caput* do artigo 651 operava a densificação de princípios que atendiam aos anseios das classes operária e empresarial. Não obstante, com a modernização do sistema de transporte e comunicação, as empresas passaram a encontrar facilidade na arregimentação de trabalhadores em qualquer ponto do Brasil para exercício de atividades nas mais diferentes regiões. Ademais, tornou-se comum laborar para determinada empresa, sendo que, após a despedida, opta-se pelo trânsito para outra localidade do país.

Imagine-se a seguinte hipótese ilustrativa: um indivíduo, residente na cidade de Juazeiro/BA, foi contratado para trabalhar numa indústria na cidade de São José do Rio

¹¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37-41.

¹¹⁸ ARAÚJO, Maria Celina de. *As instituições brasileiras da era Vargas*. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 1999, p. 33.

Preto/SP. Cinco anos depois, ao ser despedido sem justa causa, retorna à Bahia e contrata um advogado, com o objetivo de reclamar as verbas trabalhistas não adimplidas. A ação é proposta no foro do domicílio do obreiro então desempregado, mas, na audiência inaugural, a empresa demandada opõe exceção de incompetência, que é acolhida pelo magistrado *a quo* e ratificada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

A decisão interlocutória retromencionada atendeu plenamente ao comando da regra, mas se olvidou de analisar os princípios que se encontram ali densificados. Resta patente que, em tais hipóteses fáticas, a interpretação literal do *caput* do artigo 651 apenas contempla os princípios do devido processo legal e juiz natural, já que a lógica da proteção do hipossuficiente e a facilitação de acesso à justiça perdeu a própria razão de ser.

A interpretação literal da norma em estudo parece não mais atender às finalidades almejadas à época da promulgação da CLT. Então, resta evidente ser mais adequada a utilização da hermenêutica histórica e teleológica, com o intuito de ponderar os direitos e garantias fundamentais que se encontram em conflito.

4.3.2 Da inviabilidade da aplicação analógica dos parágrafos do artigo 651 da CLT

Como visto nos tópicos anteriores, muitos magistrados perceberam a deficiência da regra geral da competência em razão do lugar e passaram a admitir a aplicação analógica do regramento dos parágrafos primeiro e terceiro do artigo 651 da CLT, que regulam a situação do agente ou viajante comercial e dos empregadores que realizam atividades fora do local de celebração do contrato, respectivamente, de maneira a admitir que a reclamatória fosse proposta na localidade em que a empresa tivesse agência ou filial, ou no foro da celebração do contrato.

A interpretação adotada elastece a regra padrão e permite que a ação seja proposta no foro da celebração do contrato ou na localidade em que a empresa possuir agência ou filial a que o empregado esteja subordinado, embora o obreiro não seja propriamente um agente ou viajante comercial, nem se trate de um empregador que realiza atividades fora do lugar do contrato, como visto na jurisprudência colacionada.

Neste diapasão, assinale-se que, pela via analógica, o reconhecimento da competência no foro domicílio do obreiro, ou na localidade mais próxima, somente será possível no caso do equiparado a agente ou viajante comercial que não se encontre subordinado a nenhuma agência ou filial da sociedade empresária.

É importante ressaltar que o artigo quarto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pontifica que, em sendo a lei omissa, o juiz estará autorizado a decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito¹¹⁹. Então, embora louvável a iniciativa jurisprudencial, o *caput* do artigo 651 da CLT não é omissa, mas inconstitucional, se for aplicado sem consonância com a realidade fática e principiológica, donde se infere que a analogia não é o método hermenêutico mais adequado para integração da norma jurídica em comento.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹²⁰ diferenciam a interpretação analógica da interpretação extensiva da norma, dizendo que, na analogia, diante da inexistência de lei disciplinadora da matéria levada ao conhecimento do Poder Judiciário, o magistrado aplicará ao caso concreto a norma jurídica prevista para uma situação fática semelhante, dada a identidade de razões ou de finalidade. Já na hermenêutica extensiva, existe a legislação aplicável ao caso concreto, mas o jurista busca ampliar o seu alcance, realizando uma interpretação menos literal, através dos princípios veiculados pela norma.

A tarefa de atualizar os textos normativos fica a cargo dos intérpretes, dos operadores do direito e dos próprios destinatários da norma, como assinala Peter Häberle¹²¹, que propõe uma virada hermenêutica, permitindo que os próprios autores sociais influam na formação final da norma, aproximando o texto legal da realidade fática.

Com a devida vênia aos julgados que adotaram a linha de inteligência analógica, entende-se que, em não havendo hipótese de omissão legislativa no trato da competência em razão do lugar, resta prejudicado o manejo da analogia para aplicação dos parágrafos do artigo 651, que regulamentam situações de trabalho especiais.

4.3.3 Da violação do princípio do juiz natural e imparcialidade do julgador

Argumenta-se que a relativização da regra de competência territorial do *caput* do artigo 651 da CLT violaria o princípio constitucional do juiz natural, pois já existe previsão expressa de competência, além de autorizar que a parte demandante escolha o foro onde

¹¹⁹ Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42): "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 11. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

¹²¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, pág. 13.

os magistrados estão mais inclinados a uma corrente de interpretação que lhe seja mais favorável, menoscabando, assim, por via reflexa, a imparcialidade do julgamento.

Assim, apresentada a exceção de incompetência pelo demandado na audiência inaugural, o magistrado suspenderá o feito e abrirá vista dos autos ao excepto por 24 (vinte e quatro) horas improrrogáveis. Em seguida, proferirá a decisão na primeira audiência ou sessão que se seguir, acolhendo a exceção, momento em que determinará a remessa dos autos à Vara do Trabalho do local da prestação dos serviços ou, rejeitando-a, determinará o prosseguimento do feito, com a prorrogação da competência no foro onde a demanda foi proposta.

A competência traçada pelo *caput* do artigo 651 da CLT é relativa, admitindo prorrogação caso seja proposta a reclamatória em outro foro trabalhista que não coincida com o local da prestação dos serviços e o reclamado não argua a exceção de incompetência no tempo oportuno, ou ainda quando a exceção de incompetência relativa for declarada improcedente. Importante assinalar que não cabe qualquer recurso imediato da decisão que julga improcedente a exceção de incompetência, em homenagem ao princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, característico do Processo do Trabalho.

Assinala José Cairo Júnior¹²² que, como consequência da prorrogabilidade, a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício pelo magistrado do trabalho, necessitando da manifestação expressa da parte demandada quando da realização da audiência inaugural. De igual maneira, ressalta que no Processo do Trabalho é inaplicável a regra da modificação prévia da competência pela manifestação de vontade dos litigantes, pois seria muito fácil para a empresa obter do empregado a manifestação de vontade, no instante da contratação, no sentido de eleger um foro da conveniência patronal, implicando a renúncia do empregado em promover eventual reclamação no foro da prestação dos serviços.

É sabido que o princípio do juiz natural consiste na garantia constitucional de delimitação prévia das regras de competência pela legislação em vigor e a pré-constituição do órgão judiciário para julgamento da causa, vez que não se admite a determinação de um juízo *ex post facto* ou *ad personam*.

¹²² CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 158.

É equivocada a arguição de mácula ao princípio do juiz natural quando a ação não é proposta no foro da prestação dos serviços ou quando o magistrado não acolhe a exceção de incompetência apresentada pelo demandado, de modo a suceder o fenômeno processual da prorrogação de competência, porque se trata de competência relativa, dotada de prorrogabilidade, instituída em favor do interesse das partes.

O doutrinador Nelson Nery Júnior¹²³ leciona que a competência relativa não viola o princípio do juiz natural, porque foi previamente estabelecida na lei processual e não se direciona a uma pessoa específica, podendo ser objeto de prorrogação em caso de inércia do demandado em deixar de arguí-la por meio de exceção de incompetência no tempo oportuno ou na hipótese de improcedência da exceção apresentada. Trata-se de competência instituída em prol do interesse das partes, não sendo, por conseguinte, preceito de ordem pública. Adverte ainda que, no Direito Processual Civil, os foros de eleição, se contratados dentro dos parâmetros legais, versando apenas sobre matéria de competência relativa, não ofendem o princípio do juiz natural, o que não ocorre no sistema jurídico laboral.

Maria Cecília Máximo Teodoro e Marcelo Pedrosa¹²⁴ também adotam a mesma linha de intelecção, aduzindo que não se pode falar em ofensa ao princípio do juiz natural, porque a competência em razão do lugar é relativa, baseada nos critérios de organização burocrática do Judiciário. Ademais, segundo os autores, a rejeição da exceção de incompetência não compromete a imparcialidade do magistrado, que apreciará a demanda de acordo com as provas produzidas. Ademais, não se estará diante de um tribunal de exceção, já que a Justiça do Trabalho é o órgão do Poder Judiciário competente para dirimir a demanda, não havendo, por conseguinte, usurpação de competência. Assim, para os referidos juristas, o ajuizamento da ação no foro do domicílio do obreiro não se incompatibiliza com a norma constitucional que consagra o juiz natural como direito fundamental.

¹²³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68-69.

¹²⁴ PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes; TEODORO, Maria Cecília Máximo. Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT: o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 74, n. 03, mar. 2010, p. 345.

Manoel Hermes de Lima¹²⁵, tratando o acesso à justiça como um direito fundamental dotado de instrumentalidade, assevera que a arguição de incompetência relativa provocada pela empresa, na maioria das vezes, tem o desiderato de lesar o patrimônio do trabalhador, porque o empregador tem a ciência de que o obreiro não dispõe de condições financeiras suficientes para arcar com o deslocamento para outra cidade ou Estado da federação a fim de propor a demanda reparatória, nos moldes do *caput* do artigo 651 da CLT.

Desse modo, o acolhimento da exceção de incompetência, com a remessa dos autos à Vara do Trabalho da localidade da prestação dos serviços, seria suficiente para o empregador se livrar, indiretamente, do pagamento da indenização devida ao antigo empregado e, com isso, aumentar ilicitamente seu patrimônio em detrimento do daquele¹²⁶.

Conclui-se, destarte, que o ajuizamento da reclamação trabalhista no foro do domicílio do obreiro não viola o princípio do juiz natural quanto ao aspecto objetivo, que se reporta ao órgão jurisdicional, porque não foi instituído nenhum juízo de exceção, nem houve mácula à regra segundo a qual os processos devem tramitar perante o juízo competente, porque a competência traçada pelo *caput* do artigo 651 da legislação celetista é relativa, ditada em razão do território (*ratione loci*), e pode ser determinada por prorrogação.

Alegam os defensores da teoria tradicional que a permissão para que o autor ajuíze a reclamação no foro do seu domicílio poderia fragilizar o princípio do juiz natural sob a ótica subjetiva, que está diretamente relacionada com a pessoa do magistrado, e que poderia deslegitimar a decisão. Argumenta-se que o reclamante seria autorizado a escolher o foro judiciário do país no qual houvesse magistrados inclinados à aceitação de determinada tese jurídica que lhe fosse favorável, por exemplo.

É importante assinalar, todavia, quão falacioso é este argumento processual, visto que o controle da imparcialidade do magistrado não se opera por meio da exceção de incompetência relativa, mas através de mecanismos processuais próprios, quais sejam, as exceções de suspeição e impedimento. Assim, se há hipóteses de impedimento ou suspeição, mesmo que a ação seja ajuizada no foro do domicílio do obreiro, não existe

¹²⁵ LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência relativa: geração de violação de direito fundamental. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 74, n. 11, nov. 2010, p. 1290-1291.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 1290-1291.

qualquer impeditivo para que a empresa ofereça a exceção correspondente, no tempo oportuno.

Em verdade, como já assinalado nos capítulos anteriores, apesar de o princípio do juiz natural assegurar a imparcialidade da pessoa do magistrado, isto nunca significou garantia de neutralidade axiológica. Não existe ser humano neutro, adverso a qualquer influência ideológica externa. A imparcialidade traduz-se como exigência de que o magistrado não se comprometa subjetivamente com nenhuma das partes, de modo que possa vir a aplicar o direito objetivo ao caso concreto segundo o livre convencimento motivado.

Ademais, como é consabido, quando o obreiro ajuíza a reclamatória no foro do seu domicílio não há escolha do magistrado que julgará a causa, mas mera eleição do foro onde o processo tramitará. Em caso de o posicionamento do juízo ser contrário aos interesses da empresa, poderá fazer uso dos recursos admitidos em direito para correção do julgado, após o término da prática dos atos processuais em primeiro grau de jurisdição.

4.3.4 Da violação do devido processo legal e segurança das relações jurídicas

O devido processo legal é um princípio de índole constitucional que assegura às partes o direito de postular pretensão em juízo, referente a lesão ou ameaça a direito, e apresentar defesa no tempo legalmente oportunizado, valendo-se dos mecanismos processuais previstos no ordenamento jurídico, não podendo ser surpreendidas pela arbitrariedade do julgador.

Alega-se que a permissão para que o obreiro demande no foro do seu domicílio afronta o devido processo legal, na medida em que as reclamações poderiam ser ajuizadas em qualquer foro judiciário do país, gerando uma situação de insegurança jurídica para a reclamada. Ademais, considerando as peculiaridades da citação no processo do trabalho, o contraditório e ampla defesa poderiam restar menoscabados, de modo a dar ensejo a uma verdadeira “indústria de julgamentos à revelia” no país.

Ab initio, é importante lembrar que o devido processo legal é um princípio de índole constitucional, assim como a garantia de imparcialidade do juiz e o acesso à ordem jurídica. Existindo colisão entre estes direitos, não poderá haver declaração de invalidade de um dos princípios, nem tampouco a introdução de uma cláusula de exceção. O choque entre princípios é solvido basicamente pela técnica da ponderação de interesses, por meio

da qual, no caso concreto, avalia-se a prevalência episódica de um princípio em relação a outro com ele cotejado.

Luiz Fernando Dória Júnior¹²⁷ argumenta que, excepcionalmente, quando demonstrado que o trabalhador não possui condições econômicas para custear as despesas elementares para se locomover até o local da prestação dos serviços, implicando real impedimento de acesso à justiça, o devido processo legal pode ser relativizado para fixação da competência no foro do seu domicílio.

Roberto Silva¹²⁸ entende que se o empregado demanda em local diverso daquele da prestação do serviço, assume o risco de não conseguir provar o alegado, não subsistindo razões para que o juiz do trabalho acolha eventual exceção de incompetência, porque esta decisão vulneraria o sentido teleológico do *caput* do artigo 651 da CLT, além de criar uma situação que deixa o empregado, presumido hipossuficiente, impedido de obter a prestação jurisdicional do Estado.

Por sua vez, Maria Cecília Máximo Teodoro e Marcelo Pedrosa¹²⁹ adotam uma corrente de pensamento ainda mais radical, asseverando que a prorrogação da competência no foro do domicílio do autor não compromete a produção dos meios de prova, nem limita o magistrado de conhecer a realidade dos fatos levados à sua apreciação.

Como foi discutido anteriormente, as regras da CLT que disciplinam a competência em razão do lugar encontram-se obsoletas e inadequadas à realidade trabalhista da contemporaneidade, em virtude da ampliação do trânsito de pessoas no território nacional e do aparecimento das empresas multinacionais e de arregimentação de mão de obra. Contudo, as normas permanecem válidas no ordenamento, apesar da inércia do legislador.

Em realidade, não se pode negar a existência de certa violação ao devido processo legal formal, tanto no caso de ajuizamento de ação no foro do domicílio do obreiro quanto na hipótese de decisão que rejeita a exceção de incompetência territorial posteriormente

¹²⁷ DÓRIA JÚNIOR, Luiz Fernando. *Breves apontamentos acerca da competência em razão do lugar na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22263/breves-apontamentos-acerca-da-competencia-em-razao-do-lugar-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 26 mai. 2013.

¹²⁸ SILVA, Roberto. *Empregado hipossuficiente e o ajuizamento da reclamação trabalhista*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5183/empregado-hipossuficiente-e-o-ajuizamento-da-reclamacao-trabalhista>>. Acesso em: 26 mai. 2013.

¹²⁹ PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes; TEODORO, Maria Cecília Máximo. Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT: o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 74, n. 03, mar. 2010, p. 345.

ajuizada. Malgrado a regra do *caput* do artigo 651 da CLT esteja, em certa medida, em confronto com preceitos constitucionais, permanece formalmente válida e representa, no mínimo, um certo grau de segurança jurídica para o demandado, pois do contrário seria possível haver propositura de demandas em qualquer foro judiciário do país.

Por outra parte, sob a ótica do princípio da proteção do hipossuficiente, exigir o deslocamento do obreiro desempregado até o local da prestação dos serviços para fins da propositura da demanda é muito mais gravoso que requerer o trânsito do empregador ou preposto até o foro do domicílio do obreiro. Enquanto no segundo caso a superação da regra representaria um mero aborrecimento, no primeiro exemplo, a aplicação literal do *caput* do artigo 651 da CLT poderia significar negativa de acesso à justiça. Ademais, se a empresa é agraciada com os benefícios financeiros da atividade econômica, deve assumir também o ônus do pagamento das verbas trabalhistas.

No Estado Democrático de Direito, a lei é uma garantia mínima de estabilidade nas relações jurídicas, porque define previamente as “regras do jogo”. Se há modificação da regra no curso da relação jurídica, as partes ficarão à mercê dos acontecimentos, desprovidas da segurança jurídica. Todavia, o fato de a regra ser formalmente válida não impede que o juiz afaste a sua incidência, com a devida motivação, e seja prorrogada a competência para o foro do domicílio do obreiro, como será melhor discutido no tópico a seguir.

Autorizar o ajuizamento da reclamatória no foro do domicílio do obreiro, como forma de enaltecer o direito de acesso à justiça, requer também que sejam repensados outros institutos de Direito Processual do Trabalho.

Apenas a título ilustrativo, a oitiva de testemunhas e a realização de exames periciais no local das atividades, para constatação de labor em condições insalubres ou perigosas, poderiam ser requisitadas por carta precatória, por haver perfeita compatibilidade com a regra do Código de Processo Civil, devendo o processo ficar suspenso, vez que a sentença de mérito não pode ser proferida senão depois de realizada a prova requisitada ao juízo deprecado.

A realidade fática tem mostrado que, na maioria dos casos, há contratação de grupo de pessoas residentes em uma mesma localidade e não apenas um indivíduo isoladamente. Assim, é imperioso rememorar que, em havendo arregimentação de vários trabalhadores da mesma localidade, restaria facilitada, também, a produção de prova

testemunhal em juízo, sem que pudesse ser arguida a parcialidade das testemunhas, já que o simples fato de a testemunha estar litigando ou haver litigado contra o mesmo empregador não a torna suspeita, como aduz a Súmula nº 357 do Tribunal Superior do Trabalho¹³⁰.

Como as empresas que arrematam a mão de obra, em sua grande maioria, são de médio e grande porte, a prova do labor de horas extraordinárias não pagas também seria facilitada pela inversão do ônus de prova consagrada no entendimento jurisprudencial da Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho¹³¹.

Assim, o legislador celetista, ao arquitetar a redação do *caput* do artigo 651 da CLT, definindo a regra geral da competência no foro da prestação dos serviços, não se ateve a uma construção jurídica capaz de adaptar o referido artigo às condições sociais futuras, proferindo um texto legal que se limitou à realidade política da época.

É evidente que o comando do *caput* do artigo 651 da CLT pode ser superado se, no caso concreto, os princípios ali densificados estiverem em desequilíbrio de hierarquia axiológica, de modo a impedir que o trabalhador tenha acesso à Justiça do Trabalho. Faz-se necessária, todavia, não somente a ponderação de interesses, mas também a adaptação do procedimento trabalhista à realidade dos bem jurídicos que se deseja tutelar, como demonstrado anteriormente.

5. CONCLUSÃO

O positivismo clássico reduziu a Ciência do Direito à concepção de regras, impedindo o exercício de qualquer faculdade que não fosse outorgada expressamente pelo ordenamento jurídico. Por outra parte, na era do Pós-Positivismo, o rigorismo tradicional foi relativizado, porque os princípios ingressaram no ordenamento como parte integrante do gênero norma jurídica, ao lado das regras.

¹³⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 357*. Testemunha. Ação contra a mesma reclamada. Suspeição. Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador.

¹³¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 338*. Jornada de trabalho. Registro. Ônus da prova. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

Os princípios possuem a dimensão da importância, o que não se sucede com as regras, que são aplicadas à moda do “tudo ou nada”. Quando há colisão entre princípios, aquele que vai resolver o embate deve levar em conta a força relativa de cada um.¹³²

No caso *sub examine*, a norma de competência insculpida no *caput* do artigo 651 da CLT é uma regra, porque traz em seu bojo o comando descritivo que regula uma situação específica da vida humana, ao mesmo tempo em que possui natureza principiológica, porque densifica, no âmbito da legislação ordinária, os princípios do devido processo legal e imparcialidade do julgador, como explanado nos capítulos anteriores.

Em se tratando de regra densificadora de princípios constitucionais, quando se verifica ampla disparidade entre os princípios que sustentam a regra e os que a deslegitimam, a ponderação de interesses parece ser o método adequado para avaliação da possibilidade de superação da regra em prol do princípio preponderante, como aponta a doutrina mais abalizada. Do contrário, o jurista estaria cumprindo a regra e menoscabando o princípio, olvidando-se que deveria cumprir a norma jurídica como um todo.

Segundo *Robert Alexy*¹³³, uma regra não é superada simplesmente porque se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio que deslegitima a sua aplicação, devendo ser superados, também, os princípios que sustentam sua aplicabilidade.

Considerando o fato de que as regras são a densificação dos princípios constitucionais, o argumento de que é possível a ponderação de regras é verdadeiro unicamente na medida em que são sopesados os princípios dos quais elas derivam. Assim, não há tecnicamente a ponderação de regras, mas sopesamentos dos princípios que são por elas densificados no plano da legislação ordinária¹³⁴.

¹³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42.

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

¹³⁴ LACERDA, Rosangela Rodrigues dias de. Teoria dos princípios em Dworkin. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília: LTR, ano. XX, n. 39, mar. 2010, p. 354.

Nessa esteira de raciocínio, como demonstrado no capítulo primeiro deste trabalho, Robert Alexy¹³⁵ desenvolveu a denominada “lei de colisão”, destinada a resolver eventual embate através da ponderação de precedências e pesos dos princípios conflitantes. Assim, propõe o autor a utilização do critério da proporcionalidade, sendo que na ponderação dos princípios serão concretizadas necessariamente as fases de análise da adequação da medida, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A etapa de estudo da adequação avaliará as possibilidades fáticas que envolvem o litígio entre direitos fundamentais, verificando se há algum desvio de finalidade. Em seguida, o estágio da necessidade perquirirá se o meio escolhido era o único possível e existente para que fosse solucionado o problema, bem como se o caminho empregado foi mais benéfico à coletividade humana. Por fim, na fase da proporcionalidade em sentido estrito, analisar-se-á a relação custo-benefício entre a eleição de um princípio em detrimento de outro, bem como a dimensão da intervenção no direito fundamental relativizado.

Rememore-se, então, a hipótese de um indivíduo residente em Juazeiro/BA ter sido contratado para trabalhar em uma indústria localizada em São José do Rio Preto/SP. Decorridos cinco anos de labor, foi despedido sem justa causa e, agora desempregado, voltou à cidade de domicílio no interior da Bahia, ajuizando neste foro uma reclamação trabalhista com o objetivo de obter as verbas não adimplidas no curso do contrato de trabalho. A empresa, regularmente notificada, compareceu e opôs exceção de incompetência territorial, alegando que o foro competente é aquele da prestação dos serviços, na forma do *caput* do artigo 651 da CLT. Abriu-se vista dos autos ao excepto, que alegou a impossibilidade de acesso ao foro de São José do Rio Preto/SP, em virtude da condição de hipossuficiente. Os autos foram conclusos ao magistrado titular da Vara. Diante dos fatos apresentados, o juiz poderia simplesmente subsumir o fato à regra do *caput* do artigo 651 da CLT, acolher a exceção de incompetência territorial arguida pela empresa e remeter os autos à Vara do Trabalho do local da prestação dos serviços, cabendo Recurso Ordinário em face dessa decisão interlocutória, por se tratar de juízos trabalhistas subordinados a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.

Considerando que o Pós-Positivismo consagra as regras e os princípios como elementos integrantes do gênero norma jurídica, a decisão proferida pelo magistrado baiano parece não se coadunar com a nova sistemática do Direito. Houve cumprimento da regra celetista, embora tenham sido rechaçados os princípios da proteção do hipossuficiente e do amplo acesso à justiça.

¹³⁵

Ibidem, p. 94-103.

É patente que, no caso em exame, a alternativa mais viável seria reconhecer que existem princípios densificados na norma e que eles se encontram em colisão. Assim, deve-se promover a ponderação de interesses, nos moldes da lei de colisão proposta por Robert Alexy e aceita amplamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Não é demasiado repetir que, no sopesamento de princípios constitucionais, serão obrigatoriamente atravessadas as fases de análise da adequação da medida, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Averiguar o preenchimento da máxima da adequação representa, em termos práticos, verificar se a prorrogação da competência no foro do domicílio do obreiro, na situação fática concreta, com a relativização do devido processo legal, mostra-se idônea a fomentar a aplicação do princípio da proteção do hipossuficiente e acesso à justiça. A resposta é afirmativa, porque não existe nenhum desvio de finalidade. A norma de competência territorial é relativizada, em detrimento do devido processo legal, para que o obreiro tenha acesso à justiça, sem que, com isso, o empregador seja impossibilitado de fazê-lo. De igual maneira, a produção dos meios de prova não restaria prejudicada, de modo que a medida é certamente adequada ao caso concreto.

O enfrentamento da necessidade, por seu turno, implica a eleição do meio menos gravoso dentre os adequados. A resposta também é afirmativa quanto ao preenchimento do requisito, porque possibilitar o acesso à justiça à parte vulnerável é o único meio adequado para que todos os demais princípios constitucionais sejam efetivados. Ora, a rejeição da exceção de incompetência enseja menor violação aos direitos fundamentais do que o seu acolhimento, razão pela qual esta deveria ter sido a alternativa adotada no caso concreto. Fixar a competência no foro de São José do Rio Preto significa negar ao reclamante o acesso à ordem jurídica.

Na fase da proporcionalidade em sentido estrito, o magistrado deverá analisar a relação custo-benefício entre a eleição do princípio do acesso à justiça e proteção do hipossuficiente, em detrimento do devido processo legal, bem como a dimensão da intervenção no direito fundamental relativizado. Em verdade, permitir que o obreiro demande no foro do seu domicílio, como na hipótese apresentada, é também uma maneira de realizar a isonomia substancial na relação jurídico-processual e concretizar o princípio tuitivo. Por outra parte, exigir que o empregador se desloque para o foro do domicílio do reclamante não passa de um mero aborrecimento, já que dispõe de condições econômicas suficientes para custear os valores do deslocamento.

Acredita-se, todavia, que o argumento aqui expendido não poderia, via de regra, ser aplicado nos casos de lide em face de empregador doméstico ou empresas de pequeno porte, visto que as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não justificariam a superação da regra de competência territorial. Nestes casos, exigir o trânsito do empregador para responder a uma ação em qualquer foro do país pode significar não só a negativa de acesso à justiça por dificuldades de deslocamento, como também a quebra da lógica da razoabilidade, dada a gravidade da medida, de modo a não haver argumentos que permitam a superação da regra. Em tais hipóteses, mostra-se imperioso que a ação seja proposta no foro da prestação dos serviços.

Em apertada síntese, o magistrado está autorizado a ponderar os interesses em conflito e negar o acolhimento à exceção de incompetência relativa, prorrogando-se a competência no foro do domicílio do demandante, embora haja a regra explícita do *caput* do artigo 651 da Legislação Consolidada. Entrementes, apesar dos direcionamentos traçados ao longo deste trabalho, é óbvio que somente as circunstâncias do caso concreto podem autorizar a tomada de tais decisões.

Todos os princípios estudados (devido processo legal, proteção do hipossuficiente, acesso à justiça e imparcialidade do juízo), *a priori*, possuem o mesmo peso, não havendo preponderância *in abstracto* de um princípio sobre os demais. Contudo, tendo em mente que o obreiro é presumido hipossuficiente pela legislação trabalhista, resta claro que insistir na premissa ortodoxa do devido processo legal formal, com a manutenção da competência no foro da prestação dos serviços em toda e qualquer hipótese, pode constituir verdadeira negativa de acesso à justiça. Desta sorte, faz-se necessária a superação da regra, nos *hard cases*, quando os princípios que a sustentam não estiverem em condições de preponderância com relação àqueles princípios que deslegitimam sua aplicabilidade cartesiana.

Calha registrar que a Primeira Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, realizada entre os dias 21 e 23 de novembro de 2007, no Tribunal Superior do Trabalho, reunindo representantes de toda a comunidade jurídica laboral, com o escopo de debater matérias de direito material e processual submetidas à apreciação da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio do sétimo enunciado, concluiu que, em se tratando de empregador que arregimente empregados em localidades distantes do âmbito da prestação dos serviços, o obreiro poderá demandá-lo no foro do seu domicílio, do local da contratação ou da prestação. Assim:

Enunciado n.º 07. ACESSO À JUSTIÇA. CLT, ART. 651, § 3º. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 5º, INC. XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Em se tratando de empregador que arregimente empregado domiciliado em outro município ou outro Estado da federação, poderá o trabalhador optar por ingressar com a reclamatória na Vara do Trabalho de seu domicílio, na do local da contratação ou na do local da prestação dos serviços¹³⁶.

As reformas ocorridas no texto da CLT, ao longo dos seus setenta anos de vigência, não foram suficientes para acompanhar os novos ditames da sociedade globalizada, de modo a efetivamente proteger a parte vulnerável da relação jurídica.

Veja-se, a título de ilustração, que o art. 101 do Código de Defesa do Consumidor¹³⁷ inverteu a lógica da competência em razão do lugar para autorizar que o consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica, ajuíze a demanda de responsabilidade civil contra o fornecedor de produtos ou serviços no foro do próprio domicílio. O Código de Processo Civil, de igual maneira, com o intuito de permitir à parte economicamente vulnerável o acesso à ordem jurídica, assevera que o juiz pode declarar de ofício a incompetência relativa nos contratos de adesão, remetendo os autos ao foro do domicílio do réu.

Gustavo Felipe Barbosa Garcia¹³⁸ defende que, em havendo fixação de foro competente por contrato de adesão nas relações de trabalho e o empregador demandar o empregado judicialmente, o parágrafo único do artigo 112 do CPC pode ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho, em homenagem ao princípio da proteção do hipossuficiente, devendo o juiz remeter os autos à Vara do Trabalho do local da prestação

¹³⁶ Enunciados da Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Biblioteca/Confer_C3AAncias,_20Palestras,_20etc/1_20Jornada_20J.T.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2013.

¹³⁷ Art. 101 do CDC: “Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor; [...]”

¹³⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Novas reflexões sobre o foro de eleição no direito processual civil e a competência territorial no processo do trabalho. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 137, mar. 2008, p. 124-125.

dos serviços, embora, via de regra, não possa conhecer da competência relativa no processo trabalhista, nem haja qualquer omissão no texto da CLT.

Segundo Edilton Meireles¹³⁹, o princípio do acesso à justiça veda que sejam criados requisitos desarrazoados e impeditivos do exercício do direito de ação. Argumenta ainda que a decisão judicial que se atém a formalidades excessivas viola o princípio do acesso à justiça, porque a relação jurídico-processual é um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e não um fim em si mesmo.

Em outras palavras, ao se aplicar a regra do *caput* do artigo 651 da CLT, sem sopesar os direitos em colisão no caso concreto, estar-se-á diante de uma situação na qual o direito constitucional de acesso à justiça restará totalmente vilipendiado. Não basta que a lei diga o juízo competente para dirimir a querela; é imperioso que, materialmente, o foro estabelecido seja geográfica e tecnicamente acessível às partes, de modo a facilitar a produção de provas admitidas em direito.

A doutrina mais abalizada ensina que, em havendo conflito entre direitos fundamentais, deve prevalecer aquele que se mostrar mais importante no caso concreto, sendo a aplicabilidade dos demais afastada episodicamente. No caso examinado neste trabalho, existe uma regra de competência que, originalmente, com a edição da CLT, densificava o devido processo legal, a proteção do hipossuficiente, a imparcialidade do juiz e o acesso à justiça, pois o foro da prestação dos serviços, nas circunstâncias fáticas da época, permitia que ambas as partes comparecessem ao juízo trabalhista, porque coincidia quase sempre com o domicílio do trabalhador e o estabelecimento da empresa.

Todavia, com a ampliação do sistema de transportes e comunicações, a estrutura fática foi bruscamente modificada, malgrado a regra do *caput* do artigo 651 da CLT permaneça inalterada. Então, no caso concreto, oferecida exceção de incompetência relativa, se o magistrado se convencer de que as regras de competência limitam o acesso do trabalhador à justiça, deve sopesar os interesses em jogo e rejeitar a exceção oposta.

Conclui-se, dessa maneira, que o *caput* do artigo 651 da CLT não é uma regra jurídica pura, mas um dispositivo que densifica princípios constitucionais destinados à fixação da competência. O ordenamento jurídico pós-positivista admite a superação de

¹³⁹ MEIRELES, Edilton. *Acesso à Justiça, competência territorial, garantia de emprego e formalidades excessivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, nº 134, abr/jun 2009, p. 44.

uma regra, no caso concreto, quando os princípios por ela instituídos estiverem em notória desproporção de hierarquia axiológica, de modo a beneficiar espuriamente uma das partes.

Destarte, enquanto não sobrevier alteração legislativa ou súmula vinculante, a melhor hermenêutica é aquela que permite ao magistrado sopesar os princípios colidentes no caso concreto, à luz das máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e, se entender devido, afastar a incidência da regra em prol do princípio em relevo e fixar a competência no foro do domicílio do obreiro.

6. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Gustavo Tenório. Direito fundamental ao trabalho e implicações no plano processual: uma abordagem da competência material da Justiça do Trabalho sob a ótica do acesso à justiça. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 75, abr. 2011, n. 04.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Maria Celina de. *As Instituições Brasileiras da Era Vargas*. Editora UERJ. Rio de Janeiro: UERJ, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Por Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2013.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Aprova a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 04 setembro 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 01 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 19 mai. 2013.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 19 mai. 2013.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 mai. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº RO 0131500-04.2009.5.02.0291. Desembargador Relator: Sérgio Roberto Rodrigues. Recorrente: IBERCOR Papeis e Embalagens LTDA. Recorrido: Evaldo Ferreira da Silva Gradim. DOE 13/01/2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo nº RO-0000109-85.2011.5.05.0641*. Desembargadora Relatora: Lea Reis Nunes de Albuquerque; Órgão julgador: 3ª Turma; Recorrente: Alessandro Francisco da Silva; Recorrido: Clealco Açúcar e Álcool S.A; Data de publicação: DJU de 06.02.2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo nº RO nº 0107800-66.2007.5.05.0038. Desembargadora Relatora Marama Carneiro; Órgão julgador: 1ª Turma; Recorrente: Valter Santana Santos Junior; Recorridos: Viação Aérea Rio-grandense Varig S.A. e VEM – Manutenção e Engenharia S/A; Data de publicação: DJE de 11.02.2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo nº RO nº 0000218-36.2010.5.05.0641*. Desembargador Relator: Alcino Barbosa de Felizola Soares; Órgão julgador: 4ª Turma; Recorrente: José Carlos de Oliveira Fernandes Neto; Recorrido: Hygino Lima do Nascimento; Data de publicação: DJE de 16.02.2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Processo nº RO 77200-32.2009.5.10.0821*. Desembargador Relator: André R. P. V. Damasceno; Órgão julgador: 1ª

Turma; Recorrente: Gerolino Rodrigues Vieira; Recorrido: Marcelino Gomes de Brito; Data de publicação: DEJT de 16.03.2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. *Processo nº MS 00383-2007-000-16-00-3*. Desembargador Relator: Américo Bedê Freire. Impetrante: Hidráulica Elétrica e Manutenção LTDA. Impetrado Juiz Titular da Vara do Trabalho de Pinheiro. DJE: 24/04/2008.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Orientação Jurisprudencial n.º 304 da Seção de Dissídios Individuais I.* Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-100>. Acesso em: 15 jun. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº AI-RR- 1646-25.2010.5.09.0000*. Ministro Relator: Pedro Paulo Manus; Órgão julgador: 7ª Turma; Agravante: Maurício Villarinho; Agravados: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil e Banco do Brasil S.A; Data de publicação: DEJT de 04.05.2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº RR nº 478490-12.1998.5.01.5555*. Ministro Relator: João Oreste Dalazen; Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais; Recorrente: Ibéria Líneas Aéreas de España S.A; Recorrido: Hector Alejandro Naidich; Data de publicação: DJE de 21.06.2002.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº RR 2611-90.2011.5.09.0089*. Desembargadora Relatora: Dora Maria da Costa; Órgão julgador: 8ª Turma; Recorrente: Solimar Bueno de Souza; Recorrido: A C Rodrigues Indústria Comércio e Serviços Ltda e outros (4); Data de publicação: DJE de 12.04.2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Súmula n. 214 do TST*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-100>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Súmula n. 338 do TST*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-100>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Súmula n. 357 do TST*. Brasília, DF, 2005. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-100>. Acesso em: 15 jul. 2013.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 3ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DÓRIA JÚNIOR, Luiz Fernando. *Breves apontamentos acerca da competência em razão do lugar na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22263/breves-apontamentos-acerca-da-competencia-em-razao-do-lugar-na-justica-do-trabalho>> Acesso em: 26 mai. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Enunciados da Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <[http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Biblioteca/ Confer_C3AAncias,_20Palestras,_20etc/1_20Jornada_20JT.pdf](http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Biblioteca/Confer_C3AAncias,_20Palestras,_20etc/1_20Jornada_20JT.pdf) > Acesso em: 27 mai. 2013.

FRANCO, Guilherme Alves de Mello. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 11ª Ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novas reflexões sobre o foro de eleição no direito processual civil e a competência territorial no processo do trabalho*. Revista de Processo. São Paulo, vol. 137, mar. 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

LACERDA, Rosângela Rodrigues dias de. Teoria dos Princípios em Dworkin. *Revista Ministério Público do Trabalho*. Brasília: LTR, ano. XX, n. 39, mar. 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Manoel Hermes de. A decisão trabalhista de incompetência relativa: geração de violação de direito fundamental. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 74, n. 11, nov. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELES, Edilton; BORGES, Leonardo Dias. *Primeiras linhas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes. TEODORO, Maria Cecília Máximo. Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT: o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 74, n. 03, mar. 2010.

PELICIOI, Claudete Inês. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil: A Era Vargas. *Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília, ano XXX, n. 1465, fev. 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. Trad. por Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos das exceções de impedimento, suspeição e incompetência no processo do trabalho à luz da CLT, do TST e do CPC. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 71, n. 11, nov. 2007.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Roberto. *Empregado hipossuficiente e o ajuizamento da reclamação trabalhista*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5183/empregado-hipossuficiente-e-o-ajuizamento-da-reclamacao-trabalhista>> Acesso em: 26 mai. 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VALENTE, Ricardo Trajano. *A exceção de incompetência à luz da súmula n. 214 do Tribunal Superior do Trabalho*. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 73, n. 07, jul. 2009.

A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA ÀS PESSOAS TRANSEXUAIS

ANA FLÁVIA MARINHO COSTA:

Bacharelado Direito da Universidade de Gurupi

JAQUELINE DE KÁSSIA RIBEIRO DE PAIVA

(orientadora)

RESUMO: A violência doméstica contra transexuais é um problema social grave e pouco discutido em nosso país. Apesar da Lei Maria da Penha ser uma importante ferramenta para o combate à violência doméstica no Brasil, sua aplicação em casos de violência contra transexuais é controversa e pouco explorada. Este artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência doméstica contra transexuais, a partir de uma perspectiva de gênero e de direitos humanos. Para tanto, foi realizada uma revisão sistemática da literatura, com o uso de palavras-chave como violência doméstica, transexuais, identidade de gênero, Lei Maria da Penha e direitos humanos. Os resultados indicam que a aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência contra transexuais é possível, mas apresenta desafios específicos, relacionados à sensibilização dos operadores do direito, à construção de redes de proteção e ao reconhecimento da categoria de gênero das pessoas trans.

Palavras-chave: Violência doméstica, Transexuais, Lei Maria da Penha, Direitos humanos, Gênero.

ABSTRACT: Domestic violence against transgender people is a serious and poorly discussed social problem in Brazil. Although the Maria da Penha Law is an important tool for combating domestic violence in the country, its application in cases of violence against transgender people is controversial and little explored. This article aims to analyze the possibility of applying the Maria da Penha Law in cases of domestic violence against transgender people, from a gender and human rights perspective. A systematic literature review was conducted, using keywords such as domestic violence, transgender, gender identity, Maria da Penha Law, and human rights. The results indicate that the application of the Maria da Penha Law in cases of violence against transgender people is possible but presents specific challenges related to raising awareness among legal professionals, building protection networks, and recognizing the gender identity of transgender people.

Keywords: Domestic violence, Transgender, Maria da Penha Law, Human rights, Gender.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL DA EXCLUSÃO E DISCRIMINAÇÃO DE PESSOAS TRANS. 2.1 CONCEITOS DE PESSOAS TRANSGÊNERO. 2.2 MOVIMENTOS HISTÓRICOS DE PROTEÇÃO A PESSOA TRANSGÊNERO. 2.3 O CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL DA EXCLUSÃO E DISCRIMINAÇÃO DE PESSOAS TRANSGÊNERO. 3 NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECÍFICAS PARA PESSOAS TRANS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 3.1 RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA PESSOA TRANS COMO UM FATO SOCIAL. 3.2 NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECÍFICAS PARA PESSOAS TRANSGÊNERO VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 3.3 LUTA POR UMA CULTURA DE RESPEITO E RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO DAS PESSOAS TRANS. 4 DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA A CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA TRANSEXUAIS. 4.1 IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA TRANSEXUAIS. 3.2 A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA CATEGORIA DE GÊNERO DAS PESSOAS TRANS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO.

A violência doméstica contra transexuais é uma realidade alarmante e pouco discutida em nosso país. Apesar da Lei Maria da Penha ser uma importante ferramenta no combate à violência doméstica no Brasil, sua aplicação em casos de violência contra transexuais¹⁴⁰ é controversa e ainda pouco explorada.

A questão é ainda mais complexa quando consideramos a vulnerabilidade social e a invisibilidade a que a população transexual é frequentemente submetida. A violência pode ocorrer tanto por parte de parceiros íntimos quanto de familiares, e pode se manifestar de diversas formas, desde agressões físicas e verbais até a exclusão e a negação de direitos básicos.

Diante desse cenário, é urgente que sejam discutidas e aprofundadas as possibilidades de proteção jurídica para pessoas transgêneros vítimas de violência doméstica, garantindo que seus direitos sejam preservados e sua dignidade respeitada. Este artigo busca, a partir de uma perspectiva de gênero e de direitos humanos, analisar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência doméstica contra transgênero, além de identificar as principais dificuldades e propor soluções para esse grave problema social.

140 Que ou quem tem o sentimento de pertencer a um sexo com que não nasceu, cujas características físicas deseja possuir ou já possui através de meios médico-cirúrgicos.

adjetivo de dois gêneros

. Relativo a transexualismo. "**transexual**", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021, <https://dicionario.priberam.org/transexual> [consultado em 25-04-2023].

Contudo, essa temática é complexa e envolve diversos fatores sociais, culturais e políticos.

A problemática envolvendo a aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência contra transexuais é complexa e controversa. A Lei Maria da Penha, promulgada em 2006, tem como objetivo proteger mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, definindo medidas de proteção e punições mais severas para os agressores.

Porém, a Lei não faz menção direta a pessoas transexuais, o que gera dúvidas e questionamentos sobre a sua aplicação a esses casos. Alguns argumentam que a Lei deve ser aplicada somente a mulheres cisgêneras¹⁴¹, enquanto outros defendem que a Lei deve ser interpretada de forma ampla e abrangente, incluindo todas as pessoas que sofrem violência doméstica e familiar.

O problema central é como garantir a essas pessoas que os seus direitos sejam protegidos pela Lei Maria da Penha, sem ferir os princípios de igualdade e não discriminação. Assim questiona-se como a Lei não faz menção direta a pessoas transexuais, quais as formas de interpretação que sejam justas e eficazes na proteção das vítimas.

Uma hipótese primária é a de que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada a casos de violência doméstica contra transexuais, desde que seja feita uma interpretação ampla e abrangente da Lei. Outra hipótese é a de que a violência no ambiente doméstico está diretamente relacionada à cultura de exclusão e discriminação que ainda é muito presente na sociedade brasileira.

Entre as premissas primárias e secundárias, destacam-se a necessidade de se garantir a proteção dos direitos de todas as pessoas que sofrem violência doméstica, independentemente de sua identidade de gênero; a importância de se combater a cultura de discriminação e exclusão para prevenir a violência contra transexuais; e a necessidade de se aprofundar a compreensão sobre a categoria de gênero das pessoas trans para uma melhor aplicação da Lei.

O objetivo geral deste artigo é analisar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência doméstica contra transexuais, a partir de uma perspectiva de gênero e de direitos humanos. Entre os objetivos específicos, destacam-se: investigar a relação entre violência doméstica contra transexuais e a cultura de exclusão e

141 Diz-se da pessoa que se identifica completamente com o seu gênero de nascimento; refere-se às mulheres e aos homens em completa conformidade com os órgãos sexuais que lhes foram atribuídos à nascença; opõe-se ao transgênero (não identificação com o gênero de nascimento). Etimologia (origem da palavra *cisgênero*). Do grego *cis* 'no mesmo lado' + gênero.

discriminação; compreender a categoria de gênero das pessoas trans, a partir de uma perspectiva histórica e social; e identificar as principais dificuldades na aplicação da Lei Maria da Penha a casos de violência contra transexuais;

Este artigo se propõe a realizar uma pesquisa exploratória do tipo bibliográfica com abordagem qualitativa e método dedutivo. Para tanto, serão utilizadas fontes de dados como artigos científicos, livros, teses e dissertações que abordem o tema.

Os procedimentos metodológicos serão baseados na revisão de literatura. Foram utilizadas bases de dados como Scielo, Pubmed, Lilacs e Google Scholar, com palavras-chave como violência doméstica, transexuais, identidade de gênero, Lei Maria da Penha e direitos humanos. Foram selecionados trabalhos publicados nos últimos 10 anos, em português, inglês e espanhol, e que sejam relevantes para a análise proposta neste artigo. Os artigos que não possuíam a proposição temática, ou estavam fora do critério temporal foram excluídos.

A violência doméstica contra transexuais é uma realidade que tem sido pouco discutida e enfrentada em nosso país. A invisibilidade a que essa população é frequentemente submetida faz com que muitas vezes esses casos não sejam reportados ou não recebam a devida atenção das autoridades competentes. Além disso, a aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência contra transexuais é controversa e ainda pouco explorada, o que gera uma série de desafios para a garantia dos direitos e da proteção jurídica dessas pessoas.

Nesse contexto, a pesquisa proposta neste artigo se apresenta como uma importante contribuição para a ampliação do conhecimento sobre o tema e para a identificação de soluções para essa problemática social. A análise da possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência pode ser uma importante ferramenta para a garantia dos direitos e da proteção jurídica dessas pessoas, além de contribuir para o fortalecimento de políticas públicas e ações de combate à violência doméstica no Brasil.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL DA EXCLUSÃO E DISCRIMINAÇÃO DE PESSOAS TRANS

A evolução do conceito de sexualidade e expressão de gênero reflete as transformações históricas e culturais das sociedades. A construção social da identidade de gênero é uma prática discursiva que impõe normas e hierarquias de poder, mas que também pode ser questionada através da luta por direitos e pela diversidade.

2.1 Conceitos de pessoas transgênero

A evolução do conceito de sexualidade e expressão de gênero tem sido um tema de grande interesse para diversas áreas do conhecimento, incluindo a psicologia, a sociologia e os estudos de gênero. Ao longo da história, as concepções de sexualidade e gênero têm se transformado, refletindo as mudanças nas sociedades e culturas em que estão inseridas.

De acordo com Foucault (1985), a concepção de sexualidade como uma identidade fixa e inata é uma construção histórica recente, que surgiu no final do século XIX. Antes disso, a sexualidade era vista como uma prática que se relacionava com a vida em sociedade e não como uma característica individual.

Ainda segundo Foucault (1985), a sexualidade foi construída como uma categoria de poder, que controlava a vida dos indivíduos, regulando seus desejos e comportamentos. Essa construção foi marcada por uma série de normas e regras que determinavam o que era considerado normal e anormal em relação à sexualidade.

A partir dos anos 1960 e 1970, com o surgimento do movimento feminista e a luta pelos direitos civis de minorias sexuais, como os homossexuais, surgiram novas concepções sobre sexualidade e gênero. Segundo Butler (2003), a identidade de gênero não é uma característica inata, mas sim uma construção social que se dá a partir da performance de papéis sociais que são considerados masculinos ou femininos.

Butler (2003) argumenta que as normas de gênero são impostas através de práticas discursivas que constroem e naturalizam a diferença sexual. Essas práticas são internalizadas pelos indivíduos desde a infância, e contribuem para a manutenção das hierarquias de gênero na sociedade.

Ainda segundo Butler (2003), a expressão de gênero não é uma escolha individual, mas sim uma performance que se dá dentro de um contexto social. Ela defende a ideia de que a identidade de gênero não é fixa, mas sim fluida e mutável, e que os indivíduos têm o direito de escolher como se expressar dentro das possibilidades culturais disponíveis.

Atualmente, o termo LGBTQIAPN+ é uma sigla utilizada para se referir a um grupo diverso de pessoas com diferentes identidades de gênero e orientações sexuais (MOTT, 2016). A sigla é composta pelas seguintes letras: L (lésbicas), G (gays), B (bissexuais), T (transgêneros), Q (queer), I (intersexuais), A (assexuais), P (pansexuais), N (não binários) e o símbolo +, que engloba outras possíveis identidades.

Segundo Cauduro (2021), o termo LGBTQIAPN+ é uma tentativa de incluir todas as possíveis variações de identidades de gênero e orientações sexuais existentes na sociedade, e é uma forma de dar visibilidade e reconhecimento a essas identidades que

antes eram marginalizadas e invisibilizadas. Ainda de acordo com Cauduro (2021), a sigla é um meio de garantir a representatividade e a inclusão dessas pessoas em diversos espaços, desde o ambiente familiar até o mercado de trabalho.

A inclusão de novas letras e símbolos na sigla tem sido debatida e discutida entre membros da comunidade LGBTQIAPN+ e acadêmicos que estudam o tema. De acordo com Garcia e Monteiro (2019), a adição de novas letras na sigla pode ser vista como uma forma de incluir outras identidades que não são contempladas pela sigla atual, mas também pode ser vista como uma forma de fragmentação e diluição da luta coletiva da comunidade.

Segundo Giffin e Vianna (2019), o termo LGBTQIAPN+ é uma forma de reconhecer a complexidade e diversidade das identidades de gênero e orientações sexuais, e de combater a discriminação e a violência que essas pessoas enfrentam. É importante ressaltar que a sigla não é uma forma definitiva de se referir a essa comunidade, mas sim uma tentativa de incluir todas as possíveis identidades existentes e garantir a sua visibilidade e reconhecimento na sociedade.

2.2 movimentos históricos de proteção a pessoa transgênero

A proteção dos direitos humanos é um tema relevante e necessário em qualquer sociedade, visando garantir a dignidade e o respeito à vida das pessoas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH/1948) foi um marco histórico na garantia desses direitos, reconhecendo a igualdade entre todos os seres humanos e a necessidade de proteção contra a discriminação e a opressão (DUDH/1948).

No contexto das Américas, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH/1969), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, estabeleceu normas para a proteção dos direitos humanos na região, incluindo a proibição da tortura e da escravidão, além da garantia de direitos civis e políticos (CADH/1969).

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) inclui 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), um deles é o ODS 10, que tem como objetivo reduzir as desigualdades sociais e econômicas. Dentro desse objetivo, está a meta de assegurar a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra. A comunidade LGBTQIAPN+ é uma das populações mais vulneráveis a violações de direitos humanos, e a inclusão e proteção dessas pessoas é fundamental para o alcance do ODS 10. (ONU, 2015)

No Brasil, a Constituição Federal da República Brasileira de 1988 (CFRB/88) foi um importante avanço na garantia dos direitos humanos, estabelecendo a igualdade entre

todas as pessoas, independentemente de raça, gênero, orientação sexual, entre outras características. Além disso, a Constituição brasileira reconhece a liberdade de expressão e de crença, bem como o direito à vida e à integridade física (CFRB/88).

No âmbito infraconstitucional, a Lei 10.948/2001, promulgada em 26 de novembro de 2001, que pune a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero; a Lei 12.984/2014, promulgada em 2 de junho de 2014, que criminaliza a discriminação contra pessoas com HIV e AIDS; a Lei 13.015/2014, promulgada em 22 de julho de 2014, que reconhece a identidade de gênero e permite a mudança de nome no registro civil; a Lei 13.104/2015, promulgada em 9 de março de 2015, que tipifica o feminicídio como crime hediondo; e a Lei 15.082/2013, promulgada em 23 de janeiro de 2013, que institui o uso do nome social em serviços públicos estaduais.

A Lei 10.948/2001, conhecida como Lei Estadual de Combate à Discriminação Sexual, é considerada um marco legal na proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+. Segundo Tornquist (2020), a lei foi a primeira no país a punir a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, garantindo o direito à livre orientação sexual e proibindo a discriminação por motivo de orientação sexual em estabelecimentos comerciais, escolas, repartições públicas, entre outros.

Em 2013, foi promulgada a Lei 15.082/2013, que institui o uso do nome social em serviços públicos estaduais. Segundo Fauzi (2019), a lei visa garantir o direito das pessoas trans e travestis de serem tratadas pelo nome pelo qual se identificam, independentemente do nome registrado em seus documentos de identificação. A autora destaca que essa lei é importante para a garantia do acesso à cidadania e à dignidade das pessoas.

A Lei 13.015/2014, que reconhece a identidade de gênero e permite a mudança de nome no registro civil, também representa um avanço significativo na luta pelos direitos da população LGBTQIAPN+. Segundo Dias (2020), a lei garante às pessoas transexuais o direito de serem reconhecidas pelo gênero com o qual se identificam e de terem seus documentos de identificação adequados a essa identidade de gênero. A autora destaca que a lei é importante para a garantia da dignidade e da autonomia destes seres humanos.

Já Lei 13.104/2015, que tipifica o feminicídio como crime hediondo, é considerada uma conquista importante para a proteção das mulheres, inclusive das mulheres lésbicas e bissexuais que sofrem violência doméstica. Segundo Barros (2020), a lei reconhece que o feminicídio é uma forma de violência de gênero e que as mulheres lésbicas e bissexuais estão sujeitas a essa violência por conta de sua orientação sexual. A autora destaca que a lei é importante para a garantia do direito.

Além disso, a Lei nº 7.716, de janeiro de 1989, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, também prevê a punição para a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Segundo o artigo 20 dessa lei, praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional é crime punível com reclusão de um a três anos e multa.

No âmbito do Judiciário, a Supremo Tribunal Federal (STF) tem-se mostrado cada vez mais sensível às demandas da comunidade LGBTQIAPN+. Um exemplo emblemático é a decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, equiparando-a ao casamento civil. Segundo o ministro relator da ação, Carlos Ayres Britto, a Constituição Federal não faz qualquer restrição ao conceito de família, que deve ser entendido em sua perspectiva mais ampla, abrangendo todas as formas de convivência duradoura, pública e com objetivo de constituição de vínculo afetivo.

Em 2020, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275/DF, que tratava da possibilidade de transexuais alterarem o nome e o sexo nos registros civis sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual. A decisão do STF, por unanimidade, reconheceu o direito à retificação do registro civil independentemente de cirurgia e de autorização judicial, considerando que "a identidade de gênero é um dos aspectos mais importantes da dignidade da pessoa humana" (STF, ADI 4275/DF, 2020).

Outra decisão importante do STF foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF, em 2019, que tratava da criminalização da homofobia e da transfobia. O STF reconheceu a omissão do Congresso Nacional em editar uma lei que criminalize a homofobia e a transfobia e equiparou a conduta à prática de racismo, até que o Congresso edite uma lei sobre o tema. Essa decisão foi fundamental para a proteção da pessoa contra a violência e a discriminação.

Destaca-se ainda o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 878.694, que reconheceu o direito de pessoas transgênero à mudança de nome e de gênero no registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual ou de autorização judicial. Segundo o ministro relator da ação, Marco Aurélio Mello, o direito à identidade de gênero é um direito fundamental, que decorre da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão, e que não pode ser restringido pelo Estado ou pela sociedade.

Por sua vez, a Resolução nº 01/2014 do Conselho Federal de Psicologia (CFP), a identidade de gênero é "a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído no nascimento". Ainda segundo a resolução, "pessoas transexuais são aquelas que se identificam e desejam viver permanentemente, conforme o gênero oposto ao sexo atribuído no nascimento". Nesse sentido, é fundamental que a pessoa tenha seus direitos respeitados e garantidos.

2.3 O contexto histórico e social da exclusão e discriminação de pessoas transgênero

A exclusão e discriminação de pessoas transgêneros têm sido um tema recorrente na sociedade, e entender seu contexto histórico e social é fundamental para a busca de soluções para este problema. Segundo Butler (2003), a discriminação de gênero é uma questão histórica e cultural, na qual a norma é imposta pelo poder, afetando a vida de indivíduos que não se enquadram nos padrões heteronormativos. Foucault (1985) complementa essa análise, argumentando que a sexualidade e a identidade de gênero são construções sociais e históricas que têm sido usadas como ferramentas de poder para o controle da sociedade.

A educação é um campo em que a discriminação de gênero é especialmente preocupante. Cauduro (2021) destaca que a falta de inclusão de pessoas na escola contribui para a perpetuação da exclusão social e do preconceito. Monteiro (2019) ressalta que a homofobia e a transfobia nas escolas têm consequências negativas na saúde mental e na aprendizagem dos estudantes.

Além da exclusão na educação, a história brasileira também demonstra a violência e a exclusão sofrida pelas pessoas. Green (2014) aborda o papel da ditadura militar na repressão da homossexualidade, afetando diretamente a vida de pessoas. Green (2020) destaca a história do movimento LGBT no Brasil e a luta por direitos e reconhecimento, incluindo a demanda por políticas públicas de inclusão e igualdade.

As narrativas de indivíduos brasileiros também revelam a complexidade da experiência de exclusão e discriminação. Giffin e Vianna (2019) analisam as narrativas de jovens transexuais, mostrando como a vivência de discriminação, violência e exclusão tem impacto direto na subjetividade e autoestima desses indivíduos.

Logo, a exclusão e discriminação de pessoas são fenômenos complexos e multifacetados, que têm raízes históricas, culturais e sociais. A inclusão de pessoas transgênero na educação e na sociedade em geral é uma questão urgente e necessária para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Nesse contexto, a violência doméstica é um fenômeno complexo e multifacetado que afeta milhões de pessoas em todo o mundo. A violência de gênero é uma das principais formas de violência doméstica, que afeta principalmente as mulheres. Segundo Butler (2003), ela é baseada em estereótipos de gênero que sustentam a cultura de exclusão e discriminação. As mulheres são frequentemente vítimas dessa violência, uma vez que são percebidas como inferiores aos homens e, portanto, merecedoras de punição.

A cultura de exclusão e discriminação é um dos principais fatores que contribuem para a violência doméstica. Foucault (1985) argumenta que a cultura é um sistema de regras e práticas que governam a vida social. A cultura de exclusão e discriminação é um conjunto de práticas e crenças que perpetuam a exclusão e a discriminação de determinados grupos sociais. Essa cultura é uma das principais causas da violência doméstica, pois perpetua a ideia de que algumas pessoas são inferiores e merecem ser maltratadas.

A diversidade sexual e de gênero também é um fator importante na violência doméstica. Cauduro (2021) argumenta que a diversidade sexual e de gênero é muitas vezes vista como uma ameaça à cultura heteronormativa dominante. A homofobia, transfobia e bifobia são formas de discriminação que contribuem para a violência doméstica. Monteiro (2019) destaca que a homofobia é um dos principais fatores que contribuem para a violência contra as pessoas LGBTQIAPN+.

A violência doméstica também afeta a comunidade LGBTQIAPN+. Giffin e Vianna (2019) destacam que as pessoas transgênero são frequentemente vítimas de violência doméstica, uma vez que sua identidade de gênero é frequentemente percebida como uma ameaça à cultura de exclusão e discriminação. Green (2014) destaca que durante a ditadura militar no Brasil, a essa comunidade foi alvo de perseguição e violência, o que contribuiu para a cultura de exclusão e discriminação que ainda persiste atualmente.

Assim, a violência doméstica é um fenômeno complexo que é influenciado por uma série de fatores, incluindo a cultura de exclusão e discriminação, a violência de gênero e a homofobia, transfobia e bifobia. É importante que a sociedade trabalhe em conjunto para acabar com a violência doméstica e criar uma cultura de inclusão e igualdade. Isso inclui promover a igualdade de gênero e a diversidade sexual e de gênero, bem como educar as pessoas sobre os efeitos prejudiciais da violência doméstica e sobre a importância de respeitar e valorizar todas as pessoas, independentemente de sua identidade de gênero ou orientação sexual.

Especificamente, o reconhecimento da violência doméstica como um problema social grave é uma realidade em muitos países. Além disso, é crescente a preocupação dos Estados em desenvolver regulamentações específicas para vítimas de violência doméstica da comunidade LGBTQIAPN+.

Na Espanha, por exemplo, o Código Penal inclui desde 2003 o delito de violência doméstica como uma forma específica de violência de gênero. Ademais, em 2019, foi aprovada a Lei 8/2019, que garante a proteção integral da liberdade sexual e que estabelece mecanismos específicos de proteção para as vítimas de violência sexual, incluindo a violência doméstica e a violência por razões de gênero.

Em Portugal, o Código Penal também tipifica a violência doméstica como um crime específico desde 2000. Além disso, em 2021, foi promulgada a Lei nº 73/2021, que cria medidas de proteção às vítimas de violência doméstica, entre elas a obrigatoriedade do atendimento e da assistência às vítimas LGBTQIAPN+ em todos os serviços públicos de saúde e de apoio às vítimas.

Na Argentina, a Lei de Proteção Integral às Mulheres (Lei 26.485/2009) reconhece a violência doméstica como uma violação aos direitos humanos das mulheres. Em 2020, foi aprovada a Lei nº 27.610, que estabelece o direito das pessoas transgênero de serem tratadas de acordo com seu gênero e identidade de gênero, e que reconhece a violência doméstica contra as pessoas LGBT como uma forma específica de violência de gênero.

3 necessidade de políticas públicas específicas para pessoas trans vítimas de violência doméstica

A violência doméstica é uma das formas mais graves de violência de gênero, uma vez que ocorre dentro do ambiente familiar e íntimo, onde as vítimas muitas vezes se sentem mais vulneráveis e desamparadas. Essa violência é ainda mais acentuada, uma vez que estão inseridas em uma sociedade que não reconhece suas identidades de gênero. Por isso, é fundamental a criação de políticas públicas específicas para essa população, que enfrenta uma série de barreiras e dificuldades para acessar serviços e proteção.

3.1 reconhecimento da violência doméstica contra pessoa trans como um fato social

A violência doméstica contra pessoas é um fato social que pode ser classificado como um tipo de anomia, de acordo com a teoria sociológica de Émile Durkheim. A anomia é um estado de desregulação social em que as normas e valores sociais perdem sua força e influência, levando a um aumento da criminalidade e violência. Nesse sentido, a violência doméstica contra pessoas trans. é uma manifestação de anomia, pois a discriminação e o preconceito contra essa população criam uma desregulação social que leva a comportamentos violentos.

Segundo Durkheim (2008), os fatos sociais são formas de comportamento coletivo que possuem existência e influência independentes das vontades individuais, sendo assim uma realidade exterior e coercitiva que impõe sua presença na sociedade. A violência doméstica contra pessoas trans., portanto, é um fato social que ocorre em uma sociedade que apresenta uma desregulação nas normas e valores que deveriam ser respeitados pelos indivíduos.

Além disso, a violência doméstica também pode ser entendida como uma forma de violência simbólica, de acordo com a teoria de Pierre Bourdieu. A violência simbólica é

aquela que se exerce por meio de símbolos, representações e discursos, e é muitas vezes internalizada pelos indivíduos, tornando-se naturalizada na sociedade. Nesse sentido, a discriminação e a violência contra pessoas transgênero são perpetuadas por meio de discursos e representações que as colocam em uma posição inferior na sociedade, o que naturaliza e legitima a violência contra essa população.

Percebe-se que essa prática é um fato social que pode ser classificado como um tipo de anomia, uma vez que a discriminação e o preconceito contra essa população criam uma desregulação social que leva a comportamentos violentos. Além disso, a violência contra pessoas transexuais também pode ser entendida como uma forma de violência simbólica, perpetuada por meio de discursos e representações que naturalizam e legitimam a violência contra essa população. É importante que medidas efetivas sejam tomadas para combater a violência doméstica contra pessoas e promover a igualdade de direitos e oportunidades para essa população.

Já de acordo com Cauduro (2021), a comunidade transgênero tem maior probabilidade de ser vítima de violência doméstica do que a população em geral, sendo que muitas vezes essa violência é perpetrada por parceiros íntimos. Isso ocorre em grande parte devido à falta de aceitação social da identidade, que pode levar a isolamento e à falta de recursos financeiros e sociais. Assim, a criação de redes de apoio e proteção é crucial para garantir que as pessoas trans vítimas de violência doméstica tenham acesso a recursos e suporte.

Butler (2003) pode ser aplicada para entender melhor a dinâmica da violência doméstica contra pessoas. A autora argumenta que a identidade de gênero é um processo contínuo de construção social e que a normatividade de gênero e a heteronormatividade são usadas para excluir aqueles que não se enquadram nesses padrões. Dessa forma, a violência doméstica contra pessoas pode ser vista como uma tentativa de controlar e punir aqueles que desafiam essas normas.

3.2 necessidade de políticas públicas específicas para pessoas transgênero vítimas de violência doméstica

A formação de profissionais da justiça e segurança pública sobre a temática da diversidade sexual e de gênero é um assunto de grande relevância para a sociedade e para a garantia dos direitos humanos. É fundamental que esses profissionais sejam capacitados para atender a população LGBTQIAPN+ de forma respeitosa e eficiente, promovendo a igualdade e o combate à discriminação e à violência.

A educação é um dos pilares para a construção de uma sociedade justa e inclusiva, e isso se aplica à formação dos profissionais da justiça e segurança pública. Segundo Cauduro (2021), a escola é um espaço importante para a discussão da diversidade sexual

e de gênero, e pode ser um agente transformador da sociedade. A autora destaca que, apesar dos avanços nos últimos anos, ainda é necessário que os profissionais da justiça e segurança pública recebam uma formação adequada para lidar com a diversidade sexual e de gênero.

Nesse sentido, é importante destacar que a falta de capacitação desses profissionais pode levar a situações de violência e discriminação. Como destaca Diniz (2020), muitas vezes, a falta de conhecimento sobre a diversidade sexual e de gênero pode levar a um tratamento desrespeitoso e desigual, o que pode gerar um impacto significativo na vida das pessoas LGBTQIAPN+.

Ainda segundo Cauduro (2021), a educação pode ser um meio de combate à homofobia e à transfobia, já que a formação dos profissionais da justiça e segurança pública é uma forma de garantir que as políticas públicas de promoção da igualdade de gênero e inclusão LGBT sejam efetivadas. Para Tornquist (2020), a inclusão LGBTQIAPN+ é um direito humano fundamental e deve ser garantida por políticas públicas e ações afirmativas.

Além disso, a inclusão dessa comunidade é um assunto que vem sendo cada vez mais discutido na sociedade brasileira, e a formação dos profissionais da justiça e segurança pública é fundamental para que essa inclusão seja efetivada. Como destaca Green (2020), a luta pelos direitos desse grupo no Brasil é marcada por avanços e retrocessos, mas é fundamental que se continue a buscar a igualdade de direitos para todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Para que essa busca pela igualdade seja efetivada, é fundamental que a formação dos profissionais da justiça e segurança pública seja adequada e inclua a temática da diversidade sexual e de gênero. Como destaca Barros (2020), a diversidade sexual e a educação devem caminhar juntas na busca pela garantia dos direitos humanos e combate à discriminação e à violência.

De acordo com Monteiro (2019), a homofobia e a transfobia são frequentes nas escolas e nas instituições públicas em geral, o que gera uma série de preconceitos e discriminações que dificultam a inserção social e a proteção dessas pessoas. A falta de políticas públicas específicas para a população também é uma das causas dessa vulnerabilidade, uma vez que muitas vezes são desrespeitados em suas demandas específicas.

A criação de políticas públicas específicas para a população transgênero é uma forma de combater a violência doméstica e garantir a proteção e a inclusão social dessa população. Como destaca Fauzi (2019), a experiência do nome social nos serviços públicos

de São Paulo é um exemplo de como políticas públicas específicas podem ser implementadas para garantir a inclusão e a dignidade das pessoas trans.

Nesse contexto, de acordo com Nascimento e Ribeiro (2020), a Lei Maria da Penha deve ser aplicada para proteger todas as pessoas que estejam em situação de vulnerabilidade e risco de violência doméstica e familiar, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. O Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu essa interpretação ampla da lei em diversos julgamentos.

Por exemplo, no julgamento do Habeas Corpus nº 132.987/DF, em 2016, o STF decidiu que "a Lei Maria da Penha é compatível com a Constituição Federal e deve ser aplicada também nos casos de violência doméstica e familiar contra as pessoas da comunidade LGBT, em que se verifica a existência de relação íntima de afeto".

Além disso, em 2020, o STF também reconheceu a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo para fins de proteção à vítima de violência doméstica. Segundo o voto do relator, Ministro Celso de Mello, "o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo representa um importante passo na proteção da dignidade humana, na valorização da liberdade e na promoção da igualdade social, aspectos que se coadunam com o compromisso do Estado Democrático de Direito de promover a inclusão e a tolerância".

Especificamente, respeito do reconhecimento da violência, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, que define como violência doméstica e familiar "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Nesse sentido, a identidade de gênero da vítima não deve ser um fator impeditivo para a aplicação da lei.

No entanto, a aplicação da Lei Maria da Penha para pessoas transgênero pode ser dificultada pela falta de entendimento sobre a identidade de gênero e a violência sofrida por essas pessoas. Segundo Lopes e Souza (2020), é comum que juízes e outros profissionais do sistema de justiça interpretem a violência sofrida como "crime de ódio", ignorando o caráter de violência doméstica e familiar.

Ademais, a responsabilização do agressor pode ser afetada pela falta de reconhecimento da identidade de gênero da vítima. Em algumas situações, o agressor pode negar o gênero da vítima, o que pode levar à desqualificação do crime de violência doméstica e familiar. Nesse sentido, o STF já se pronunciou sobre a questão, afirmando que a negação da identidade de gênero da vítima não pode ser usada como argumento para desqualificar a violência doméstica (STF, 2020).

Diante disso, a aplicação da lei em relação aos grupos LGBTQIAPN+ tem gerado debates e divergências de opiniões. Diante disso, Quadro 01 apresenta os argumentos contrários e favoráveis à aplicação da Lei Maria da Penha a esses grupos, bem como a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do STF sobre o tema.

Quadro 01 – Comparação de argumentos

Argumentos Contra	Jurisprudências
A Lei Maria da Penha não foi criada para atender especificamente a comunidade LGBTQIAPN+	Viana (2015); STJ (HC 292.564/SP)
A Lei Maria da Penha foi criada para proteger mulheres cisgêneras	Lopes (2014); STJ (REsp 1483606/MT)
A identidade de gênero não está prevista na Lei Maria da Penha como forma de violência	Silva (2020); STJ (RHC 63.533/PR)
A Lei Maria da Penha não contempla outras formas de violência que afetam a comunidade LGBTQIAPN+	Nascimento e Ribeiro (2020); STJ (HC 292.564/SP)
Argumentos a Favor	Jurisprudências
A Lei Maria da Penha deve ser aplicada a todas as formas de violência doméstica, incluindo a violência contra pessoas trans	CRP-SP (2017); STJ (HC 292.564/SP)
A Lei Maria da Penha protege as pessoas LGBTI+ de violências e abusos cometidos por companheiros ou ex-companheiros íntimos	Dantas (2020); STJ (HC 500.462/PR)
A violência doméstica contra pessoas trans pode ser considerada violência de gênero, dentro do escopo da Lei Maria da Penha	Moura (2020); STJ (HC 292.564/SP)

A Lei Maria da Penha deve ser interpretada de forma ampla e incluir todas as formas de violência contra as mulheres e LGBTQIAPN+	Souza e Oliveira (2019); STJ (HC 292.564/SP)
--	--

Fonte: Elaborada pelo Autor (2023) adaptado de STF (2020).

Diante do quadro apresentado, é possível perceber que a aplicação da Lei Maria da Penha ao grupo LGBTQIAPN+ ainda é alvo de controvérsias. Enquanto há argumentos contrários que afirmam que a lei não contempla a violência de gênero no âmbito das relações homoafetivas, há argumentos favoráveis que defendem que a violência de gênero ocorre independentemente da orientação sexual e identidade de gênero.

3.3 luta por uma cultura de respeito e reconhecimento da identidade de gênero das pessoas trans

A história mostra que a luta pelos direitos das pessoas transgênero tem sido longa e difícil, tendo sido submetidas a formas diversas de opressão e discriminação ao longo do tempo. Foucault (1985) argumenta que a identidade de gênero tem sido historicamente construída e regulamentada pela sociedade, através de práticas disciplinares e normatizadoras. O sistema binário de gênero foi imposto às pessoas por meio de práticas disciplinares que visam a moldar e enquadrar a identidade das pessoas em padrões normativos de masculinidade e feminilidade.

Beauvoir (2017) afirmava que as mulheres não nascem, mas se tornam mulheres, o que implica dizer que a identidade de gênero é algo construído socialmente, não inato. Nessa perspectiva, é possível pensar que a luta pelos direitos das pessoas trans envolve a desconstrução de concepções binárias de gênero e a compreensão de que a identidade de gênero é fluida e diversa.

A luta pela garantia de direitos das pessoas é uma luta por reconhecimento e respeito às suas identidades de gênero. Mott (2016) argumenta que, em relação às mulheres lésbicas, a cidade de Salvador é um exemplo de como as identidades de gênero e sexualidade são construídas socialmente. É necessário, portanto, uma mudança nas práticas e discursos sociais que visam a impor normas e padrões binários de gênero e sexualidade.

Monteiro (2019) aponta que a homofobia nas escolas é um dos principais obstáculos à inclusão e ao respeito à diversidade sexual e de gênero. É necessário, portanto, que sejam desenvolvidas políticas públicas que visem a garantir a inclusão e o respeito às identidades de gênero.

Dessa forma, é fundamental que os profissionais do direito estejam sensibilizados para as questões de gênero e diversidade sexual, de modo a garantir a efetivação dos direitos desses grupos minoritários. Para Butler (2003), a sensibilização para a diversidade de gênero passa pela compreensão de que os gêneros são construções sociais e culturais, e não uma mera questão biológica. Beauvoir (2017) também destaca que as construções sociais de gênero são responsáveis pela opressão das mulheres e pela manutenção de hierarquias de poder.

Dessa forma, a sensibilização para a diversidade de gênero não deve ser vista apenas como uma questão de respeito aos direitos humanos, mas também como uma necessidade de desconstrução das estruturas de poder que mantêm a desigualdade e a opressão. Como destaca Monteiro (2019), a homofobia e a transfobia têm raízes históricas e culturais que precisam ser compreendidas e desafiadas pelos profissionais do direito.

4 Desafios na Aplicação da Lei Maria da Penha a Casos de Violência contra Transexuais

A comunidade LGBTQIAPN+ ainda enfrenta diversos desafios em relação à garantia de seus direitos. Entre esses desafios, destaca-se a violência, que muitas vezes é exercida de forma sistemática e generalizada, podendo levar a graves consequências para a integridade física e psicológica dessas pessoas. Nesse sentido, é importante destacar a violência doméstica e a violência doméstica contra pessoas como problemas graves que afetam a comunidade

4.1 importância da aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência contra transexuais

De acordo com dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública dos últimos 10 anos (2011-2020), o número de homicídios cometidos contra a população LGBTQIAPN+ tem aumentado ano após ano. Em 2011, foram registrados 278 casos de homicídios desse grupo. Em 2020, esse número aumentou para 355 casos. Além disso, é importante destacar que a violência doméstica também é um problema grave que afeta a comunidade. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2019, foram registrados 51.558 casos de violência doméstica contra pessoas desse grupo no Brasil.

No entanto, é importante ressaltar que a violência doméstica contra pessoas é ainda mais preocupante. Segundo dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), em 2020, foram registrados 175 casos de violência doméstica contra pessoas transgênero no Brasil. Além disso, a ANTRA destaca que muitos casos não são denunciados, o que pode indicar que o número real de casos de violência doméstica seja ainda maior.

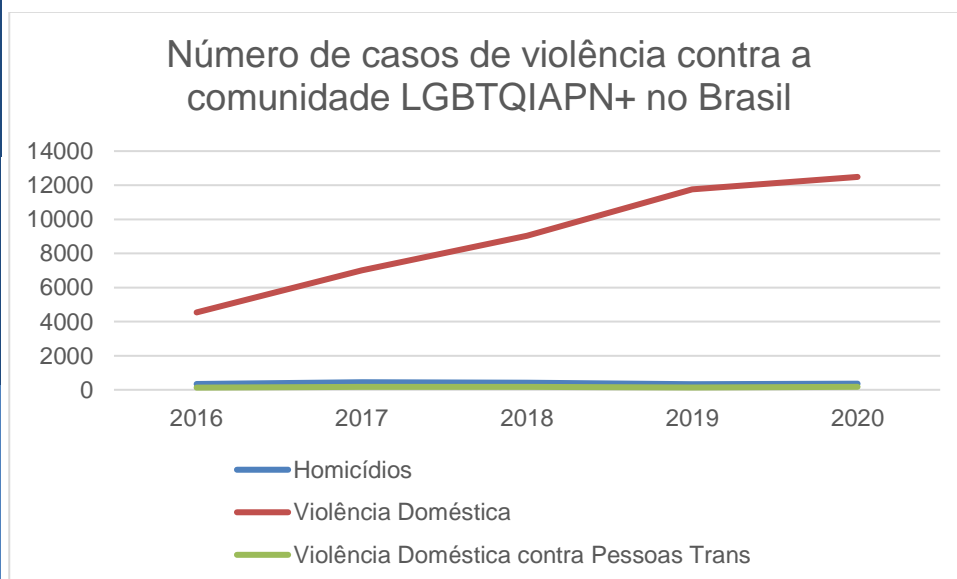
Quadro 02 – Número de casos de violência contra a comunidade LGBTQIAPN+ no Brasil

Ano	Homicídios	Violência Doméstica	Violência Doméstica contra Pessoas Trans
2016	340	4.539	129
2017	445	7.004	167
2020	420	9.026	167
2019	329	11.752	142
2020	355	12.487	175

Fonte: Elaborada pelo Autor (2023) adaptado do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2011-2020) e da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) (2020).

Os dados apresentados no Quadro 02 evidenciam a gravidade do problema da violência contra a comunidade LGBTQIAPN+ no Brasil. Para uma melhor visualização do crescimento, apresenta-se o Gráfico 01:

Gráfico 01 – Número de casos de violência contra a comunidade LGBTQIAPN+ no Brasil



Fonte: Elaborada pelo Autor (2023) adaptado do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2011-2020) e da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) (2020).

O Gráfico 01 apresenta dados alarmantes sobre a violência sofrida pela comunidade LGBTQIAPN+ no Brasil, com destaque para a violência doméstica e a violência doméstica. De acordo com os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2011-2020) e da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) (2020), o número de casos de violência contra a população LGBTQIAPN+ tem aumentado ao longo dos últimos anos.

Em relação à violência doméstica, o quadro mostra que, em 2020, houve 7.025 casos de violência doméstica contra pessoas LGBTQIAPN+. Esse número representa um aumento de 5,5% em relação ao ano anterior. Ainda mais alarmante é o fato de que a maioria dos agressores é o próprio parceiro ou ex-parceiro da vítima.

Já em relação à violência doméstica, o quadro mostra que houve 23 casos em 2020. Embora esse número possa parecer baixo em comparação com os outros tipos de violência apresentados, é importante ressaltar que a violência doméstica contra pessoas pode ser extremamente grave e resultar em ferimentos graves ou até mesmo em morte.

Os dados apresentados mostram a urgência de se implementar políticas públicas eficazes para proteger a comunidade LGBTQIAPN+ da violência doméstica e de outras formas de violência. É necessário que haja uma abordagem abrangente, que inclua medidas preventivas, de proteção às vítimas e de responsabilização dos agressores, de forma a garantir que a violência contra essa população seja devidamente combatida e punida.

3.2 A necessidade de reconhecimento da categoria de gênero das pessoas trans

A luta pela igualdade e pelos direitos do grupo LGBTQIAPN+ é uma pauta urgente e necessária na atualidade. Diversos autores têm se dedicado a estudar e analisar as questões que envolvem essa população e a necessidade de políticas públicas específicas. Maria Berenice Dias é uma dessas autoras, que tem dedicado sua carreira jurídica à luta pelos direitos das minorias e, em especial, do grupo.

Dias (2019) destaca a importância do reconhecimento legal das relações homoafetivas como entidades familiares, garantindo a proteção dos direitos de seus integrantes. A autora também aborda a questão da violência doméstica contra pessoas LGBTQIAPN+, destacando a necessidade de regulamentação específica e de uma sensibilização das instituições públicas para a gravidade do problema.

Como já mencionado, no âmbito do direito comparado também há avanços na regulamentação e na proteção dos direitos do grupo LGBTQIAPN+. No Canadá, por exemplo, existe desde 2011 uma lei específica que inclui a violência doméstica contra pessoas da comunidade como uma forma de violência de gênero (GREEN, 2020). Já na Espanha, desde 2005, há uma legislação que considera a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como uma forma de violência de gênero (TORNQUIST, 2020).

No Brasil, apesar dos avanços alcançados nos últimos anos, ainda há muito a ser feito em termos de proteção e garantia dos direitos do grupo LGBTQIAPN+. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2011-2020) mostra que a violência contra pessoas desse grupo é uma realidade presente em nosso país, especialmente no âmbito doméstico. Ainda há muito preconceito e discriminação a serem enfrentados, e políticas públicas específicas são fundamentais para garantir a proteção e a promoção dos direitos desse grupo (MONTEIRO, 2019; GIFFIN; VIANNA, 2019).

Percebe-se que é fundamental que haja um esforço conjunto da sociedade, do poder público e dos acadêmicos para que sejam promovidas ações que garantam a proteção dos direitos do grupo LGBTQIAPN+. A partir de uma visão interdisciplinar, é possível identificar as principais lacunas na legislação e nas políticas públicas e buscar soluções para a efetivação desses direitos.

Uma das principais dificuldades enfrentadas por pessoas trans vítimas de violência doméstica é a falta de reconhecimento social das relações familiares entre pares teoricamente iguais. Isso se dá porque as pessoas muitas vezes são vistas como diferentes em relação aos demais membros da família, o que dificulta o reconhecimento da existência de uma relação de parentesco entre eles (GIFFIN; VIANNA, 2019).

Além disso, a violência contra pessoas muitas vezes é justificada pelo preconceito social que ainda existe em relação a essa população. Segundo Maria Berenice Dias (2020), a violência contra pessoas transgênero é motivada pela intolerância e pelo preconceito que muitas vezes estão presentes em diversos níveis da sociedade, inclusive dentro de algumas famílias. O estigma que ainda envolve as pessoas é um fator que dificulta a denúncia e o reconhecimento da violência doméstica.

Diniz (2020) destaca que a invisibilidade social das pessoas é um grande obstáculo para a garantia de seus direitos. Essa invisibilidade muitas vezes se traduz em falta de acesso aos serviços públicos, à saúde e à educação, o que torna ainda mais difícil a luta contra a violência doméstica. Para que as pessoas trans possam ter seus direitos respeitados e para que a violência doméstica contra essa população possa ser combatida, é necessário que se reconheça a existência dessas pessoas como membros legítimos da família e da sociedade como um todo (DIAS, 2020).

Nesse sentido, é fundamental que haja políticas públicas voltadas para a promoção da igualdade de gênero e da inclusão LGBTQIAPN+, a fim de garantir a proteção e a garantia dos direitos das pessoas vítimas de violência doméstica. Como afirma Tornquist (2020), é preciso que o Estado assuma o compromisso de combater todas as formas de violência contra a população dessa comunidade e de promover a inclusão dessa população em todas as esferas da vida social.

Diante desse contexto, é importante destacar que a luta contra a violência doméstica contra pessoas transgênero é uma responsabilidade de toda a sociedade. É preciso que cada um assuma o compromisso de combater o preconceito e a intolerância e de garantir o respeito aos direitos humanos e à dignidade de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero (GREEN, 2014; 2020).

Ademais, a subnotificação de casos de violência doméstica contra transexuais é um grave problema que dificulta a compreensão e o enfrentamento da violência de gênero em relação a essa população. Segundo Giffin e Vianna (2019), isso ocorre porque muitas vezes as vítimas não procuram ajuda, seja por medo de represálias, seja por não confiar nas autoridades ou pelos próprios obstáculos enfrentados pelas pessoas na busca por atendimento de saúde e proteção legal.

Além disso, há uma falta de sensibilização e conhecimento por parte dos profissionais de saúde e de justiça sobre as especificidades da violência doméstica contra pessoas transgênero, o que dificulta a identificação e o registro desses casos (TORNQUIST, 2020). De acordo com Fauzi (2019), a falta de capacitação dos profissionais de saúde para lidar com a diversidade sexual pode gerar preconceitos e estereótipos, o que pode afastar as vítimas dos serviços públicos de saúde.

Outro fator que contribui para a subnotificação da violência doméstica contra transexuais é a falta de reconhecimento das relações familiares dessas pessoas. Como observa Dias (2020), o reconhecimento jurídico das famílias formadas por pessoas LGBTQIAPN+ ainda é limitado, o que pode levar à negação de direitos e ao silenciamento das vítimas de violência.

É importante destacar que a subnotificação da violência doméstica contra transexuais não é um fenômeno isolado, mas faz parte de um contexto mais amplo de violência estrutural e exclusão social enfrentados por essa população. Como argumenta Diniz (2020) que essa é frequentemente estigmatizada e patologizada, o que pode gerar discriminação e violência no cotidiano.

Assim, é fundamental que sejam implementadas políticas públicas que promovam o acesso à justiça, à saúde e à educação para pessoas transgênero, bem como a capacitação de profissionais dessas áreas para lidar com a diversidade sexual e de gênero (GREEN, 2014). Somente assim será possível enfrentar a subnotificação da violência doméstica e garantir os direitos e a proteção dessas pessoas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a revisão da literatura e análise dos argumentos contrários e favoráveis à aplicação da Lei Maria da Penha ao grupo LGBTQIAPN+, podemos concluir que essa questão é complexa e envolve diversos fatores, como a cultura de violência e discriminação contra pessoas LGBTQ+, a falta de dados e informações específicas sobre a violência doméstica nessa população e a necessidade de proteção desses indivíduos.

Esses achados estão diretamente relacionados com a problemática da violência doméstica no Brasil e a necessidade de políticas públicas e leis específicas para proteger as vítimas desse tipo de violência, incluindo as pessoas LGBTQ+. Com relação ao problema de pesquisa proposto, podemos afirmar que os achados mostraram que a aplicação da Lei Maria da Penha ao grupo LGBTQIAPN+ é importante e necessária para garantir a proteção dessas pessoas, já que a violência doméstica também afeta essa população. Além disso, a pesquisa contribuiu para esclarecer a controvérsia em torno da aplicação da Lei Maria da Penha nesse grupo.

As hipóteses propostas foram parcialmente confirmadas pelos achados da pesquisa. Foi confirmada a hipótese de que há argumentos contrários e favoráveis à aplicação da Lei Maria da Penha ao grupo LGBTQIAPN+, mas a hipótese de que os argumentos contrários são predominantes não se confirmou, uma vez que a revisão da literatura apontou uma diversidade de opiniões sobre o assunto.

Com relação às premissas secundárias, podemos afirmar que a pesquisa confirmou a necessidade de políticas públicas específicas para proteger as vítimas de violência doméstica LGBTQ+, além da importância de se considerar a diversidade de gênero e orientação sexual na aplicação da Lei Maria da Penha.

Os objetivos da pesquisa foram alcançados, pois conseguimos analisar os argumentos contrários e favoráveis à aplicação da Lei Maria da Penha ao grupo LGBTQIAPN+ e verificar como essa controvérsia tem sido abordada pela jurisprudência.

Com relação à metodologia utilizada, a revisão da literatura foi fundamental para embasar os argumentos apresentados e a análise de jurisprudência permitiu verificar como o assunto tem sido tratado pelo Judiciário. A justificativa para a pesquisa também foi verificada, já que foi possível comprovar a necessidade de se discutir a aplicação da Lei

Maria da Penha ao grupo LGBTQIAPN+ e verificar as opiniões da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto.

Uma das principais limitações da pesquisa foi a falta de dados específicos sobre a violência doméstica contra pessoas LGBTQ+ no Brasil, o que dificultou a análise do problema de forma mais precisa. As principais dificuldades encontradas na pesquisa foram a falta de consenso na doutrina e jurisprudência sobre o assunto e a complexidade da temática, que envolve questões culturais e sociais complexas.

Com base nos achados desta pesquisa, sugere-se a continuidade do estudo sobre a violência doméstica contra pessoas trans e a aplicação da Lei Maria da Penha. Uma possibilidade é investigar a efetividade da Lei nesse contexto, a fim de entender se ela tem sido capaz de proteger os direitos das pessoas e de prevenir a violência doméstica.

Além disso, seria relevante realizar pesquisas que considerem as especificidades das diferentes identidades de gênero e orientações sexuais, a fim de compreender melhor como a violência doméstica afeta essas populações. Também é importante investigar as possíveis consequências psicológicas e sociais da violência doméstica em pessoas transgênero, bem como as estratégias de enfrentamento que elas utilizam. Tais estudos podem contribuir para a construção de políticas públicas e práticas clínicas mais efetivas na promoção da saúde mental e da justiça social para as pessoas vítimas de violência doméstica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Camila Ribeiro de. A regulamentação brasileira e a proteção às vítimas de violência doméstica LGBT. **Revista Brasileira de Direito e Sexualidade**, v. 3, n. 1, 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA). (2020). **Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2020**. Disponível em: em 15 de abril de 2023, de <https://antrabrasil.org/mapa2020>. Acesso em: 12 abr. 2023.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. (2011-2020). **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, SP. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>. Acesso em: 12 abr. 2023.

ARGENTINA. Lei nº 27.610, de 30 de dezembro de 2020. Direito à interrupção voluntária da gravidez e à atenção pós-abortamento. **Boletín Oficial de la República Argentina, 30 de dezembro de 2020**. Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/>. Acesso em: 5 de maio de 2023.

BARROS, M. R. Diversidade sexual e educação: avanços e desafios na garantia dos direitos humanos e combate à discriminação e à violência. **Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades**, v. 18, n. 1, p. 2-21, 2020. Disponível em: <http://www.periodicos.est.edu.br/index.php/nepp/article/view/3674>. Acesso em: 12 abr. 2023.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo**. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 2017.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal da República Brasileira de 1988. *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Pena. Código Penal. *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2023

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Lei nº 10.948, de 8 de novembro de 2001. Dispõe sobre a penalidade a ser aplicada à prática de discriminação em razão de orientação sexual. *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. . *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Lei nº 15.082, de 5 de abril de 2013. Dispõe sobre o uso do nome social nos órgãos públicos do Estado de São Paulo. *In: VADE Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2023.

BUTLER, J. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento em 5 de maio de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 de maio de 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento em 29 de abril de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 de maio de 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 29/10/2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15440004629&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário (RE) nº 878.694. Relator: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em 29/10/2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15440004631&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 132.987/DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Julgamento em 22/03/2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 abr. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=13876656473&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial (REsp) nº 1.483.606/MT. Relator: Min. Gurgel de Faria. Segunda Turma. Julgamento em 15/03/2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 mar. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=61877211&num_registro=201402587506&data=20160322&formato=PDF. Acesso em: 08 mai. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 63.533/PR. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgamento em 28/02/2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 mar. 2017. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=62696512&num_registro=201602655308&data=20170314&formato=PDF. Acesso em: 08 mai. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 292.564/SP. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgamento em 11/12/2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 fev. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=44003852&num_registro=201>

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1483606/MT. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 25/06/2015. **Diário da Justiça eletrônico** - DJe, Divulgado em 26/08/2015, Publicado em 27/08/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Habeas Corpus nº 63.533/PR. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 24/03/2016. **Diário da Justiça eletrônico** - DJe, Divulgado em 11/04/2016, Publicado em 12/04/2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 500.462/PR. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 06/11/2018. **Diário da Justiça eletrônico** - DJe, Divulgado em 30/11/2018, Publicado em 03/12/2018.

CAUDURO, P. M. Diversidade sexual e de gênero na escola: desafios e possibilidades para a construção de uma educação inclusiva. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 46, n. 1, e104080, 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). (1999). Resolução nº 1, de 23 de março de 1999. Institui normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Recuperado em 15 de abril de 2023, de https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf. Acesso em: 12 abr. 2023.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica, 1969. In: **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2023.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 abr. 1948. In: **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2023.

DIAS, J. V. A luta pelos direitos LGBTs no Brasil: da repressão à busca pela igualdade de direitos. **Revista Jusbrasil**, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://joaovictordias.jusbrasil.com.br/artigos/547731068/a-luta-pelos-direitos-lgbts-no-brasil-da-repressao-a-busca-pela-igualdade-de-direitos>. Acesso em: 15 abr. 2023.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DINIZ, D. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2020.

DURKHEIM, É. **As regras do método sociológico**. 14. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

FAUZI, I. A experiência do nome social nos serviços públicos de São Paulo: um estudo exploratório. **Anais...** XIX Congresso Brasileiro de Sociologia - Sociedade, democracia e saúde, Porto Alegre, 2019.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade**: a vontade de saber. São Paulo: Graal, 1985.

GIFFIN, K. A.; VIANNA, L. G. Transexualidade e subjetividade: narrativas de jovens trans brasileiros(as). **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 27, n. 2, p. 425-438,

GREEN, J. **Ditadura e homossexualidades**: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: Edufscar, 2014.

GREEN, J. História do movimento LGBT. São Carlos: Edufscar, 2020.

GUERRA, A. O.; TEIXEIRA, Edson L. B. A proteção da vítima de violência doméstica: o tratamento dado pela legislação brasileira e por outras legislações. **Revista de Direito da Cidade**, v. 13, n. 1, 2021.

LOPES, T. F. S.; SOUZA, R. P. A. **Violência e diversidade**: estudos sobre violência contra grupos vulneráveis. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020

MONTEIRO, L. R. Educação, gênero e diversidade sexual: um estudo sobre a homofobia nas escolas. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 27, e51266, 2019.

MOTT, L. Orgulho e preconceito: os lugares das mulheres lésbicas na construção de Salvador como cidade da diversidade sexual. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 24, n. 3, p. 833-854, 2016.

NASCIMENTO, L. C.; Ribeiro, M. S. The experience of trans people in healthcare services. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 863-872, mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**: as perguntas mais frequentes sobre os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), 2020. Disponível em:

<<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/cartilhadeperguntaserespostasdosods.html>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

PORTUGAL. Lei nº 73/2021, de 22 de julho. **Diário da República Eletrónico**, 1.^a série, n.º 141, 22 de julho de 2021. Disponível em: <https://dre.pt/>. Acesso em: 5 de maio de 2023.

TORNQUIST, C. H. C. As políticas públicas de promoção da igualdade de gênero e a inclusão LGBT no Brasil. **Revista Dados**, v. 61, n. 3, p. 797-830, 2020.

A EFETIVIDADE DO VALOR DA INDENIZAÇÃO OCASIONADA POR ERRO JUDICIAL

FABIANE JUVENAL DE LIMA RODRIGUES:

Pós-graduada em Direito Constitucional e Previdenciário Faculdade Legalle, Pós-graduada em Direitos Humanos e em Direito para Carreira da Magistratura – Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.¹⁴²

RESUMO: O presente artigo busca apresentar uma discussão a respeito da efetividade do valor recebido a título de indenização por vítima de erro judicial. Aquele que procura o judiciário em busca de mitigar os prejuízos advindos já de uma decisão do próprio judiciário, pleiteia que o valor seja, de fato, equivalente ao dano sofrido. Desta forma, o *quantum* recebido a título de indenização deve suportar a morosidade da duração do processo e as injustiças advindas por decorrência de suas falhas. Bem como, essemontante deve ser capaz de amparar a vítima de erro judicial nos seus percalços psicológicos. A observância do tema da responsabilidade civil do Estado frente a erro latente do processo ou procedimento judiciário brasileiro, deve, de fato, ser enfrentado, sem favorecimentos. Assim, o trabalho enfatiza a que a responsabilidade civil do estado é de forma objetiva. Já a mesma responsabilidade do agente público, tende a ser subjetiva. Nessa temática, a Constituição Federal elenca a possibilidade de indenização por erro judiciário, o que possibilita a reparação de danos por aquele que foi condenado injustamente. Diante de uma tentativa de vislumbrar o equilíbrio entre os aspectos legais e sociais sofridos por aquele inocente condenado injustamente, observa que o valor atribuído em ação de indenização não consegue reparar, nem de longe, o dano causado.

Palavras-chave: Responsabilidade. Erro. Indenização.

THE EFFECTIVENESS OF THE AMOUNT OF INDEMNITY CAUSED BY JUDICIAL ERRORS

ABSTRACT: This article seeks to present a discussion about the effectiveness of the amount received as compensation for a victim of judicial error. Anyone who seeks out the judiciary in order to mitigate the damage arising from a decision by the judiciary itself, claims that the value is, in fact, equivalent to the damage suffered. In this way, the amount received as compensation must bear the length of the process and the injustices arising as a result of its failures. As well as this amount should be able to support the victim of judicial error in their psychological mishaps. The observance of the theme of civil liability of the State in the face of a latent error in the Brazilian judicial process or procedure must, in fact, be

142 E-mail: fjuvenal@hotmail.com

faced, without favoritism. Thus, the work emphasizes that the civil liability of the state is objectively. The same responsibility of the public agent tends to be subjective. In this theme, the Federal Constitution lists the possibility of compensation for miscarriage of justice, which makes it possible to repair damages by those who have been wrongfully convicted. Faced with an attempt to glimpse the balance between the legal and social aspects suffered by that innocent person unjustly condemned, he observes that the value attributed in an indemnity action cannot even remotely repair the damage caused. Thus, it is up to law professionals to fight for a judicial process free of any embarrassment or arbitrariness, capable of deciding, in the end, the reality of the facts and not committing injustice, which certainly cannot be repaired.

Keywords: Responsibility. Error. Indemnity.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Responsabilidade Civil; 2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil; 2.1 A evolução histórica da responsabilidade; 2.1.1 A responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 e legislação; 2.2 Risco Integral e Administrativo; 2.2.1 Risco Integral; 2.2.1 Risco Administrativo; 2.3 Erro Judicial; 2.3.1 Conceituação; 2.3.2 Constituição Federal; 2.3.3 Atividades do judiciário que coadunam com indenização; 2.3.4 Erro do magistrado e responsabilidade do Estado; 2.3.5 Dever do Estado em indenizar vítimas de erro judiciário; 2.4 O valor da indenização atribuído por erro judicial; 2.4.1 Os prejuízos causados à saúde do preso injustamente; 2.4.2 Os problemas familiares advindos da prisão injusta; Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A decisão justa sempre é o desejo almejado pelas partes no decorrer do processo judicial, mas nem sempre é possível extrair tal convencimento. A finalidade da celeridade processual é o direito.

Por vezes, o cidadão considerado culpado não teve como patrocinar uma defesa de qualidade e nem ao menos propor meios de perícia ou de contestar provastidas como verdadeiras. Assim sendo, considerando a tríade, juiz, defesa e réu, em alguns desses lados pode ter havido um desequilíbrio, o que pode coadunar com uma acusação indevida de uma pessoa inocente.

É neste cenário que pode ser configurada a ocorrência de erro judicial. Decidirem procedimento eivado de vícios, condenar um inocente que permanece preso indevidamente, erros atribuídos à atuação do Estado.

Com respaldo na Constituição Federal, cabe ao injustiçado provocar uma indenização para reparação do erro, uma situação em que a atuação estatal seja revista.

Como arbitrar um valor, justo, de indenização ao cidadão, vítima de erro em processo judicial, que deveria ter sido considerado inocente? Como efetivamente reparar tal dano?

Nesse sentido, considerar-se-ão várias hipóteses para essa pesquisa, das quais se cita: a responsabilização do Estado frente às situações provocadas por seus agentes, embasados na supremacia do interesse público.

Outra hipótese levantada é discutir se as decisões proferidas respeitaram todas as fases procedimentais que a legislação requer, bem como a falha que não foi identificada ou corrigida no processo, que seria o ponto crucial colaborou efetivamente para a condenação de um inocente.

Acrescenta-se também que o valor estipulado de indenização, àquele que foi erroneamente condenado, não consegue mitigar ou reparar os aspectos psicológicos e emocionais do prejudicado e de terceiros e familiares envolvidos na situação.

A relevância dessa pesquisa consiste em discutir o assunto no âmbito acadêmico. E como o alvo da justiça é sempre uma decisão justa, um erro judicial torna falácia esta máxima. Não importa se o erro não foi detectado pela defesa ou acusação e nem mesmo pelo juiz. Assim, o principal afetado por uma sentença errônea, muitas vezes, não consegue perceber a devida reparação, quase sempre, o tempo não espera.

A presente discussão propõe como objetivo analisar se as indenizações arbitradas em face de um erro judicial são, efetivamente, justas, se conseguem, reparar o dano sofrido. Considerando aspectos legais, psicológicos e sociais em que a vítima está inserida.

Logo, como objetivo específico deste trabalho tem-se a verificação dos valores arbitrados a título de reparação, se estariam aptos a reparar o dano sofrido ou não. Outro aspecto que merece ser abordado consiste em relatar, de uma maneira geral, as falhas mais comuns nos procedimentos judiciais que coadunam com uma decisão injusta num procedimento judicial.

Busca-se também exemplificar, casos concretos, de inúmeros, em que a atuação errônea da justiça colaborou com o fracasso de muitos que estão presos, sendo que na verdade o legítimo culpado, sequer, existe na relação processual.

Quanto ao procedimento metodológico, que se utilizará nesse trabalho será de abordagem de pesquisa aplicada, objetivando gerar conhecimentos para a elaboração de um artigo acadêmico. Assim, uma vez que o pesquisador irá estabelecer relações do

geral para o particular, a partir de raciocínio lógico, chegar à verdade daquilo que propõe de natureza de pesquisa aplicada, envolvendo interesses sociais, e objetivando gerar conhecimento para aplicação prática, e elaboração do texto artigo como trabalho de conclusão de curso.

O método de investigação será o indutivo, quanto ao ponto de vista de seus objetivos, será realizada uma pesquisa exploratória através do levantamento bibliográfico e jurisprudencial.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Preliminarmente, cumpre destacar a conceituação de responsabilidade civil, “é aquela que decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”. (MAZZA, 2019, p. 1.227)

Assim, esse pressuposto do ressarcimento ao terceiro prejudicado, advém da responsabilidade extracontratual, como se percebe, um particular não tem contrato vigente com o poder público.

Apesar de ser notório o princípio da supremacia do interesse público, em casos de ocorrência de dano sofrido por particular, o Estado tem o dever de indenizar reparar seu erro.

Nesse entendimento, vislumbra-se o importante princípio da isonomia, visto que em caso de prejuízo sofrido, não haveria equilíbrio nas relações se o Estado não indenizasse o particular.

2.1 A evolução histórica da responsabilidade.

Antes de atingir o atual patamar de responsabilidade civil do Estado, modalidade objetiva, é salutar relembrar, brevemente os aspectos históricos de tal evolução.

A saber, conforme doutrina, (MAZZA, 2019, p. 709) existiram três estágios, os quais a teoria da responsabilidade do Estado percorreu: a) teoria da irresponsabilidade estatal; b) teoria da responsabilidade subjetiva; c) teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria da irresponsabilidade estatal consistia na total previsão de responsabilidade por dano causado a terceiro por parte do Estado. É nessa fase que é conhecida a famosa frase, “*the king can do no wrong*”, ou seja o “rei não erra”. Essa fase é típica de governos absolutistas. Esta fase pendurou até a decisão de 8 de fevereiro de 1873, tomada pelo Tribunal de Conflitos na França, conhecida como Aresto Blanco.

Em um segundo momento passa a vigorar a responsabilidade civil subjetiva, teoria subjetiva, oriunda da culpa, estudada no direito civil. Com a finalidade de comprovar a má atuação do Estado, o particular deveria comprovar, para ser ressarcido de seu prejuízo, a ocorrência, simultânea do ato, dano, nexo causal, culpa ou dolo. Convém enfatizar que tal teoria, é aplicada no direito brasileiro em casos de danos por omissão, e na ação regressiva contra o agente causador.

O último estágio convém chamar de teoria objetiva, que vigora até os dias atuais, por essa teoria, não há a necessidade de comprovação de dolo ou culpa por parte do agente público. Assim, aquele que sofre algum efeito danoso oriundo de atividade estatal, tem o direito de propor ação, tendo por base a teoria do risco administrativo.

Para a doutrina majoritária, (MAZZA, 2019, p. 704) teoria objetiva, o dever de indenizar estatal ocorre com a demonstração de três elementos comprovados pela vítima, a saber: ato, dano e nexocausal.

Esclarecendo que a ação condiz com uma atuação, uma conduta comissiva que não deveria ocorrer, ao passo que a omissão, é um dever jurídico que o agente público deveria praticar e não o fez.

O dano é aquele prejuízo sofrido que enseja a indenização, tal dano pode ser moral ou material. Ao passo que o nexo causal é o elo, entre a ação e o dano. Sem tal o a ação não teria se tornado um dano.

2.1.1 A responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 e legislação.

O tema discutido nesse trabalho, encontra amparo em normativo na Constituição Federal, regulamentado em seu art. 37, § 6º, que determina:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Tal responsabilidade baseia-se na teoria objetiva ou da teoria da responsabilidade sem culpa, conforme ensina (MAZZA, 2019, p. 676). Assim o dever de indenizar decorre da atuação do agente público, o qual não se faz necessário comprovar se o mesmo agiu com dolo ou culpa.

A verificação da culpa ou dolo será em momento posterior, em ação regressiva que será demandada contra o agente público que praticou o ato.

Ainda, conforme o assunto, podemos encontrar no Código Civil, no art. 43 do Código Civil que a responsabilidade do ente público se configura objetiva.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Assim, faz-se necessário enfatizar que os entes públicos podem tentar se livrar de sua responsabilidade com as excludentes as quais devem ser aferidas pelo julgador da demanda em momento oportuno. Logo, no caso concreto, caso a vítima tenha desrespeitado uma ordem expressa de não se aproximar do local em obras, tal situação pode ser utilizada pelo órgão estatal para afastar ou mitigar a sua responsabilidade civil.

2.2 Risco Integral e Administrativo

2.2.1 Risco Integral

Na intenção de compreender melhor o tema, adotando por base a teoria objetiva adotada no ordenamento jurídico vigente, faz-se necessário a observação dos temas atinentes a teoria do risco administrativo e risco integral.

A respeito da teoria do risco integral, Matheus Carvalho acrescenta:

A teoria do risco integral parte da premissa de que o ente público é garantidor universal e, sendo assim, conforme esta teoria, a simples existência do dano e do nexo causal é suficiente para que surja a obrigação de indenizar para a Administração, pois não admite nenhuma das excludentes de responsabilidade. (2017, p. 348)

O risco integral, a descrição do nome ajuda a entender que, em qualquer situação, o Estado responderia, integralmente, pelos danos sofridos, por ser o garantidor universal.

Consoante (MAZZA, 2019, p.727), ocorrerá o risco integral em situações pontuais, a saber: acidentes de trabalho (infortunistica), indenização coberta pelo seguro obrigatório para automóveis (DPVAT), atentados terroristas em aeronaves, dano ambiental.

Um adendo é interessante a respeito do dano nuclear, que havendo culpa exclusiva da vítima, conflito armado, atos de hostilidade, guerra civil, insurreição e excepcional, fato da natureza afasta-se o dever de indenizar do Estado, essa disposição encontra-se elencada na lei que trata da responsabilização por danos nucleares.

2.1.2 Risco Administrativo

Adotada pelo direito brasileiro, o risco administrativo é aquele suportado pela administração que não responde universalmente por danos ocorrido. Baseada nessa teoria, há a possibilidade de afastar o dever de indenizar do Estado.

Destaca-se que não se pode confundir, caso fortuito com força maior, uma vez que o primeiro é decorrente de um ato humano ou falha da Administração. Já o segundo é um fator imprevisível, inesperado.

Deduzir-se que o caso fortuito não é capaz de excluir a responsabilidade estatal.

2.3 Erro Judicial

2.3.1 Conceituação

Na tentativa de descrever a expressão erro judicial, (GUIMARÃES, 2013, p.107) que "erro judicial é o equívoco judicial causador de prejuízo para a parte, ensejando indenização pelo Estado".

Importante observação pontua o prof. Matheus Carvalho que:

A prisão além do tempo da sentença não é ato jurisdicional, é ato administrativo exercido posteriormente à decisão judicial, em sede de cumprimento e execução da pena. Logo, a hipótese expressa na constituição de responsabilidade do Estado por erro jurisdicional ocorreria nos casos de prisão por erro judiciário. (2017, p. 348).

Ao tentar traçar um conceito para erro judicial, a doutrina enfatiza diversos aspectos a ser detalhado, tal conceito na visão de Nanni:

O erro judiciário é aquele oriundo do Poder judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da atividade jurisdicional, ao sentenciarem, ao despacharem, enfim ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer

outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo inerente a possibilidade de cometer equívocos. (1999, p. 175).

Conforme explicita (NUNES, 199, p.107) “o erro judiciário decorre de uma situação injusta, em que alguém foi condenado não sendo o autor do fato, materializando-se com a sentença que é o ato jurisdicional fundamental, em que o Estado-Juiz impõe a vontade do direito para solucionar o litígio”.

O tema é relevante e tem que ser discutido, para (GAZOTO, 1999, p. 45) “o erro judiciário não é um erro isolado, é um conjunto de erros da persecução penal, no qual não foi culpa somente do juiz, mas um conjunto de falhas quer seja da polícia na investigação ou do Ministério Públicos, que coadunaram com um erro emanado pelo Juiz.”

Em conformidade com a definição de erro judicial, acima relatada, a questão é atualmente discutida com muito vigor, pois é evidente o aumento dos casos de erros judiciários coadunando com pessoas inocentes presas.

A fase inicial do procedimento é imprescindível para o restante do processo, uma vez que um erro grave pode custar muito caro para aquele inocente que foi considerado culpado, uma vez que o verdadeiro está solto.

(CARVALHO, 2015, p. 12) “o maior erro judiciário de todos os tempos ocorreu em Jerusalém, naquela época houve uma condenação injusta e irregular de Jesus de Nazaré, o Filho de Deus que se fez homem para salvar a humanidade”.

2.3.2 Constituição Federal

O tema relacionado com o erro judicial está elencado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXV “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Assim, faz-se necessário citar o princípio do devido processo legal, imprescindível em todo procedimento penal, sendo sua ausência causa de nulidade absoluta. O referido preceito está elencado no artigo art. 5º, inciso LIV, em que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Logo, a imposição de uma decisão, ou pena, só poderá ser imposta, se a mesma for fruto do devido processo legal, respeitando todos os seus trâmites e procedimentos.

Como decorrência do devido processo legal, temos o princípio do contraditório e da ampla defesa, que garante ao litigante o direito de se defender em todas as fases do procedimento dos fatos criminosos imputado à sua pessoa.

Igualmente importante está o princípio base da presunção da inocência, o qual informa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É interessante ressaltar que a violação do princípio da imparcialidade resulta em erro judiciário, finalizando em decisões arbitrárias e errôneas, que na maioria das vezes, priva um inocente de sua liberdade. A motivação em condenar um cidadão tem que ser fundamentada e pública a todos, isso é um mandamento da Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana, prevista no ordenamento jurídico, artigo 1º, inciso (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988) é amplamente desrespeitada na ocorrência de um erro judicial. Uma vez que tal preceito prevê que a resume-se nas condições mínimas existenciais, para que uma pessoa tenha uma vida digna de respeito.

Vale ressaltar, que há casos de erros judiciários, que lesionam um dos bens mais preciosos da vida humana, ou seja, a liberdade, e às vezes, a própria vida do inocente.

2.3.3 Atividades do judiciário que coadunam com indenização

Apesar do tema ser debatido na doutrina, não se pode traçar um caminho que exclua a responsabilidade do Estado, em face a erro judiciário.

A saber que a própria Carta Magna, (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988) em seu art. 3º que são independentes e harmônicos entre si, o Executivo, Legislativo e Judiciário.

A saber, sobre o assunto, relativo aos atos jurisdicionais, Mazza, ensina que:

Em relação aos atos tipicamente jurisdicionais, entende-se que, em princípio, não produzem direito a indenização como consequência da soberania do Poder Judiciário e da autoridade da coisa julgada. Entretanto, a Constituição Federal prevê, excepcionalmente, a possibilidade de ressarcimento do condenado por erro judicial, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, entre outras hipóteses. (2019, p. 760).

Para (NUNES, 1999, p. 107), "as possíveis causas que ensejam a ocorrência do erro judiciário e que viciam o ato, são: o dolo, o erro, a culpa, a decisão contrária à prova dos

autos, o erro imputável às partes e à terceiros e a inexistência da lei e sua inadequada aplicação”.

Atinente ao dolo, conclui-se que este elemento contamina o ato judicial, visto que o magistrado tende a prejudicar alguém.

Ainda quanto ao erro, (NUNES, 1999, p. 107) enfatiza “que tipifica o erro judiciário está relacionado ao erro substancial que conduz a uma prestação jurisdicional defeituosa, através da inversão dos fatos, da pessoa ou do próprio objeto da relação jurídica”.

A culpa, nestes casos é aferida pela possibilidade de prevê um determinado resultado e o magistrado não considerou tal situação.

Quanto à prova contrária dos autos, o magistrado pelo princípio do livre convencimento motivado obrigado não fica adstrito a ela, ou seja, pode dispensá-la e decidir conforme entender a linha de pensamento própria do processo. Isso não quer dizer que o mesmo adotará decisões irresponsáveis.

Atinente ao fato de erro imputável às partes e aos terceiros, tal situação pode ocorrer em caso de apresentação de provas falsas, partes agindo de má-fé, ou qualquer outra situação que prejudique o julgamento do juiz no caso analisado.

2.3.4 Erro do magistrado e responsabilidade do Estado.

Diante do já explanado em relação a responsabilidade civil do Estado, não se pode olvidar que no caso de ocorrência de dano a terceiro por agente público, a responsabilidade civil é objetiva.

Já em relação à ação de regressiva a mesma ser proposta contra o magistrado, Matheus Carvalho ensina que:

Ocorre que, em garantia ao princípio do livre convencimento motivado, bem como da garantia de independência do juiz, ao proferir decisões no exercício de sua função típica, a propositura da ação de regresso fica dependente da demonstração de dolo ou erro grosseiro do magistrado ao prolatar a decisão que causou danos. (2017, p. 364).

Existe a previsão do Conselho Nacional de Justiça, art. 103-B, da Carta Magna, o qual compete, dentre outras atribuições, o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras previstas no Estatuto da Magistratura. Dessa forma,

o próprio legislador previu um órgão que pudesse, supervisionar, as denúncias e reclamações que pudessem decorrer da atuação jurisdicional.

2.3.5 Dever do Estado em indenizar vítimas de erro judiciário

Diante da inexistência de dúvidas sobre a responsabilidade civil do estado ser de forma objetiva, e da aferição que não possibilita não contempla casos de exclusão, cabe a indenização, conforme preceitua a Constituição Federal.

Neste momento, cabe a verificação do princípio da razoabilidade, uma vez que a indenização deve ser proporcional ao prejuízo sofrido, tanto morais como materiais.

(CAVALIERI FILHO, 2022, p. 279) disserta que “a indenização deve ser fixada com razoabilidade, diante das circunstâncias do caso concreto, para que não promova o enriquecimento sem causa do ofendido, todavia, o valor deve ser arbitrado em *quantum* considerável para que a prática desse ato não ocorra de forma reiterada.”

A responsabilização de um inocente por um crime que não cometeu, pouco muda em relação como aquele cidadão é visto perante a sociedade. O preconceito existe e pouco se faz para mudar essa realidade. Aquele que pleiteia uma indenização no judiciário, por erro que ele não cometeu, sofre as mazelas do tempo e a morosidade da justiça.

Além de ter perdido o tempo preso inocentemente, esse jamais retornará, logo, o valor que eventualmente receba, caso não ocorra prescrição, será somente para amenizar o resto de vida que ainda lhe resta, pois, jamais tal pagará aquilo que deixou de ganhar e de viver.

A liberdade, bem protegido pelo Estado, pelas leis, não tem preço, não o teve e nunca terá. Jamais qualquer valor poderá amenizar o sofrimento que perdeu tempo e uma parte da vida estando encarcerado inocentemente.

2.3 O valor da indenização atribuído por erro judicial

Discutir o *quantum* de valor de uma indenização ocasionada por erro judicial seria efetivamente justa ao ponto que pudesse suprir tudo aquilo que foi perdido por este prejudicado não seria uma tarefa fácil.

Como se sabe que o processo judicial brasileiro tem o condão de ser um ato demorado, logo e exausto que por diversas vezes não surge o seu efeito principal. Fato que por ser tão logo, ocorre que por vezes, aquele interessado, a parte autora, já não estaria mais presente para lutar por seu objetivo.

Discutir o valor que seria razoável para uma recuperação da saúde, dignidade e bem social, bem como reinserção na sociedade, é o alvo de discursão deste trabalho.

Esse assunto deve ser tratado também sob a ótica da família e dos prejuízos que ela sofreu diante da falta de seu membro. Logo, o tema é amplo e verifica-se, inicialmente que este valor seria significativo, principalmente em relação ao erro, caso ele persista por longos anos.

Assim sendo, a importância do assunto em diversos segmentos da esfera estatal e coadunando com a devida indenização judicial. Mensurar essa efetividade é um tanto subjetivo. Para alguns doutrinadores, não há o que se reparar, mas somente mitigar a lesão gravíssima oriunda do erro que o Estado cometeu.

Consoante entendimento de Canotilho, enfatiza que:

Entende-se hoje que o cidadão inocente, após sua reabilitação em processo de revisão, tem verdadeiro direito subjetivo à reparação dos danos. A reparação dos erros judiciais configura-se como responsabilidade por atos lícitos. A inocência, posteriormente demonstrada, virá revelar, sim, um sacrifício individual e grave, absolutamente inexigível sem compensação. A culpa do condenado torna legítimo o exercício do jus puniendi e isentará o Estado do dever de qualquer prestação ressarcitória, a sua inocência não perturba a legitimidade do ato jurisdicional, mas torna obrigatória a atribuição ao lesado ou herdeiros de uma justa indenização. (1984, p. 48).

Conforme ensino do doutrinador, se a lesão não ocorrer, ou seja, se não houver erro, perfeitamente o ato estará legítimo. O problema ocorre nos casos em que não foi feito um procedimento correto e condenando um inocente por um crime que não cometeu.

Delinear como um evento de erro judicial implica e impacta na vida de um cidadão é tema primordial e merece ser estudado. Por vezes, o erro começa no início do procedimento, e a partir de então, o acusado já começa a desenvolver problemas de ordem social.

2.3.1 Os prejuízos causados à saúde do preso injustamente

Assim sendo, a perspectiva de vida de uma pessoa que foi vítima de erro judicial já não estaria tão no ápice, uma vez que por causa deste erro, esse cidadão ficou preso por ato que não cometeu. E assim, este fato implica principalmente na sua saúde mental.

Ademais, é de conhecimento de todos que o sistema prisional brasileiro não tem condições de dignas de recuperação de nenhum condenado. Muito menos, condições de uma vida que conserve a boa saúde daquele que ali está, é o oposto.

Grande parte dos que foram presos, mesmo que justamente, perecem nos presídios, lutando por sua saúde, sem condições nenhuma, visto que adquiriram, naquele período, doenças até incuráveis.

Não é difícil encontrar casos de condenados como o Sr. Heberon Lima de Oliveira, cuja reportagem intitulada "As 3 mortes de Heberon", site Uol, de condenado, injustamente pela justiça do Amazonas, por estupro de uma menina de 09 (nove) anos, à época.

Além de ficar, quase 03 (três) anos preso sem merecer, o ex-presidiário foi violentado por mais de 60 (sessenta) detentos. Diante de tamanha violência, adquiriu vírus da AIDS.

Como um caso específico em muitos, o ex-detento, agora vive imerso às drogas, vício que adquiriu quando estava preso, bem como aguarda a resposta da justiça em face de uma indenização proposta contra o Estado que está em fase de recurso nos tribunais superiores.

Conforme a reportagem, Heberon Lima, solicitou indenização e o valor R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais), mas Procuradoria Geral do Estado recorreu alegando enriquecimento sem causa, e o valor ficou em R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais).

O Superior Tribunal de Justiça não conheceu o recurso da PGE/AM e manteve a indenização em favor de Heberon Lima, representado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas.

2.3.2 Os problemas familiares advindos da prisão injusta

Dentre os tantos problemas insondáveis que aquele foi preso injustamente perpassa, estão entre os que configuram de maior expressão, os que abalam a estrutura familiar.

Tal instituição é protegida pelo Estado, isso é o que diz a lei maior do nosso ordenamento jurídico. De sorte que assim deveria ser de forma efetiva em todos os seus paradigmas e não somente conceder um auxílio-reclusão à família do preso.

Logo, somente teriam direitos a essa ajuda, àqueles que estivessem trabalhando formalmente à época dos fatos, isso não é o que se expressa. Diante da tamanha crise econômica e da desigualdade social, inúmeros de trabalhadores compõem o mercado informal, e assim acabam permitindo que seus familiares não tenham direitos constituídos, em casos excepcionais, como é a prisão.

Logo, a situação do preso provoca uma instabilidade familiar muito grande, por vezes incontornável, visto que em certos casos, nem mesmo a família acredita na inocência daquele que teve a sua liberdade cerceada. Mesmo porque o caso passa pelo crivo da justiça e assim se delineia a ação do Estado juiz.

3. CONCLUSÃO

Diante do assunto apresentado, das pesquisas realizadas e do entendimento diante da responsabilidade civil do Estado em decorrência de erro judicial, pode-se concluir que o valor recebido, a título de indenização, não consegue reparar o prejuízo na vida de uma pessoa.

Isto pode ser observado pela perda do valor da indenização diante da morosidade da justiça, uma vez que uma pessoa que passa mais de 20 (vinte) anos presa injustamente não conseguirá recuperar o seu vigor e nem sua saúde perdida na prisão.

Desta forma não conseguirá acompanhar o desenvolvimento de sua família e nem a formação de seus filhos, e muitas vezes, nem se despedir de um familiar que não mais verá.

Isto posto, leva-se a crer que aquele valor arbitrado pela justiça, após inúmeros recursos da defesa do Estado, não é suficiente eficaz para reparar o dano sofrido e nem capaz de efetivar, de fato, uma indenização judicial.

Assim, destaca-se a importância do tema, visto que o profissional de direito, deve pautar-se pela correta atuação profissional, agindo conforme o código de ética e respeitando a legislação.

Agindo dessa forma evitará que esteja envolvido em uma situação que ocorra injustiça a uma das partes, ocorrendo um erro judicial e prejudicando, significativamente, a vida de uma pessoa inocente.

Ainda em completo ao entendimento de erro judiciário, convém ressaltar a responsabilidade do Estado face aos terceiros prejudicados. O dano tem que ser reparado, visto que o valor, para o julgador, é mais que suficiente para corrigir o dano. Porém para o inocente que ficou preso por vários anos, injustamente, o valor não proporciona a devida efetividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____ **LEI Nº 6.453, DE 17 DE OUTUBRO DE 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acessado em: 01 mar. 2023

_____ **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acessado em: 01 mar. 2023.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos**. Coimbra, Almedina, 1974.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil pré e pós-contratual no direito do trabalho. *In*: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região**, Curitiba, v. 29, n. 53, pp. 53-70, jul.-dez. 2004. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1502109>. Acesso em: 05 abr 2023.

GAZOTO, Luís Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. Brasília, v.60, p. 45-64, 1999.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: MaxLimmonad, 1999.p.175.

PRAZERES, Leandro. **As três mortes de Heberson**. Brasília, abr 2016. Disponível em:
<<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wxb0jsuBN8sJ:https://www.uol/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberson.htm+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 04 abr 2023

UMA REFLEXÃO À DIGNIDADE DA PESSOA PRIVADA DE LIBERDADE

MARIO JOSE GOMES DE MELO SILVA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas- UFAL. Oficial de Justiça Avaliador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Pós-graduado em Gestão Pública e Legislação Urbana e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes - UCAM¹⁴³.

RESUMO: Este artigo científico de revisão objetiva compreender a importância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, dentro do Direito Penal Brasileiro, na perspectiva de reconhecimento de direitos aos reeducandos, o qual é de grande serventia a acadêmicos e estudiosos na problemática do reconhecimento do preso como sujeito de direitos e obrigações, assim como qualquer outra pessoa não sujeita à pena privativa de liberdade, pautando-se nos preceitos da Carta Magnas e nos tratados internacionais de Direito do Homem, bem como na legislação penal. Hodiernamente, tem-se visto o complexo penal apenas como repositório de dejetos humanos, sendo aqueles à margem da sociedade, pouco se tem feito ou desenvolvido, no sentido de que possam se reinserir, ou até mesmo, inserir-se na sociedade. Exemplos comprovam que há métodos e modelos implementados e que revelam o sucesso de alguns ambientes do cárcere, formando pessoas ao convívio social, extirpando a marca de preso ou bandido, garantindo-se os direitos e garantias fundamentais apregoados no direito pátrio. De certo, as mudanças têm acontecido paulatinamente, todavia a efetivação dos direitos e o alcance das obrigações penais devem ser exigidos/garantidos, vislumbrando-se uma sociedade mais justa e igualitária, acolhedora, em detrimento do pensamento simplesmente doloroso e cruel da pena, repressivo. Faz-se preciso adotar um modelo penal preventivo e, acima de tudo, reabilitante ou ressocializador, sendo objetivo deste trabalho trazer subsídios concretos de discussão e conclusão acerca do tema junto à sociedade civil, bem como à comunidade acadêmica.

Palavras-chave: Direito Penal. Direitos Humanos. Princípios. Dignidade da Pessoa Humana. Pena. Pena Privativa de Liberdade. Ressocializar. Reabilitar. Reeducandos.

INTRODUÇÃO

Objetivando trazer a discussão acerca do tema “Uma reflexão à dignidade da

143 contato: mariojgomesmelo@gmail.com

pessoa privada de liberdade”, elaborou-se este artigo científico de revisão.

Desse modo, o trabalho em tela foi elaborado do seguinte modo: inicialmente, traçou-se uma visão geral do que se trata Sistema Penal Brasileiro e seus modelos, dando-se relevância ao indivíduo que cometeu uma infração penal, porém que não perdeu seus direitos fundamentais, devendo-se ser tratado como igual nesta sociedade estigmatizante e cruel. Dá-se preferência a incluir, em detrimento de segregar, julgar ou impor uma prisão perpétua implicitamente.

Destarte, após se expor o pensamento de um direito, principalmente, humano de tratar os cidadãos, traça-se alguns direitos essenciais a serem garantidos a quaisquer indivíduos, inclusive ao encarcerado, visto que tem restringido seu direito de ir e vir, contudo os demais direitos não lhes foram cerceados pela lei, muito embora na prática o contrário prevaleça.

Sendo assim, diante da explanação dos direitos, mostram-se meios através dos quais é possível reinserir ou, em muitos casos, inserir o indivíduo que está cumprindo sua pena. Revelar que o agir do Estado nesse sentido, será benéfico a todos, retirando da criminalidade o agente infrator e concretização a paz social, objetivo maior do direito material e processual penal.

Para tanto, ao final, o autor do presente artigo expõe sua opinião acerca da problemática existente e da premente necessidade de levar a sério o sistema penal, reduzindo, pelo menos, o retorno do encarcerado ao mundo do crime, sendo um apaziguador da insegurança vivida no país. O presente trabalho desenvolveu-se devido à percepção da problemática existente em torno do Sistema Prisional, sendo tema atual, haja vista os debates reflexivos em relação à Política Humanitária nas Penitenciárias e a busca de pô-la em prática.

DESENVOLVIMENTO

Conforme se sabe, a agrupação coletiva - cognominado Complexo Penitenciário-, desde sempre, viu-se tratada sem a devida importância, haja vista abrigar as pessoas às quais a sociedade visa excluir devido aos crimes perpetrados, assim como pela incrível regeneração. Contudo, a sociedade à medida que evolui constata que estas reações discriminatórias, são responsáveis pelo desdobramento em cadeia do aumento da criminalidade, resultando, desta forma, na necessidade de um posicionamento crítico, sob enfoque ressocializador e integrador da pena através de sua humanização, impondo respostas principalmente estatais.

Hodiernamente, já não se aceita, por óbvio, torturas e castigos severos, os quais só acarretam revoltas e tornam os presos indivíduos mais agressivos e, portanto, em nada

modifica o comportamento positivamente. Até mesmo a designação “preso” já não se admite. O termo em voga é reeducando, garantindo-lhes *status* regenerador, exigindo que os diversos setores societários deem oportunidade àqueles que demonstrarem arrependimento e condicionamento, a viver dignamente, reintegrando-se.

Sendo assim, a irresignação com a forma por que são tratados os encarcerados, já está rechaçada e o cumprimento dos Direitos Fundamentais inerentes ao ser humano amplamente apregoado. É fundamental considerar que se extirpar a marca de “ex detento” não é tão simples. Quem não teria pavor de contratar um egresso para sua empresa? Mas, qual será o destino desta pessoa? O que será mais fácil acolhê-la, dando-lhe uma nova chance, ou entregá-la à própria sorte?

Neste diapasão, é inconcebível a inação, que, infelizmente, só ocasiona a construção da “Escola do Crime”, refletindo-se na formação de criminosos mais perversos do que quando no Sistema adentraram, haja vista que só confiná-los não garante a função primordial da pena, qual seja, reabilitadora.

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Assim, se o texto constitucional eleva a dignidade da pessoa humana, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado.

A dignidade da pessoa humana engloba em si os direitos do homem, que se expressam através dos direitos fundamentais, sociais, políticos e econômicos. SARLET (Sarlet, pág) entende que a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, inalienável, constitui elemento que qualifica o ser humano como tal, já que compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana. Sendo assim, MAURER (Maurer, pag) aduz que a dignidade seria como um diamante multifacetado, já que se está diante de um conceito que embora fundamental é, ao mesmo tempo, extremamente subjetivo, pois cada um defende a sua própria concepção de dignidade em nome do que acredita ser digno.

A noção de dignidade, assim, apresenta dimensão dúplice, conforme preceitua EHRHARDT JÚNIOR (Ehrhardt, pág), defensiva e ao mesmo tempo prestacional, sem perder de vista a dimensão histórico-cultural, perfazendo-se na concretização e permanecendo em processo de contínuo desenvolvimento. Desta forma, as dimensões cultural e natural da dignidade humana interagem e se complementam, permitindo a construção de um conceito objetivo da noção, de matiz secularizada e universal.

Desse modo, corroborando com o entendimento supra, a noção de dignidade humana é universal. Inseri-la em um texto constitucional, nos dizeres de FELLIPE (Fellipe,

pág), significa representá-la empiricamente, agregando-se, nas normas infraconstitucionais e nas próprias normas constitucionais, dados da experiência social. Dignidade é um ente da razão, que se basta a si mesma. É o primeiro motor, é causa nela mesma, é incausada justamente por essa razão.

Quando a Constituição traz a garantia do direito à vida como forma de observância do princípio da dignidade da pessoa humana, não se refere ao mesmo apenas como um direito à sobrevivência, engloba o direito às liberdades, os direitos sociais, políticos e econômicos.

O Estado Brasileiro quando erigiu como fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana, assumiu a responsabilidade de cumprir e exigir o cumprimento deste princípio através do respeito a todos os direitos fundamentais, adotando medidas que se destinem a preservar os exercícios dos direitos fundamentais diante de atos lesivos praticados por terceiros ou pelo próprio Estado.

Assim sendo, o princípio da dignidade é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primordial da ordem jurídica e, vedando, tanto ao poder público como aos particulares, as práticas que exponham o homem, em situação de desigualdade a situações, que o desconsidere como pessoa.

A dignidade da pessoa humana, para MAURER (Maurer, pág), é o direito fundamental mais fortemente influenciado pela visão ideológica e política. Deve-se reiterar que toda pessoa possui dignidade, e, note-se, independentemente de sua nacionalidade, das suas características pessoais, das suas prestações e do status social.

Neste diapasão, AGRA (Agra, pág) menciona que a dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são apanágio da espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, *res*. Com o advento da ideologia cristã, passou a ser mérito de todos os seres humanos, independentemente de suas qualidades.

As condições de dignidade da pessoa humana devem ser propiciadas pelo Estado, mas não são prerrogativas outorgadas pelas entidades governamentais. Elas são preexistentes a qualquer direito estatal, advindo da qualidade inata dos seres humanos- o Estado apenas atestou a sua existência e se comprometeu a velar por elas.

Embora a previsão dos direitos fundamentais e sociais esteja nas Constituições de quase todos os países, ainda assim, explicita BRANDÃO (Brandão, pág), a maior batalha do ser humano na busca da liberdade e da dignidade vem sendo travada contra seu principal "inimigo" e perpetrador da maioria das lesões – o Estado.

Em face deste princípio, a vida na prisão deve começar e prosseguir dentro de

um contexto de justiça e equidade, minimizando os sentimentos de impotência dos detentos e a deixar explícito que eles continuam sendo cidadãos com seus direitos e obrigações preservados, garantindo-se comunicação com parentes e advogados, desde o momento em que se encontram reclusos, assim como do regulamento da prisão, ou seja, das garantias e obrigações durante o tempo em que estiverem cumprindo pena.

Neste aspecto, o estudioso no assunto COYLE (Coyle, pág), inclui-se igualmente o direito à liberdade de crença religiosa, observando que o direito à religião é universal e se aplica a todas as pessoas privadas de liberdade, bem como às livres. Na Constituição Federal, os direitos da pessoa privada de liberdade possuem duas faces indissociáveis e complementares, tendo como fio condutor a dignidade da pessoa humana. São, ao mesmo tempo, liberdades públicas e direitos sociais. Aquelas se manifestam como prerrogativas de defesa da esfera individual dos submetidos ao sistema prisional, no que tange à incolumidade física e psíquica durante a detenção ou cumprimento da pena. Estas representam o atendimento das garantias constitucionalmente garantidas às pessoas, como humanas e partes integrantes da sociedade, pondo-as em prática.

Do mesmo modo, são direitos que exteriorizam em forma de prestações positivas que impõem ao Estado o dever jurídico de criar condições objetivas que possibilitem a correta execução da pena privativa de liberdade. Assim, é na combinação desses dois imperativos que reside a efetividade constitucional.

Quando se trata da questão penitenciária, o Brasil apresenta o descompasso entre validade e efetividade, pois adota o modelo garantista para tutelar os direitos dos privados de liberdade, porém os governantes pouco fazem para efetivá-los, ocasionando violação dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana. A principal justificativa da inércia está na escassez de recursos orçamentários a serem aplicados na melhoria do Sistema Prisional. Diante disto, os presídios deixam de ser meios de readaptação social, tornando-se meros dejetos de seres humanos, os quais se tornam criminosos piores do que quando se encarceraram.

É preciso ressaltar que o Estado tem responsabilidade objetiva sobre danos morais e materiais sofridos pelos presos que estejam sob custódia, devendo assegurar condições necessárias à integridade física e psíquica dos indivíduos submetidos aos imperativos das prisões cautelares ou da execução penal. Deve, então, promover prestações positivas para efetivar os direitos sociais em educação, cultura, saúde e trabalho imprescindíveis à reintegração social após o cumprimento da pena.

É certo que o preso, no exercício de seus direitos, tem peculiaridades. Além da imperatividade que são inerentes, a proibição de excesso e o mínimo existencial são balizadores para a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa presa. Portanto,

integridade física e condições dignas de sobrevivência durante a execução da pena devem ser asseguradas. Sendo assim, cabe ao Judiciário condições concretas a impor aos governantes satisfazerem as prestações positivas que garantam um Sistema Penitenciário forte o suficiente a dar respostas à sociedade quanto à função reintegradora e integrativa que a sobreleva. Para evitar a desigualdade, é preciso reconhecer que, segundo o que assevera COYLE (Coyle, pág), às pessoas reclusas não deixam de ser seres humanos, independentemente da gravidade do crime pelo qual foram acusadas ou condenadas. Assim sendo, quem decretou que eles devessem ser privados de sua liberdade, não decretou a perda de sua humanidade.

De acordo com o supracitado, depreende-se que se mantêm todos os seus direitos como seres humanos que são, excepcionando aqueles que foram perdidos como consequência específica da privação da liberdade, ou, então, objetivamente limitados. O direito à liberdade de movimento é restringido pela própria natureza do encarceramento, bem como o direito à livre associação. Verifica-se, então, que até esses direitos não são completamente mantidos isolados e, quando o são, é preciso haver uma razão muito boa e específica.

A eles se soma o direito a ter contato com a família não subtraído, porém seu exercício pode ficar restrito. No que concerne à capacidade de criar e manter uma família é outro direito que é tratado de diferentes modos em diversas jurisdições. Em alguns países, não podem manter quaisquer tipos de relações; noutros, podem ter, sob condições limitadas; em outros, têm permissão para terem relações praticamente normais durante períodos de tempo específicos. O Brasil, em regra, configura-se no segundo exemplo.

De acordo com o que preleciona DALLARI (Dallari, pág), o respeito pela dignidade humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. O sucesso político ou militar de uma pessoa ou de um povo, bem como o prestígio social ou a conquista de riquezas, nada disso é válido ou merecedor de respeito se for violador dos direitos fundamentais.

Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade.

Consoante dispõe referido princípio, de acordo com WOLFGANG (Wolfgang, pág), necessário se faz impor limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

Para além desta vinculação, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de solidariedade, vincula nas relações sociais privadas. Assim, percebe-se, na esteira do que já foi anunciado alhures, que o dever de proteção imposto inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si mesma, de tal sorte que o Estado se encontra autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade.

Por derradeiro, só para enfatizar, todos os direitos apregoados são extensíveis aos reeducandos, tendo alguns, devido à peculiaridade em que se encontram, serem limitados, mas, não raro, só mesmo para preservar-lhes, bem assim para garantir que a prisão der um caráter de arrependimento, impedindo o cometimento de novos crimes *a posteriori*, mas jamais para reforçar diferenciações ou discriminações de quaisquer naturezas.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que o Direito Penal tem sua importância ímpar para o direito brasileiro, uma vez que cuida de reprimir ou, melhor ainda, prevenir crimes e contravenções. Nesse sentido, traz em seu bojo uma gama de princípios norteadores, entre os quais, o da dignidade da pessoa humana ganha destaque.

O supracitado princípio é utilizado pelos estudiosos na matéria para defender o direito do preso aos direitos fundamentais apregoados a quaisquer cidadãos. E, realmente, a eles devem ser assegurados, uma vez que o principal direito restringido é o da liberdade e, em certa medida, alguns outros poucos, diante da situação em que se encontram. Todavia, isso não pode ser usado como álibi, a fim de justificar um tratamento cruel ou degradante, como não raro acontece.

Desse modo, a ressocialização e/ou reintegração do apenado surge como efetivação desses direitos, garantindo-lhes o retorno ao convívio em sociedade e, também, alcançando o bem estar social, o qual é fim maior do direito das penas.

Neste passo, o condicionamento de seres em celas, não é o suficiente ara salvaguardar a sociedade, sendo preferível, reestruturar o que já se tem, fortalecendo os trabalhadores, dando-lhes maior apoio financeiro e reconhecimento pelo trabalho salutar desempenhado, estimulando-os através do pensamento de que fazem parte desta engrenagem e, na verdade, são os verdadeiros protagonistas – sendo humanos-, apesar de muitos desconsiderarem isto. Assim, têm o Direito de terem todas as garantias extensíveis aos demais cidadãos asseguradas, assim como o Dever de cobrar e terem ao dispor trabalho, cobranças, responsabilidades.

Enfim, direitos-deveres precisam ser postos em prática, retirando das estantes, tantos Tratados, leis e Constituições, em que historicamente empolgaram diante da perfeição de suas disposições, mas que na prática foram sempre desencorajadas em efetivá-las devido à pura passividade societária e governamental, principalmente.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRANDÃO, Elias Canuto. *Direitos e Integridade Humana*. Maringá, 2002. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.

COYLE, Andrew. *Administração Penitenciária: Uma Abordagem de Direitos Humanos*. Londres: International Centre for Prison Studies, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2. ed. São PAULO: Moderna, 2004.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Tese de Mestrado: *O contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade: perspectivas jurídico-constitucionais da lesão e da mudança de circunstâncias*. Maceió, 2006.

MAURER, Beatrice. *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Atlas, 2005.

PÉREZ, Jesús Gonzales. *La Dignidade de La Persona*. Madrid: Civitas, 1986 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FELLIPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1996.

PSICOPATIA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO: A DEVIDA PUNIBILIDADE DOS PSICOPATAS EM DECORRÊNCIA DE SUA NATUREZA

ANA CLARA PINHO:
graduanda em Direito pelo
Centro Universitário Una¹⁴⁴

GLAUBER DOS SANTOS MÜLLER

JOÃO VITOR DE CASTO

(coautores)¹⁴⁵

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo debater sobre a inimputabilidade de pessoas diagnosticadas com psicopatia uma vez que se trata de uma doença mental. A pesquisa foi baseada na jurisprudência, na doutrina, estudos científicos, no Código Penal e Processual Penal Brasileiro e na Constituição da República de 1988. A questão jurídica objeto do estudo consiste em compreender se é possível determinar que um criminoso declarado com psicopatia deva cumprir sua sentença em um Hospital de Custódia, por ser difícil, às vezes impossível, sua reintegração social justamente em decorrência de sua natureza.

Palavras-chave: Psicopata; Doença mental; Psicopatia; Direito Penal.

PSYCHOPATHY AND BRAZILIAN CRIMINAL LAW: THE DUE PUNISHMENT OF PSYCHOPATHS DUE TO THEIR NATURE

ABSTRACT: This article aims to discuss the unimputability of people diagnosed with psychopathy since it is a mental illness. The research was based on jurisprudence, doctrine, scientific studies, the Brazilian Penal Code and Criminal Procedure and the 1988 Constitution. sentence in a Custody Hospital, because it is difficult, sometimes impossible, their social reintegration precisely due to their nature.

Keywords: Psychopath; Mental disease; Psychopathy; Criminal Law.

SUMÁRIO: **1.** Introdução; **2.** Conceito de psicopatia; **2.1.** Psicopatia sob a ótica do Direito Brasileiro; **3.** Diferença entre a Inimputabilidade e a Semi imputabilidade; **4.** A Devida

144 E-mail: aninhaclarapinho123@gmail.com

¹⁴⁵ graduanda em Direito pelo Centro Universitário Una

Punibilidade dos Psicopatas em Decorrência de sua Natureza; **4.1.** Casos Criminais: Psicopatas Brasileiros; **5.** Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é um estudo sobre a punibilidade de pessoas diagnosticadas com psicopatia uma vez que é considerada uma perturbação mental. Neste viés, é importante entender se o psicopata, em decorrência de sua natureza, tem ou não plena consciência de seus atos e como estes podem ser punidos penalmente.

Muitas vezes esta temática tende a assustar as pessoas, justamente por se tratar de um evento temido: a sensação de impunidade. Isto ocorre pelo fato de que a sociedade acredita que se um criminoso diagnosticado com psicopatia receber uma sentença como uma pessoa inimputável, a justiça não será devidamente executada.

De fato, o tema relacionado à capacidade penal é um dos fundamentos do Direito Penal Brasileiro, isto porque, uma pessoa portadora de doença mental, que não tem condições de discernimento do caráter ilícito do ato, no momento do crime, é considerada inimputável. No entanto, nos casos de perturbação mental, é necessária a realização de uma perícia psiquiátrica para determinar qual o tipo de transtorno mental do agente e, logo após, determinar quais medidas jurídicas serão tomadas.

No entanto, existe um instituto denominado como Hospital de Custódia, regulamentado pelo Decreto nº 1.131 de 1903, no qual é destinado para o tratamento psiquiátrico de pessoas que cometeram crimes, mas são consideradas semi imputáveis, devendo receber o tratamento médico adequado para sua enfermidade.

Sabe-se que no Brasil o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 anos e não é permitida a pena de prisão perpétua, não legitimando o encarceramento de um indivíduo criminoso até o fim de sua vida. Ademais, um indivíduo poderá permanecer cumprindo sua sentença no Hospital de Custódia por tempo indeterminado até que uma perícia médica determine a cessação da periculosidade.

Sendo assim, vê-se necessário do amadurecimento da ideia de inclusão, expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, a previsão de internação para psicopatas considerando-os semi imputáveis.

A metodologia utilizada para a elaboração deste artigo será a análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, bem como artigos científicos e legislações pertinente. Ou seja, será analisado se o indivíduo que cometeu um ato considerado como crime deva cumprir sua sentença em Hospital de Custódia, caso seja diagnosticado com psicopatia.

O presente estudo será dividido em três partes. A primeira discorre sobre a psicopatia, apontando seu conceito e impacto a luz do ordenamento jurídico brasileiro; a segunda parte discorre sobre o conceito de semi imputabilidade e sua diferença da inimputabilidade de acordo com o Código Penal; a terceira destaca a eficiência da correta aplicação da sentença penal para psicopatas na qual determine sua internação no Hospital de Custódia.

2. CONCEITO DE PSICOPATIA

De acordo com o Dicionário Online de Português a palavra psicopatia significa uma *“pessoa que sofre de um distúrbio mental, definido por comportamentos antissociais, pela falta de moral, arrependimento ou remorso, sendo incapaz de criar laços afetivos ou de sentir amor pelo próximo”*.¹⁴⁶ Já a palavra psicopata significa *“perturbação da personalidade que se manifesta essencialmente por comportamentos antissociais (passagens a ato), sem culpabilidade aparente”*.¹⁴⁷

Embora a psicopatia não tenha uma definição inequívoca, ocorrendo discordância sobre este tema, alguns profissionais defendem a ideia de que a psicopatia é, na verdade, um transtorno de personalidade social.¹⁴⁸

De acordo com o psiquiatra forense brasileiro Guido Palomba, o termo psicopata foi descrito em 1940 pelo psiquiatra americano Hervey Cleckley mas também é sinônimo de *“sociopata, louco lúcido, louco moral e condutopata”*. Palomba acredita ainda que psicopata é *“o interregno da descrição da patologia, deformidade e moléstia na conduta desses indivíduos, que não rompem com a realidade, ou seja, não são doentes mentais”*.¹⁴⁹

Para o professor de Psicologia da University of British Columbia no Canadá, Robert Hare, o psicopata pode ser um indivíduo que possui ausência de remorso ou culpa, é impulsivo, tem fraco controle do comportamento, falta de responsabilidade, problemas comportamentais precoces, entre outros.¹⁵⁰

146 Dicionário Online de Português. **Significado de Psicopata.**

147 Dicionário Online de Português. **Significado de Psicopatia.**

148 CALÓ, Fábio Augusto. **Psicopatia: o que é, como identificar e quais os sinais.** Instituto De Psicologia Aplicada.

149 __. **Guido Palomba define a psicopatia em programa de investigação criminal.** Associação Paulista De Medicina. 2022.

150 EDWARDS, Jim. **‘The Hare Psychopathy Checklist’: The test that will tell you if someone is a sociopath.** 2016.

Além disto, Hare fez uma analogia importante para entender como a capacidade mental dos psicopatas são limitadas e moldadas:

O psicopata é como um indivíduo daltônico que vê as cores como acinzentadas, mas com isso aprende a gerenciar um mundo de cores, como por exemplo, ao parar no trânsito ao sinal vermelho do semáforo, esse indivíduo não contempla a cor vermelha, mas para ao ver a luz superior do semáforo, porque aprendeu maneiras de compensar o seu problema, como pessoas daltônicas os psicopatas carecem de um elemento experimental importante, nesse caso a experiência emocional, mas podem aprender as palavras que os outros usam para descrever as experiências que eles não podem. (HARE, 1993, p. 337).¹⁵¹

Ainda, a psiquiatra Dra. Ana Beatriz B. Silva descreveu em sua obra: *Mentes Perigosas o Psicopata Mora ao Lado* (2008), que:

Além de psicopatas, eles também recebem as denominações de sociopatas, personalidades antissociais, personalidades psicopáticas, personalidades dissociadas, personalidades amorais, entre outras. Embora alguns estudiosos prefiram diferenciá-los, no meu entendimento esses termos se equivalem e descrevem o mesmo perfil.¹⁵²

Silva evidencia também que os psicopatas *“são absolutamente deficitários, pobres, ausentes de afeto e de profundidade emocional” e que eles “entendem a letra de uma canção, mas são incapazes de compreender a melodia”*.¹⁵³

Interessante destacar que o psiquiatra forense Guido Palomba ressalta que a ideia de que os psicopatas são superdotados intelectualmente é superestimada e não há comprovação científica que pessoas portadoras de psicopatia, necessariamente, tenham um desenvolvimento intelectual acima da média.¹⁵⁴

¹⁵¹ Hare, R. D. 1993, p. 337. ***Without conscience: The disturbing world of the psychopaths among us.*** New York: Pocket Books.

¹⁵² BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. **Mentes Perigosas - O Psicopata Mora ao Lado.** Editora Fontanar. Edição 1. 2008. p. 12.

¹⁵³ BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. **Mentes Perigosas - O Psicopata Mora ao Lado.** Op. cit. p. 13.

¹⁵⁴ __. **Guido Palomba define a psicopatia em programa de investigação criminal.** Associação Paulista De Medicina. op. cit.

Sendo assim, ainda de acordo com Robert D. Hare, os psicopatas são pessoas comuns com comportamentos sociais específicos com ausência de consciência moral. Ou seja, não existe um padrão de gênero, cor, nacionalidade, etnia e podem ser encontrados em qualquer lugar do mundo e suas características variam entre grave, moderado e leve.¹⁵⁵

2.1. Psicopatia sob a ótica do Direito Brasileiro;

De acordo com Oliveira e Mattos a psicopatia tem grande destaque no sistema jurídico penal pois os criminosos definidos como psicopatas não são como os outros criminosos. Isto porque os psicopatas apresentam maiores possibilidades de reincidirem criminalmente uma vez que estes não costumam reagir positivamente ao tratamento de reabilitação para ser reinserido no convívio pessoal.¹⁵⁶

Corroborando com este entendimento, o psicólogo criminal Christian Costa destaca que *“os indivíduos acometidos por esse transtorno não podem ser colocados no grupo da normalidade, devido aos seus desequilíbrios psicoemocionais e comportamentais”*.¹⁵⁷

Fernando Capez destaca sobre o conceito de doença mental:

Doença mental: é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar à vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infundável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc.¹⁵⁸

Com base nisto, interessante ressaltar que Nucci afirma que *“doença mental é um quadro de alterações psíquicas qualitativas, como a esquizofrenia, as doenças afetivas [...]”*

¹⁵⁵ Hare, R. D. Forward. In K. A. Kiehl & W. P. Sinnott-Armstrong (Eds.), **Handbook on psychopathy and law**. New York, NY: Oxford University Press. 2013

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de. **A responsabilidade penal dos psicopatas**. 101 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Rio de Janeiro-RJ: PUC-RJ, 2012.

¹⁵⁷ COSTA, Chirstian. **Curso de Psicologia Criminal**. Belém: PlanejaRH, 2008.

¹⁵⁸ CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal** – 22ªed., Editora: Saraiva, 2015, p.326

e outras psicoses [...] abrangendo as doenças de origem patológica e de origem toxicológica".159

O escritor Vicente P. Cabello defende que quando há falha na avaliação médica psiquiátrica, a valoração psicológica que decide, sendo essencial para o juízo jurídico da (in)imputabilidade penal.¹⁶⁰ Ou seja, muitos casos de criminosos que possuem todos os traços psicológicos de psicopatia foram julgados como um criminoso imputável e, após o cumprimento estão de volta a sociedade representando os mesmos perigos que os levaram a serem encarcerados.

No que tange estritamente ao âmbito criminal, Sebastião Roque entende que *"o criminoso é geneticamente determinado para o mal, por razões congênitas. Ele traz no seu âmago a reminiscência de comportamento adquirido na sua evolução psicofisiológica"*.¹⁶¹

O direito brasileiro entende que a psicopatia não se encaixa no quadro de doenças mentais e sim no de perturbação mental, uma vez que o indivíduo diagnosticado com psicopatia está lúcido para entender seus atos, só não possui a capacidade afetiva para se importar com o que faz. Neste sentido, Palomba, ratifica que *"o doente mental, por exemplo, escuta vozes, sente que está sendo perseguido. Já o condutopata não rompe com a realidade, nem tem problema mental"*.¹⁶² Assim, os psicopatas não sentem *"remorso, culpa, arrependimento, porque está sempre certo, a culpa é sempre do outro. Possui sentimento de superioridade e são absolutamente egocentros"*.¹⁶³

Desta forma, sobre a aplicação penal para crimes cometidos por psicopatas, é interessante acentuar que a culpabilidade se dá em decorrência da conduta do agente, que cometeu um fato típico, ilícito e culpável. Ou seja, quando o psicopata agiu e cometeu o fato criminoso, este, nas condições em que se encontrava, poderia ter agido de outra maneira, mas não o fez.¹⁶⁴

3.DIFERENÇA ENTRE A INIMPUTABILIDADE E A SEMI IMPUTABILIDADE;

159 NUCCI, Guilherme Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 514

160 CABELLO, Vicente. **Psiquiatria forense en el derecho penal**, I, 2000, p. 124

161 LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 3

162 __. **Guido Palomba define a psicopatia em programa de investigação criminal**. Associação Paulista De Medicina. op. cit.

163 __. **Guido Palomba define a psicopatia em programa de investigação criminal**. Associação Paulista De Medicina. op. cit.

164 GRECO. Rogério. **Curso de direito penal**, Rio de Janeiro; Impetus, 2010

O Código Penal Brasileiro destaca no caput do artigo 26 o conceito para pessoas consideradas inimputáveis, sendo isento de pena *“o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”*.¹⁶⁵ Aqui, nota-se a presença de uma pessoa completamente incapaz de entender os seus atos no momento dos fatos, conceituando o portador de doença mental.

Neste sentido, ainda que um fato seja típico e antijurídico, não será culpável se for cometido por uma pessoa considerada inimputável penalmente, pois, se no momento dos fatos não se comprovar que o agente possuía plena capacidade psíquica para compreender a reprovabilidade de sua conduta, não poderá lhe ser aplicada a pena, sendo, portanto, a inimputabilidade causa de exclusão da culpabilidade.¹⁶⁶

O doutrinador Sanzo Brodt determina que *“a imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito fato), e outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento)”*.¹⁶⁷

Damásio de Jesus relata que *“imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”*.¹⁶⁸ Ou seja, uma vez inimputável penalmente, não há que se falar em culpabilidade já que o sujeito não tem a capacidade de compreender o caráter ilícito da ação devido à sua incapacidade mental.

A diferença entre a inimputabilidade e a semi imputabilidade é que na segunda, ocorre a perda parcial da compreensão da conduta ilícita, da capacidade mental e do discernimento sobre os atos ilícitos praticados. Sua regulamentação encontra-se pautada no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de

165 BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Artigo 26, caput.

166 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

167 SANZO BRODT, Luís Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**, p. 46, apud GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral, volume I**, arts. 1º a 120 de CP. 13 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 385

168 JESUS, **Damásio de. Direito Penal, Parte Geral**. Ed. Saraiva, v. 1, São Paulo, 2011, p. 513

entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.¹⁶⁹

Todavia, o artigo 96 do mesmo código possibilita a internação ou tratamento ambulatorial em casos de semi imputabilidade como forma de substituição da pena para um tratamento curativo:

Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1.º a 4º.¹⁷⁰

Este fenômeno é denominado como substituição da pena restritiva de liberdade para uma medida de segurança, que são elas: "*I) internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II) sujeição a tratamento ambulatorial*".¹⁷¹

Nesta feita, uma vez que ocorre a isenção de pena para os inimputáveis, a substituição da pena pela medida de segurança é cabível apenas para os semi imputáveis que realmente precisam de tratamento curativo, uma vez que é mais provável tentar controlar as enfermidades ou transtornos mentais do que proporcionar a própria cura dos mesmos.

4.A DEVIDA PUNIBILIDADE DOS PSICOPATAS EM DECORRÊNCIA DE SUA NATUREZA

É possível notar que existe um impasse jurídico sobre qual é o melhor tratamento jurídico para pessoas diagnosticadas com psicopatia, uma vez que não pode ser considerada como criminoso plenamente capaz, mas ao mesmo tempo, não pode ser considerado totalmente incapaz. O psiquiatra forense Guido Palomba considera que os psicopatas estão no meio entre a loucura e a normalidade.¹⁷²

Interessante analisar cada caso em detalhes, uma vez que vale ressaltar que nem todo psicopata é criminoso e nem todo criminoso é psicopata. Existe uma parcela da população portadora de psicopatia que não cometeu nenhum crime. Portanto, todo o

¹⁶⁹ BRASIL. op. cit. Artigo 26, p. único

¹⁷⁰ Ibid., Artigo 96

¹⁷¹ Ibid., Artigo 96, incisos.

¹⁷² __. **Guido Palomba define a psicopatia em programa de investigação criminal.** Associação Paulista De Medicina. op. cit.

estudo a ser analisado no que tange a aplicação da lei penal, se refere àquela parcela de psicopatas criminosos.¹⁷³

Conforme demonstrado, é preciso analisar a situação específica de cada caso. O indivíduo portador de psicopatia quando comete um crime não pode ser considerado plenamente lúcido ou com sua capacidade mental totalmente em ordem devido a sua perturbação mental. Como bem elucidado, a respeito da aplicação da lei penal específica a cada caso, Rogério Greco expõe que:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. [...] A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.¹⁷⁴

Dessarte, é importante que exista uma determinação legal expressa no Código Penal que seja específica para a devida punição de criminosos diagnosticados com psicopatia, diferenciando-os dos demais criminosos semi imputáveis. Visto que os psicopatas possuem ausência afetiva, que é basicamente o sentimento que impede que um indivíduo afete o outro ou seja afetado, uma vez que tal perturbação mental se manifesta em decorrência de sua natureza, enfatiza-se o fato de que um psicopata criminoso está propenso a continuar cometendo crimes caso seja reinserido a sociedade. Como bem ressalta Ana Beatriz B. Silva, *“a natureza dos psicopatas é devastadora, assustadora, e, aos*

¹⁷³ BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. **Mentes Perigosas - O Psicopata Mora ao Lado**. Op. cit.

¹⁷⁴ GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014. p. 120 e 121

poucos, a ciência começa a se aprofundar e a compreender aquilo que contradiz a própria natureza humana”.175

Analisando a lei brasileira, elucida-se que o psicopata não pode ser considerado inimputável pois não é portador de doença mental e não é inteiramente incapaz. Assim, intriga-se acentuar que uma vez que a psicopatia se enquadra na condição de semi imputabilidade, por ser considerada uma perturbação mental, deveria ocorrer uma ratificação do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal na qual determinaria que, após um criminoso ser diagnosticado com psicopatia, este deverá cumprir sua pena por meio de medida de segurança.

Ou seja, a aplicação de medida de segurança terá como consequência a remoção deste indivíduo do contexto social, uma vez que restou evidenciado que os psicopatas não estão aptos a serem reinseridos na sociedade, em decorrência de sua natureza (nascem e morrem com psicopatia). Assim, é necessário que ocorra uma reforma legal e estrutural dos Hospitais de Custódia em todo o país, a fim de oferecer o tratamento adequado para os criminosos psicopatas, por tempo indeterminado, até que seja atestado, através de perícia médica, a cessação de sua periculosidade.

5.CASOS CRIMINAIS: PSICOPATAS BRASILEIROS

Interessante citar que, no Brasil, existem alguns casos criminais com claros indícios de psicopatia por parte do criminoso, dos quais foram aplicadas as medidas de segurança para que o psicopata seja retirado do convívio da sociedade e internado em Hospital de Custódia, a fim de promover seu tratamento até que este esteja apto para viver socialmente.

Um exemplo disto é o caso de Liana Friedenbach e Felipe Caffé que ocorreu em 01 de novembro de 2003 quando o adolescente Roberto Aparecido Alves Cardoso, conhecido pelo codinome Champinha, e seu comparsa Paulo César da Silva Marques, vulgo Pernambuco, sequestraram o jovem casal, Liana Friedenbach (16 anos) e Felipe Caffé (19 anos), que estavam acampando na zona rural de São Paulo. O sequestro durou aproximadamente 5 dias e foi marcado por tortura, abuso sexual e foi fatal para ambas as vítimas.¹⁷⁶

Após serem capturados, o comparsa de Champinha, bem como outros partícipes, foram presos em unidades prisionais por serem penalmente imputáveis, porém,

175 BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. **Mentes Perigosas - O Psicopata Mora ao Lado**. Editora Fontanar. Edição 1. 2008. p. 14

176 SILVA, Lana Weruska. **Caso Liana Friedenbach e Felipe Caffé: vítimas de Champinha**. Canal Ciências Criminais. 2022.

Champinha foi encaminhado para julgamento pela Vara da Infância e Juventude. Por se tratar de inimputável, em decorrência da idade, vez que a época dos fatos o mesmo ainda era adolescente, Champinha cumpriu medida socioeducativa no tempo máximo admitido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (três anos de internação). Após este período, o infrator deveria ser liberado perante o ECA, vez que não havia a possibilidade de lhe impor outra medida punitiva. No entanto, após avaliação psicológica, o mesmo atestou sua inaptidão ao convívio social, conduzindo o Ministério Público a pedir sua interdição civil para a aplicação de uma medida de segurança, o que foi aceito, fazendo com que este permaneça na Fundação Experimental de Saúde sob vigilância do Estado até o presente momento.¹⁷⁷

Entretanto, o caso de Suzane Von Richthofen, que aos 18 anos arquitetou e facilitou a morte dos próprios pais, Manfred e Marísia, com marretadas na cabeça em outubro de 2002 teve uma consideração diferente. Apesar do crime ter sido cometido pelos irmãos Cristian e Daniel Cravinhos e, Suzane não ter participado, diretamente, na atuação criminosa, foi reconhecida sua coautoria no homicídio pela elaboração do plano do crime.¹⁷⁸ Suzane foi condenada a 39 anos de prisão em regime fechado e em 2015 passou a cumprir pena em regime semi aberto.¹⁷⁹

De acordo com o psicanalista David Zimmerman, Suzane apresenta os defeitos morais característicos de psicopatia, como o pensamento regressivo, que vai do pensamento ao ato – *actings* – de natureza maligna, seguido da irresponsabilidade e aparente ausência de culpa. Além disso, ela apresenta ausência afetiva e empática e sem remorso pelo que aconteceu com as vítimas, possuindo claramente uma enfermidade mental antissocial e amoral.¹⁸⁰

Um dos testes psicológicos projetivos mais renomados do mundo é o Teste de Rorschach que, de acordo com o IDRLabs *Individual Differences Research* é:

Os psicólogos usam o Teste de Rorschach para examinar as características da personalidade e o funcionamento emocional do paciente. Esse teste é frequentemente empregado para detectar padrões de pensamento subjacentes e diferenciar as disposições

177 SILVA, Lana Weruska. op. cit.

178 JANSEM, Vitoria. **Análise do caso Suzane Von Richthofen sob a ótica da Psicologia Jurídica**. JusBrasil. 2021.

179 MIGALHAS. **Após 20 anos Suzane Von Richthofen é solta; relembre a sentença do caso**. 2023.

180 ZIMMERMAN, David E. **Fundamentos psicanalíticos: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 1999.

psicóticas e não psicóticas no pensamento de uma pessoa. O Teste de Rorschach também é usado em casos forenses e de guarda de menores, bem como para avaliar o grau geral de adaptação de uma pessoa à sociedade.¹⁸¹

Em 2014, quando Suzane esteve prestes a progredir para o regime semiaberto, a mesma realizou este teste, resultando-a com *“egocentrismo elevado, conduta infantilizada, possibilidade de descontrole emocional, personalidade narcisista e manipuladora, agressividade camuflada e onipotência”*.¹⁸²

Porém, até o presente momento, apesar ter sido possível identificar vários dos aspectos que determinam a psicopatia de Suzane, não ocorreu sua declaração com tal perturbação mental, permanecendo seu julgamento como imputável e possibilitando seu retorno ao convívio social, mesmo não tendo aptidão para tal.

6.CONCLUSÃO

O conceito de psicopatia não é considerado como incontestável e acarreta certa discussão entre os profissionais da saúde. No entanto, muitos concordam que uma pessoa portadora de psicopatia é uma pessoa comum com irrefutáveis problemas comportamentais marcados por atitudes impulsivas, ausência de remorso, culpa, bem como falta de responsabilidade e comprometimento. À vista disto, determina-se que esta é a natureza dos psicopatas, eles nascem e morrem com esta condição.

É interessante ressaltar que nem todo psicopata é criminoso, assim como nem todo criminoso é considerado psicopata. Sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, um criminoso psicopata se encaixa no quadro de portadores de perturbação mental, vez que não são considerados incapazes, mas, ao mesmo tempo, não podem ser considerados completamente capazes, tendendo a reincidir criminalmente se forem reinseridos na sociedade novamente após o cumprimento de suas sentenças penais.

O Código Penal Brasileiro destaca em seu artigo 26 o conceito para pessoas consideradas inimputáveis, em decorrência de sua inteira incapacidade de entender o caráter ilícito no momento do crime, sendo, portanto, isentos de pena. Ademais, no parágrafo único do referido artigo, observa-se o conceito de semi imputabilidade, que ocorre quando há a perda parcial da compreensão do agente no momento do cometimento do crime. Assim, a pena de um indivíduo julgado como semi imputável pode ser alterada para uma medida de segurança.

181 IDRLabs. **Teste de Rorschach.**

182 DARKSIDE. **A utilização do teste de Rorschach no caso Richthofen.** 2021.

Em suma, analisando a lei brasileira, uma vez que os psicopatas não podem ser considerados incapazes a ponto de serem inimputáveis, estes se enquadram na condição de semi imputável. Em razão de sua perturbação mental é possível que o cumprimento de sua sentença ocorra através de medida de segurança de internação em um Hospital de Custódia. Para isto, seria necessário a ocorrência de uma ratificação do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal determinando, exclusivamente, o cumprimento de pena dos psicopatas por meio de medida de segurança, bem como, uma reforma legal e estrutural destas instituições em todo o país, a fim de oferecer o tratamento adequado, por tempo indeterminado, para estes criminosos até que seja atestado, através de perícia médica, a cessação de sua periculosidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. **Mentes Perigosas - O Psicopata Mora ao Lado**. Editora Fontanar. Edição 1. 2008.

BRASIL. **Código Penal – Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05/03/2023

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal** – 22ºed., Editora: Saraiva, 2015, p.326

CALÓ, Fábio Augusto. **Psicopatia: o que é, como identificar e quais os sinais**. Instituto De Psicologia Aplicada. Disponível em: <https://inpaonline.com.br/blog/psicopatia-o-que-e-como-identificar-e-quais-os-sinais>. Acesso em: 14/04/2023

CONCEITO. **Diagnostico**. Disponível em: <https://conceito.de/diagnostico>. Acesso em: 05/03/2023

CORREA, Marcia Milhomens Sirotheau. **Caráter fundamental da inimputabilidade na constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

COSTA, Chirstian. **Curso de Psicologia Criminal**. Belém: PlanejaRH, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches Cunha. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016

DARKSIDE. **A utilização do teste de Rorschach no caso Richthofen**. 2021. Disponível em: <https://darkside.blog.br/a-utilizacao-do-teste-de-rorschach-no-caso-richthofen>. Acesso em: 15/04/2023

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. **Significado de Psicopata.** Disponível em: <https://www.dicio.com.br/psicopata>. Acesso em: 14/04/2023

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. **Significado de Psicopatia.** Disponível em: <https://www.dicio.com.br/psicopatia>. Acesso em: 14/04/2023

EDWARDS, Jim. **'The Hare Psychopathy Checklist': The test that will tell you if someone is a sociopath.** 2016. Disponível em: <https://www.businessinsider.nl/hare-psychopathy-checklist-test-sociopath-2016-11?international=true&r=US>. Acesso em: 14/04/2023

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, Rio de Janeiro; Impetus, 2010

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014.

IDRLabs. **Teste de Rorschach.** Disponível em: <https://www.idrlabs.com/pt/rorschach/teste.php>. Acesso em: 15/04/2023

JANSEM, Vitoria. **Análise do caso Suzane Von Richthofen sob a ótica da Psicologia Jurídica.** JusBrasil. 2021. Disponível em: <https://vitoriajansem.jusbrasil.com.br/artigos/1196959902/analise-do-caso-suzane-von-richthofen-sob-a-otica-da-psicologia-juridica>. Acesso em: 15/04/2023

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral.** Ed. Saraiva, v. 1, São Paulo, 2011

LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente.** Tradução de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MARIOT, Marcus. **Psicopatia e seus reflexos na imputabilidade penal.** JusBrasil. Disponível em: <https://marcusmariot.jusbrasil.com.br/artigos/382846859/psicopatia-e-seus-reflexos-na-imputabilidade-penal>. Acesso em: 11/04/2023

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIGALHAS. **Após 20 anos Suzane Von Richthofen é solta; relembre a sentença do caso.** 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/380013/apos-20-anos-suzane-von-richthofen-e-solta-relembre-sentenca-do-caso>. Acesso em: 15/04/2023

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 237 e p. 242

NUCCI, Guilherme Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANZO BRODT, Luís Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**, p. 46, apud GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral, volume I**, arts. 1º a 120 de CP. 13 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 385

SIGNIFICADOS. **Diagnóstico**. Disponível em: <https://www.significados.com.br/diagnostico>. Acesso em: 05/03/2023

SILVA, Lana Weruska. **Caso Liana Friedenbach e Felipe Caffé: vítimas de Champinha**. Canal Ciências Criminais. 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/liana-friedenbach-felipe-caffe/>. Acesso em: 15/04/2023

WHITBOURNE, Susan Krauss e; HALGIN, Richard P. **Abnormal Psychology: Clinical Perspectives on Psychological Disorders**, 7th edition. P. 14

ZIMERMAN, David E. **Fundamentos psicanalíticos: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 1999.

__. **Guido Palomba define a psicopatia em programa de investigação criminal**. Associação Paulista De Medicina. 2022. Disponível em: <https://www.apm.org.br/ultimas-noticias/guido-palomba-define-a-psicopatia-em-programa-de-investigacao-criminal>. Acesso em: 14/04/2023

O MERCADO IMOBILIÁRIO BRASILEIRO: DIREITO IMOBILIÁRIO E LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

THIAGO SANTOS GUIMARÃES:
Acadêmico do Curso de Direito do
Centro Universitário UnirG. Gurupi – TO.
183

FÁBIO ARAÚJO SILVA¹⁸⁴

(orientador)

RESUMO: Introdução: O presente estudo discorre sobre o mercado imobiliário brasileiro: Direito imobiliário e locação de imóveis, na atualidade. Para melhor entendimento da temática apresentada, se faz necessário primeiramente, entender como se deu a profissão até os dias atuais. Desde os anos 60 o exercício de atuação no ramo imobiliário mudou drasticamente, e um novo olhar dos investidores na área cresceu. Desta forma abre-se uma indagação: Como as imobiliárias vem atuando no seguimento de compras, vendas e locação no atual contexto? **Objetivo:** Descrever o mercado imobiliário atualidade. **Metodologia:** É uma revisão sistemática de literatura, sendo que o estudo foi realizado em bases de dados eletrônicos, na língua Portuguesa e no google acadêmico. **Resultados:** foram encontrados cerca de 40 artigos, porém após o refinamento selecionou-se 30 artigos por atenderem aos critérios de inclusão da pesquisa. **Considerações Finais.** As imobiliárias na atualidade deixaram de ser apenas a intermediária entre o cliente, o vendedor e o inquilino. Ela vai ao encontro do desejo do cliente, pois, o perfil dos consumidores adaptou-se a novos hábitos e atitudes.

Palavras-Chave: Mercado Imobiliário. Direito Imobiliário. Locação de Imóveis

INVERSE AFFECTION ABANDON AND THE RIGHT TO IDENTIFY FOR MORAL DAMAGE

ABSTRACT: Introduction: The present study discusses the Brazilian real estate market: Real estate law and real estate leasing, nowadays. For a better understanding of the theme presented, it is first necessary to understand how the profession has evolved up to the present day. Since the 1960s, activities in the real estate sector have changed drastically, and investors have taken a new look at the area. In this way, a question arises: How have real estate agents been acting in the segment of purchases, sales and leasing in the current context? **Objective:** To describe the current real estate market. **Methodology:** It is a

183 E-mail: thiagonsmilenio@gmail.com

184 Professor Orientador do curso de Direito do Centro Universitário UnirG. Gurupi – TO. E-mail: fabioaraujosilva198@gmail.com

systematic literature review, and the study was carried out in electronic databases, in Portuguese and in academic google. Results: some 40 articles were found, but after refinement, 25 articles were selected because they met the research inclusion criteria. **Final considerations.** Nowadays, real estate agents are no longer just the intermediary between the client, the seller and the tenant. It meets the customer's desire, as the consumer profile has adapted to new habits and attitudes.

Keywords: Real estate market. Real Estate Law. Real Estate Leasing

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade o investimento imobiliário é um dos mercados que mais crescem no Brasil, e há muitas oportunidades para aqueles que desejam adquirir um imóvel. A compra e venda é um dos principais negócios jurídicos negociável, principalmente na sociedade de consumo vigente. Nas últimas décadas, a busca da casa própria, principalmente com o desenvolvimento de programas governamentais, aumentou significativamente, levando muitos a realizar esse sonho.

Segundo o IBGE, (2020), as imobiliárias são um segmento de compra, venda e aluguel de imóveis próprios, podendo ser residencial ou não residencial. São inúmeras nuances deste ramo, compra de terrenos, vagas de garagem, aluguel de terras, avaliação de imóveis, contratos entre outros.

O ramo imobiliário vem passando por um processo de transformação, favorável a economia. Isto ocorreu positivamente com as demandas ofertadas pelo mercado econômico, como também a partir da digitalização dos negócios e a intensificação do uso das ferramentas digitais, que proporcionam maior comunicação com o cliente.

De acordo com Celani (2010), o segmento de venda e locação de imóveis, data da época da colonização portuguesa, pois havia indivíduos que já ganhavam uma quantia naquela época para ser intermediário nas pousadas que serviam de repouso aos desbravadores, que chegavam ao Brasil.

Com a chegada da família Real na Colônia, as cidades começaram a tomar novas formas, a população que morava em chácaras, fazendas, foram para a cidade, tornaram-se urbanas. Com o crescimento começa-se a nascer uma nova profissão, que inicialmente levou o nome de agentes de negócios imobiliários. A princípio quem desempenhava a nova função eram os comerciantes locais. Com a intervenção imobiliária os comerciantes passaram a ter bons rendimentos. Outros que viram o novo empreendimento com bons olhos foram os leiloeiros, que passaram a atuar no campo imobiliário, para esta façanha,

buscaram se especializar no ramo, com o intuito de angariar lucros no mercado imobiliário (CELANE, 2010).

Logo em seguida, surgiram os agentes imobiliários, que andavam com um caderno a mão, para fazer os apontamentos, com o sonho de vencer na vida, passaram a intermediar negócios imobiliários. A ferramenta utilizada por estes novos agentes eram jornais locais, onde eles, divulgavam suas ofertas. Gastaram também muita sola de sapato, em busca dos proprietários, para adquirir a autorização dos mesmos para a venda (CELANI, 2010, apud CRECI-COFECI, 2019).

Para Resende (2001), foi graças a algumas dificuldades de comunicação, que a profissão de corretor de imóveis tornou-se de grande importância para a economia colonial. Os agentes imobiliários começaram a se encontrar em locais movimentados, como nos grandes cafés da época, para a troca de informações e por não dizer, para o encontro com os possíveis clientes.

Desta forma o interesse da pesquisa em voga, se justifica uma vez que discorre sobre a temática, com a finalidade de compreender como os corretores de imóveis ou representantes, estão atuando neste seguimento na atualidade.

2 Material e Métodos

A presente pesquisa trata de uma revisão sistemática de literatura. Para a coleta de dados foi realizada pesquisas aonde foram, selecionados livros e artigos em conformidade com o assunto proposto. Foram feitos levantamento bibliográfico nas bases de dados eletrônicas: Biblioteca Virtual Online.

A pesquisa incluiu apenas estudos publicados no período de 2007 a 2019, e limitou-se ao idioma português, sendo excluídos todos os artigos incompletos, resumos, bem como aqueles que não possuem fundamentação científica e/ou que não estavam relacionados ao tema. Após análise criteriosa dos achados, selecionou-se uma quantidade de 30 periódicos para a confecção do presente trabalho.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. Mercado Imobiliário no Brasil e a sua Evolução

Para Pimenta (2014), o crédito imobiliário econômico e social para o desenvolvimento do país é de grande importância, é um meio em que a população tem a possibilidade de comprar casas e apartamentos. Geralmente os imóveis possuem elevados preços, e, no entanto, são bens essenciais, pois o homem busca um local para morar, e sem o crédito imobiliário, certamente ele não poderá ter acesso, tornando assim, a situação social do país mais precária.

O mercado imobiliário nos anos 60 era completamente desregulado, pois não havia garantia jurídica, em relação a compra e venda de imóveis, o que ocasionava grandes riscos aos investidores. Após muitos obstáculos a serem superados, foi oficialmente regulamentada a profissão do corretor de imóveis. Com a promulgação da lei 4.591, em dezembro de 1964, o mercado, passou a ser organizado, tornando assim, obrigatória a apresentação de informações do empreendimento à empresa responsável pela construção. Com o crescimento e a organização foram necessárias novas técnicas para suportar a grande demanda, diante disso, o governo desenvolveu mecanismos de financiamento, com a finalidade de produzir e vender imóveis (VILA NOVA, 2014).

Com vistas de regulamentar o mercado imobiliário no ano de 1964, o ordenamento jurídico, adotou um sistema regulamentador de crédito imobiliário por meio da lei nº 4.380 criada pelo Sistema Financeiro de Habitação o SFH, sendo um dos sistemas de financiamento imobiliário do país, e o Banco Nacional de Habitação – BNH e as Sociedades de Crédito Imobiliário – SCI (PIMENTA, 2014).

Ao regularizar as novas normas, houve a necessidade de se criar mecanismos de financiamento para a construção e a venda dos imóveis. Em 1966, o governo cria o Banco Nacional de Habitação (BNH). Neste período o mercado imobiliário no Brasil, teve grande crescimento econômico, no qual a construção habitacional aumentou, e foi possível atender todas as camadas sociais, e os financiamentos tiveram alta escala. Outro fator relevante para a economia foi a criação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), tendo como objetivo em financiar a construção e a compra de imóveis para a população de baixa renda. Doravante os recursos do SHF eram provenientes dos depósitos a prazo, como os financiamentos nacionais e internacionais, letras imobiliárias, recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e depósitos compulsórios dos institutos de aposentadorias e pensões.

Em meados dos anos 80, o mercado imobiliário começa a perder forças, isto se deu por causa do desaquecimento da economia brasileira e alta da inflação. Em consequência destes fatores, em 1986 o BNH foi extinto. Evidentemente, a causa foram os contratos de longo prazo, onde a alta inflação impossibilitava o financiamento para qualquer compra de móvel. Além de tudo, ficou clara a ineficiência do BNH em reduzir o déficit habitacional, ou seja, durante o período do BNH, os recursos foram distribuídos para a população de renda mais alta (FGV-SP, 2007).

Nos anos de 1990 a 2003, o setor imobiliário viu-se obrigado a encontrar mecanismos próprios para a sua subsistência. Não havia fontes de recursos públicos ou privados para a construção e financiamento de compras de imóveis, e a renda da população também não eram boas. Era uma problemática a enfrentar, uma vez que o

mercado imobiliário não era viável para os bancos, as taxas de juros eram altas e não favoreciam financiamentos a longo prazo. Desta forma, os próprios construtores passaram a financiar diretamente a venda dos apartamentos para os compradores (VILA NOVA, 2014).

Entre os períodos de 2005 a 2013, houve um aquecimento do mercado imobiliário no Brasil, vários fatores propiciaram o aumento da oferta de imóveis e a alta de preço. Um dos fatores foram: a queda na taxa de juros, crescimento da renda da população, e a adoção de políticas de aumento de consumo, como exemplo, o avanço na oferta de crédito, e a ampliação do prazo de financiamento de imóveis que passou a ter um prazo maior, de 30 a 35 anos (MENDONÇA, SACHSIDA, 2012).

3.2 O Mercado Imobiliário e a sua Concepção

São instrumento de muitos estudos econômicos, que habitualmente discorrem temas como impactos da interferência do Estado, ou competição entre as empresas que atuam no mesmo ramo. Desta forma, podemos entender que o mercado não é um local necessariamente geográfico, no qual há oposição de compradores e vendedores de bens e serviços (PINDYCK E RUBINFELD, 2010).

Marshall (1985), citado por Candido (2010), enfatiza que o entendimento sobre este sistema no mercado de trabalho tem a ver com o comportamento de produtores e consumidores, por se tratar em contrapartida do elemento fundamental para a compreensão da variável de preço. Sendo assim, deve-se estudar o fator demanda como também o fator oferta, tendo o conhecimento acerca das condições que levaram os produtores a vender seus produtos.

Para Passos e Nogami (2016), o mercado imobiliário em seu contexto é um local onde compradores e vendedores de bens, serviços ou recursos buscam estabelecer contatos para as suas transações. Ou seja, os compradores são constituídos tanto pelos consumidores, que são compradores de bens e serviços como as empresas, que são compradores de recursos, ou seja, trabalho, terra, capital e capacidade empresarial, que são utilizadas na produção de bens e serviços. Que de acordo com o IPEA (2012), podem ser por parte do governo e programas de obras públicas ou subsídios para o setor.

Para Sartori (2008), os vendedores são compostos pelas empresas, que são os que vendem bens e serviços aos consumidores e pelos proprietários de recursos, como: trabalho, terra, capital e capacidade empresarial, ou seja, são aqueles que vendem para as empresas tendo como cunho econômico a troca de remuneração.

O mercado de trabalho por ser um segmento da economia sofre influência de diversos fatores, apresentando uma certa complexidade de análise. De forma geral, ele

pode ser sintetizado como uma coordenação de atividades econômicas, que visam o equilíbrio por meio de mecanismos de preços (MARTINS, GONZÁLES E KERN, 2012).

De acordo com (Dutra, 2019, p. 10), a expressão “mercado Imobiliário” pode ser sintetizada como:

[...] um mercado abstrato, que agrega diversos segmentos. Podem ser identificadas parcelas que constituem submercados, com funcionamento diferenciado em função das localizações, dos tipos de imóveis ou das formas usuais de transação. Contudo, os limites de cada segmento não são claros e muitas vezes há interpenetração entre estes submercados. De qualquer forma, o mercado imobiliário geralmente realiza, ainda que de forma imperfeita, as funções de um mercado, embora existam autores que afirmem não existir um único mercado imobiliário, no sentido estrito do termo.

Como podemos verificar a expressão mercado imobiliário tem várias definições, podendo ser abstrato ou constituídos por submercados, com diferentes localizações, tipos de imóveis como também possui muitas formas de transação.

Ele é um segmento com comportamentos diferenciados de outros mercados de bens, sendo que as distinções derivam das características especiais dos imóveis e do mercado de imobiliário, onde são existentes muitas divergências e desigualdades entre os imóveis. Que podem ser desde a sua localização, ou alterações que provocam modificações, nos valores dos imóveis (GONZÁLES, 2006).

No ano de 2019, o mercado imobiliário no Brasil aprimorou significativamente, mostrando uma tendência de melhoria para o ano de 2020, mesmo que as tendências de crescimento apresentassem um ritmo lento, o crescimento foi 2%. No ano de 2020, ficou em 3%. Sendo um dos principais propulsores de crescimento a Caixa Econômica Federal. Que em 2019, baixou energicamente os juros do financiamento de imóveis, quando anunciou uma nova linha de crédito imobiliário, corrigida pela Taxa de Referencial ou IPCA – índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) (GLOBALTEC, 2019).

De acordo com Andrade (2020), os investimentos, na atualidade estão trazendo mais confiança e otimismo para os indivíduos que possuem imóveis. Parte deste otimismo incide ao aumento no número de lançamento de imóveis em todo o país, que obteve um crescimento de 11,8% no segundo trimestre de 2019, em comparação ao ano de 2018 (CBIC – Câmara Brasileira da Indústria da Construção - 2020). Este fator foi importante para as locadoras de imóveis, pois ajudou consideravelmente no aumento das vendas, que subiu 16%, segundo a CBIC. As empresas do setor imobiliário no mês de novembro de 2019,

acumularam em caixa cerca de R\$ 4,4 bilhões por meio da capitalização via oferta de ações na Bolsa de Valores.

O mercado imobiliário é um dos grandes pilares da sociedade e da economia, pois envolve todas as transações de compra, aluguel, ou permuta de bens e imóveis. E dentro o direito imobiliário é um viés que vem de encontro aos direitos daqueles que buscam garantia no que está investindo.

3.3 O Direito Imobiliário

O Direito Imobiliário, é um ramo específico do Direito Privado, e na atualidade vem experimentando grande expansão no Brasil. Sua abrangência envolve mais do que regulamentação dos direitos decorrentes da propriedade imobiliária. São inclusos também áreas referentes a contratos, cartórios, responsabilidade civil, família e defesa do consumidor. Numa discussão jurídica o direito imobiliário, envolve bens imóveis, ou seja, seu alicerce encontra-se no direito de propriedade, e nos desdobramentos do exercício do direito (PONTES, 2018; ROCHA, 2014).

Uma das Leis importantes no ramo do Direito Imobiliário, o Código Civil, é uma das mais importantes, pois nesta lei é abordada os direitos reais (direito das coisas), que incluem as determinações sobre a propriedade, posse, vizinhança entre outros. O artigo 1.196 do C.C. traz em sua menção onde “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (NEVES, 2010).

Azevedo (2020), ressalta que o Direito real, tem sua classificação em direito sobre a coisa própria, real sobre a coisa alheia, real de fruição, real de garantia, direito real de aquisição. Já o direito pessoal, conceitua-se na relação jurídica, onde o sujeito ativo tem o direito de exigir do sujeito passivo de determinado acerto.

Existem várias leis que norteiam o direito imobiliário, que são elas: Leis nº 8.245/91 que refere a locação de imóveis, a Lei 4.594/64 que regulamenta a profissão do corretor, Lei 4.380/64 que traz as normas quanto ao sistema financeiro de habitacional e a Lei 6.015/73 que aborda os registros públicos (NEVES; 2010; SALES; 2010).

Dentro do código do consumidor ainda encontramos uma relação com o direito imobiliário, no que se refere a análise das cláusulas contratuais abusivas, como também qualquer ato que venha a prejudicar o consumidor (CAVALCANTE, 2020).

A lei 8.078/90 dispõe sobre os direitos básicos do consumidor que menciona quanto a prática de propaganda enganosa:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (AZEVEDO, 2020, P. 13).

Matos e Bartkiw (2013), enfatizam que o direito imobiliário, tem em seu esboço, as fases anteriores à aquisição da propriedade que são: compra e venda, onde o profissional tem como finalidade subsidiar o comprador ou o vendedor, com informações relacionadas a análise documental do imóvel; elaboração de contratos; acompanhamento das partes na lavratura da escritura pública, como também análise de contratos com financiadoras imobiliárias, entre outras.

Em relação aos financiamentos, o direito imobiliário, analisa os contratos, realiza revisão de contratos de financiamento habitacionais; em relação a locação: confecciona os contratos, faz alterações ou análise das cláusulas contratuais, cobrança de hipotecas, atuação locatária, cobrança de aluguéis, ações ou despejos; problemas em relação à usucapião que engloba a aquisição da propriedade. No exercício de propriedade destaca-se, as ações do direito de construir, de locação, de vizinhança, venda, condomínio, ações possessórias, doação etc. (MATOS, BARTKIW 2013).

3.4 O papel do corretor de imóveis na atualidade

De acordo com Silva (2018), com a criação da Lei 4.591/1964, ficaram estabelecidas algumas normas para o exercício da profissão de corretor de imóveis: O Art 2º salienta que só será permitido ao possuidor de título de Técnico em Transações Imobiliárias. Já no Art 3º estabelece que compete ao Corretor de Imóveis desempenhar na intermediação da compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, dar voz, no que se referente à comercialização imobiliária.

Lessa (2017), destaca a importância da participação do corretor, na economia, quando cita que ele, é muito mais do que um agente, que atua na intermediação de um negócio que envolve imóvel. A profissão está vinculada a sonhos e a prosperidade das empresas, pois auxilia o país a se desenvolver economicamente. Para o autor, o corretor está apto a desenvolver melhores planos de financiamentos e propostas, pois ele, confere cotidianamente as dicas de mercado, orienta e esclarece o interessado em comprar ou vender, sem que o comprador corra risco de fazer transações erradas.

Segundo o código civil em seu artigo 723, era estabelecido que as obrigações dos corretores de imóveis era um negócio jurídico bilateral, ou seja, o corretor não era funcionário, e nem tão pouco prestava serviços, porém estava restrito a terceiros: sendo obrigado a executar a mediação com a diligência e prudência, além de responder todas as informações, respondia por perdas e danos, prestar todas as incumbências de segurança ou risco, alterações de valores entre outras (BRASIL, 2002).

Conforme as alterações da Lei nº 12.236, de 2010, ficou estabelecido que é obrigatória de o corretor executar a mediação com diligência e prudência, ao cliente, repassar a ele, todas as informações sobre o andamento do negócio. A partir da alteração da Lei, foi diminuída a subjetividade do corretor, isto é, retirou consideravelmente a individualização que era pautada ao profissional, o que melhor muito na questão de oportunidade da mediação gerada entre as partes, desde que haja boa remuneração ao corretor (SCAVONE, 2017).

Neste pressuposto, Luiz Antônio Scavone Junior (2017), cita que as funções do corretor são vinculadas em Lei, como também o funcionamento dos órgãos que estão diretamente envolvidos no ramo. A Lei 6.530/78, veio beneficiar, os profissionais que trabalham como autônomos e as pessoas jurídicas, com os mesmos direitos e deveres das pessoas físicas. Sendo direito de todos a inscrição no Conselho Regional de Corretores de Imóveis. Previsto no artigo 6º, após a criação do novo Código de Processo Civil em 2015.

O artigo foi bem recebido, sua finalidade é criar vínculo entre corretor e imobiliária, deixando de lado a subordinação existente entre empregador e empregado, dando a liberdade de a pessoa física a associar-se a pessoa jurídica. O artigo liberta a pessoa física a sua própria tática de trabalho, onde ela, assume responsabilidades, podendo usufruir de um escritório, ou um e-mail vinculado a empresa, prestando funções a imobiliária, sem vínculo empregatício, o § 4º autoriza a prestação de serviços, sem haja subordinação entre as partes (BRASIL, 2015).

Luiz Antônio Scavone Junior (2017), discorre que o § 4 do artigo 6º, remete-nos ao princípio de primazia dos fatos, em que é priorizado a verdade real sobre o contrato formal, ou seja, geralmente as imobiliárias determinam metas, e cargas horárias, caso não sejam cumpridas são sancionadas punições, e as cargas horárias semanais são de 44 horas, o que estimula vínculo empregatício.

Ademais Silva (2018), cita Hugo Oliveira Horta Barbosa (2015), salientando que o vínculo empregatício se dá a partir da infração da Lei específica, nesta seara, os Juízes das Varas do Trabalho vem aplicando o artigo 333, inciso II, do novo código de Processo Civil. Onde o ônus da prova incumbe: "I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único".

Portanto o papel desempenhado pelo corretor de imóveis, vai além das vendas, é preciso um bom relacionamento com o cliente, ética e disciplina. E em conformidade com o artigo 16 da Lei 6.530/78, a RESOLUÇÃO-COFECI N.º 005/78, fica estabelecido normas e obrigações a respeito da intermediação imobiliária entre o corretor e o seu cliente. É importante salientarmos que o profissional tem responsabilidades sobre o cargo exercido, sendo de suma relevância a profissão, inclusive dentro do ramo de direito. Desta forma é relevante que o profissional atualize a sua ação na atualidade, fazendo especializações e estar antenado as novas tecnologias de informação, pois o mundo globalizado faz trazer essa nova roupagem, ao mercado de trabalho.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maioria dos indivíduos ao longo de suas vidas visam comprar ou vender um imóvel, porém não sabem de fato como isso se dá, diante do direito imobiliário. Geralmente essa parte fica com o profissional que atua no mercado imobiliário. Comprar algo, vai além dos efeitos emocionais, existe uma realidade burocrática, legal e financeira, que em muitos casos, as partes envolvidas no tramite não estão preparadas para enfrentar, sendo necessário haver um intermediário.

As imobiliárias na atualidade vão ao encontro do desejo do cliente, pois, o perfil dos consumidores adaptou-se a novos hábitos e atitudes. Desta forma, acreditamos que o corretor de imóveis é um profissional que desempenha a sua função com primazia e colabora positivamente para o setor econômico. Acreditamos que o estudo é de fundamental importância para o mundo acadêmico.

5 BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, A.L.A de. **Relação da Geração Millennials com o Mercado Imobiliário**, 2020. Disponível em: < <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/380/1/TCC%20FINAL%20ANDR%C3%89%20LUIZ.pdf> >. Acesso no dia 04 de março de 2023.

ARNEZI, G. **Mercado imobiliário: a tendência de expansão vai se confirmar?** Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/mercado-imobiliario-a-tendencia-de-expansao-vai-se-confirmar/>>. Acesso em 08 outubro. 2022.

AZEVEDO, G.F de. **MEDIAÇÃO**: Como Ferramenta para a Resolução de Conflitos no Ramo Imobiliário, 2020. Disponível em: < <http://fanap.br/Repositorio/410.pdf> >. Acesso no dia 04 de dezembro de 2022.

BRASIL - LEI Nº 6.530 de 12 de maio de 1978, 2015. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm >. Acesso no dia 14 de abril de 2023.

_____. Lei nº 10.403/2002 - Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2023.

CAVALCANTE, AP. **Os municípios brasileiros e a defesa do consumidor.** Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/82673/os-municipios-brasileiros-e-a-defesa-do-consumidor>>. 2020. Acesso em: 04 de janeiro de 2023.

CELANI, S. **Histórico da Profissão; Corretor de Imóveis.** Brasília, 2010, Disponível em: <http://www.cofeci.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=88:historico-da-profissao-corretor-de-imoveis&catid=67:historico-daprofissao&Itemid=313>. Acesso em 02 de abril de 2023.

COFECI-CRECI. **Portal da Transparência.** 2019. Brasília. Disponível em: <<https://www.studiosti.com.br/PortalTransparencia/CorretorImovel/Federal/Default.aspx>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

CPS/ FGV, Centro de Políticas Sociais/ Fundação Getúlio Vargas. **Panorama de Evolução da Renda e Classes Econômicas,** 2007 Disponível em: https://www.cps.fgv.br/ibrecps/credi3/TEXTO_panorama_evolucao.htm. Acesso em 05 de outubro de 2022.

DUTRA, G.K. **Comportamento dos Preços de Empreendimentos Imobiliários entre o Lançamento e a Entrega:** uma Descrição do Mercado Imobiliário da Grande Florianópolis, 2019. 54 p. Disponível em: < <https://repositorio.ifsc.edu.br/bitstream/handle/123456789/1508/TCC%20-%20Guilherme%20Kolling%20Dutra%202020-08-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=>> Acesso no dia 03 de dezembro de 2022.

GONZÁLEZ, M. A. S. Noções sobre contratos na construção civil. **Estudos Jurídicos.** UNISINOS: São Leopoldo, set. 2006.

GLOBALTEC. **Panorama do mercado imobiliário no Brasil para 2020.** Disponível em: <<https://www.globaltec.com.br/2019/11/21/panorama-do-mercado-imobiliario-no-brasil/>>. Acesso em 12 janeiro, 2023

IBGE. **Censo 2012; PIB na construção civil.** Disponível em: < www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/pib/defaultcnt.shtm>. Acesso em 10 janeiro. 2023.

IPEA. **Existe bolha no mercado imobiliário brasileiro?** Textos para discussão. São Paulo, SP. agosto, 2012

LESSA, B. **Qual a importância do corretor de imóveis em uma sociedade cada vez mais digital?** 2017. Disponível em:< <http://www.portalgv.com.br/post/pensadores/qual-a-importancia-do-corretor-deimoveis-em-uma-sociedad-e-cada-vez-mais-digital>>. Acesso em: 14 de abril de 2023.

MARTINS, T.O.M; GONZÁLES, M. A. S. KERN, A. P. **Análise do efeito microeconômico da implantação de empreendimentos do tipo condomínio-clubes no mercado imobiliário de Novo Hamburgo, Brasil,** 2012. Disponível em:<<http://www.civil.uminho.pt/revista/artigos/n42/P%C3%A1g.19-30.pdf>>. Acesso no dia 03 de fevereiro de 2023.

MATOS, D.; BARTKIW, P.I.N. **Introdução ao mercado imobiliário.** Curitiba: IFPRE-tec, 2013.

NEVES, G K M. **Direito de Propriedade.** FVG – Fundação Getúlio Vargas, roteiro de curso, 2010.

NOVA, Y. P. V. **A Dinâmica Espacial do Mercado Imobiliário de Salvador,**2014; Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/17383/1/Monografia%20-%20Yuri%20Paiva%20Vila%20Nova%20-%20PDF.pdf>>. Acesso no dia 04 de fevereiro de 2023.

PASSOS, C. R; M; NOGAMI, O. **Princípios de Economia.** 7. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016. 670 p.

PIMENTA, GV. **Crescimento do Mercado Imobiliário no Brasil e a Opção de Investimento em Fundos Imobiliários,** 2014. Disponível em:< <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1487/1/GVPimenta.pdf>>. Capturado no dia 03 de outubro de 2022.

PINDYCK, R. S. e RUBINFELD, D. L. **Microeconomia.** 5.ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PONTES. S. **A Responsabilidade Civil dos Registradores Imobiliários.** Jus Brasil. Disponível em:< <https://sergiopontes.jusbrasil.com.br/artigos/603737765/a-responsabilidade-civil-dos-registradores-imobiliarios>> . Acesso em: 04 de janeiro de 2023

RESENDE, J. M. **Operações Imobiliárias** (Vol. 1). Goiânia: AB. 2001.

ROCHA, I.M.S.S da. **A responsabilidade civil das incorporadoras imobiliárias e das construtoras pelo atraso na entrega de imóveis adquiridos na planta.** 2014. 94f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Direito imobiliário**. Teoria e Prática. 12ª Ed. Forense, Rio de Janeiro: 2017.

SACHSIDA, A; MENDONÇA. M. **Existe Bolha no Mercado Imobiliário Brasileiro?** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2012

SALES, C B. **Humanização dos direitos reais: limitações do direito de propriedade aos novos direitos reais de uso e moradia**. 2010. 109f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte.

SARTORI, V. I. **Análise de investimento no mercado imobiliário: um estudo de caso**. 2008. 69 f. Monografia - Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SILVA, D. J. **Responsabilidade Civil do Corretor de Imóveis**, 2018. Disponível em: < <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/564/1/Monografia%20-%20Daniel%20Joi.pdf> >. Acesso no dia 14 de abril de 2023.

ANÁLISE FUNÇÃO INTERPRETATIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO PARECER CONSULTIVO - OC 29/22: ABORDAGENS DIFERENCIADAS APLICÁVEIS ÀS GESTANTES, ÀS MULHERES EM TRABALHO DE PARTO, ÀS PUÉRPERAS E ÀS LACTANTES PRIVADAS DE LIBERDADE

GABRIELLA DE BARROS AFONSO FERREIRA:

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes

RESUMO: A competência consultiva da Corte Interamericana desempenha um importante papel na construção dos Direitos Humanos, no âmbito do sistema protetivo regional. Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no artigo 64.1 da Convenção Americana apresentou um pedido de Parecer Consultivo sobre "Abordagens diferenciadas às pessoas privadas de liberdade". Foi emitido o Parecer OC 29/22, em que a Corte Interamericana se pronunciou sobre o contexto de extrema vulnerabilidade das pessoas pertencentes a grupos de riscos nas prisões da região - em razão da idade, sexo, gênero, etnia, orientação sexual e identidade e expressão de gênero -, que decorrem das deploráveis condições de detenção, mas, principalmente, do impacto desproporcional causado pela falta de proteção diferenciada. A Corte Interamericana ainda forneceu diretrizes para que os Estados cumpram adequadamente suas obrigações. Este trabalho estuda as abordagens diferenciadas aplicáveis às gestantes, às mulheres em trabalho de parto, às puérperas e às lactantes privadas de liberdade, bem como a importância da função interpretativa do Tribunal Interamericano, através da análise da citada opinião consultiva. Palavras-Chave: Corte Interamericana. Parecer OC 29/22. Proteção Diferenciada. Mulheres.

ABSTRACT: The advisory competence of the Inter-American Court plays an important role in the construction of Human Rights within the framework of the regional protection system. In this context, the Inter-American Commission on Human Rights, on the basis of Article 64.1 of the American Convention, submitted a request for an Advisory Opinion on "Differentiated Approaches to Persons Deprived of Liberty." OC Opinion 29/22 was issued, in which the Inter-American Court ruled on the context of extreme vulnerability of people belonging to risk groups in prisons in the region - due to age, sex, gender, ethnicity, sexual orientation, and gender identity and expression - which stem from the deplorable conditions of detention, but mainly from the disproportionate impact caused by the lack of differentiated protection. The Inter-American Court also provided guidelines for States to adequately fulfill their obligations. This paper studies the differentiated approaches applicable to pregnant women, women in labor, puerperal women and breastfeeding women deprived of liberty, as well as the importance of the interpretative function of the

Inter-American Court, through the analysis of the aforementioned advisory opinion. Keywords: Inter-American Court. Opinion OC 29/22. Differentiated Protection. Women.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A função consultiva da corte interamericana de direitos humanos e da competência da comissão para solicitação. 2. O Parecer Consultivo OC 29/22. 2.1 Considerações gerais sobre a necessidade de adotar medidas diferenciadas para determinados grupos de pessoas privadas de liberdade. 2.2 Enfoques diferenciados aplicáveis às mulheres grávidas, às mulheres em trabalho de parto, pós-parto e lactantes, bem como às principais cuidadoras primárias, privadas de liberdade. a) Prioridade no uso de medidas alternativas na aplicação e execução da punição no caso de mulheres no curso da gravidez, durante o parto e no período pós-parto e lactação, bem como quando são cuidadoras primárias. b) Princípio da separação entre mulheres e homens e instalações apropriadas para mulheres grávidas, pós-parto e lactantes, bem como quando são cuidadoras primárias. c) Proibição de medidas de isolamento e coerção física. d) Acesso à saúde sexual e reprodutiva sem discriminação. e) Nutrição adequada e cuidados de saúde física e psicológica especializados durante a gravidez, parto e pós-parto. f) Prevenção, investigação e erradicação da violência obstétrica no contexto prisional. g) Acesso à higiene e vestuário adequado. h) Garantia de que os laços das mulheres ou cuidadores primários privados de liberdade sejam desenvolvidos em um ambiente apropriado com seus filhos fora dos muros. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é um órgão judicial autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) que tem como objetivo principal promover e proteger os direitos humanos na região das Américas.

A Corte IDH tem sede na Cidade de San José, na Costa Rica, e é composta por sete juízes eleitos pelos Estados membros da OEA. Estes juízes são responsáveis por julgar casos de violações de direitos humanos apresentados por indivíduos ou organizações da sociedade civil à Comissão, bem como por emitir pareceres consultivos sobre questões relacionadas aos direitos humanos.

O poder da Corte Interamericana consiste essencialmente em interpretar e aplicar a Convenção Americana ou outros tratados sobre os quais tenha jurisdição para, conseqüentemente, determinar, de acordo com as normas internacionais, convencionais e consuetudinárias, a responsabilidade internacional do Estado em conformidade com o Direito Internacional.

Contudo, à diferença da sua função contenciosa, no desempenho no exercício da competência consultiva, não há "partes" envolvidas no procedimento e não há disputa a ser resolvida. O objetivo central da função consultiva é obter uma interpretação judicial de

uma ou mais disposições da Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana, que dispõe:

1. Qualquer Estado Parte poderá, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão à presente Convenção, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como vinculativa por direito e sem convenção especial a competência do Tribunal sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da presente Convenção. [...]

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da presente Convenção que lhe sejam submetidas, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam tal jurisdição, quer por declaração especial, conforme indicado nos parágrafos anteriores, quer por convenção especial.

É importante ressaltar que as opiniões consultivas da Corte IDH não são vinculantes, ou seja, não têm força de lei, mas são consideradas autoritativas, pois têm um impacto significativo na prática jurídica e na política dos países da região.

Destarte, as opiniões consultivas da Corte IDH são fundamentais para o fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, pois fornecem orientações importantes para governos, organizações da sociedade civil, advogados e juízes que trabalham na defesa dos direitos humanos.

No uso dessa competência interpretativa já foram exarados 29 pareceres de importância para a construção de um sistema regional de proteção dos Direitos Humanos, sendo o mais recente denominado de opinião consultiva de número 29, de 30 de maio de 2022 – OC 29/22.

Este parecer resultou de pedido da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 64.1 da Convenção Americana¹⁸⁵, para que a Corte IDH emitisse parecer sobre as abordagens diferenciadas a serem adotadas pelos Estados membros para as pessoas privadas de liberdade, em razão de vulnerabilidades

¹⁸⁵**Artigo 64. - 1.** Os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

relacionadas a questões de idade, de identidade e expressão de gênero, de etnia e de orientação sexual.

Na decisão da Corte foram apresentados os questionamentos específicos, gerando a subdivisão do parecer do seguinte modo: em primeiro lugar, foram feitas considerações gerais sobre a necessidade de adotar medidas ou abordagens diferenciadas em relação a certos grupos de pessoas privadas de liberdade, entre estes as gestantes, as mulheres em trabalho de parto, pós-parto e lactação, bem como aos principais cuidadores, privados de liberdade; e, posteriormente, foram realizadas interpretações relativamente a cada um dos grupos levados a consulta.

A divisão temática adotada pelo Parecer OC 29/22 será seguida no presente trabalho, com a apresentação de considerações gerais sobre a necessidade da adoção de medidas ou de abordagens diferenciadas em relação a certos grupos de pessoas privadas de liberdade e, posteriormente, com o estabelecimento de interpretações relativas às gestantes, às mulheres em trabalho de parto, pós-parto e lactação privadas de liberdade.

1.A FUNÇÃO CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA COMPETÊNCIA DA COMISSÃO PARA SOLICITAÇÃO.

A Corte IDH possui dois planos de competência atribuídos pela Convenção Americana: um contencioso e outro consultivo, conforme previsão dos artigos 62186 e 64187.

O primeiro é acionado pelos Estados signatários, que tenham aceitado a jurisdição da Corte, em face de casos concretos. Já o segundo é interpretativo, servindo a Corte como órgão de consulta para questionamentos relativos à correta aplicação da Convenção e de outros tratados de Direitos Humanos.

No que diz respeito à sua competência *ratione materiae*, a Corte IDH já decidiu que a sua função consultiva lhe permite interpretar qualquer norma da Convenção Americana,

186 **Artigo 62 - 1.** Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

187 **Artigo 64 - 1.** Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. **2.** A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

inclusive as de natureza processual¹⁸⁸, bem como qualquer disposição relativa à proteção dos direitos humanos de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, independentemente de ser um tratado bilateral ou multilateral, ou de serem partes Estados fora do Sistema Interamericano¹⁸⁹.

A Corte, conforme previsão do artigo 72 de seu Regulamento, ainda pode emitir pareceres opinativos sobre a compatibilidade entre qualquer das leis internas dos Estados membros e os mencionados instrumentos internacionais, o que pode ser considerado como um controle de convencionalidade.

Percebe-se, assim, a amplitude da competência consultiva da Corte IDH, pois esta pode analisar não somente questões referentes à Convenção, como também outros tratados e disposições de direitos humanos, demonstrando, assim, o verdadeiro escopo desse órgão jurisdicional, que é o de assegurar as garantias e os direitos inerentes à condição humana.

Registre-se, nesse ponto, que a Corte já consagrou o entendimento de que a tais consultas, nada obstante possuírem caráter abstrato, deve corresponder uma provável aplicação concreta, para atraírem o interesse da região, como forma de garantir eficácia social às decisões.

O procedimento para solicitação da opinião consultiva está previsto no Título III do Regulamento da Corte que trata dos requisitos formais para o requerimento e a apreciação de pareceres consultivos pela Corte Interamericana.

Os artigos 70¹⁹⁰ e 71¹⁹¹ do referido título basicamente impõem ao Estado ou ao organismo requerente os seguintes requisitos: i) formular as questões com precisão; ii)

188 Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-20/09 de 29 de setembro de 2009. Parecer Consultivo OC-28/21 de 7 de junho de 2021.

189 Parecer consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Parecer Consultivo OC-27/21 de 5 de maio de 2021.

190 **Artigo 70. Interpretação da Convenção - 1.** As solicitações de parecer consultivo previstas no artigo 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas em relação às quais pretende-se obter o parecer da Corte. 2. As solicitações de parecer consultivo apresentadas por um Estado membro ou pela Comissão deverão indicar, adicionalmente, as disposições cuja interpretação é solicitada, as considerações que dão origem à consulta e o nome e endereço do Agente ou dos Delegados. 3. Se o pedido de parecer consultivo é de outro órgão da OEA diferente da Comissão, deverá precisar, além do indicado no inciso anterior, de que maneira a consulta se refere à sua esfera de competência.

191 **Artigo 71. Interpretação de outros tratados - 1.** Se a solicitação referir-se à interpretação de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, tal como previsto no artigo 64.1 da Convenção, deverá identificar o tratado e suas respectivas partes, formular as perguntas específicas

especificar as disposições a interpretar; iii) indicar as considerações que a originam e iv) fornecer o nome e o endereço do agente ou delegado.

No que tange à legitimidade para formular pedidos de opinião à Corte IDH, existe um número maior de legitimados na competência consultiva do que na contenciosa, pois nesta somente os Estados signatários da Convenção, que reconheçam expressamente a competência da Corte, e a Comissão Interamericana podem submeter casos à decisão do Tribunal. No contexto consultivo, contudo, todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) possuem titularidade, não importando se ratificaram a Convenção ou não.

O artigo 64.1 da Convenção Americana dispõe que são legitimados para a propositura de uma opinião consultiva, além dos Estados membros da OEA, todos os órgãos presentes no Capítulo X da Carta da OEA, observe-se:

Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação da presente Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também pode ser consultado, no que lhes diz respeito, pelos órgãos enumerados no Capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, conforme alterada pelo Protocolo de Buenos Aires.

A Carta da Organização dos Estados Americanos prevê, entre os órgãos descritos no seu artigo 53¹⁹², a Comissão como órgão principal e autônomo da OEA, fato que o habilita, portanto, a solicitar um parecer consultivo à Corte IDH.

Ademais, a principal função da Comissão é "promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização nessa área"¹⁹³, de modo que é evidente a existência de interesse institucional legítimo da Comissão nas consultas

em relação às quais é solicitado o parecer da Corte e incluir as considerações que dão origem à consulta. **2.** Se a solicitação emanar de um dos órgãos da OEA, deverá indicar a razão pela qual a consulta se refere à sua esfera de competência.

192 Artigo 53 - A Organização dos Estados Americanos realiza os seus fins por intermédio: a) Da Assembléia Geral; b) Da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; c) Dos Conselhos; d) Da Comissão Jurídica Interamericana; e) Da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; f) Da Secretaria-Geral; g) Das Conferências Especializadas; e h) Dos Organismos Especializados.

193 Artigo 106 - Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

que tratam da interpretação e do alcance de várias disposições de direitos humanos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Importante registrar que, dentre os órgãos listados no artigo 53, somente a Comissão e os Estados membros da OEA podem formular consultas de forma livre, uma vez que os outros órgãos apenas poderão requerer pareceres relacionados com suas prerrogativas funcionais¹⁹⁴.

No tocante à admissibilidade do pedido de parecer consultivo, a Corte Interamericana, nos Pareceres OC 16/99 e OC 28/21, desenvolveu critérios jurisprudenciais relativos à admissibilidade e pertinência para o processamento ou não de um pedido de parecer consultivo, a saber: i) não encobrir um caso contencioso ou obter uma decisão prematura sobre um tema ou assunto que possa eventualmente ser submetido à Corte por meio de um caso contencioso; ii) não obter uma decisão indireta sobre um assunto em disputa a nível interno; iii) não ser instrumento de debate político interno; iv) não abranger, exclusivamente, questões sobre as quais a Corte já se pronunciou em sua jurisprudência e, v) não buscar a resolução de questões de fato, mas procurar desvendar o significado, a finalidade e a razão do direito internacional dos direitos humanos e, acima de tudo, ajudar os Estados membros e os órgãos da OEA a cumprir plena e efetivamente suas obrigações internacionais.

Quanto aos efeitos das opiniões consultivas, estas, ao contrário das decisões no contexto da competência contenciosa, não são vinculantes, embora possuam efeitos morais tanto no direito interno como internacional, com impacto significativo na prática jurídica e na política dos países da região.

2. O PARECER CONSULTIVO OC 29/22

Em 25 de novembro de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no artigo 64.1 da Convenção Americana e em conformidade com o disposto nos artigos 70.1 e 70.2 do Regulamento Interno, apresentou um pedido de Parecer Consultivo sobre "Abordagens Diferenciadas às Pessoas Privadas de Liberdade".

A Comissão expôs as considerações que deram origem à consulta, observando:

Em um contexto de extrema vulnerabilidade das pessoas pertencentes a grupos de risco especial – derivado não apenas das deploráveis condições de detenção que caracterizam as prisões da região, mas também do impacto desproporcional causado pela falta

¹⁹⁴ Carta da Organização dos Estados Americanos, artigo 106.

de proteção diferenciada – é pertinente e oportuno que a Corte Interamericana se pronuncie sobre essas questões e forneça diretrizes para que os Estados cumpram adequadamente suas obrigações na matéria. Em particular, neste pedido, a [Comissão] analisará os principais efeitos enfrentados pelas pessoas pertencentes aos grupos abrangidos pelo presente pedido, que decorrem do fato de o tratamento que recebem ser geralmente o mesmo que o dado ao resto da população prisional. Nesse sentido, além das deficiências e dificuldades gerais a que as pessoas privadas de liberdade estão sujeitas, há aquelas que decorrem de sua própria condição - em razão da idade, sexo, gênero, etnia, orientação sexual e identidade e expressão de gênero - e a conseqüente falta de uma abordagem diferenciada. Isso implica afetações que geram um impacto desproporcional em sua prisão, o que, além de impedir o gozo dos direitos humanos, pode colocar as pessoas sujeitas a esse pedido em uma situação que coloca em risco suas vidas e integridade pessoal.

Neste contexto, a identificação dos direitos em causa e o respectivo desenvolvimento de normas que garantam o princípio da igualdade e da não discriminação em relação às pessoas sujeitas ao presente pedido revestem-se da maior relevância para a sua proteção. Isso permitirá abordar as particularidades dos respectivos grupos e garantir que, por meio de uma abordagem diferenciada do escopo das obrigações do Estado envolvidas, eles tenham igual acesso durante sua privação de liberdade a todos os serviços e direitos aos quais outras pessoas têm acesso.

[...] O escopo do presente pedido, [...] centra-se principalmente na privação de liberdade que ocorre no sistema prisional, sob as autoridades prisionais e que se caracteriza pela permanência prolongada da prisão. Este pedido de Parecer Consultivo, portanto, não abrange situações de privação de liberdade que ocorram em centros de detenção policial, sob autoridades administrativas que, em geral, são de caráter transitório. Em especial, os grupos de risco especial relativamente aos quais a Comissão solicita ao Tribunal de Justiça que se pronuncie no contexto do presente pedido consistem em: i) gestantes, puérperas e lactantes; (ii) pessoas LGBT; (iii) pessoas indígenas, (iv) idosos e (v) crianças que vivem com suas mães na prisão. [...] Além disso, em muitos casos, essas pessoas podem pertencer a mais de um grupo de risco especial, o que se traduz em

múltiplas necessidades especiais e maior vulnerabilidade. Portanto, normas e práticas que ignoram esse impacto diferenciado fazem com que os sistemas prisionais reproduzam e reforcem os padrões de discriminação e violência presentes na vida em liberdade. [...] Neste contexto, para que os Estados cumpram o seu dever especial de proteger as pessoas sob a sua custódia e, em particular, de garantir o princípio da igualdade e da não discriminação, a Comissão entende que é uma obrigação inevitável adotar medidas que respondam a uma abordagem diferenciada que tenha em conta as condições particulares de vulnerabilidade e os fatores que podem aumentar o risco de atos de violência e discriminação no país em contextos de encarceramento, como gênero, etnia, idade, orientação sexual e identidade e expressão de gênero. Da mesma forma, essas medidas devem levar em conta a frequente interseccionalidade dos fatores acima mencionados, o que pode acentuar a situação de risco em que as pessoas encarceradas se encontram.

[...] Consequentemente, com base no diagnóstico da situação anteriormente realizado no âmbito de suas funções de monitoramento, a Comissão considera que é imperativo ter uma interpretação da Corte que lhe permita desenvolver e aprofundar, à luz das normas interamericanas, as obrigações mais específicas que os Estados têm nessa área, com o objetivo de ajudá-los a fornecer uma resposta eficaz e mais abrangente para a proteção nesses países das pessoas privadas de liberdade, em pé de igualdade com o resto da população carcerária. Isto, tendo em conta a abordagem diferenciada que deve existir devido à situação especial de risco enfrentada por estas pessoas num contexto de privação de liberdade e do dever de fiador do Estado em relação às pessoas que se encontram sob a sua guarda.

Destarte, com base nas considerações expostas, a Comissão submeteu à Corte Interamericana as seguintes consultas acerca das mulheres grávidas, puérperas e lactantes em situação de privação de liberdade:

- I. No que diz respeito à proteção dos direitos das pessoas em situação particularmente vulnerável, como as mulheres grávidas, puérperas e lactantes, é possível justificar,

nos artigos 24º e 1º, n. 1195, da Convenção, a necessidade de medidas ou abordagens diferenciadas para garantir que as suas circunstâncias específicas não afetem a igualdade de condições com outras pessoas privadas de liberdade, tanto em termos das suas condições de detenção como em relação aos recursos disponíveis para proteção dos seus direitos no contexto da privação de liberdade? Em caso afirmativo, que implicações concretas tem o conteúdo dos direitos envolvidos em tais artigos sobre o âmbito das obrigações correlatas dos Estados neste domínio?

II. Sobre mulheres grávidas, pós-parto e lactantes:

II.I À luz dos artigos 1.1., 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁹⁶, do artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir,

¹⁹⁵**Artigo 24. Igualdade perante a lei** - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos - 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

¹⁹⁶ **Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos - 1.** Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 4. Direito à vida - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Artigo 5. Direito à integridade pessoal - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. **2.** Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. **3.** A pena não pode passar da pessoa do delinqüente. **4.** Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. **5.** Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. **6.** As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade – (...) **2.** Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa

Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher¹⁹⁷ e outros instrumentos interamericanos aplicáveis: que obrigações específicas têm os Estados de assegurar que as mulheres grávidas, no pós-parto e os bebês privados de liberdade têm condições de detenção adequadas às suas circunstâncias particulares? Em particular: a) Que obrigações específicas têm os Estados em termos de alimentação, vestuário e acesso a assistência médica e psicológica? b) Que condições mínimas deve o Estado garantir durante o trabalho de parto e durante o parto? c) Que medidas de segurança o Estado pode tomar ao transferir mulheres grávidas para torná-las compatíveis com suas necessidades especiais? e d) Qual é o alcance do direito de acesso à informação, no contexto da privação de

ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. **2.** O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. **3.** Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. **4.** A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. **5.** A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Artigo 17. Proteção da família - 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

Artigo 24. Igualdade perante a lei - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

197 Artigo 7 - Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

liberdade, das mulheres grávidas, puérperas e lactantes, no que diz respeito à informação sobre o seu estatuto especial?

- III. Nos casos de mulheres privadas de liberdade com crianças na primeira infância que estão fora da prisão, que medidas específicas os Estados devem tomar para garantir que mãe e filho mantenham um vínculo estreito e proporcional às suas necessidades especiais?

2.1 Considerações gerais sobre a necessidade de adotar medidas diferenciadas para determinados grupos de pessoas privadas de liberdade

A Corte IDH inicia a sua decisão a partir do argumento de que a Convenção Americana reconhece expressamente, no artigo 5º, o direito à integridade pessoal, física e mental, cuja violação "é de um tipo que tem várias conotações de grau e [...] cujas sequelas físicas e psicológicas variam em intensidade de acordo com os fatores endógenos e exógenos que devem ser demonstrados em cada situação concreta"¹⁹⁸.

E ainda, de acordo com os artigos 5.1 e 5.2 da Convenção¹⁹⁹, toda pessoa privada de liberdade tem o direito de viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal. Assim, o Estado – como responsável pelos centros de detenção – encontra-se em uma posição especial de garante dos direitos de qualquer pessoa sob a sua custódia²⁰⁰.

Isso implica no dever de o Estado fornecer às pessoas sujeitas à sua custódia direitos essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna, dado que as características do confinamento, associadas ao forte controle exercido pelas autoridades, prisionais impedem que as pessoas privadas de liberdade sejam capazes de satisfazer por si próprias as suas necessidades básicas.

198 Caso Loayza Tamayo c. Peru. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C nº 33, parágrafo 57, e Caso de Bedoya Lima et al. v. Colômbia. Sentença de 26 de agosto de 2021. Série C nº 431, para. 100.

199 **Artigo 5. Direito à integridade pessoal - 1.** Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. **2.** Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

200 Caso Neira Alegria et al. v. Peru. Sentença de 19 de janeiro de 1995. Série C No. 20, parágrafo 60; Caso dos Irmãos Gomez Paquiyauri v. Peru. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C nº 110, para. 98; Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C n.º 99, n.º 111; Caso "Instituto para a Reeducação de Menores" v. Paraguai. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C n.º 112, n.º 154; Caso López Álvarez v. Honduras, supra, parágrafo 105; Caso Montero Aranguren et al. (Catia Hold) v. Venezuela. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C nº 150, paras. 85 e 87; e Caso Vélez Loor v. Panamá. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C nº 218, parágrafo 198.

Ademais, é preciso levar em conta a seletividade do sistema penal, na medida em que aqueles que são submetidos a medidas de custódia são em sua maioria homens jovens, com condições socioeconômicas precárias²⁰¹ e sem condições de proverem, quando privados de liberdade, suas necessidades básicas de existência, por seus próprios meios ou por suas famílias.

No caso das mulheres, estudos mostram que muitas delas têm histórico de vitimização prévia e são chefes de família, de modo que, antes de sua prisão, eram as únicas responsáveis por suas tarefas domésticas e assistenciais²⁰².

É por isso que o Estado é obrigado a garantir todos os direitos das pessoas privadas de liberdade sob sua custódia, especialmente o direito à vida e à integridade pessoal, bem como o acesso a serviços básicos essenciais para uma vida digna.

E mais que isso, o Estado é responsável por salvaguardar o bem-estar dos reclusos e de assegurar, especialmente, que a forma e o método de privação de liberdade não excedam o nível de sofrimento inerente à detenção.

Nesse contexto, a Corte Interamericana recorda que a interdependência entre a democracia, o Estado de Direito e a proteção dos Direitos Humanos é a base de todo o sistema em que a Convenção é parte e que um dos principais objetivos de uma democracia deve ser o respeito pelos direitos das minorias²⁰³, mormente dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

Assim, quando a qualidade democrática de um Estado é elevada, são instituídas políticas penais e prisionais que se concentram no respeito aos direitos humanos, de modo a proporcionar as condições mínimas compatíveis com a dignidade humana em centros de detenção, a fim de proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal.

201 De acordo com um estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), 92% dos detidos são jovens que não concluíram o ensino médio e são, em sua maioria, privados de liberdade por crimes de roubo e homicídio. Além disso, "na última década, a população feminina encarcerada aumentou 52%, mais do que o dobro do que a população total encarcerada cresceu". As sub-regiões onde se observou maior aumento são o Caribe (85%) e o Cone Sul (63%). Cf. Banco Interamericano de Desenvolvimento, *Inside the Prisons of Latin America and the Caribbean: A Look at the Other Side of the Bars*, Estados Unidos da América, 2019, p. 13, disponível em: <https://publications.iadb.org/es/dentro-de-las-prisiones-de-america-latina-y-el-caribe-una-primera-mirada-al-otro-lado-de-the-bars>.

202 Pontifícia Universidade Javeriana, Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) na Colômbia e Centro de Investigação e Docência Econômicas (CIDE), *Mulheres e prisões na Colômbia. Desafios para a política criminal a partir de uma perspectiva de gênero*, Bogotá, D.C., Colômbia, dezembro de 2018, p. 45.

203 Parecer Consultivo OC-28/21, supra, n.º 46.

Neste ponto, salienta a Corte IDH que os Estados não podem invocar a privação econômica para justificar condições de detenção que não atendam aos padrões internacionais mínimos nessa área e não respeitem a dignidade do ser humano, impondo-se, assim, obrigações positivas aos Estados, uma vez que as características do confinamento impedem as pessoas privadas de liberdade de satisfazerem por conta própria certos direitos ou necessidades básicas que são essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna²⁰⁴.

Na mesma linha, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que, no que diz respeito às condições de detenção em geral, qualquer que seja o nível de desenvolvimento do Estado Parte em causa, devem ser observadas certas regras mínimas, tais como²⁰⁵:

- a) Existência de superfície de ar e um volume mínimos para cada prisioneiro;
- b) Existência de instalações sanitárias adequadas;
- c) O vestuário não deve de modo algum ser degradante ou humilhante;
- d) Existência de uma cama de solteiro; e
- e) Dieta com valor nutricional suficiente para a manutenção de saúde e força.

Quanto à proibição e à prevenção da tortura e de outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a Corte IDH também observa que certos grupos e indivíduos estão mais expostos à tortura e à violência sexual no contexto prisional, pois embora todos os detidos estejam em situação de vulnerabilidade, diversas condições podem agravá-la, como ser mulher, jovem, membro de minorias, estrangeiro ou estrangeiro, ou pessoa com deficiência, com doenças médicas ou psicológicas agudas ou formas de dependência.

Portanto, há uma demanda específica para combater todas as formas de tortura e maus tratos de certas pessoas minoritárias ou marginalizadas dentro do contexto prisional.

204 O Comitê de Direitos Humanos em seu Comentário Geral nº 21 considerou que: "Cuidar de todas as pessoas privadas de liberdade com humanidade e respeito por sua dignidade é uma norma fundamental de aplicação universal. Portanto, tal regra, no mínimo, não pode depender dos recursos materiais disponíveis no Estado Parte. Esta regra deve aplicar-se sem distinção de qualquer gênero, como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social; patrimônio, nascimento ou qualquer outra condição". Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral Nº 21, 44ª Sessão, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 em 176, 1992, parágrafo 4

205 Comitê de Direitos Humanos. Albert Womah Mukong v. Camarões, Comunicação No. 458/1991, ONU Doc. CCPR/C/51/D/458/1991 (1994), parágrafo 9.3.

Ademais, a Corte IDH interpreta, à luz do artigo 5.6 da Convenção 206 e do artigo 10.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos 207, que a execução de penas privativas de liberdade deve garantir que a pessoa condenada possa ser reintegrada à liberdade em condições de coexistência com o resto da sociedade, sem prejudicar ninguém, ou seja, em condições de se desenvolver nela de acordo com os princípios da convivência pacífica e com respeito à lei 208.

Isso implica, em primeiro lugar, no comprometimento dos Estados com a premissa de que o sistema prisional não deve deteriorar a pessoa, para além do efeito inevitável de qualquer institucionalização e que, além disso, deve-se tentar minimizar ou neutralizar o máximo possível as suas consequências nocivas.

Nesta medida, as autoridades judiciárias ou administrativas, devem ter em conta, no tratamento destinado aos reclusos, a necessidade de adoção de uma abordagem diferenciada, considerando a diversidade das populações privadas de liberdade em resposta às suas necessidades específicas.

Em suma, a Corte considera que o Estado é obrigado a adotar certas medidas positivas, concretas e direcionadas para garantir não apenas o gozo e o exercício dos direitos cuja restrição não é uma consequência inevitável da situação de privação de liberdade, mas também para assegurar o cumprimento da finalidade da execução da pena privativa de liberdade, que é a reintegração na sociedade das pessoas condenadas, mitigando as barreiras e obstáculos enfrentados, decorrentes dos efeitos nocivos produzidos pelas atuais condições de privação de liberdade e pela estigmatização e

206 **Artigo 5. Direito à integridade pessoal - 6.** As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

207 **Artigo 10 - 1.** Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. **2.** a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada. b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível. **3.** O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

208 Caso do Complexo Penitenciário do Curado relativo ao Brasil. Medidas provisórias. Despacho da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018, considerando 88. Da mesma forma, as Regras Nelson Mandela preveem na Regra 91: "O tratamento das pessoas condenadas a uma pena ou medida de privação de liberdade deve ter por objetivo, na medida em que a duração da pena o permita, inculcar nelas a vontade de viver de acordo com a lei e manter-se com o produto do seu trabalho e criar nelas a capacidade de o fazer. Esse tratamento destina-se a promover o autorrespeito e a desenvolver o seu sentido de responsabilidade."

deterioração associadas ao encarceramento que podem causar ostracismo tanto a nível familiar como comunitário²⁰⁹.

A este respeito, a Corte IDH sublinhou que as autoridades judiciárias devem realizar *ex officio* ou a pedido do interessado, um controle judicial para verificar a garantia dos direitos das pessoas privadas de liberdade²¹⁰, destacando que a proteção judicial contra atos que violam os direitos humanos constitui um dos pilares básicos não apenas da Convenção Americana, mas do próprio Estado Democrático de Direito²¹¹.

Na mesma linha, o Princípio VI dos Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas estabelece que:

o controle da legalidade dos atos da administração pública que afetem ou possam afetar direitos, garantias ou benefícios reconhecidos a favor das pessoas privadas de liberdade, bem como o controle judicial das condições de privação de liberdade e a fiscalização da execução ou cumprimento de penas, devem ser periódicos e estar a cargo dos juízes e tribunais competentes, independentes e imparciais. Os Estados membros da Organização dos Estados Americanos garantirão os meios necessários para o estabelecimento e a eficácia dos órgãos judiciais de controle e execução das sentenças e terão à sua disposição os recursos necessários ao seu bom funcionamento.

Sobre este ponto, a Corte considera imperativo que os Estados estabeleçam uma regulamentação processual e substantiva adequada dessas jurisdições especializadas e: *i)* lhes forneçam os recursos necessários para desempenhar suas tarefas com total independência e imparcialidade; *ii)* garantam a livre defesa das pessoas condenadas durante a execução das penas, e *iii)* promovam a coordenação dos operadores da justiça com a administração penitenciária.

Ademais, relembra a Corte que uma administração que não considera a necessidade de um tratamento diferenciado destinado aos diversos grupos de pessoas privadas de liberdade, fere o artigo 1.1 da Convenção²¹², norma geral que prevê a obrigação dos

²⁰⁹ UNODC, Guia Introdutório para a Prevenção da Reincidência e Reintegração Social dos Infratores, 2013.

²¹⁰ Caso Chinchilla Sandoval et al. v. Guatemala. Objeção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Série C nº 312, parágrafo 188.

²¹¹ Caso Castillo Páez c. Peru. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C nº 34, parágrafo 82, e Lagos del Campo v. Peru. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C nº 340, parágrafo 174.

²¹² **Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos - 1.** Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa

Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades nele reconhecidos sem qualquer discriminação²¹³.

Isso porque a Corte IDH tem sustentado que o direito à igualdade e à não discriminação engloba duas concepções: a primeira é uma concepção negativa, relacionada à proibição de criar diferenças arbitrárias de tratamento; a segunda é uma concepção positiva, relacionada à obrigação de os Estados criarem condições de igualdade real em relação a grupos historicamente excluídos ou que correm maior risco de serem discriminados²¹⁴.

Da concepção negativa, resulta, em primeiro lugar, que o respeito pela dignidade das pessoas privadas de liberdade deve ser garantido nas mesmas condições aplicáveis às outras pessoas que compõem a sociedade e sem qualquer tipo de discriminação, para além das inevitáveis restrições.

Nesse sentido, a Regra 24.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos - Regras de Nelson Mandela, concretiza a dimensão negativa do direito à igualdade e à não discriminação. Veja-se:

Regra 24 - 1. A prestação de serviços médicos aos reclusos é da responsabilidade do Estado. Os reclusos devem poder usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade e ter acesso gratuito aos serviços de saúde necessários, sem discriminação em razão da sua situação jurídica.

Em segundo lugar, em nível interno nas unidades prisionais, o princípio da não discriminação exige que não haja um tratamento diferenciado injustificado ou arbitrário por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A esse respeito, cabe lembrar que a Corte entendeu que, a partir da cláusula "qualquer outra condição social" contida no artigo 1.1 da Convenção, fica claro que categorias como

que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

²¹³ Caso Xákmok Kásek Indigenous Community c. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C nº 214, parágrafo 268.

²¹⁴ Caso Furlan e Parentes v. Argentina. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C nº 246, parágrafo 267.

idade²¹⁵, deficiência²¹⁶, orientação sexual²¹⁷, identidade de gênero e expressão de gênero²¹⁸, são protegidas pela Convenção Americana.

No tocante à dimensão positiva do direito à igualdade e à não discriminação, esta relaciona-se ao dever de os Estados adotarem medidas para reverter ou alterar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de um determinado grupo de pessoas.

Isso implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer em relação às ações e às práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, acreditem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias, sendo importante a realização de distinções de tratamento, baseadas em desigualdades de fato, para fim de que constituir um instrumento de proteção daqueles que devem ser protegidos, considerando a situação de maior ou menor desvantagem em que se encontram²¹⁹.

Nessa linha, reconhece a Corte que, no contexto da privação de liberdade, os sistemas de dominação social vigentes nas sociedades americanas, como o patriarcado, a homofobia, a transfobia e o racismo, também são reproduzidos e exacerbados no ambiente penitenciário. Assim, certos grupos de pessoas privadas de liberdade, em razão de seus traços de identidade, de expressão de gênero, orientação sexual, etnia, entre outros, sofrem maior vulnerabilidade ou risco para a sua segurança, proteção ou bem-estar em resultado da privação de liberdade e da sua pertença a grupos historicamente discriminados.

215 Parecer Consultivo OC-18/03, n.º 101 (relativo aos menores), e Caso Poblete Vilches et al., c. Chile. Sentença de 8 de março de 2018. Série C n.º 349, n.º 122 (para pessoas idosas).

216 Caso Guachalá Chimbo et al. v. Equador. Sentença de 26 de março de 2021. Série C n.º 423, parágrafo 79, e Vera Rojas et al. v. Chile. Sentença de 1º de outubro de 2021. Série C n.º 439, parágrafo 101.

217 Caso Atala Riffo e Girls v. Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239, parágrafo 93, e Parecer Consultivo OC-24/17, parágrafo 78.

218 Parecer Consultivo OC-24/17, e Caso Vicky Hernández et al. c. Honduras. Sentença de 26 de março de 2021. Série C n.º 422, parágrafo 67.

219 A exemplo da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no processo Alexandru Enache c. A Roménia, em que foi alegada uma diferença de tratamento discriminatória estabelecida na legislação, uma vez que permitia a possibilidade de obter uma suspensão da execução da pena de prisão apenas a mães condenadas de crianças com menos de um ano de idade. O Tribunal concluiu que não tinha havido violação das normas do Tratado. Em especial, considerou que o tratamento diferenciado destinado a ter em conta situações pessoais específicas, como as das mulheres grávidas, das mulheres no pós-parto e dos lactentes detidos, não deve ser considerado discriminatório. TEDH, Processo Alexandru Enache c. Roménia, n.º 16986/12. Sentença de 3 de outubro de 2017, parágrafo 77.

Isso obriga o Estado a adotar medidas adicionais e particularizadas destinadas a satisfazer suas necessidades específicas na prisão e impedir com que sofram maus-tratos, tortura ou outros atos contrários à sua dignidade.

Destarte, a Corte IDH recorda que não basta que os Estados se abstenham de violar direitos, mas que é imperativo adotar medidas positivas, determináveis de acordo com as necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por causa de sua condição pessoal, seja por causa da situação específica em que ele se encontra. A adoção dessas medidas específicas não pode, em caso algum, ser considerada discriminatória.

Nesta linha, a Regra 2 das Regras Nelson Mandela especifica essa projeção do princípio da não discriminação, nos seguintes termos:

Regra 2 - 1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não deve haver nenhuma discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, património, nascimento ou outra condição. É necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso.

2. Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem ter em conta as necessidades individuais dos reclusos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. As medidas tomadas para proteger e promover os direitos dos reclusos portadores de necessidades especiais não serão consideradas discriminatórias.

A Regra 1 das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras - Regras de Bangkok estabelece que, para implementar o princípio da não discriminação, " (...) as necessidades e realidades específicas de todos os reclusos, incluindo mulheres presas, devem ser tomadas em consideração na sua aplicação"²²⁰.

Por sua vez, o princípio 5.2 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão determina que medidas especiais

²²⁰ As Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos 16 se aplicam a todos os reclusos sem discriminação; portanto, as necessidades e realidades específicas de todos os reclusos, incluindo mulheres presas, devem ser tomadas em consideração na sua aplicação. As Regras, adotadas há mais de 50 anos, não projetavam, contudo, atenção suficiente às necessidades específicas das mulheres. Com o aumento da população presa feminina ao redor do mundo, a necessidade de trazer mais clareza às considerações que devem ser aplicadas no tratamento de mulheres presas adquiriu importância e urgência.

destinadas a proteger os direitos e a condição especial da mulher, especialmente da mulher grávida e da mãe com crianças de tenra idade, das crianças, dos adolescentes e idosos, doentes ou deficientes, não são consideradas medidas discriminatórias²²¹.

Além disso, os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas estabelecem no Princípio II que as medidas destinadas a proteger exclusivamente os direitos das mulheres, em especial as mulheres grávidas ou as mães lactantes; das crianças; dos idosos; das pessoas doentes ou com infecções, como o HIV/AIDS; das pessoas com deficiência física, mental ou sensorial; bem como dos povos indígenas, afrodescendentes e minorias não serão consideradas discriminatórias. Acrescenta que "as medidas serão aplicadas no âmbito do direito interno e internacional dos direitos humanos e estarão sempre sujeitas a revisão por um juiz competente e imparcial ou outra autoridade".

Em suma, levando em conta todas as fontes apresentadas e em resposta à abordagem da Comissão Interamericana, a Corte IDH considera que a aplicação de uma abordagem diferenciada da política prisional permite identificar como as características do grupo populacional e do ambiente prisional condicionam a garantia dos direitos de certos grupos de pessoas privadas de liberdade, determinando os riscos específicos de violação de direitos, e permite definir e implementar um conjunto de medidas concretas que visem a superação da discriminação (estrutural e interseccional) que os afeta. E, ainda, a não adoção de uma abordagem diferenciada da política prisional resultaria na violação, por parte dos Estados, às disposições do Artigo 5.2 da Convenção Americana e de outros tratados específicos, e poderia resultar um tratamento contrário à proibição da tortura e de outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

2.2 Enfoques diferenciados aplicáveis às mulheres grávidas, às mulheres em trabalho de parto, pós-parto e lactantes, bem como às principais cuidadoras primárias, privadas de liberdade

Historicamente, as mulheres constituem uma pequena parcela da população carcerária, sendo as prisões tradicionalmente concebidas, projetadas e estruturadas a partir

²²¹ **Princípio 5 - I.** Os presentes princípios aplicam-se a todas as pessoas que se encontram no território de um determinado Estado, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicções religiosas, opiniões políticas ou outras, origem nacional, étnica ou social, fortuna, nascimento ou de qualquer outra situação. **2.** As medidas aplicadas ao abrigo da lei e exclusivamente destinadas a proteger os direitos e a condição especial da mulher, especialmente da mulher grávida e da mãe com crianças de tenra idade, das crianças, dos adolescentes e idosos, doentes ou deficientes, não são consideradas medidas discriminatórias. A necessidade de tais medidas, bem como a sua aplicação, poderá sempre ser objeto de reapreciação por parte de uma autoridade judiciária ou outra autoridade.

de uma visão androcêntrica, ou seja, voltadas para uma população masculina jovem e marginalizada, privada de liberdade por crimes violentos.

Em termos globais, as mulheres representam uma parcela entre 2% e 9% da população privada de liberdade. Na América Latina, o perfil das mulheres no sistema prisional corresponde à prática de atos não violentos, principalmente ligados ao tráfico de drogas, com penas de curta duração²²²

A esse respeito, a Comissão Interamericana constatou que a grande maioria dessas mulheres está presa por crimes não violentos relacionados à pobreza e à violência a que estão expostas. Em geral, são mulheres em situação de pobreza, com poucos anos de escolaridade, responsáveis pelo cuidado de seus filhos ou de outros familiares dependentes de cuidados, e que foram expostas a diversas formas de abuso e violência.

Nos últimos 20 anos, contudo, o percentual de mulheres encarceradas aumentou mais de 50%, três vezes mais do que o dos homens²²³.

Todo esse contexto levou à adoção universal, em 2011, de um conjunto de regras complementares às Regras Nelson Mandela, que levam em conta as necessidades particulares das mulheres privadas de liberdade: as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e as Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras - as Regras de Bangkok.

222 Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Inside the Prisons of Latin America and the Caribbean: A Look at the Other Side of the Bars, Estados Unidos da América, 2019, p. 12, disponível em: <https://publications.iadb.org/es/dentro-de-as-prisões-da-américa-latina-e-do-Caribe-um-primeiro-olhar-para-o-outro-lado-das-barras>. Em 2013, um relatório do Relator Especial da ONU sobre Violência contra a Mulher, suas Causas e Consequências, analisou as principais causas para o encarceramento de mulheres e identificou as seguintes: presença de violência, coerção, aborto, crimes morais, ter fugido de suas casas, proteção (geralmente em casos de violência) ou reabilitação, políticas antidrogas, atividade política, prisão preventiva e detenção de migrantes. Relatório do Relator Especial da ONU sobre a violência contra as mulheres. Causas, condições e consequências da prisão para as mulheres, Rashida Manjoo, A/68/340. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/68/340>

223 A este respeito, a Lista Global de Mulheres na Prisão, que compila informações atualizadas até 2017, indica que a população de mulheres privadas de liberdade tem crescido de forma constante em todos os continentes desde 2000, em aproximadamente 53%. Este aumento não se explica pelo aumento da população mundial (segundo dados das Nações Unidas o aumento da população mundial é de cerca de 21% entre meados de 2000 e meados de 2016), nem pelo aumento da população prisional total, se considerarmos que desde 2000 o aumento da população masculina está próximo dos 20%. Estudo da plataforma World Prison Brief e do Institute for Criminal Policy Research, "World List of Women in Prison", quarta edição. Disponível em: http://fileserv.idpc.net/library/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf.

Isso porque, além do incremento numérico da população encarcerada feminina, as origens históricas do sistema prisional - tradicionalmente vocacionado à população masculina – tem impactado no tratamento dado às mulheres na prisão, a exemplo da falta de infraestrutura adequada que atenda às necessidades femininas, da falta de assistência médica especializada pré e pós-natal, da falta de protocolos adequados de parto, inclusive com o uso inadequado de algemas; bem como da falta de vestuário e de nutrição adequados, além da privação de contato entre mães detidas com seus filhos ou com outras pessoas sob seus cuidados.

Relembra-se, assim, que o princípio da igualdade e da não discriminação, expresso no artigo 1.1 da Convenção, exige que os Estados, por meio do sistema de justiça criminal e das administrações prisionais, empreguem uma abordagem diferenciada quando se trata de mulheres privadas de liberdade, de modo que não seja reproduzindo o tratamento dispensado à população masculina.

Ademais, deve-se reconhecer que certas condições especiais, como estar grávida, em trabalho de parto, no pós-parto e no aleitamento materno, colocam as mulheres em situação agravada de vulnerabilidade no contexto prisional, uma vez que sua vida e integridade podem estar em maior risco.

Assim, a Corte já reconheceu a situação de especial vulnerabilidade das gestantes privadas de liberdade²²⁴, não apenas porque necessitam de serviços específicos de assistência à saúde, mas, especialmente, porque podem ser submetidas a práticas nocivas e formas específicas de violência, maus-tratos e tortura, como verificou a Corte no Caso Manuela et al. v. El Salvador²²⁵.

Portanto, no direito internacional dos direitos humanos, a situação das detentas gestantes, durante o parto, no pós-parto e no aleitamento materno constitui um aspecto de atenção especial que requer uma abordagem diferenciada para garantir a proteção de seus direitos²²⁶.

224 Caso Miguel Castro Penal c. Peru, supra, parágrafos 275, 300 e 322; Caso Gelman v. Uruguai. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, parágrafo 97, e Caso do Centro Penitenciário da Região Andina referente à Venezuela. Ordem da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 6 de setembro de 2012, Considerando. 14.

225 Caso Manuela et al. v. El Salvador, em que a Corte condenou o Estado de El Salvador por não ter garantido o direito à saúde sem discriminação, bem como o direito à igualdade, uma vez que a privação de liberdade de Manuela impediu que recebesse cuidados médicos adequados à doença que desenvolveu, pelo que sua pena privativa de liberdade se tornou uma pena desumana, contrária à Convenção.

226 Declaração Americana, artigo VII. Da mesma forma, o artigo 4.2 da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres prevê que "a adoção pelos Estados Partes de medidas especiais, incluindo as contidas nesta Convenção, destinadas a proteger a maternidade

a) Prioridade no uso de medidas alternativas na aplicação e execução da punição no caso de mulheres no curso da gravidez, durante o parto e no período pós-parto e lactação, bem como quando são cuidadoras primárias

Devido aos efeitos adversos que a privação de liberdade pode ter sobre as mulheres durante a gravidez, durante o parto e no período pós-parto e lactação, bem como sobre as crianças, filhas de mães detidas, que vivem com suas mães na prisão durante a primeira infância, foi levantada a necessidade de reconfigurar a política penal e penitenciária em relação a esses grupos de mulheres.

Em particular, o direito internacional dos direitos humanos promove a priorização do uso de medidas alternativas, considerando o perfil das mulheres que atualmente estão submetidas ao sistema penal – que, em sua maioria, cometem crimes não violentos e representam um baixo risco para a segurança cidadã –, e considerando o fato de que a privação de liberdade pode causar sérios danos às crianças, se separadas de suas mães detidas ou se presas com elas.

Assim, as Regras de Bangkok, enquanto orientações específicas sobre a matéria, preveem na Regra 64 que:

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

não será considerada discriminatória" e o artigo 12 "2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1 acima, os Estados Partes assegurarão às mulheres serviços adequados em relação à gravidez, ao parto e ao período pós-natal, prestando serviços gratuitos, quando necessário, e assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactação"; Comitê CEDAW. Recomendação Geral nº 24: Artigo 12 da Convenção (Mulheres e saúde), UN Doc. A/54/38/Rev.1, 2009, para. 27; O artigo 5.º, n.º 2, do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão prevê que "as medidas aplicadas em conformidade com a lei e destinadas a proteger exclusivamente os direitos e o estatuto especial das mulheres, em particular das mulheres grávidas e das mães que amamentam ...], não serão considerados discriminatórios. A necessidade e a aplicação de tais medidas estarão sempre sujeitas a revisão por um juiz ou outra autoridade."

E, ainda, a Regra 2.2 traz a possibilidade de suspensão da medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças, veja-se:

Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.

Na mesma linha, a Corte considera que, no caso de mulheres privadas de liberdade que estejam grávidas, no pós-parto e amamentando ou com responsabilidades de cuidado, deve ser dada preferência à adoção de medidas alternativas à detenção ou, na falta disso, a formas mitigadas de detenção, tais como a prisão domiciliar ou a utilização de tornozeleiras eletrônicas, tendo em conta a baixa gravidade do crime

Destarte, a privação da liberdade só deve ser prevista em casos excepcionais, em vista do baixo risco que as mulheres infratoras representam para a sociedade, bem como para o superior interesse das crianças.

Registre-se, ainda, que a Corte reafirma que, ao fornecer medidas alternativas ou substitutivas para mulheres grávidas ou mulheres com filhos pequenos, os Estados também devem garantir que as necessidades básicas de alimentação, trabalho, saúde e educação possam ser atendidas, fornecendo acesso a programas específicos de assistência social, para fins de se aumentar as oportunidades de reintegração, bem como mitigar situações de possível repetição criminal e reverter barreiras socioeconômicas e legais que possam ter um impacto adverso na implementação efetiva desse tipo de medidas, como pobreza, opções de trabalho remunerado e responsabilidades de cuidado.

b) Princípio da separação entre mulheres e homens e instalações apropriadas para mulheres grávidas, pós-parto e lactantes, bem como quando são cuidadoras primárias

No entanto, quando, devido às circunstâncias particulares do crime cometido, não for possível decretar medidas alternativas à prisão e, portanto, uma medida de privação de liberdade é ordenada, o artigo 5.5 da Convenção Americana estabelece o princípio da separação dos locais de detenção entre homens e mulheres.

Da mesma forma, as Regras Nelson Mandela especificam que:

Regra 11 - As diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento prisional, tendo em consideração o respetivo sexo e idade, antecedentes criminais, razões da detenção e

medidas necessárias a aplicar. Assim: a) Homens e mulheres devem ficar detidos em estabelecimentos separados; nos estabelecimentos que recebam homens e mulheres, todos os locais destinados às mulheres devem ser completamente separados;

A este respeito, a Corte IDH considera que todas as mulheres privadas de liberdade devem ser alojadas fisicamente separadas dos homens e, além disso, em alas ou seções menos restritivas e de baixa segurança que satisfaçam o baixo nível de risco que representam e com espaço suficiente para satisfazer as suas necessidades específicas.

Da mesma forma, a Corte enfatiza que, de acordo com as exigências internacionais, o pessoal de vigilância deve ser do sexo feminino.

Em particular, no que diz respeito às mulheres grávidas, às mulheres no período pós-parto e em amamentação, assim como às cuidadoras primárias, há normas abundantes no direito internacional dos direitos humanos que pedem aos Estados que garantam espaços de acomodação diferenciados adaptados às suas necessidades – módulos mãe-filho –, com celas que permanecem abertas e com acesso a espaços ao ar livre e recreativos²²⁷.

Os Estados também devem incorporar instalações especiais e adaptadas que sejam apropriadas para o cuidado de crianças que vivem na prisão, como creches, garantindo que esses espaços não tenham aparência de prisão e que favoreçam seu desenvolvimento integral²²⁸.

Em suma, a Corte considera necessário que os Estados regulem e implementem na prática espaços de alojamento diferenciados adaptados às necessidades das gestantes e das mulheres no período pós-parto e amamentação, bem como das cuidadoras principais

²²⁷ Nessa linha, as Regras Nelson Mandela: Regra 28 - Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal facto não deve constar do respetivo registo de nascimento. E os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas estabeleceram que, nos locais de privação de liberdade para mulheres e meninas, deve haver instalações especiais, bem como pessoal e recursos adequados para o tratamento de mulheres grávidas e meninas que acabaram de dar à luz.

²²⁸ Os princípios e as boas práticas acrescentam que, quando as mães ou os pais privados de liberdade são autorizados a manter os seus filhos menores dentro de locais de privação de liberdade, devem ser tomadas as medidas necessárias para organizar creches, com pessoal qualificado e com serviços educativos, pediátricos e nutricionais adequados, a fim de assegurar o interesse superior da criança. CORTE IDH, Princípios e Boas Práticas, Princípio X.

vivendo com suas crianças na prisão, o que também incluem espaços para as atividades oferecidas pelo estabelecimento penitenciário, a exemplo de trabalho remunerado e de formação educacional em horários diferenciados, e de atividades culturais, esportivas e recreativas.

c) Proibição de medidas de isolamento e coerção física

O artigo 5.2 da Convenção Americana proíbe a tortura e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes²²⁹. Isso implica que qualquer medida restritiva ou sanção disciplinar que infrinja esta regra deve ser considerada proibida e contrária à Convenção.

A este respeito, a Regra 43 das Regras Nelson Mandela especifica uma série de práticas que são proibidas, incluindo a) confinamento solitário indefinido; b) isolamento prolongado; c) confinamento numa cela escura ou permanentemente iluminada; d) castigos corporais ou redução de alimentos ou água potável.

A definição de confinamento solitário e de confinamento solitário prolongado encontra-se expressa na Regra 44 que os descreve respectivamente: isolamento do recluso por 22 horas ou mais, por dia, sem contato humano significativo e confinamento solitário por um período superior a 15 dias consecutivos.

Por sua vez, o artigo 45 das Regras Nelson Mandela estabelece que:

1. O confinamento solitário deve ser somente utilizado em casos excepcionais, como último recurso e durante o menor tempo possível, e deve ser sujeito a uma revisão independente, sendo aplicado unicamente de acordo com a autorização da autoridade competente. Não deve ser imposto em consequência da sentença do recluso.
2. A imposição do confinamento solitário deve ser proibida no caso de o recluso ser portador de uma deficiência mental ou física e sempre que essas condições possam ser agravadas por esta medida. A proibição do uso do confinamento solitário e de medidas similares nos casos que

²²⁹ **Artigo 5. Direito à integridade pessoal (...)** - 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

envolvem
mulheres e crianças, como referido nos padrões e normas da
Organização
das Nações Unidas sobre prevenção do crime e justiça penal²³⁰,
continuam a
ser aplicáveis.

No caso das mulheres, a norma da Organização das Nações Unidas que proíbe o confinamento solitário e medidas semelhantes está expressa na Regra 45.2 das Regras de Bangkok, que afirma: não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação.

Da mesma forma, os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, no Princípio XXII proíbe medidas de isolamento para mulheres grávidas; mães que vivem com seus filhos em prisões de privação de liberdade, com o objetivo de evitar causar complicações de saúde àquelas que estão grávidas ou punir seus filhos separando suas mães na prisão.

Por conseguinte, no que diz respeito às mulheres adultas em geral, o direito internacional determina que o confinamento solitário só pode ser ordenado como medida de recurso final na sequência de infrações disciplinares relativamente graves e quando não existem outros meios menos prejudiciais.

Para tanto, deve ser o resultado de um procedimento administrativo realizado com garantias do devido processo legal. Além disso, o isolamento não deve exceder 15 dias ou ser indefinido.

A este respeito, a Corte recorda que, através da sua função contenciosa, se pronunciou sobre os efeitos do confinamento solitário sobre os reclusos e indicou, entre outras coisas, que “o isolamento prolongado e o confinamento solitário coercivo são, em si mesmos, um tratamento cruel e desumano, lesivo da integridade psicológica e moral da pessoa e do direito ao respeito pela dignidade inerente ao ser humano”²³¹.

Assim a Corte IDH afirma que a aplicação de medidas de isolamento, por meio de sanções disciplinares ou para qualquer outro fim, para mulheres grávidas, puérperas ou

²³⁰ Regra 67 das Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Resolução n. 45/113, anexo); e Regra 22 das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Delinquentes (Regras de Bangkok) (Resolução n. 65/229, anexo).

²³¹ Caso de Montero Aranguren et al. (Catia Retention Point), supra, para. 94, e Caso de Pollo Rivera et al. v. Peru, supra, para. 159.

lactantes, bem como para mães com filhos é contrária ao artigo 5.2 da Convenção Americana, sendo ainda inconvenientes a aplicação de medidas disciplinares que consistam na proibição de visitas a gestantes ou crianças²³².

Nesse sentido, no caso de *Manuela et al. v. El Salvador*, a Corte reconheceu que o uso de algemas ou outros dispositivos similares como instrumentos de coerção física de mulheres privadas de liberdade que deram à luz é contrário ao Artigo 5.2 da Convenção Americana²³³.

O Relator Especial sobre tortura e outros tratamentos ou punições cruéis observou que "o uso de algemas em mulheres grávidas durante e imediatamente após o parto é absolutamente proibido e ilustra a incapacidade do sistema prisional de adaptar protocolos a situações que afetam exclusivamente as mulheres"²³⁴.

Da mesma forma, o Relator Especial sobre a violência contra as mulheres, suas causas e consequências apontou que essa prática pode constituir violência contra as mulheres e outras violações de direitos humanos²³⁵.

Em decorrência do exposto, a Corte ressalta que há um amplo consenso internacional quanto à proibição absoluta do uso de algemas em gestantes para transferência para centros médicos, bem como antes, durante e imediatamente após o parto. Isso se deve, em grande parte, aos impactos negativos que o uso desses mecanismos pode ter na saúde física e mental das mulheres e à ausência de motivos razoáveis para imobilizar as mulheres que se encontram nessas delicadas condições de saúde²³⁶.

232 Regras de Bangkok, Regras 22, 23 e 14 e Regras de Mandela, Regra 48.

233 Caso *Manuela et al. v. El Salvador*, supra, paras. 198 a 200.

234 Relatório do Relator Especial sobre tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Juan Méndez, A/HRC/31/57, supra, parágrafo 21.

235 Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra as mulheres, suas causas e consequências, Dubravka Šimonović, sobre uma abordagem baseada nos direitos humanos para o abuso e a violência contra as mulheres nos serviços de saúde reprodutiva, com especial ênfase no parto e na violência obstétrica, A/74/137, de 11 de julho de 2019, n.º 22.

236 Nesse sentido, o Colégio Americano de Obstetras e Ginecologistas e a Associação Americana de Psicologia (APA) condenaram a prática de algemas porque coloca a saúde das mulheres em risco e pode causar dor e trauma severos. Veja, Colégio Americano de Obstetras e Ginecologistas, *Cuidados de Saúde para Mulheres Encarceradas*. Disponível: <https://www.acog.org/advocacy/policy-priorities/health-care-for-incarcerated%20women#:~:text=ACOG%20supports%20policies%20restricting%20the,person%20and%20fetus%20at%20risk>.

Destarte, a Corte considera que uso de instrumentos de coerção sobre as mulheres antes, durante ou após o parto constitui violência e discriminação de gênero, podendo constituir um ato de tortura e/ou tratamento cruel, desumano e degradante.

Portanto, é imperativo que os Estados, por meio da adoção de medidas legislativas ou outras apropriadas, erradiquem o uso de medidas de restrição em relação às mulheres privadas de liberdade que estão perto do parto, em trabalho de parto ou que deram à luz recentemente.

d) Acesso à saúde sexual e reprodutiva sem discriminação

A Corte Interamericana considera que a saúde sexual e a saúde reprodutiva constituem uma componente do direito à saúde que tem implicações particulares para as mulheres devido à sua capacidade biológica para a gravidez e o parto.

Relaciona-se, assim, com a autonomia e a liberdade reprodutiva, em termos do direito de tomar decisões autônomas sobre o seu plano de vida, os seus corpos e a sua saúde sexual e reprodutiva, livres de toda a violência, coerção e discriminação.

Por outro lado, refere-se ao acesso aos serviços de saúde reprodutiva, bem como à informação, à educação e aos meios para exercer seu direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos que se deseja ter e o intervalo de nascimento entre eles²³⁷.

Dessa forma, a Corte reitera o caráter instrumental do direito de acesso à informação no campo da saúde, uma vez que se trata de um meio essencial para a obtenção do consentimento informado e, portanto, para a efetivação do direito à autonomia e à liberdade em matéria de saúde reprodutiva.

Nessa medida:

"o consentimento informado consiste em uma decisão prévia de aceitar ou submeter-se a um ato médico em sentido amplo, obtido livremente, ou seja, sem ameaças ou coerção, ou indução indevida, manifestada após a obtenção de informações adequadas, completas, confiáveis, compreensíveis e acessíveis, desde que essas informações

²³⁷ Caso de Artavia Murillo et al. (Fertilização In Vitro) v. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C nº 257, parágrafo 148; Caso I.V. v. Bolívia, parágrafo 157, sentença de 30 de novembro de 2016, e Caso Manuela et al. v. El Salvador, supra, para. 192.

tenham sido verdadeiramente compreendidas, que permitirá o pleno consentimento do indivíduo"²³⁸.

Assim, a Corte entende que direito à saúde sexual e reprodutiva deve atender aos elementos de disponibilidade, aceitabilidade, qualidade e acessibilidade. Quanto ao conceito de acessibilidade é crucial que se incorpore a ideia de acessibilidade física e informacional para garantir adequadamente esse direito às pessoas privadas de liberdade, ou seja, que os bens e serviços estejam disponíveis a uma distância física e geográfica segura para as mulheres privadas de liberdade, para que possam receber serviços e informações oportunas e sem custos, bem como possam procurar, receber e divulgar informações e ideias relacionadas com questões de saúde sexual e reprodutiva em geral, e também receber informações específicas sobre o seu estado de saúde.

Dessa forma a Corte considera que o Estado tem a obrigação reforçada de garantir o acesso, sem discriminação, à saúde sexual e reprodutiva de boa qualidade para as mulheres privadas de liberdade e de adotar medidas para erradicar os obstáculos práticos à sua plena realização. Isso inclui: i) exame médico após a admissão por funcionários do sexo feminino, que identifique qualquer tipo de abuso sexual e outras formas de violência que a mulher possa ter sofrido antes da admissão e determine as necessidades de saúde sexual e reprodutiva²³⁹; ii) informações e cuidados necessários em matéria de saúde sexual e reprodutiva em geral, incluindo o acesso a serviços de saúde preventiva específicos em função do gênero, o acesso e a disponibilização de métodos contraceptivos gratuitos, o planejamento reprodutivo e a prevenção e tratamento de infecções sexualmente transmissíveis; iii) atendimento integral e oportuno às vítimas de violência e estupro, incluindo acesso a terapias profiláticas, contracepção de emergência e atenção psicossocial²⁴⁰; e iv) informações sobre a gravidez e o estado de saúde do feto, bem como sobre os controles médicos recomendados e seus resultados, os quais devem atender aos requisitos de privacidade, confidencialidade e dignidade.

e) Nutrição adequada e cuidados de saúde física e psicológica especializados durante a gravidez, parto e pós-parto

A Corte já afirmou que os direitos à saúde e à alimentação são reconhecidos pelo artigo 26 da Convenção Americana, e que a alimentação e a nutrição adequadas estão entre os determinantes básicos do direito à saúde.

²³⁸ Caso I.V. v. Bolívia, *supra*.

²³⁹ Regras de Bangkok, *supra*, Regra 6.

²⁴⁰ Regras de Bangkok, *supra*, Regra 6 (e), 7, 25 (e), 42 (a), 60.

Diversos instrumentos especializados reconhecem esses direitos básicos, indicando que as mulheres grávidas, puérperas ou lactantes têm necessidades particulares de saúde e nutrição que devem ser adequadamente atendidas pelo Estado, em sua posição de garantidor especial dos direitos das pessoas privadas de liberdade²⁴¹.

Além disso, a Corte IDH decidiu que "os Estados devem (...) tomar medidas especiais para garantir que as mães, especialmente durante a gravidez, o parto e a amamentação, tenham acesso a serviços de saúde adequados"²⁴².

Isso porque a nutrição materna é um determinante do crescimento fetal, peso ao nascer e morbidade dos bebês. Destarte, uma vez que as mulheres estão sob o controle total das autoridades prisionais, é obrigação do Estado evitar danos irreparáveis aos direitos à saúde física e mental, à integridade pessoal e à vida das mulheres na gestação, no parto e no pós-parto.

Há que se considerar, ainda, que, de acordo com o princípio da igualdade e da não discriminação, os cuidados pré-natais, de parto e pós-natais prestados às mulheres detidas no sistema prisional devem ser equivalentes aos disponíveis fora da prisão.

Por outro lado, o Estado tem o dever especial de garantir que o acesso à alimentação das mulheres privadas de liberdade durante a gravidez, durante o parto, no período pós-parto e durante a amamentação seja ajustado às necessidades de cada uma dessas etapas e às condições particulares, considerando as necessidades médicas e nutricionais das reclusas.

241 Especificamente, o artigo 12 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres especifica que "os Estados Partes assegurarão às mulheres serviços adequados em relação à gravidez, ao parto e ao período pós-natal, prestando serviços gratuitos, quando necessário, e assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactação". Por sua vez, as Regras de Banguecoque especificam no artigo 48.º que: 1. As reclusas grávidas ou lactantes devem receber aconselhamento sobre a sua saúde e alimentação no âmbito de um programa a desenvolver e supervisionar por um profissional de saúde. Devem ser fornecidas refeições suficientes e atempadas gratuitamente às mulheres grávidas, lactentes, crianças e mães que amamentam num ambiente saudável em que esteja disponível exercício físico regular. [...] 3. Os programas de tratamento devem ter em conta as necessidades médicas e nutricionais das mulheres prisioneiras puérperas e cujos bebês não as encontram na prisão. Os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas estabelecem que tanto as mulheres quanto as meninas privadas de liberdade terão o direito de acesso a cuidados médicos especializados, observando que, em particular, devem ter assistência médica ginecológica e pediátrica antes, durante e após o parto. CORTE IDH, Princípios e Boas Práticas, supra, Princípio X.

242 Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguai, supra, para. 177.

A este respeito, a Corte IDH considera que as pessoas grávidas, puérperas e lactantes privadas de liberdade têm o direito de receber planos nutricionais especializados criados por pessoal médico qualificado para atender às suas necessidades específicas.

Assim, para a Corte, é de especial importância que os Estados levem em conta as abundantes diretrizes e critérios em termos de atenção especializada em saúde física e psicológica durante a gravidez, parto e pós-parto, como obrigações internacionais mínimas, que devem orientar a ação e a implementação de políticas prisionais nessa área e que impõem aos Estados:

a) A adoção de medidas especiais para garantir tratamento digno e acesso adequado a serviços médicos especializados para as mulheres privadas de liberdade "especialmente durante a gravidez, o parto e o período de [pós-parto e] amamentação"²⁴³;

b) A garantia da presença de um médico qualificado ou o fácil acesso a pediatra e obstetra, 24 horas, no centro de detenção que abriga mulheres grávidas e crianças;

c) A garantia de informação plena às mulheres grávidas, puérperas e lactantes sobre a sua condição médica, bem como garantia de acesso a informações precisas sobre a saúde reprodutiva e materna, baseadas em provas científicas, emitidas sem preconceitos, livres de estereótipos e discriminação, incluindo o plano de parto perante a instituição de saúde que atenderá o parto e o direito ao contato materno-filial;

d) A garantia de consentimento livre, informado e voluntário antes de qualquer exame ou procedimento médico relacionado à saúde sexual e reprodutiva²⁴⁴;

e) A garantia de privacidade, para que os hospitais ou centros de saúde não recebam informações sobre os motivos da detenção e o status processual das mulheres;

f) A garantia de que as mulheres grávidas sejam transferidas o mais rapidamente possível para hospitais civis para o trabalho de parto. Se isso não for possível, o parto deve ser assistido por um médico especialista, em instalações adequadas para o nascimento de um bebê. Em qualquer caso, se for necessária a presença de pessoal de segurança não médico, esse pessoal deve ser do sexo feminino e vestido com roupas civis²⁴⁵;

g) A garantia de que a transferência de mulheres durante a gestação, o trabalho de

²⁴³ Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguai, *supra*, paras. 177 e 178, e Caso de Cuscul Pivaral et al. v. Guatemala, *supra*, para. 132.

²⁴⁴ Caso I.V. v. Bolívia, *supra*, para. 166.

²⁴⁵ Regras Nelson Mandela, *supra*, Regra 28, e CORTE IDH, Princípios e Boas Práticas, *supra*, Princípio X.

parto, o parto e o período pós-parto seja realizada sem algemas, com custódia por pessoal feminino e em transporte adequado para esse fim que atenda às medidas de higiene e manutenção necessárias²⁴⁶;

h) A adoção de serviços de assistência ao parto sensíveis às práticas culturais;

i) A garantia de presença e do acompanhamento de uma pessoa de confiança e escolha durante todo o processo de nascimento;

j) A garantia do contato permanente entre a mulher e o recém-nascido, principalmente nos primeiros momentos após o nascimento;

k) O fornecimento de planos nutricionais especializados criados por pessoal médico qualificado para atender às necessidades específicas de cada fase da gravidez e facilitar a amamentação²⁴⁷;

l) A realização, no âmbito dos serviços prisionais, de cursos de parto, de aleitamento materno e de assistência ao recém-nascido para todas as mulheres privadas de liberdade que se encontrem no último trimestre de gravidez;

m) A garantia de atendimento psicológico especializado e apoio, bem como de cuidados especializados e programas de apoio para uso abuso de drogas para mulheres²⁴⁸;

n) A promoção de formação do pessoal judicial e prisional sobre o tema;

o) A promoção de um mecanismo simples, eficaz e independente para a apresentação de reclamações relativas ao não cumprimento destes requisitos²⁴⁹.

Assim, na opinião da Corte, para que os critérios acima mencionados sejam eficazes na prática, é essencial que os Estados forneçam um marco regulatório e protocolos operacionais com relação à assistência médica especializada pré-natal, parto e pós-natal, que garanta às mulheres grávidas privadas de liberdade, de forma efetiva e gratuita, o

²⁴⁶ Regras Nelson Mandela, *supra*, Regras 47, 48 e 49.

²⁴⁷ Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), artigo 12.º; Regras de Nelson Mandela, *supra*, Regra 22, e Regras de Bangkok, *supra*, Regra 48.

²⁴⁸ Regras de Bangkok, *supra*, Regra 15.

²⁴⁹ Regras de Bangkok, *supra*, Regra 25.

fornecimento de bens e serviços relacionados com a saúde reprodutiva, incluindo exames de rotina pré e pós-natais e cuidados psicológicos.

Isso porque é um dever específico do Estado monitorar e regular efetivamente o acesso a serviços básicos em prisões e outros centros de detenção, para garantir que o direito à saúde sexual e reprodutiva não seja prejudicado ou violados.

A Corte ressalta, ao final, a importância de garantir o direito das crianças, nascidas em penitenciárias, o registro de seu nascimento e o direito à nacionalidade, de modo que o respectivo registro deve ser realizado sem demora, excluindo os dados do centro penitenciário em que ocorreu o nascimento.

f) Prevenção, investigação e erradicação da violência obstétrica no contexto prisional

Levando em consideração as diversas conceituações acerca da violência obstétrica como violação de direitos humanos²⁵⁰, a Corte IDH considera que a violência contra a mulher durante a gestação, o trabalho de parto e após o parto constitui uma forma de violência de gênero, particularmente a violência obstétrica, contrária à Convenção de Belém do Pará.

Isso implica a obrigação dos Estados de prevenir e abster-se de cometer atos que constituam violência de gênero durante o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, com um dever acentuado no caso das mulheres privadas de liberdade.

Nessa linha, a Corte enfatiza que as gestantes privadas de liberdade são especialmente vulneráveis a sofrer violência obstétrica, de modo que os Estados devem fortalecer as medidas para prevenir tal violência nos serviços de saúde obstétrica prestados a essa população.

Para este fim, a OMS recomenda a adoção de uma abordagem que mantenha a dignidade, a privacidade e confidencialidade das mulheres grávidas, garanta a integridade física e o tratamento adequado e contínuo durante o trabalho de parto. Os cuidados de

²⁵⁰ A Comissão Interamericana concebeu a violência obstétrica como aquela que "engloba todas as situações de tratamento desrespeitoso, abusivo, negligente ou negação de tratamento, durante a gravidez e a fase anterior, e durante o parto ou pós-parto, em centros de saúde públicos ou privados". CORTE IDH. Violência e discriminação contra mulheres, meninas e adolescentes: boas práticas e desafios na América Latina e no Caribe. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 de novembro de 2019, n.º 181

saúde também devem envolver uma comunicação efetiva entre cuidadores e mulheres em trabalho de parto, utilizando métodos simples e culturalmente aceitáveis²⁵¹.

Da mesma forma, a Corte ressalta a necessidade de garantir o acesso à justiça para as mulheres vítimas de violência obstétrica, inclusive aquelas privadas de liberdade, especificamente por meio da criminalização dessa violência e do acesso a recursos administrativos e judiciais, bem como reparações efetivas e transparentes por violações do direito à saúde sexual e reprodutiva²⁵².

Em particular, é necessário dotar as mulheres detidas de meios de comunicação seguros, disponibilizando os recursos e as condições necessárias de confidencialidade e proteção, que devem ser devidamente informadas às mulheres reclusas.

g) Acesso à higiene e vestuário adequado

A Corte reitera que as mulheres têm necessidades particulares em relação aos bens relacionados à higiene pessoal, que devem ser cobertos pelos Estados na qualidade de garantidor dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

A este respeito, as Regras de Bangkok estipulam que as instalações e os artigos necessários para satisfazer as necessidades de higiene específicas de gênero, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e o fornecimento permanente de água para os cuidados pessoais de crianças e mulheres, particularmente, mulheres grávidas e aquelas que estão amamentando ou no período menstrual ²⁵³.

Por conseguinte, a Corte Interamericana é de opinião que a administração do estabelecimento penitenciário deve garantir às pessoas privadas de liberdade durante o período menstrual, o acesso e o abastecimento de água para higiene pessoal, bem como o livre acesso a produtos de higiene pessoal na quantidade e frequência necessárias,

²⁵¹ OMS. Resumo das recomendações da OMS para a assistência ao parto para uma experiência de parto positiva, 2018, pp. 5 a 8.

²⁵² O Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre a questão da discriminação contra as mulheres na lei e na prática recomendou "a instrumentalização das mulheres no processo de parto e a garantia de que sejam impostas sanções em casos de violência ginecológica ou obstétrica, tais como a realização de cesarianas abusivas, a recusa de dar analgésicos às mulheres durante o parto ou de realizar uma interrupção cirúrgica da gravidez, e realizar episiotomias desnecessárias". ONU, Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Questão da Discriminação contra as Mulheres na Lei e na Prática, A/HRC/32/44, 8 de abril de 2016, parágrafos 106 (g) e (h).

²⁵³ Regras de Bangkok, supra, Regra 5.

incluindo absorventes higiênicos, tampões, copos menstruais, e curativos pós-parto, entre outros.

Do mesmo modo, será necessário assegurar a prestação de higiene para crianças que vivem na prisão, como fraldas e lenços umedecidos. Isso é ainda mais essencial para as mulheres de baixa renda ou que não recebem regularmente visitas familiares.

No que diz respeito ao vestuário, as Regras 19 e 20 das Regras Nelson Mandela preveem que, no caso de pessoas condenadas, estas podem usar as suas próprias roupas ou vestir-se com uniformes, em conformidade com as regulamentações nacionais. No entanto, em nenhum caso eles podem ser de alguma forma degradantes ou humilhantes.

Para além disso, todas as roupas, incluindo as roupas de cama, devem ser mantidas limpas e em boas condições, a fim de assegurar condições higiênicas compatíveis com a dignidade.

No caso das mulheres grávidas, a Corte considera que, de acordo com parâmetros comumente aceitos, estas devem ser autorizadas a usar vestuário adaptado ao seu estado, o qual satisfaça as necessidades específicas relacionadas com a sua condição, incluindo as que minimizem os acidentes e os riscos de tropeçar e cair. Da mesma forma, as crianças pequenas que vivem com suas mães detidas nunca devem usar uniformes e as autoridades prisionais devem garantir que elas recebam roupas adequadas à idade e ao clima.

h) Garantia de que os laços das mulheres ou cuidadores primários privados de liberdade sejam desenvolvidos em um ambiente apropriado com seus filhos fora dos muros

A Corte considera importante que o contato físico entre mãe e filhos que amamentam seja privilegiado, devido à importância do vínculo materno-filial e da nutrição com o leite materno. Tal como anteriormente desenvolvido, nestes casos, a aplicação de medidas alternativas ou atenuadas prossegue prioritariamente.

Se tal não for possível, as crianças que amamentam devem ser autorizadas a permanecer com as suas mães, desde que esta decisão seja, no caso específico, no interesse superior da criança, para o que devem estar disponíveis instalações separadas adequadas às necessidades das crianças e das suas mães.

Deve-se ainda assegurar o contato das mulheres presas com os outros progenitores e adultos significativos, como as avós e os avós e a família ampliada. Se tal não for possível e apenas como último recurso, devem ser tomadas disposições para a prestação alternativa de cuidados a crianças por familiares ou pessoas qualificadas que devem assegurar a manutenção da ligação com a mãe.

Neste último caso, a Corte considera que deve ser garantido que as mulheres sejam privadas de liberdade em locais próximos do grupo familiar²⁵⁴, devendo ser disponibilizados os meios necessários para que o contato das mulheres mães com os seus filhos possa ser mantido e que sejam adotadas as medidas necessárias para evitar práticas irregulares de adoção.

A este respeito, a Corte IDH enfatiza que o contato das mulheres presas com o mundo exterior, e especialmente com seus filhos, filhas e parentes, é crucial para reduzir o impacto negativo do encarceramento e da separação no bem-estar das mulheres, bem como para facilitar sua reintegração social.

No caso do Presídio Miguel de Castro v. Peru, a Corte enfatizou que é:

“(...) obrigação dos Estados levar em consideração a atenção especial que as mulheres devem receber por razões de maternidade, o que implica, entre outras medidas, garantir que sejam realizadas visitas apropriadas entre mãe e filho”²⁵⁵.

Além disso, como já mencionado, as sanções disciplinares ou medidas restritivas não podem incluir a proibição de contato com a família. Os meios de contacto familiar só podem ser restringidos por um período limitado e na medida em que sejam exigidas a manutenção da segurança e da ordem²⁵⁶.

Mais especificamente, as Regras de Bangkok preveem que:

As visitas que envolvam crianças devem ser realizadas num ambiente propício, incluindo no que diz respeito ao comportamento do pessoal, e devem permitir o livre contato entre a mãe e o seu filho ou filhos. Se possível, devem ser encorajadas visitas que permitam uma estadia prolongada com eles.²⁵⁷

Os Estados devem, portanto, assegurar que as visitas regulares das crianças às suas mães ou cuidadores primários que estejam privados de liberdade sejam feitas com a

254 Caso *López et al. v. Argentina*, supra, para. 102, e Regras de Bangkok, supra, Regra 4.

255 Caso *Miguel Castro Castro Prisão c. Peru*, supra, para. 330.

256 Regras de Nelson Mandela, supra, Regra 43.3.

257 Regras de Bangkok, supra, Regra 28.

frequência e com o tempo necessário para manter o vínculo e em condições apropriadas que respeitem a dignidade e a privacidade das crianças²⁵⁸.

Nessa linha, seguindo as diretrizes e critérios estabelecidos em várias fontes de direito internacional, a Corte considera que é essencial que os seguintes aspectos sejam assegurados para não violar os direitos das crianças às visitas familiares e para manter o contato com suas mães ou cuidadores primários privados de liberdade:

- a) fornecimento de informações claras e precisas sobre a organização das visitas, requisitos, objetos que são permitidos para entrar, entre outras questões. Nesse sentido, deve ser possível que as crianças participem de visitas em dias e horários que interfiram o mínimo possível em suas atividades diárias;
- b) facilitação da entrada de jogos e elementos recreativos que favoreçam o vínculo entre as crianças e suas mães durante as visitas;
- c) garantia de que, em hipótese alguma, as crianças menores de idade que vão visitar seus pais em uma prisão sejam submetidas a revistas corporais intrusivas ou que violem sua dignidade, priorizando o uso de equipamentos tecnológicos;
- d) garantia de condições materiais e de higiene adequadas nos espaços de espera e visita. Esses locais devem respeitar o direito à privacidade, ser apropriados e amigáveis para a permanência das crianças, permitir o contato físico e ter jogos e materiais recreativos que gerem um espaço confortável e agradável para a reunião familiar;
- e) promoção do vínculo familiar em espaços fora das prisões, seja em suas próprias residências ou em estabelecimentos governamentais ou não governamentais apropriados para esse fim, com livre contato mãe-filho.

Por último, no caso das mulheres estrangeiras, a Corte observa que a regra 53 de Bangkok indica que, sempre que existam acordos bilaterais ou multilaterais, será ponderada a possibilidade de transferência de prisioneiros estrangeiros não residentes para o seu país de origem o mais rapidamente possível, em especial se tiverem filhos nesse país e o solicitarem.

Neste sentido, a Corte considera que devem ser procurados os acordos necessários para facilitar o reagrupamento familiar. Entretanto, a utilização de chamadas telefônicas e

²⁵⁸ Comissão dos Direitos da Criança, Relatório e recomendações do dia do debate geral sobre os filhos de pais presos, 30 de setembro de 2011, n.os 38-40, e Regras de Bangkok, supra, Regras 4, 21 e 26.

de vídeo deve ser facilitada para garantir a comunicação entre as mães ou os principais cuidadores e os seus filhos.

CONCLUSÃO

A crescente judicialização internacional da temática dos direitos humanos, notadamente nos sistemas protetivos regionais, consolidou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no cenário americano como a principal instituição garantidora de tais direitos, que tem como principal marco jurídico a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Conforme já destacado, a estrutura da Corte permite que esta possua dois âmbitos de competência: um contencioso e outro consultivo. Sendo o primeiro acionado diante de um caso concreto de violação de direitos humanos em face de um Estado.

Quanto à função consultiva, esta lhe permite interpretar qualquer norma da Convenção Americana, inclusive as de natureza processual, bem como qualquer disposição relativa à proteção dos direitos humanos de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, independentemente de ser um tratado bilateral ou multilateral, ou de serem partes Estados fora do Sistema Interamericano.

Diante de tal competência, em 25 de novembro de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no artigo 64.1 da Convenção Americana, apresentou um pedido de Parecer Consultivo sobre "Abordagens Diferenciadas às Pessoas Privadas de Liberdade".

Este artigo limitou-se a consulta acerca das mulheres grávidas, puérperas e lactantes em situação de privação de liberdade. Com base nos métodos clássicos de interpretação e à luz dos documentos e normas internacionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos opinou no sentido de que se faz necessária a adoção de medidas ou de abordagens diferenciadas para garantir que os Estados cumpram o seu dever especial de proteger as pessoas sob a sua custódia e, em particular, para garantir o respeito ao princípio da igualdade e da não discriminação.

Isso porque, as normas e práticas que ignoram o impacto diferenciado do encarceramento sobre os grupos minoritários fazem com que os sistemas prisionais reproduzam e reforcem os padrões de discriminação e violência presentes na vida em liberdade.

Destarte, a Corte IDH entende que é uma obrigação inevitável adotar medidas que respondam a uma abordagem diferenciada que tenha em conta as condições particulares

de vulnerabilidade e os fatores que podem aumentar o risco de atos de violência e discriminação no país em contextos de encarceramento, como gênero, etnia, idade, orientação sexual e identidade e expressão de gênero.

A Corte IDH afirmou ainda que obrigações específicas têm os Estados de assegurar que as mulheres grávidas, no pós-parto e os bebês privados de liberdade tenham condições de detenção adequadas às suas circunstâncias particulares.

Destarte, o presente parecer reflete e concretiza a importância da competência consultiva da Corte para o fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, pois forneceu orientações importantes para os Estados Americanos, organizações da sociedade civil, advogados e juízes que trabalham na defesa dos direitos das mulheres privadas de liberdade.

REFERÊNCIAS:

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO, *Inside the Prisons of Latin America and the Caribbean: A Look at the Other Side of the Bars*, Estados Unidos da América, 2019, p. 13, disponível em: <https://publications.iadb.org/es/dentro-de-las-prisiones-de-america-latina-y-el-caribe-una-primera-mirada-al-otro-lado-de-the-bars>.

COMISSÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA, Relatório e recomendações do dia do debate geral sobre os filhos de pais presos, 30 de setembro de 2011.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral Nº 21, 44ª Sessão, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 em 176, 1992.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, *Albert Womah Mukong v. Camarões*, Comunicação No. 458/1991, ONU Doc. CCPR/C/51/D/458/1991 (1994).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso "Instituto para a Reeducação de Menores" v. Paraguai. Sentença de 2 de setembro de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile. sentença de 24 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Castillo Páez c. Peru. Sentença de 3 de novembro de 1997. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Chinchilla Sandoval et al. v. Guatemala. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguai, Sentença de 29 de março de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

_____ (CORTE IDH). Caso de Artavia Murillo et al. (Fertilização In Vitro) v. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso de Bedoya Lima et al. v. Colômbia. Sentença de 26 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_431_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso de Cuscul Pivaral et al. v. Guatemala. Sentença de 14 de maio de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_378_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso dos Irmãos Gomez Paquiyauri v. Peru. Sentença de 8 de julho de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Furlan e Parentes v. Argentina. Sentença de 31 de agosto de 2012. Sentença de 8 de julho de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Guachalá Chimbo et al. v. Equador. Sentença de 26 de março de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso I.V. v. Bolívia, parágrafo 157, sentença de 30 de novembro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_336_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Sentença de 7 de junho de 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_102_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Loayza Tamayo c. Peru. Sentença de 17 de setembro de 1997. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_60_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso López Álvarez v. Honduras. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso López et al. v. Argentina, Sentença de 25 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Manuela et al. v. El Salvador. Sentença de 27 de julho de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_461_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Miguel Castro Castro Prisão, Sentença de 2 de agosto de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_181_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Montero Aranguren et al. (Catia Hold) v. Venezuela. Sentença de 5 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Neira Alegría et al. v. Peru. Sentença de 19 de janeiro de 1995.

_____ (CORTE IDH). Caso Poblete Vilches et al., c. Chile. Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Vélez Loo v. Panamá. Sentença de 23 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso Vicky Hernández et al. c. Honduras. Sentença de 26 de março de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). Casos Comunidade Xákmok Kásek c. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

_____ (CORTE IDH). A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf.

_____ (CORTE IDH). Caso do Complexo Penitenciário do Curado relativo ao Brasil. Medidas provisórias. Despacho da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018, considerando 88. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf.

_____ (CORTE IDH). "Outros tratados" objeto da função consultiva da Corte (Art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Parecer consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf.

_____ (CORTE IDH). Identidade de Gênero, Igualdade e Não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo. Parecer Consultivo OC-24/17. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf.

_____ (CORTE IDH). Direitos à liberdade de associação, à negociação coletiva e à greve, e sua relação com outros direitos, com perspectiva de gênero. Parecer Consultivo OC-27/21 de 5 de maio de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf.

_____ (CORTE IDH). Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional. Parecer Consultivo OC-28/21. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf.

_____ (CORTE IDH). Violência e discriminação contra mulheres, meninas e adolescentes: boas práticas e desafios na América Latina e no Caribe. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 de novembro de 2019.

ONU, Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Questão da Discriminação contra as Mulheres na Lei e na Prática, A/HRC/32/44, 8 de abril de 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Carta da Organização dos Estados Americanos, 1967.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

TEDH, Processo Alexandru Enache c. Roménia, n.º 16986/12. Sentença de 3 de outubro de 2017.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE JAVERIANA, COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV) NA COLÔMBIA E CENTRO DE INVESTIGAÇÃO E DOCÊNCIA ECONÔMICAS (CIDE), Mulheres e prisões na Colômbia. Desafios para a política criminal a partir de uma perspectiva de gênero, Bogotá, D.C., Colômbia, dezembro de 2018.

UNODC, Guia Introdutório para a Prevenção da Reincidência e Reintegração Social dos Infratores, 2013.

REPENSANDO A LIBERDADE: A FORÇA DO HABEAS CORPUS NO BRASIL

LUIS AUGUSTO CORREIA LIMA DE OLIVEIRA:
Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2009). Experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito. Ex-assessor parlamentar junto a Assembléia Legislativa do Estado do Ceará.

1. ORIGENS HISTÓRICAS DA AÇÃO CONSTITUCIONAL.

O nascituro do instituto conhecido por *habeas corpus* aconteceu no Direito Romano através de um instituto similar denominado *Interdicto Libero Homine Exhibendo*.

Em Roma a ideia de liberdade estava ligada diretamente ao restrito conceito de cidadão. Já o conceito de cidadão estava ligado ao nível social, onde excluía-se os servos, escravos, estrangeiros, e restringiam a essa classe apenas os homens livres. Na acepção jurídica os servos não detinham liberdade, pois tratavam-se de objetos ou coisas. Dessa forma, apenas o homem livre poderia pleitear junto à cidade-estado sua liberdade. Assim, quando um cidadão romano tinha sua liberdade sufragada por ações ilegais, restava a ele socorrer-se no *interdictum de libero exhibendo*. A finalidade desse objeto era interromper a retenção injusta e recuperar a liberdade do cidadão preso através de sua apresentação ao magistrado. Destaque-se que o pedido podia ser reiterado por incontáveis vezes.

Nessa seara podemos identificar certa similaridade entre os institutos do *habeas corpus* e o *indertictum de libero exhibendo*, seja porque ambos buscam salvaguardar a liberdade e o direito de locomoção, como também, por terem status de ação pública. Embora os romanos conhecessem o conceito de proteção à liberdade, foi apenas com os ingleses, na Idade Média, que se aperfeiçoou o instituto.

O *habeas corpus*, enquanto instituto que busca resguardar a liberdade de locomoção face a arbitrariedade do Estado, ganhou essa conotação pela Carta Magna no ano de 1215 na Inglaterra. Foi apenas no Direito Inglês que o *habeas corpus*, nos moldes que é pensado hoje, começou e desenvolveu-se.

Nessa linha vejamos o que aponta Alexandre de Moraes (2007, p.118):

[...] a Magna Carta, em seu capítulo XXIX, onde, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de

1215, nos campos de Runnymede, na Inglaterra. Por fim, outros autores apontam a origem do habeas corpus no reinado de Carlos II, sendo editada a *Petition of Rights*, que culminou com o Habeas Corpus Act de 1679. Mas a configuração plena do Habeas Corpus não havia, ainda, terminado, pois até então somente era utilizado quando se tratasse de pessoa acusada de crime, não sendo utilizável em outras hipóteses. Em 1816, o novo Habeas Corpus Act inglês ampliou o campo de atuação e incidência do instituto, para colher a defesa rápida e eficaz da liberdade individual.

Com a colonização da América do Norte, houve a incorporação do *writ* pelas 13 colônias inglesas. Em 1640 foi estabelecido o *Habeas Corpus Act* como fruto da revolução que derrubou a monarquia absolutista inglesa, robustecendo a luta contra o autoritarismo descontrolado. Em 1679 uma nova revolução põe fim à República de *Crowell* e com isso é apresentado um novo *Habeas Corpus Act*. O *Act* de 1679 foi bastante significativo para solidificação do instituto no Direito Inglês. Somente em 1816 é apresentado um novo *Act* que amplia o alcance do *Habeas Corpus*, inclusive na esfera civil. Contudo na ordem jurídica inglesa nem sempre é mantido o respeito ao *writ*, por exemplo, por ocasião das duas grandes guerras mundiais o *writ* foi suspenso.

2.A CONSTRUÇÃO DO *HABEAS CORPUS* NO BRASIL;

No ordenamento jurídico brasileiro a acepção do *habeas corpus* surgiu durante o domínio português, mais precisamente após a saída de Dom João VI para Portugal com o Decreto de 23 de maio de 1821.

Aludido documento jurídico foi um marco na história brasileira, sendo o precursor do *habeas corpus* no Brasil. Se o decreto assegurou o direito a proteção da liberdade física do indivíduo, por outro lado estabeleceu a prisão em flagrante como instrumento legal e justo de detenção, também instituiu prazos para conclusão de processos, vetou a prisão sem culpa formada e garantiu a proteção a integridade física do enclausurado.

A segurança à liberdade das pessoas já era protegida desde 1446 com as Ordenações Afonsinas, naquela época já havia inclusive o que atualmente denomina-se *habeas corpus* preventivo.

Nesse sentido notemos o que estabelece o Livro III, Título 90, §8º das Ordenações Afonsinas, reproduzido por Pontes de Miranda (2007, p. 154):

Livro III, Título 80, §8º das Ordenações Afonsinas:

[...] E em tal apelação, ou protestaçam assy feita deve ser inserta, e declarada a causa verisimil e resoada, por que assy apelou, ou

protestou, como dito He nas outras apelaçoens. Pode-se poer exemplo: Eu me temo de alguum, que me queira ofender na pessoa, ou me queira sem rezam ocupar, e tomar minhas cousas; se eu quero, posso requerer ao Juiz, que segure mim, e minhas cousas delle, a qual segurança me deve dar; e se depois della eu receber ofença do que fuy seguro, o Juiz deve hy tornar, e restituir todo o que for cometido, e atentado depois da dita segurança dada, e mais proceder contra aquelle que a quebrantou, e menos presou seu poderio.

Posteriormente, em 1512, advieram as Ordenações Manuellina que apresentavam alterações nas Ordenações Afonsinas, fortalecendo cada vez mais a proteção à liberdade dos cidadãos. Quase um século depois, em 1603, as Ordenações Filipinas vieram solidificar o respeito as garantias individuais, notadamente à liberdade de locomoção. De igual modo houve outras legislações oriundas do rei que versavam sobre a matéria.

À vista disso, a primeira constituição brasileira, a Constituição Imperial de 1824, veio a tutelar o direito de locomoção (ir, vir ou ficar) do indivíduo, contudo não fez alusão ou se referia ao instrumento do *habeas corpus*. Nesse sentido vejamos o que assevera o artigo 179, § 8º, da Constituição Política do Império do Brasil (2016, *online*), Carta Lei de 25 de março de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

8o) Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas, ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz, por uma nota, por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.

Nesse momento histórico, para assegurar a liberdade individual do cidadão era utilizado o *interdictum de liberis exhnendis*, uma vez que ainda não havia no Brasil o instituto do *habeas corpus*. Sobre a matéria notemos o que leciona Eduardo Espínola (1980, p.9)

[...] para assegurar essa garantia não foi, entretanto, introduzido o instituto do *habeas corpus*, que o direito português para aqui transportado, desconhecia; com o fim de garantir a inviolabilidade da liberdade humana, fazendo cessar o constrangimento resultante da prisão fora dos casos e sem as condições, de que cogita o preceito constitucional, era usado o *interdictum de liberis exhibendis*, da classe dos interditos exhibitórios, do direito romano.

O termo *habeas corpus* apenas surgiu no ordenamento jurídico com o Código Criminal de 1830, mais precisamente em seus artigos 131 à 188, contudo sem prévia regulamentação. O remédio heroico apenas foi regulamentado em 29 de novembro de 1832 com a publicação do Código de Processo Criminal. Vejamos o que estabelece o artigo 340 do Código de Processo Criminal (2016, *online*):

Art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor.

A Lei de 1832 igualmente estabeleceu os moldes do pedido de *habeas corpus*, de forma que deveria ser o mesmo requerido por intermédio de uma petição, razoavelmente fundamentada, uma vez que era dever do requerente apontar e constatar os motivos de ilegalidade da prisão.

O Código de Processo Criminal abordou outras matérias legislativas importantes como instituía que o *habeas corpus* deveria ser diretamente ordenado ao carcereiro, para ser cumprido num prazo determinado e em lugar certo, de modo que fosse apresentado diante o juiz ou Tribunal as razões do procedimento e o próprio queixoso.

Já no artigo 344 ficou evidenciado a faculdade do juiz, de ofício, no curso do processo determinar a cessação de uma prisão ilegal. Nessa esteira vejamos o que assevera o artigo 344 do Código de Processo Criminal de 1832 (2016, *online*):

Art. 344. Independentemente de petição qualquer Juiz póde fazer passar uma ordem de - Habeas-Corpus - ex-officio, todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum cidadão, Official de Justiça, ou autoridade publica tem illegalmente alguém sob sua guarda, ou detenção.

Diante disso identifica-se que os atributos do *habeas corpus* do Código de Processo Criminal de 1832 foram inspirados na doutrina inglesa de 1679 e 1816 dos *Habeas Corpus Acts*.

Apesar disso, a construção da teoria do *habeas corpus* de 1832 apresentava uma grave falha, visto que a decisão de concessão ou denegação era irrecorrível, submetida apenas a uma instância, olvidado o primado do duplo grau de jurisdição.

Nos anos seguintes, a saber no período compreendido entre 1832 e 1871, ocorreram certas modificações nas leis que tratavam do *habeas corpus*. Especialmente a reforma do Código de Processo Criminal, por intermédio da Lei nº 261 de 3 dezembro de 1841, instituiu o recurso de ofício onde o próprio juiz poderia reformar sua decisão.

Nessa esteira observemos o que ensina Pontes de Miranda (2007, p.167):

Uma dessas Alterações foi a introduzida pela Lei de 3 de dezembro de 1841, a lei de "Justiça russa", como a denominava o Manifesto Político de 1869, "a velha árvore de Bernardo de Vasconcelos e do Visconde do Uruguai, a cuja sombra cresceu o Império [...] segundo essa lei, no art. 69, inciso 7º, dar-se-ai recurso de ofício da decisão concedendo soltura em virtude de *habeas corpus*, medida com que o liberalismo de nossos antigos homens públicos não conseguiu conformase... Pouco tempo depois, o Regulamento n.º 120 de 31 de janeiro de 1842, expressamente considerou necessário esse recurso, que estabelecia certa coerência com a organização judiciária e dava às decisões maior acatamento e austeridade (Art. 439, 1º). Fora, portanto, o mesmo critério de dignidade hierárquica, que inspirara a Lei de 3 de dezembro de 1841, ao estabelecer que somente poderia conceder o *habeas corpus* o juiz superior ao que decretasse a prisão.

O ano de 1871 foi marcado pela publicação da Lei nº 2.033, ocorrida no dia 20 de setembro, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. Mencionada legislação foi de fundamental importância para o aperfeiçoamento do *habeas corpus* no direito brasileiro, com especial ênfase ao *writ* preventivo.

Acerca de matéria acima delineada notemos as lições de Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p.633):

Com as profundas alterações introduzidas com o Código de Processo Criminal de 1832, e isso decorrer do ano de 1871, estendeu-se o remédio heroico àquelas hipóteses previstas em que o cidadão se encontra simplesmente ameaçado na sua liberdade de ir e vir. Era a consagração do *habeas corpus* preventivo, sequer conhecido na Inglaterra. A tal ponto chegou o desenvolvimento do

instituto entre nós que, logo após a República, quando se organizou a Justiça Federal, o Decreto n.º 848, de 11-10-1890, estabeleceu até recurso para a Suprema Corte, em todos os casos de denegação de ordem de *habeas corpus*.

A lei instituiu algumas inovações dentre elas podemos mencionar a criação do Congresso Imperial, bem como, possibilitou a sociedade e aos membros do governo a discussão sobre a eficácia das decisões judiciais e acerca da possibilidade do estrangeiro poder ser impetrante ou paciente de *habeas corpus*.

Na época o tema foi demasiadamente debatido entre os juristas e legisladores, com especial afinco a questão da possibilidade de concessão ou denegação de *habeas corpus* em situações de pronúncia ou condenação, objeto do artigo 18, § 2º, da Lei nº 2.033/1871. Vejamos o que estabelece mencionado dispositivo legal:

Art. 18. Os Juizes de Direito poderão expedir ordem de *habeas-corpus* a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do Chefe de Policia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a titulo de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no exercito ou armada.

§ 2º Não se poderá reconhecer constrangimento ilegal na prisão determinada por despacho de pronuncia ou sentença da autoridade competente, qualquer que seja a arguição contra taes actos, que só pelos meios ordinarios podem ser nullificados.

Nesse entendimento são as preleções de Pontes de Miranda (2007, p.179):

e o processo é nulo *ex causa efficiente*, isto é, por exemplo, se o juiz era incompetente, se a pessoa a que se refere a pronúncia ou a condenação é outra que o paciente, ou se o processo é nulo *ex causa materiali*, como se a lei não aponta o ato imputado como crime, cabe o *habeas corpus*. Se o ato é tido pela lei como crime, e apenas não houve prova, ou a classificação foi errônea, não cabe *habeas corpus* (Supremo Tribunal Federal, 11 de agosto de 1897). Se a nulidade do processo é *ex causa formali* e evidente, seria desacertado não se deferir pedido de *habeas corpus* (e.g., pronúncia sem ter havido testemunha, ou documento suficiente).

Em 15 de novembro de 1889 ocorreu a Proclamação da República Brasileira, oportunidade em que foi editado pelo Governo Provisório, entre outras normas, o

Decreto nº 848, datado de 11 de outubro de 1890, que tinha por fim organizar a Justiça Federal. Esse texto legal já tratava do *habeas corpus* e serviu de alicerce para a futura Constituição Federal. Notemos o que aponta o artigo 45 do Decreto 848/1890:

Art. 45. O cidadão ou estrangeiro que entender que elle ou outrem soffre prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade, ou se acha ameaçado de soffrer um ou outro, tem direito de solicitar uma ordem de habeas-corporis - em seu favor ou no de outrem.

A garantia do *habeas corpus* como norma constitucional surgiu na Constituição de 1891, nos ditames do artigo 72, § 22. A partir desse momento o *writ* ganhou popularidade em todo o país. Vejamos o que aponta o artigo 72, § 22 da Constituição de 1891 (2016, *online*):

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corporis* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção.

Com a popularidade advieram as polêmicas quanto ao uso do *mandamus*. As discussões giravam em torno do entendimento de que o *habeas corpus* não poderia ser utilizado para resguardar direitos civis ou políticos, mesmo que líquidos e certos, mas tão somente seria aplicável para salvaguardar a liberdade individual de locomoção.

A corrente dominante entendia que a interpretação do artigo 72, § 22 da Constituição de 1891 deveria ser limitada. Nesse segmento, o remédio heroico permanecia sendo o mesmo instituto, sem maiores controvérsias, dentro da linha clássica inglesa que foi absorvida pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código de Processo Criminal.

A corrente alternativa, que tinha por principal nome Rui Barbosa, defendia que a norma constitucional em questão não se applicava tão somente à prisão ou ao constrangimento ilegal. Sobre o assunto notemos o discurso de Rui Barbosa realizado no Senado Federal em 22 de janeiro de 1915, apresentado por Heráclito Antônio Mossin (2005, p.44):

Se a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o habeas corpus com os mesmos limites dessa garantia durante o Império, a Constituição de 1891 teria procedido em relação à instituição do júri. A respeito do júri diz formalmente o texto constitucional: é mantida a instituição do júri. O alcance dessa proposição na sua simplicidade é transparente. Quando se mantém uma instituição, mantém-se o que existe, mantém-se o que se acha estabelecido, mantém-se o que se encontra, consolida-se o que estava [...]. Não foi desse modo que procedeu a Constituição republicana no tocante ao habeas corpus. No Império, o habeas corpus não tinha instituição constitucional. Ele nasceu do Código do Processo, pelo art. 340, que definiu o habeas corpus nestes termos: todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor. A proposição é clara: tem o cidadão o direito de pedir uma ordem de habeas corpus, em favor daquele que estiver sofrendo uma prisão ou um constrangimento ilegal em sua liberdade. Aqui se acha claramente definida a natureza material da lesão a que o habeas corpus no antigo regime, tinha de acudir com o seu remédio tutelar. Este recurso estava confiado ao caso em que a liberdade sofresse por um constrangimento material, constrangimento que se definiu especialmente com a fórmula da prisão. Era prisão pública ou privada a situação de ilegalidade a que o habeas corpus, no antigo regime, devia socorrer. Estritamente na mesma ordem de idéias a Lei n. 2.033, de 1871, que acabou de dar a essa instituição a sua forma definitiva, sob o antigo regime[...]. O constrangimento corporal era, portanto, a condição sine cjtia non da concessão do habeas corpus. Ora, se o pensamento do constituinte republicano fosse o de conservar o habeas corpus na sua proposição definitiva, análoga às das legislações inglesa e americana, não tinha a Constituição republicana mais do que dizer do mesmo modo que disse em relação ao júri: fica mantida a instituição do habeas corpus. Nesse caso, não haveria questão, estaria o habeas corpus definido pelas leis imperiais. Que fez, porém, o legislador constituinte neste regime? Rompeu, abertamente, pela fórmula que adotou na Carta republicana, com a estreiteza da concepção do habeas corpus sob o regime antigo. A definição do habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos

corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*.

De forma que a finalidade do texto constitucional não seria manter a ordem já estabelecida por legislações anteriores e sim modificar a forma de como o *habeas corpus* era empregado.

Nessa linha vemos o que aponta Pontes de Miranda (2007, p.217):

Noutros termos: o constrangimento corporal, e só ele, era a situação de violência ou ilegalidade, a que no antigo regime o *habeas corpus* devia socorrer. Se o legislador constituinte quisesse conservá-lo, em sua primitiva função e em suas limitações de outrora, não teria que se esmerar na redação clara, segura, jurídica, intencional, frisante em sua virgulação exata e expressiva, com que fez ressaltar, com amplitude inequívoca e sem referência alguma ao velho instituto, esse remédio inestimável. Teria apenas de dizer, como observou o constitucionalista brasileiro, o que assentara, *mutatis mutandis*, em relação ao júri: "Fica mantida a instituição do *habeas corpus*". E isso bastaria a seu pretendido intuito.

Dentro dessa realidade, o *habeas corpus* é incrementado, passando de mero instituto que protegia a liberdade de locomoção para ser um protetor dos direitos individuais. Ressalte-se que no período republicano, o *habeas corpus* era a única ferramenta para salvaguardar a liberdade individual, tendo em vista que o mandado de segurança ainda não existia. Em virtude disso foi que *writ* foi utilizado de forma mais abrangente.

Essa utilização expansiva do *mandamus* permitiu que posteriormente fosse utilizado com fins políticos e arbitrários. Podemos mencionar o caso do então Presidente Artur Bernardes (1922-1926) que requereu junto ao Congresso Nacional que o Brasil adotasse o modelo norte- americano, o qual permitia tão somente ao *habeas corpus* a tarefa de proteger a liberdade individual.

Vejamos o que apresenta Heráclito Antônio Mossin (2005, p.42):

É o que consta na mensagem do então presidente, Sr. Artur Bernardes, em 3 de maio de 1924: a extensão dada ao instituto

habeas corpus, desviado de seu conceito clássico, é outro motivo de excesso de trabalho no primeiro Tribunal da República. É tempo de fixar-se os limites do instituto, criando-se ações rápidas e seguras, que o substituam casos em que não sejam de ilegal constrangimento ao direito de locomoção e à liberdade física do indivíduo.

Desse contexto decorreu a reforma constitucional de 1926, que atingiu as demandas do Presidente da República, limitando a utilização do *habeas corpus*.

No entanto, com a Revolução de 1930, a ordem jurídica constitucional do País foi suprimida, de forma que o Brasil passou a ser administrado e regulado por decretos originados no poder revolucionário, sendo restituído o regime democrático apenas com a Constituição de 1934.

Sobre esse período notemos o que observa Pontes de Miranda (2007, p.186):

Os anos de 1930-1932 foram anos de pesadelo político e jurídico. Todos os princípios estavam ameaçados, ou fletiam de vez. A característica de tal período é a de comissões secretas, compostas por advogados que se diziam, cá fora, liberais e democráticos, portanto contrários ao governo, mas encarregados dos decretos antiliberais e antidemocráticos. Não se pode dizer que havia *habeas corpus*. Funcionava ele apenas para os casos em que não havia interesse em que não se desse. A liberdade desaparecera; o remédio, que ficara, dependia de existirem restos de liberdade que ele protegesse. O estremecimento que representou a Revolução de São Paulo e a preparação para a reconstitucionalização do país trouxeram melhores dias; porém somente com a Constituição de 1934 se poderia falar, de novo, em regime democrático e em liberdades.

Constata-se que com uso abusivo do *habeas corpus* para resguardar qualquer direito líquido e certo, houve uma demanda enorme pela utilização do *writ*, de onde decorreu a criação de uma nova ferramenta. Nesse instante foi criado o mandado de segurança, com a finalidade de salvaguardar outras liberdades distintas da locomoção.

Nesse sentido notemos o que assevera Heráclito Antônio Mossin (2005, p.47):

Para constar e também para servir de parâmetro comparativo com o *habeas corpus*, o mandado de segurança naquela Constituição de 1934 recebeu a seguinte redação: "Dar-se-á mandado de

segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser ouvida a pessoa de direito público interessada” (art. 113, n.º33).

Posteriormente, em 1937 sobreveio nova Constituição, a qual não garantia a liberdade física e outros direitos do homem. Nesse período, o *mandamus* continuou instituído, mas nos ditames de 1926, como mero garantidor da liberdade de locomoção do cidadão.

Notemos a redação do artigo 122, n.º 16, da Constituição de 1937:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

16) dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar

A garantia do *habeas corpus* foi suspensa pelo Decreto n.º 10.358, de 31 de agosto de 1942, o qual declarou estado de guerra em todo país, exarado pelo então Presidente Getúlio Vargas.

Ilustremos o disposto no Decreto n.º 10.358, de 31 de agosto de 1942:

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 74, letra k, e o artigo 171 da Constituição,

DECRETA:

Art. 1.º É declarado o estado de guerra em todo o território nacional.

Art. 2.º Na vigência do estado de guerra deixam de vigorar desde já as seguintes partes da Constituição:

Art. 122, ns. 2, 6, 8, 9, 10, 11, 14 e 16;

Art. 122, n. 13, no que diz respeito à irretroatividade da lei penal;

Art. 122, n. 15, no que concerne ao direito de manifestação de pensamento; Art. 136, final da alínea;

Art. 137;

Art. 138;

Art. 155, letras c e h;

Art. 175, primeira parte, no que concerne ao curso do prazo.

Parágrafo único – Ressalvados os atos decorrentes de delegação para a execução do estado de emergência declarado no artigo 166 da Constituição, só o Presidente da República tem o poder de, diretamente ou por delegação expressa, praticar atos fundados nesta lei.

Art. 3º O presente decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 1942, 121º da Independência e 54º da República. GETULIO VARGAS

Apenas em 1946, o Brasil retornou ao regime democrático, oportunidade em que o Congresso Nacional editou uma nova Constituição Federal em 18 de setembro do mesmo ano.

O novo texto constitucional também conservou o instituto do *habeas corpus*, mantendo a construção doutrinária anterior, apesar do tema ser amplamente discutido pela Assembleia Constituinte. A inovação foi apenas em relação a coação que não teria mais que ser iminente.

Observemos a redação do artigo 141, § 23, da Constituição de 1946:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 23 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.

Adotaram a mesma redação a Constituição de 1967, no seu artigo 150, § 20; e a Emenda de 1969, no seu artigo 153, §20. Em relação a esse último, estabeleceu a proibição de ingressar com *habeas corpus* diretamente no Supremo Tribunal Federal.

Deve-se esclarecer que na época do regime ditatorial militar, o direito ao *habeas corpus* foi bastante ameaçado, ocasião em que foi suspenso por diversos momentos, notadamente quando estava relacionado a crimes contra a segurança nacional, crimes políticos, entre outros.

Registre-se que durante o período ditatorial o ápice da força estatal deu-se pela elaboração do Ato Institucional nº 5º ou AI5 o qual foi baixado em 13 de dezembro de 1968. O AI-5 ficou em vigor até 1978 e durante esse período permitiu uma série de arbitrariedades, inclusive a suspensão do *habeas corpus*.

3 A ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988 E O *HABEAS CORPUS*;

A atual Constituição Federal de 1988 incorporou o modelo da doutrina do *habeas corpus* advindo da Constituição de 1967, inclusive mantendo a proibição de aplicação do instituto nos casos de punições disciplinares militares.

Nessa esteira vejamos o estabelece o artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º 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:

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Complementarmente notemos a redação do artigo 142, § 2º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

O *habeas corpus* é regido no Código de Processo Penal, nos artigos de 647 ao 667, incluído no Título II, o qual faz referência aos recursos em geral. Apesar de catalogado como recurso, prevalece na doutrina o entendimento de que o remédio heroico é uma ação constitucional.

Atualmente, a utilização do *writ* deve ser interpretada em consonância com a Constituição Federal, com a doutrina e a jurisprudência pátria que ampliaram o conceito e a aplicação do *mandamus*.

A Constituição de 1988 inaugurou um novo modelo de estado, o Brasil deixou de ser um Estado de Exceção e assume a forma de um Estado Democrático de Direito, momento crucial para o restabelecimento e consolidação da democracia e de garantias fundamentais como a liberdade de expressão e locomoção.

O Estado Democrático de Direito tem por fim resguardar as garantias fundamentais, os direitos humanos e as liberdades civis para alcançar a transformação social. Assim, significava o fim da opressão estatal em desfavor do homem, que antes era tratado à revelia dos direitos mais básicos.

Dentro dessa realidade é que o *writ* foi incluído como cláusula pétrea da Constituição de 1988, não podendo ser abolido do ordenamento jurídico. Nesse sentido é que a liberdade e a utilização do *mandamus* constituem garantia fundamental, de onde decorre aplicabilidade imediata. Portanto, esse texto normativo não depende de prévia regulamentação para que surtam seus efeitos, ou seja, são autoaplicáveis.

Nos termos do elencado no artigo 5º, §1º, da Carta Magna de 1988, os direitos e garantias fundamentais são protegidos pelo legislador o qual os inseriu dentre as chamadas cláusulas pétreas.

Nesse liame ilustremos o estabelece o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Complementarmente, acerca das cláusulas pétreas, notemos a redação do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

Entendendo que o *habeas corpus* e a liberdade de ir e vir constituem garantias fundamentais constitucionais e que o instituto vem evoluindo historicamente junto aos direitos fundamentais, pode-se concluir tratar-se de garantia constitucional irrevogável e que assegura ao cidadão sua liberdade independente de ações ou omissões ilegais, injustas e arbitrárias.

4.A PRÁTICA DO *HABEAS CORPUS*;

O *habeas corpus* tem seu procedimento disciplinado nos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal e ostenta natureza de ação constitucional, inclusive é ação isenta de custas. A ação de *habeas corpus* é uma ação de conhecimento e possui rito sumaríssimo, tendo como característica principal ser remédio jurídico célere e eficaz que tem por fim o respeito e a garantia da liberdade de locomoção. Apesar de não haver previsão legal, a construção doutrinária criou a possibilidade de concessão de medida liminar no *writ*.

Nesse sentido vejamos o que leciona Eugênio Pacelli Oliveira (2009, p. 852):

O *habeas corpus* dirige-se contra ato atentatório da liberdade de locomoção. Para que se configure um ato atentatório ao direito de locomoção não é necessário que haja já uma ordem determinada por autoridade judicial ou que seu titular (do direito) já se encontre preso. Será objeto do *writ* tanto a ameaça real, concretizada, como a ameaça potencial.

Por ameaça potencial estamos nos referindo ao simples início de qualquer atividade persecutória que tenha por objeto a apuração de fato imputado *Habeas Corpus*, ou imputável à pessoa individualizada.

Uma vez que se trata de ação constitucional popular, qualquer cidadão pode figurar no polo ativo da ação, ou seja, tem legitimação para impetrar uma ordem de *habeas corpus*. Essa legitimação é assegurada pelo artigo 654, caput, do Código de Processo Penal:

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Nessa linha Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2009, p.271):

Como ação de conhecimento, a ação de habeas corpus pode objetivar um provimento meramente declaratório, como ocorre, v.g., nas hipóteses em que se postula a cessação do constrangimento pelo reconhecimento de uma causa de extinção da punibilidade; constitutivo, quando se pretenda, por exemplo, a anulação de uma sentença transitada em julgado; condenatório, no caso em que, ao lado da declaração de existência do direito à liberdade, se impõe à autoridade que agiu de má-fé ou abuso de poder a condenação nas custas (art. 653 CPP). Anote-se, finalmente, o caráter mandamental peculiar à ação de habeas corpus – também característico do mandado de segurança -, pois, sendo remédio excepcional, que objetiva a tutela urgente de direito fundamental da pessoa, não teria sentido relegar-se a execução para um segundo momento.

Devemos destacar que, como dito anteriormente, qualquer cidadão pode figurar como impetrante na ação de *habeas corpus*. Portanto podemos mencionar que o analfabeto, o estrangeiro, inclusive as pessoas jurídicas, podem figurar como impetrantes na ação.

Na ação de *habeas corpus* figuram os seguintes sujeitos: impetrante, paciente, impetrado (ou coator) e detentor. Impetrante é aquele que ingressa com a ação em favor do paciente. Paciente é o indivíduo que sofre ameaça, coação ou violência consumada. Coator é aquele que determina a supressão de liberdade. E o detentor é aquele que aprisiona ou mantém preso o paciente.

No tocante ao sujeito passivo, pode ser descrito como a pessoa que detém alguém ilegalmente sob custódia, cerceando sua liberdade de locomoção por força, coação, abuso de poder ou ilegalidade.

Nessa linha, o *habeas corpus* é instrumento fundamental para combater as prisões arbitrárias e ilegais por autoridades públicas, inclusive inibindo prisões para averiguação que são proibidas pelo nosso ordenamento jurídico. Corresponde a um referencial de segurança do direito em face da deficiência da atuação do Estado.

Dentro das categorias de *habeas corpus* destacamos o liberatório ou repressivo e o preventivo.

O *habeas corpus* liberatório ou repressivo é indicado nos casos onde alguém já sofreu ou está sofrendo violência contra seu direito de locomoção. Essa modalidade tem por fim afastar um constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, consecutivamente a obtenção de um alvará determinando a imediata soltura do paciente.

Já o *habeas corpus* preventivo é indicado nos casos onde há uma ameaça ilegal a liberdade de locomoção, ou seja, um constrangimento ilegal futuro. Ressalte-se que essa modalidade é criação genuinamente brasileira, tendo sido absorvida por ordenamentos jurídicos de diversos países. Nesses casos, para concessão da ordem é imprescindível prova inequívoca do iminente constrangimento ilegal. Nessa modalidade, a prestação jurisdicional dar-se-á pela expedição de um salvo-conduto, que corresponde a uma ordem estatal para recolher mandados de prisão. Diretamente, implica na manutenção do status de liberdade do cidadão assegurando ao paciente o seu livre trânsito.

Nessa esteira são as lições de Pedro Lenza (2010, p.808), notemos:

O *habeas corpus* será preventivo quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (a restrição à locomoção ainda não se consumou). Nessa situação poderá obter um salvo-conduto, para garantir o livre trânsito de ir e vir.

Destaque-se uma terceira modalidade criada pela doutrina denominada de *habeas corpus* processual. Esse instrumento visa coibir um constrangimento sem justa causa no decorrer de uma ação penal, como nos casos que tem por fim o trancamento da ação penal ou do inquérito policial.

A petição de *habeas corpus* deve ser dirigida à autoridade judiciária competente. Em relação aos requisitos formais, esses são bastante relativizados, até mesmo pela natureza popular da ação. As formalidades legais são as mínimas possíveis, inclusive podendo a petição ser escrita à mão. Os requisitos essenciais para a análise do pedido estão no bojo do artigo 654, § 1º, do Código de Processo Penal. Vejamos:

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1o A petição de *habeas corpus* conterà:

a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou

ameaça;

b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;

c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

Ressalte-se que não observado o disposto no artigo mencionado acima ou caso haja carência da ação, o juiz poderá rejeitar a petição.

Como dito anteriormente, a impetração de *habeas corpus* independe de advogado, ou seja, de quem detém a capacidade postulatória, podendo ser impetrado por qualquer um do povo, conforme as regras já debatidas.

Questões como onde reside o paciente ou onde encontra-se o mesmo são irrelevantes para a apreciação do *writ*, sendo necessárias apenas quando forem fundamentais para constatação da coação. Outra situação peculiar é a identificação do paciente, que em muitos casos é impossibilitada ao impetrante quando este não é advogado, situação em que o mero desconhecimento do nome não implica na nulidade do *mandamus*, desde que hajam os elementos identificadores mínimos de qualificação.

A impetração do *habeas corpus* pode ser física, ou seja, diretamente no setor de protocolo de fóruns e tribunais; ou ainda eletrônica por meio de fax, telegrama ou petição digital.

Já a identificação do coator precisa ser mais precisa, uma vez que a partir dela é que determinará a competência para análise da impetração.

Sabe-se que o *habeas corpus* exige prova pré-constituída que demonstre a plausibilidade jurídica do pedido, de forma a evidenciar notoriamente o constrangimento ilegal.

A ação de *habeas corpus* exige por sua própria natureza um rito célere, uma vez que trata da liberdade humana, direito fundamental previsto na Lei Maior do país. Nessa linha é que a maioria dos tribunais no país estabelecem em seus regimentos internos que o *mandamus* tem preferência em relação a outras ações, inclusive podendo ser levado diretamente à mesa de julgamento, independentemente de entrar em pauta.

Nessa linha vejamos o que aponta o artigo 145, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 145. Terão prioridade, no julgamento do Plenário, observados os arts. 128 a 130 e 138:

I – os habeas corpus;

Nesse caso o rito aplicado seria o sumaríssimo, consistindo o processo em recebimento da petição inicial, com a determinação de expedição de requerimento solicitando informações a autoridade apontada coatora com o prazo regular de 10 (dez) dias para resposta. Após o recebimento das informações abre-se vista dos autos para o Ministério Público e por fim os autos são levados para sessão de julgamento.

Entende-se que coação é o instrumento pelo qual limita-se a liberdade individual ou de seus bens. Durante o inquérito policial ou no curso da ação penal diversos são os institutos legais que podem servir para coação pessoal, sendo que esses atos podem desrespeitar norma jurídica ou representar arbítrio por parte do Estado. Diante desse quadro é que o *writ* é posto como ferramenta ideal para defesa da lei e dos direitos fundamentais.

Os casos de coação ilegal estão previstos no artigo 648 do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

v - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade.

Pode-se compreender por falta de justa causa a ausência de *fumus comissi delicti*, inquérito ou ação penal. Na realidade, corresponde a uma norma genérica que enumera toda coação antijurídica não prevista no artigo como causa de ausência de justa causa.

Apresenta a questão Júlio Fabbrini Mirabete (2003, p. 1701):

A primeira das hipóteses em que é cabível a concessão de habeas corpus em decorrência de constrangimento ilegal, nos termos do dispositivo, é a falta de justa causa. Refere-se ele, portanto, à ausência do *fumus boni iuris* para a prisão, inquérito ou ação penal, ou qualquer constrangimento ilegal à liberdade de locomoção (Código de Processo Penal Interpretado, comentários ao art. 648, inc. I).

Nesse liame vejamos o que aponta Edilson Mougenot Bonfim (2007, p.144):

A justa causa [...] consiste na obrigatoriedade de que exista, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito.

Complementa essa linha de pensamento Luiz Flávio Gomes (2002, p.472)

[...] para além das condições e pressupostos eminentemente formais e processuais [...] o exercício regular do direito de ação ainda está sujeito a outros requisitos que também se denominam condições de procedibilidade. Dentre tantas condições de procedibilidade concernentes ao exercício regular do direito de ação penal [...], destaca-se a necessidade de justa causa, que, assim, configura requisito substancial (um plus) do exercício regular do direito de ação.

Já no que diz respeito ao inciso II que estabelece como coação ilegal o fato de alguém ficar preso por mais tempo que a lei diz respeito às prisões cautelares, a saber: flagrante, preventiva ou temporária.

Contudo, por mais ríspida que pareça a lei no tocante aos prazos processuais, a realidade aponta em sentido totalmente contrário, uma vez que boa parte dos magistrados deixam de cumprir os atos processuais no prazo previsto em lei, implicando num total desrespeito à legislação processual e uma ofensa aos princípios da segurança jurídica e da celeridade processual, que são mitigados de acordo com o humor do magistrado. Por mais polêmica que seja a matéria dos prazos processuais, isso não implica numa permissão ao magistrado de conduzir o processo à sua livre vontade e prazer.

Nesse sentido são as lições Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró (2015, p. 108), notemos:

[...] as pessoas têm o direito de saber, de antemão e com precisão, qual é o tempo máximo que poderá durar um processo penal. Essa afirmação, com certeza, causará espanto e até um profundo rechaço por algum setor atrelado ainda ao paleo positivismo e, principalmente, cego pelo autismo jurídico. Basta um mínimo de capacidade de abstração, para ver que isso está presente - o tempo todo - no direito e fora dele. É inerente às regras do jogo. Por que não se pode saber, previamente, quanto tempo poderá durar, no máximo, um processo? Porque a arrogância jurídica não quer esse limite, não quer reconhecer esse direito do cidadão e não quer enfrentar esse problema. Além disso, dar ao réu o direito de saber previamente o prazo máximo de duração do processo ou de uma prisão cautelar, é uma questão de reconhecimento de uma dimensão democrática da qual não podemos abrir mão.

No início da década de 1990, quanto a matéria do excesso de prazo para o término da instrução criminal, o Superior Tribunal de Justiça já emitiu duas súmulas que excluem um considerável percentual de processos dessa categoria. Vejamos o que estabelece as sumulas 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça:

SUMULA 21: PRONUNCIADO O REU, FICA SUPERADA A ALEGAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL DA PRISÃO POR EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO. (Súmula 21, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 06/12/1990, DJ 11/12/1990, p. 14873)

SÚMULA 52: ENCERRADA A INSTRUÇÃO CRIMINAL, FICA SUPERADA A ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO POR EXCESSO DE PRAZO. (Súmula 52, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 17/09/1992, DJ 24/09/1992, p. 16070)

Por outro lado, por mais consolidado que estejam esses entendimentos, há divergência entre a Quinta e a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Não há falar, portanto, em aplicação do entendimento firmado pela Súmula nº. 21, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual pronunciado o réu, não se pode falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo, haja vista não ser taxativa a sua aplicação, podendo, pelo contrário, ser afastada quando o caso concreto apresenta desarrazoada demora mesmo após a finalização do processo.

Nesse sentido vejamos entendimento jurisprudencial da Corte Superior:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ANULAÇÃO DO FEITO A PARTIR DA PROVISIONAL. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. FLEXIBILIZAÇÃO DA SÚMULA N. 21/STJ. ATRASO INJUSTIFICADO.

CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. 1. Ainda que novamente pronunciado o réu, impõe-se a flexibilização do enunciado sumular n. 21, desta Corte Superior, eis que, com a anulação do feito a partir da anterior provisional, mantendo-se no entanto sua custódia, não se mostra razoável sua manutenção no cárcere por quase 7 (sete) anos sem que haja perspectiva de realização do julgamento popular. 2. Ordem parcialmente concedida, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso. (STJ - HC: 122146 RJ2008/0264169-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 08/09/2009, T5 - QUINTA TURMA Data de Publicação: DJe 13/10/2009).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR. RÉ PRONUNCIADA. AUSÊNCIA, NO ENTANTO, DE PERSPECTIVA QUANTO À REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO POPULAR. FLEXIBILIZAÇÃO DA SÚMULA N. 21/STJ. ATRASO NA MARCHA PROCESSUAL QUE NÃO PODE SER DEBITADO À DEFESA. LESÃO AO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E AO CARÁTER DE PROVISORIEDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA. CONSTRANGIMENTO

EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A paciente, acusada da prática do crime de homicídio qualificado, encontra-se custodiada cautelarmente há 5 (cinco) anos e, embora pronunciada não há perspectiva de realização do julgamento popular, atraso para o qual não contribuiu sua defesa. 2. Assim, embora o enunciado sumular n. 21 desta Corte Superior afaste a coação temporal quando da prolação da provisional, as circunstâncias do caso concreto, sobretudo sua permanência por longo período no cárcere cautelar e o decurso de 1(um) ano da decisão singular sem que houvesse notícia concreta quanto à reunião do Tribunal do Júri - tendo, inclusive, atingido lapso que possivelmente lhe possibilitaria a progressão de regime -, evidenciam a lesão ao

critério da razoabilidade e ao caráter de provisoriedade da segregação cautelar. 3. Ordem concedida, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor da paciente, para que possa aguardar em liberdade o julgamento da ação penal, se por outro motivo não estiver presa. (HC 162.085/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 09/05/2011).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTOS. EXCESSO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA N. 21 DESTA CORTE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1.

Estando o paciente pronunciado pela suposta prática do crime de tentativa de homicídio simples e constatado que a sua custódia cautelar perdurava mais de 2(dois) anos e 8(oito) meses sem que tivesse sido submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, verifica-se a falta de razoabilidade na manutenção da medida constritiva, circunstância que impõe a flexibilização do enunciado da Súmula n. 21 desta Corte Superior de Justiça. PRONÚNCIA. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. DECISÃO PROVISIONAL QUE NÃO EXIGE JUÍZO DE CERTEZA. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AO TRIBUNAL DO JÚRI. IMPRONÚNCIA. NECESSIDADE DE ANÁLISE PROFUNDA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA

ELEITA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. 1. Tratando-se a decisão de pronúncia de ato jurisdicional por meio do qual apenas se admite a acusação, não se exige, nem se poderia exigir, um juízo de certeza por parte do magistrado singular que a profere, sob pena de invasão da competência constitucionalmente atribuída ao Tribunal do Júri. 2. Havendo prova da materialidade e indícios de autoria, conforme declinado na decisão de pronúncia, bem como no acórdão proferido por ocasião do julgamento do recurso em sentido estrito, qualquer conclusão em sentido contrário demandaria o aprofundado revolvimento do conjunto probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 3. Ordem parcialmente concedida para, confirmando-se a medida liminar, deferir ao paciente a liberdade provisória em decorrência do

reconhecido excesso de prazo. (HC 98.617/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 29/10/2009, DJe 14/12/2009).

Ainda que se admita a flexibilização do prazo para o encerramento da ação penal, quando assim exigirem suas peculiaridades, tal delonga deve ser justificada com base nos elementos do processo, além de observar os limites da razoável duração do processo, uma vez que não observados esses preceitos implica na coação ilegal sanável pela via do *habeas corpus*, notadamente nos casos em que o acusado permanece preso cautelarmente no decorrer da instrução.

No tocante ao inciso III, esse aponta a competência para determinar a prisão de alguém. Uma vez que a prisão for decretada por juiz incompetente deve ser compreendida como ilegal, fato que enseja a concessão de *habeas corpus*. Outro caso de ilegalidade da prisão, podemos evidenciar as prisões determinadas por polícias, fora dos casos de flagrante delito.

Já o inciso IV trata dos casos quando houver cessado o motivo que autorizou a coação e o paciente continua preso. Podemos exemplificar nos casos em que o preso termina de cumprir sua pena e continua recolhido, por ter sido revogada sua prisão ou por ter sido absolvido.

O inciso V aborda a questão da não concessão de fiança, mesmo quando a lei admite. Assim a não concessão de fiança nos casos em que a lei autoriza é patente constrangimento ilegal a ser remediado por *habeas corpus*.

Já o inciso VI versa sobre as situações em que o processo for manifestamente nulo. Desse modo a nulidade decorre da ausência de uma condição de procedibilidade, incompetência do juízo, ausência de citação, não concessão de prazo para resposta a acusação ou para os memoriais.

O inciso VII considera os casos de extinção da punibilidade. Notadamente esses casos estão enumerados no artigo 107 do Código Penal. Vejamos:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Dessa forma se o Estado perdeu a possibilidade de penalizar o indivíduo em virtude de uma das hipóteses apresentadas, imperativo que cesse a coação a sua liberdade de locomoção.

5.OS REITERADOS CASOS DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ;

O Poder Judiciário do Estado do Ceará tem por órgão máximo o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que detém competência de tribunal de segundo grau. De forma que ostenta competência para processar e julgar os *habeas corpus*, no qual for paciente ou autoridade coatora, sujeitos à sua jurisdição.

Dentre os órgãos julgadores do Tribunal estão as câmaras criminais, que são: a 1ª Câmara Criminal e a 2ª Câmara Criminal. Cada câmara é integrada por quatro Desembargadores e as sessões ordinárias ocorrem as terças-feiras, às 13:30 horas.

No último ano acompanhou-se diversas sessões que serviram de alicerce para o surgimento da presente pesquisa. É de causar estranheza o número excessivo de decisões das Câmaras Criminais que eram fundadas em “supressão de instância”.

Deve-se levar em consideração que *habeas corpus* não se submete ao duplo grau de jurisdição, exceto quando utilizado como substitutivo de Recurso Ordinário, em virtude disso não se pode exigir prequestionamento em instância inferior.

A exigência de que tenha havido anteriormente provocação da autoridade coatora em primeira instância é pressuposto deveras equivocado, embora muito aplicado por parte dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Notadamente há nessa situação uma tentativa de limitar a abrangência de aplicação do *mandamus*, dilapidando uma garantia constitucional e afastando uma parcela de cidadãos do acesso ao Poder Judiciário. Ressalte-se que não há legislação específica que determine o prequestionamento em *habeas corpus*.

Mais contraditório é perceber que em muitos casos as Câmaras Criminais denegaram ordens de *habeas corpus* com base na supressão de instância e no mesmo momento concederam a ordem de ofício.

Nesses casos, note-se que o *habeas corpus* constitui uma ação originária e não um recurso que necessita de prequestionamento (pressupostos recursais)

Ora, se é assegurado ao Tribunal agir de ofício, é indiferente para a apreciação do *mandamus*, a provocação antecedente da autoridade coatora.

A seguir serão colacionados diversos julgados das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que apontam, em sentido quase unânime, de que em *habeas corpus* é necessária prévia apreciação da matéria pelo juízo de origem. Para tanto apresentou-se acórdãos de cada um dos atuais desembargadores integrantes das Câmaras Criminais, vejamos:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DA PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO ATACADA NO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

d) Não se pode conhecer de *habeas corpus* que não vem acompanhado da necessária prova pré-constituída, pois se trata de remédio constitucional que não comporta dilação probatória. Se o impetrante desafia a prisão preventiva, indispensável é o decreto prisional para a análise do pleito.

e) Arguido constrangimento ilegal por excesso de prazo, é imprescindível, para a cognoscibilidade do writ, a comprovação de que tal matéria foi levada, primeiramente, à apreciação do juízo de origem, sob pena de configurar supressão de instância. (precedente do STJ)

f) Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade e em dissonância com o

parecer ministerial, em NÃO CONHECER da ordem impetrada, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 15 de dezembro de 2015.
Desembargador Luiz Gerardo de
Pontes Brígido Relator e Presidente do
Órgão Julgador

(Relator(a): LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO; Comarca: Itapiúna; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 15/12/2015; Data de registro: 17/12/2015)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. MATÉRIAS NÃO DISCUTIDAS NO JUÍZO A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO

CONHECIDA. 1. Mesmo constatando-se que o impetrante submeteu os questionamentos insculpados na inicial, que embasam o pleito concernente à soltura do paciente, originariamente, ao Juiz do caso, que aqui figura como autoridade impetrada, verifica-se a ausência de análise meritória quanto ao pedido de liberdade provisória c/c revogação da prisão preventiva naquela instância, tornando inviável a manifestação direta por este Tribunal, sob pena de laborar per saltum, suprimindo um grau de jurisdição. Precedentes. 2. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em, à unanimidade e consonância com o parecer da PGJ, não conhecer da ordem de habeas corpus, nos termos do voto da relatora.

Fortaleza, 23 de fevereiro de
2016. Presidente do Órgão
Julgador

DESA. LÍGIA ANDRADE DE ALENCAR MAGALHÃES

Relatora

(Relator(a): LIGIA ANDRADE DE ALENCAR MAGALHÃES; Comarca: Caucaia; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 23/02/2016; Data de registro: 23/02/2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PREVENTIVO. TESE NÃO SUSCITADA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

01. Paciente preso em 12.12.2015, pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, da Lei 11.343/06, sendo-lhe decretada a prisão preventiva. Sustenta falta de fundamentação do decreto preventivo.

02. Analisando os autos, logo de início, percebe-se que não há como ser conhecida a impetração, pois nota-se que inexistem comprovações e notícias que atestem que a tese sustentada pela defesa, relativa ao suposto constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, em decorrência da ausência de fundamentação da prisão decretada, fora suscitada perante o magistrado singular.

03. Inexistem nos autos documentação comprobatória de que o impetrante tenha realizado pedido de liberdade provisória perante o juízo de piso, bem como do indeferimento de tal pedido, não restando caracterizado o constrangimento ilegal.

04. Assim, as pretensões do impetrante não comportam o conhecimento, haja vista que sua análise por este órgão colegiado implicaria em hipótese de supressão de instância. Precedentes do STJ e do STF.

05. WRIT NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em não conhecer do writ, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 23 de fevereiro de
2016 MÁRIO PARENTE
TEÓFILO NETO

Presidente do Órgão Julgador em exercício
DESEMBARGADOR MÁRIO PARENTE TEÓFILO
NETO

Relator

(Relator(a): MARIO PARENTE TEÓFILO NETO; Comarca: São Gonçalo do Amarante; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 23/02/2016; Data de registro: 23/02/2016)

HABEAS CORPUS. ARTIGO 16 DA LEI Nº 10.826/03. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO JUÍZO A QUO. VEDAÇÃO À SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O paciente foi preso em flagrante na data de 23 de setembro de 2015, acusado da prática do delito insculpido no art. 16 do Estatuto do Desarmamento.
2. Impossibilidade de se conhecer da alegação de ausência de fundamentos para a manutenção da custódia cautelar, uma vez que não restou comprovado pelo impetrante que a autoridade impetrada teve oportunidade de se manifestar quanto a essa questão, sendo vedada a indevida supressão de instância. Precedentes deste Tribunal de Justiça.
3. Ordem não conhecida, recomendando-se, ao juízo de origem, que imprima celeridade ao julgamento da Ação Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de habeas corpus nº 0630130- 57.2015.8.06.0000, acorda a Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem discrepância de votos, em não conhecer da ordem impetrada, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 08 de março de
2016. Presidente

FRANCISCO MARTÔNIO PONTES DE VASCONCELOS

Relator

(Relator(a): FRANCISCO MARTONIO PONTES DE VASCONCELOS;
Comarca:

Maracanaú; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do
julgamento: 08/03/2016; Data de registro: 08/03/2016)

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DA PREVENTIVA. MATÉRIA NÃO ATACADA NO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1 – O paciente foi preso em flagrante por policiais militares no dia 25.05.2015, quando supostamente conduzia uma motocicleta em estado de embriaguez, sendo autuado nos termos do art. 306 do CTB.

2– A impetrante alega constrangimento ilegal, aduzindo a inexistência dos requisitos legais para a prisão preventiva, e em razão do paciente possuir condições subjetivas favoráveis à soltura.

3 - Ausente a comprovação de que a matéria argüida no writ foi objeto de apreciação perante o juízo de origem, limitando-se a impetrante a anexar o parecer do Ministério Público opinando pelo indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva, configurando nítido caso de supressão de instância.

4- Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de habeas corpus, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ,

à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em NÃO CONHECER da ordem impetrada, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 1 de setembro de
2015. MÁRIO PARENTE
TEÓFILO NETO

Presidente do Órgão Julgador em exercício
FRANCISCO CARNEIRO LIMA – PORT.
859/2015

Relator

(Relator(a): FRANCISCO CARNEIRO LIMA - PORT 859/2015;
Comarca: Caucaia; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do
julgamento: 01/09/2015; Data de registro: 01/09/2015)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO
PREVENTIVA. AUSÊNCIA DO DECRETO PRISIONAL. FALTA DE
PROVA PRÉ- CONSTITUÍDA. INCOGNOSCIBILIDADE DO PEDIDO.
EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO
APRECIADA PELO JUIZ DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
NÃO CONHECIMENTO. TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA.
NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS.
INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Hipótese em que o paciente encontra-se preso em razão de
suposta prática dos crimes previstos nos artigos 217-A do Código
Penal e 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. O exame da legalidade da prisão preventiva está prejudicado,
ante a falta de prova pré-constituída, pois ausente cópia da decisão
que decretou a custódia cautelar do paciente, circunstância que
impossibilita a análise de uma eventual falta de fundamentação.

3. Vedado o conhecimento do writ, relativamente à tese de excesso
de prazo para a formação da culpa, ante o risco de se incorrer em
indevida supressão de instância, uma vez que o impetrante não
comprovou nos autos que a matéria já foi apreciada pelo juiz de
primeiro grau.

4. A tese de negativa de autoria não pode ser apreciada, por se
tratar de questão afeta ao mérito da ação penal e que exige o
exame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução

criminal, o que não é admitido em sede de habeas corpus. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

5. Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 01 de março de 2016.
DESEMBARGADORA MARIA EDNA
MARTINS

Presidente do Órgão Julgador, em exercício, e Relatora

(Relator(a): MARIA EDNA MARTINS; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 01/03/2016; Data de registro: 01/03/2016)

Processo: 0620511-69.2016.8.06.0000 -
Habeas Corpus Impetrante: Benedito Araújo
Lima Júnior

Paciente: Edileudo Inácio Bezerra

Impetrado: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú **EMENTA:**

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO (ART. 157 C/C ART. 14 DO CÓDIGO PENAL). FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO. INSTRUMENTALIZAÇÃO INEXISTENTE. ORDEM NÃO CONHECIDA CONFORME PARECER MINISTERIAL.

01. Trata-se de habeas corpus com pedido liminar (fls. 01/20), impetrado em 21 de janeiro de 2016, em favor do paciente Edileudo Inácio Bezerra, preso em 01 de novembro de 2015 pela suposta prática do crime de roubo tentado (art. 157 c/c art. 14 do Código Penal).

02. Em apertada síntese, o impetrante alega as seguintes teses: primeiramente, a ausência de fundamentação da prisão preventiva,

argumentando que ostenta condições subjetivas favoráveis; a ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo da custódia cautelar, pois estaria preso a mais de 90 (noventa) dias.

03. A Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer em 19 de fevereiro de 2016 (fls. 37/41) pelo não conhecimento da ordem por deficiência na instrumentalização e supressão de instância.

04. Apesar de suas alegações, o impetrante não juntou nenhuma documentação aos autos, impossibilitando por completo o exame de suas teses de ausência de fundamentos da prisão preventiva e do excesso de prazo. De fato, o único documento que consta dos autos foi juntado pela autoridade impetrada quando do oferecimento de informações, qual seja, a decisão que determinou a conversão da prisão em flagrante (fls. 30/34), este, por sua vez, parcialmente ilegível.

05. Assim, dada a inexistente instrumentalização da ação de habeas corpus, resta impossível a análise de seu mérito, pois, simplesmente, não houve instrução suficiente que permita a este julgador analisar as teses do impetrante.

06. Ordem **NÃO**
CONHECIDA. ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em, por unanimidade, **NÃO CONHECER** a ordem nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 01 de março de 2016
PRESIDENTE DO ÓRGÃO
JULGADOR

DESEMBARGADOR FRANCISCO GOMES DE MOURA

Relator

PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

(Relator(a): FRANCISCO GOMES DE MOURA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 01/03/2016; Data de registro: 01/03/2016)

HABEAS CORPUS. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO. ILEGALIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

01 – O trancamento de ação penal através da via ora adotada é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da existência do crime.

02 – No caso em exame, a denúncia encontra-se em conformidade com a regra disposta no art. 41 do Código de Processo Penal. A inicial acusatória descreve, de forma clara e objetiva, conduta típica, em tese, de responsabilidade do Paciente, permitindo-lhe o pleno exercício de sua defesa, não podendo ser tida por inepta.

03 - Não tendo sido apreciada na instância ordinária as argumentações referentes à alegada ilegalidade do procedimento para reconhecimento da autoria delitiva, contidas no habeas corpus, inviabiliza-se o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

04 – Ordem parcialmente conhecida e denegada. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer parcialmente da ordem impetrada, denegando-a na extensão cognoscível, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, CE, 1º de março de 2016.

(Relator(a): HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO; Comarca: Boa

Viagem; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 01/03/2016; Data de registro: 01/03/2016)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO DE SOLTURA. 1. TESE DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE IDÔNEA A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. COMPLEXIDADE DO FEITO ORIGINÁRIO. SÚMULA Nº 15, DESTA CORTE DE JUSTIÇA. 2. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. DEMONSTRADA, NA DECISÃO PELA QUAL SE MANTEVE A CONSTRIÇÃO, A NECESSIDADE DA MEDIDA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada. Recomendado à autoridade impetrada que envide esforços no sentido de conferir maior celeridade ao feito, tendo em vista envolver réu preso.

1. Impossível a análise meritória da alegação de excesso de prazo na formação da culpa, sob pena de supressão de instância, uma vez que não foi comprovada a prévia submissão da matéria na origem. Por outro lado, descabida a concessão da ordem ex officio, uma vez que a ampliação dos prazos processuais não configura, até aqui, ofensa ao princípio da razoabilidade, mormente se considerada a complexidade de que se reveste o feito originário, que envolve pluralidade de acusados (quatro), situação que atrai a incidência da Súmula nº 15, desta Corte de Justiça, segundo a qual: "Não há falar em ilegalidade da prisão por excesso de prazo quando a complexidade do crime apurado ou a pluralidade de réus justifica a mora na ultimação dos atos processuais".

2. De outro lado, os requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, foram devidamente preenchidos na decisão pela qual se manteve a custódia cautelar do paciente, mormente no que concerne à necessidade da constrição para a garantia da ordem

pública, bem demonstrada através das circunstâncias do delito, que se trata do furto de vários pertences de uma residência, praticado mediante concurso de agentes, dentre os quais um dos ex-empregados, havendo indícios de meticulosa premeditação, tudo a indicar a concreta possibilidade de reiteração delitiva.

3. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada. Recomendado à autoridade impetrada que envide esforços no sentido de conferir maior celeridade ao feito, tendo em vista envolver réus presos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus nº 0627643- 17.2015.8.06.0000, formulado por Paulo César Maia Costa, em favor de Euritônio da Cunha Rodrigues, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Amontada.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer parcialmente da presente ordem de habeas corpus, para negar-lhe provimento na extensão conhecida, recomendando, porém, à autoridade impetrada que envide esforços no sentido de conferir maior celeridade ao feito originário, tudo nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 16 de fevereiro de
2016. Presidente do Órgão
Julgador Relatora

Procurador(a) de Justiça

(Relator(a): FRANCISCA ADELINDE VIANA; Comarca: Amontada;
Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento:
16/02/2016; Data de registro: 16/02/2016)

Por fim verificou-se uma situação contraditória entre a doutrina penal brasileira e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A exigência de apreciação da matéria no juízo de origem é dispensável nos casos do *writ*, contudo as decisões do Tribunal são em sentido contrário, limitando o alcance e a força do *mandamus*, desnaturando a própria essência do *habeas corpus*.

O remédio constitucional é um direito fundamental e autoaplicável, não podendo ser limitado por legislação ordinária ou por julgamentos de cortes judiciárias. Nesse sentido qualquer restrição a aplicabilidade do *habeas corpus* constitui manifesta ilegalidade.

Dessa forma a única alternativa aos cidadãos brasileiros, em especial, aos advogados criminalistas que atuam diariamente com a matéria é aguardar que o Supremo Tribunal Federal uniformize o tema.

6. CONCLUSÃO

Resta evidenciado que no Brasil, por mais avançadas que estejam as instituições e as leis, muito ainda tem-se à construir. Evidenciou-se que a doutrina e jurisprudência não são uniformes quando tratam de *habeas corpus*, existindo inúmeras interpretações quanto seu uso e aplicação. Na congruência das discussões é irrefutável a importância da existência do remédio heroico, por mais que muitas vezes tenha seu uso limitado e até cerceado pela forte pressão social que coíbe a soltura dos encarcerados. Sabe-se que, por mais que a lei não permita, muitas decisões relativas a *writs* dão-se no sentido de atender aos apelos da sociedade que tanto é oprimida pela criminalidade. Enfim o *habeas corpus* perdura historicamente como uma espada a assegurar a liberdade e um escudo a coibir a arbitrariedade.

6. Referências

LIVROS:

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª. São Paulo: Saraiva, 2001.
BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR., Aury, BADARÓ, Gustavo Henrique, **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antônio. ***Habeas corpus***. antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PERIÓDICOS

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Justa Causa no Processo Penal**: conceito e natureza jurídica. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 472-478, nov. 2002.

BRASIL. Presidência da República. **Ato institucional n.º5 de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado 1988.

ANÁLISE DO PROCESSO DE IMPEACHMENT ESTADUAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA LEI Nº 1.079/1950 E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 4.771)

LUCAS PINTO FERNANDES:

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. ²⁵⁹

WINSTON DE ARAÚJO TEIXEIRA ²⁶⁰

(orientador)

RESUMO: Este estudo tem por objetivo geral a análise do processo de impeachment estadual, com foco no Estado do Amazonas, comparando-o com o procedimento à nível nacional, previsto na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regulamenta o respectivo processo e julgamento. Como objetivos específicos busca-se compreender o conceito e peculiaridades do impeachment; averiguar a disciplina legal do instituto, com ênfase no procedimento e traçar uma análise comparativa do processo previsto na Lei nº 1.079/1950 e na Constituição do Estado do Amazonas à luz da ADI nº 4.771. Trata-se de temática relevante, posto que há uma tendência na discussão do impeachment do Chefe do Executivo Federal, ignorando a questão quando se trata de governos dos Estados. A pesquisa classifica-se como dedutiva, descritiva e bibliográfica. Constata-se que a Constituição do Estado do Amazonas não se adequa ao texto constitucional federal quando exige autorização da Assembleia Legislativa para processar e julgar o Chefe do Executivo Estadual, bem como a previsão expressa de julgamento pela Assembleia, o que pode comprometer a responsabilização do Governador, motivo pelo qual teve a inconstitucionalidade declarada pelo STF, devendo o procedimento ser conduzido conforme a Constituição de 1988 e a Lei nº 1.079/1950.

Palavras-chave: Impeachment. Responsabilização. Chefe do Executivo. Impeachment Estadual. Amazonas.

ABSTRACT: This study has as a general objective the state impeachment process, focusing on the State of Amazonas, comparing it with the procedure at the national level, provided in the Federal Constitution of 1988 and Law No. 1,079/1950, which defines the crimes of

²⁵⁹ E-mail: pinto lucas@gmail.com

²⁶⁰ Doutor em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB. Mestre em Direito pela UFRN. Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM e da Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO.

responsibility and regulates the respective process and judgment. Specific objectives seek to understand the concept and peculiarities of impeachment; to investigate the legal discipline of the institute, with an emphasis on the procedure; and draw a comparative analysis of the process provided in Law No. 1,079/1950 and the Constitution of the State of Amazonas according to the ADI No. 4,771. It is a topic of relevance, since there is a tendency to discuss the impeachment of the Head of the Federal Executive, ignoring the issue when it comes to governments of the States. The research is classified as deductive, descriptive and bibliographic. It is found that the Constitution of the State of Amazonas does not fit the federal constitutional text when it requires authorization of the Legislative Assembly to process and judge the Chief of State Executive, as well as the express provision of judgment by the Assembly, which may compromise the accountability of the Governor, which is why it had the unconstitutionality declared by STF, so the procedure should be conducted according to the 1988 Constitution and Law No. 1,079/1950.

Keywords: Impeachment. Accountability. Chief Executive. State Impeachment. Amazon.

1 INTRODUÇÃO

O processo de impeachment é um tema extremamente relevante devido à desconfiança jurídico-política estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro.

Para se ter uma ideia, desde 1990 foram propostos mais de 130 (cento e trinta) casos de impeachment ou enviadas denúncias contra Presidentes da República. Apenas para ilustrar, e conforme ensinamentos de Fernandes (2017), o ex-Presidente Fernando Collor de Mello foi alvo de 29 pedidos, enquanto Fernando Henrique Cardoso de 17 pedidos, o que não afasta, claro, os demais Presidentes que governaram desde 1988. Dilma Rousseff, também citada por Fernandes (2017), e última Presidente a sofrer um processo de impeachment, foi alvo de 49 pedidos, sendo que 35 foram propostos apenas no seu segundo mandato.

Contudo, há divergências entre os números apresentados pelo supracitado autor e outras fontes, tal como o site "Agência Pública", que imputa a Fernando Henrique Cardoso 24 pedidos de impeachment, a Luiz Inácio Lula da Silva 37 pedidos, a Dilma Rousseff 68 pedidos e a Michel Temer 31 pedidos de impeachment, acrescentando que apenas nos dois primeiros anos de mandato Jair Messias Bolsonaro já contava com 126 pedidos de impeachment (OS PEDIDOS..., 2021). Já a CNN Brasil, por exemplo, noticia que em seu único mandato Jair Messias Bolsonaro acumulou 158 pedidos de impeachment (AMARAL, 2023).

Não se ignora que várias são as motivações populares que fomentam as cobranças por pedidos de impeachment no país, a exemplo da crise econômica e social, dos escândalos envolvendo casos de corrupção, dentre outras. Nesse contexto, a sociedade, ao

questionar os parlamentares e clamar pela saída do chefe do executivo, busca uma solução para os problemas enfrentados, sendo que alguns lutam por mudanças e outros preconizam a necessidade de um governo estável.

Apesar da relevância do instituto em comento, é certo que na seara acadêmica ainda é pouco explorando, com bibliografia limitada, principalmente quando se trata dos pedidos e processos contra governadores de Estados.

É nesse cenário que se situa o presente estudo, que tem por objetivo analisar o processo de impeachment estadual, ou seja, a nível subnacional, com foco no Estado do Amazonas, comparando-o com o procedimento à nível nacional, previsto na Constituição Federal e na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, a qual define os crimes de responsabilidade e regulamenta o respectivo processo e julgamento.

Como objetivos específicos busca-se compreender o conceito e peculiaridades do impeachment; averiguar a disciplina legal do instituto, com ênfase no procedimento e, ainda, traçar uma breve análise comparativa do processo a previsto na Lei nº 1.079/1950 e o disposto na Constituição do Estado do Amazonas à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.771.

Desta feita, inicialmente será feita uma breve introdução do instituto do impeachment no país, bem como será analisada a legislação nacional para saber como o processo foi disciplinado e como esta determinou que fosse o instituto utilizado pelos outros entes federativos. Após, será analisado como a Constituição do Estado do Amazonas definiu o processo, observando os pontos de similaridade e dissemelhança com a legislação nacional, bem como será analisada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.771, ajuizada pela OAB Nacional, que questionou dispositivos da Constituição Estadual do Amazonas referentes ao processo de impeachment estadual.

Destarte, para alcançar os objetivos supra, adota-se como método de abordagem o dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo. No que diz respeito à técnica de pesquisa, classifica-se como bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, jurisprudência, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

2 IMPEACHMENT: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

Tratar do impeachment, como procedimento, denota reconhecer, inicialmente, que há uma relação entre Direito e Política, já que ambos atendem primordialmente a vida em sociedade. Porém, nem sempre foi assim.

Na contemporaneidade, e “visando a tornar efetiva a responsabilização do Poder Executivo, a Constituição adotou um processo parlamentar, fiel ao princípio de que toda autoridade deve ser responsável e responsabilizável” (BROSSARD, 1992, p. 04), é que se instituiu o impeachment. Trata-se de procedimento que surgiu na Inglaterra e foi posteriormente adaptado pelos Estados Unidos, sendo instituto afeto ao Direito Constitucional.

Antes, porém, de se adentrar na análise específica do instituto, cumpre destacar que há diversas maneiras pelas quais Direito e Política podem se relacionar, o que foi alterando-se ao longo dos tempos.

Na Antiguidade, a relação entre Direito e Política era tão próxima que praticamente não havia distinção alguma. Um exemplo disso é encontrado na obra *Política*, de Aristóteles, que mescla indistintamente elementos fáticos, colocando o poder em primeiro plano, e elementos prescritivos, que buscam determinar como devem ser a constituição da *pólis*. Da perspectiva aristotélica, não haveria razão para que Política e Direito fossem vistos separadamente (ARISTÓTELES, 2002).

Como resultado de eventos históricos, essa visão de união absoluta entre Direito e Política foi sendo abandonada. Maquiavel talvez seja o principal representante dessa nova forma de relação entre Direito e Política. Para ele, a Política deve ser vista como algo que atende exclusivamente a um fim e o Direito não seria determinante para isso. Ele não nega que possa existir uma relação entre Direito e Política, mas, havendo, que seja necessária e inevitável (MAQUIAVEL, 2009).

No século XX, com as atrocidades cometidas pelo regime Nacional Socialista²⁶¹ durante a Segunda Guerra Mundial, a preocupação com os abusos que a Política pode exercer como mecanismo de organização e social se acentuou. Assim, o positivismo passou a ser defendido como a forma mais adequada de relação entre a Política e o Direito, justamente para evitar que este fosse utilizado como simples instrumento daquela. Para Kelsen (2002), a política, assim como ideias de justiça, de moral e crenças religiosas, deve ser afastada do objeto de investigação da Ciência Jurídica. Na forma atual, a positivação do Direito mudou substancialmente a relação entre Direito e Política, predominante até então.

Na forma atual, a positivação do Direito mudou substancialmente a relação entre Direito e Política, predominante até então. Essa separação entre Direito e Política pode ser

261 O Regime Nacional Socialista, em alemão *Nationalsozialismus*, foi um movimento ideológico-político totalitário instituído por Adolf Hitler entre os anos de 1933 e 1945, na Alemanha, que se baseava na doutrina nazista e assentava-se fundamentalmente na supremacia estatal sobre o indivíduo, exaltando a superioridade dos arianos sobre os demais povos. Decorreu do regime de extrema-direita que surgiu no Estado Alemão ainda na década de 1920 e teve seu ápice na segunda metade da década de 1930.

encontrada na obra de vários autores contemporâneos, a exemplo de Niklas Luhmann, que trata desse tema a partir da teoria dos sistemas, através da qual procurou construir um Direito autônomo e fechado (NEVES, 2009).

Dando seguimento, vale ressaltar que a política também é um sistema de comunicação que atua mediante clausura operacional, é autorreferente e produz operações específicas que confirmam a sua diferença funcional, embora o tipo de comunicação seja diferente daquela produzida pelo sistema jurídico (VAZ, 2016).

Em termos práticos, pode-se dizer que o Direito não sofre influência dos demais subsistemas sociais como a política e vice-versa. Apenas para ilustrar, a interferência da Política no Direito é vista pela teoria dos sistemas como um problema que o sistema jurídico deve enfrentar para manter a sua autonomia (LUHMANN, 1983). As decisões judiciais, portanto, devem ser tomadas a partir de argumentos que reflitam o código do sistema jurídico, de modo que argumentos externos são – ou devem ser - rechaçados a priori pelo sistema jurídico. Quando a política interfere no Direito, de modo a comprometer a sua autonomia, ocorre que se convencionou chamar de corrupção sistêmica.

Exatamente por isso o processo de impeachment possui suas peculiaridades, pois não observa um procedimento judicial como ocorre com outras questões, a exemplo da responsabilização por atos de improbidade administrativa²⁶². Ele busca assegurar a autonomia política, e essa característica existe desde o surgimento do instituto na Inglaterra.

Diniz (2010), ao tratar do instituto nacionalmente, o define como um processo político-criminal com escopo de apurar crimes de responsabilidade resultantes da má gestão dos negócios públicos, de violação dos deveres funcionais e de falta de decoro.

Em sentido diametralmente oposto, Miranda (1987, p. 417-418) defende a tese de que o *impeachment* é um processo de natureza penal, não se tratando, portanto, de julgamento político:

O instituo da responsabilidade política é inconfundível com o governo coincidente com a maioria, e que se prendem os fatos políticos da moção de confiança, que é comunicação de vontade de eficácia declarativa do status quo, ou moção de desconfiança, comunicação de vontade, explícita ou implícita, às vezes tácitas, de eficácia constitutiva negativa provável (Inglaterra) ou necessária (parlamentarismo apriorístico). [...] Não; os atos que

²⁶² Prevista no artigo 37, §4º da Constituição, regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, alterada pela lei nº 14.230/2021.

se encadeiam desde a denúncia ou queixa até a sentença final são atos de processo, para aplicação de regras jurídicas, concernentes ao investido de função pública, regras que incidiram. A fortiori, não se trata se trata de instituo de coincidência da vontade popular com o governo [...]. Temos, pois, que os princípios que regem a responsabilidade do Presidente da República (e de Governadores estaduais e de Prefeitos) são princípios de direito constitucional e princípios de direito processual.

A doutrina majoritária, contudo, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vem se consolidando no sentido de atribuir ao *impeachment* natureza mista, sendo em parte de natureza política e em parte de natureza penal, conforme entende Bastos (2002, p. 610).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser o *impeachment* um processo de natureza jurídica e política, ou porque "só pode ser motivado pela perpetração de um crime definido em lei anterior, dando lugar à destituição do cargo e à incapacidade para o exercício de outro qualquer" (PINTO, 1992, p. 151).

O *impeachment*, portanto, não pode ser confundido com a moção de desconfiança no regime parlamentarista, no sistema de governo parlamentarista, o parlamento tem o poder de destituir o governo, bastando que manifeste seu descontentamento com a política governamental.

O *impeachment* também não se confunde com o *recall*, isto é, a revogação popular do mandato (MIRANDA, 1987), instituto peculiar às democracias semidiretas, como é o caso dos Estados Unidos e da Suíça.

Ao contrário da moção de desconfiança no parlamentarismo e do *recall* nos modelos de democracia semidireta, aqui no Brasil o *impeachment* pressupõe a configuração e a comprovação de um crime de responsabilidade, como textualmente estabelece a Constituição de 1988²⁶³.

Essa característica do crime de reponsabilidade e o respectivo processo e julgamento, no direito brasileiro, busca obstar que o Presidente da República torne-se refém de maiorias eventuais e seja destituída arbitrariamente (FERNANDES, 2017). Não obstante, há quem defenda, por exemplo, que a ex-Presidente Dilma Rousseff foi vítima de

²⁶³ Ao tratar especificamente da responsabilidade do Presidente da República, a Constituição de 1988 primeiro adota uma tipificação jurídico-política dos crimes de responsabilidade (art. 85 e seus incisos), depois exige lei especial em sentido estrito para definição destes crimes e das respectivas normas de processo e julgamento (art. 85, parágrafo único), e por fim, atribui à Câmara dos Deputados o poder de admitir ou a denúncia (arts. 51, inciso I, e 86, *caput*) e ao Senado Federal o de instaurar o processo (art. 86, § 1º, inciso II) e de processar e julgar o Presidente (arts. 52, inciso I, e parágrafo único, e 86, *caput*).

um “golpe”, na medida em que sua destituição se deu arbitrariamente, contando com a maioria do Congresso Nacional. Logo, o processo, como imaginado, foi desvirtuado no caso em comento (MARTUSCELLI, 2020).

Há, ainda, autores como Brossard (1992, p. 128) que defendem tratar-se de uma “técnica adotada pela Constituição para proteger-se de ofensas do chefe do Poder Executivo”, o que leva a reconhecer que o impeachment é uma sanção extrema contra o abuso e a perversão do poder político. Para o autor, o abuso e a perversão descaracterizam a própria razão de ser da democracia, na medida em que o governante passa a exorbitar de suas funções e deixa de atender àqueles que o elegeram, ignorando o bem comum, os anseios da coletividade.

Portanto, e de acordo com a Constituição de 1988, o *impeachment* não é um processo estritamente político, como a simples moção de desconfiança do sistema parlamentarista. Ele exige a configuração e a comprovação de um crime de responsabilidade, através da apreciação de provas produzidas em contraditório, não podendo o julgamento fundamentar-se simplesmente em juízos informativos. Sem que esteja devidamente configurado e comprovado o crime de responsabilidade, o Poder Legislativo deve recuar, como advertia Rui Barbosa (1953, p. 109):

Raras vezes no moderno regime constitucional, raras vezes no regime republicano, se terá de verificar a acusação do Chefe do Estado, se terá de tornar efetivo esse recurso extremo contra abusos supremos do poder; muitas vezes, reconhecendo mesmo a existência de faltas, de erros e de violação das leis, o Congresso terá de recuar ante as consequências graves de fazer sentar o Chefe do Estado no banco dos réus.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, o Supremo Tribunal Federal assentou que a Câmara dos Deputados, ao deliberar sobre a admissibilidade do processo de *impeachment*, emite “um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para prosseguimento da denúncia”, ao passo que a competência do Senado Federal envolve tanto o “julgamento inicial de instauração ou não do processo” já autorizado pela Câmara, quanto o julgamento final de mérito (BRASIL, 2015).

Há um juízo político a envolver a análise da conveniência e oportunidade na instauração do processo de *impeachment*, feito pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, e outro, jurídico, relativo à operação de subsunção realizada pelo Senado Federal, como preceitua o art. 86 da Constituição Federal.

O julgamento de mérito feito pelo Senado Federal no processo de *impeachment* deve observar os pressupostos de condenação definidos pelo sistema jurídico. As engrenagens da estrutura dialógica colaborativa entre os Poderes são aquelas definidas pela Política na Constituição. O *impeachment* é um processo jurídico-político, instaurado, instruído e julgado por políticos, mas que deve observar, como em qualquer processo sancionatório, o código do sistema jurídico.

Para Neves (2006, p. 89), o Estado de Direito atua como elemento de distinção entre lícito e ilícito para a Política, de modo que todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao Direito:

No modelo teórico sistêmico, o Estado de Direito pode ser definido, em princípio, como relevância da distinção entre lícito e ilícito para o sistema político. Isso significa que "todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito". Não implica, porém, uma indiferenciação do político sob o jurídico. O que resulta é uma interdependência entre esses sistemas. Da presença do segundo código não decorre a superposição das preferências "poder" e "lícito" ou "não-poder" (Ohnemacht) e "ilícito", mas sim que "as disjunções poder/não-poder e lícito e ilícito referem-se reciprocamente". Assim como as decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, de legislação controlada e deliberada politicamente.

Desta feita, não se trata de anular a Política através do Direito, mas apenas de colocá-la dentro do quadro constitucional, na medida em que o "tribunal" do *impeachment* é político, mas o seu julgamento não pode desconsiderar o código primário do sistema jurídico. Se esse tribunal (as Casas Legislativas) pudesse decidir sem que estivesse configurado e comprovado crime de responsabilidade, o *impeachment* seria equivalente a moção de desconfiança ou mesmo ao *recall*, com a quebra da autonomia do sistema jurídico.

Destarte, e independentemente de qual seja a instituição detentora da "última palavra", o fato é que o julgamento do *impeachment* deve ser pautado pela legislação do sistema jurídico, por se tratar de garantia constitucional do acusado ao devido processo legal.

Estabelecida essa premissa, passa-se a abordar o procedimento e julgamento do *impeachment* segundo da Constituição Federal e a Lei nº 1.079/1950.

3 IMPEACHMENT: FUNDAMENTOS LEGAIS E ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Na vigência da Constituição brasileira de 1824, o *impeachment* era um processo criminal destinado a apurar a responsabilidade dos Ministros de Estado, mas não do Imperador (que, nos termos do artigo 99 daquela Constituição, não estava “sujeito a responsabilidade alguma” por seus atos) (BRASIL, 1824). Inspirada no modelo inglês, tendo caracterizado o crime de responsabilidade como ilícito penal, o *impeachment* não resultava no afastamento do cargo, mas na incriminação da autoridade processada.

Com a República essa orientação mudou. Inspirando-se no símile estadunidense, o constituinte atribuiu ao *impeachment* natureza jurídica diversa. Ele deixou de ser um processo criminal, julgado pelo Poder Judiciário, para se configurar em juízo político, sob a responsabilidade do Poder Legislativo, sendo que, no Brasil, como dito alhures, prevalece atualmente o entendimento de que se trata de um processo misto, segundo posicionamento dos Tribunais Superiores. Contudo, e como lembra Fernandes (2017), quando do advento da Constituição de 1891, primeira da República, adotou-se o modelo estadunidense do instituto do impeachment.

A Constituição de 1891 previu os crimes de responsabilidade do Presidente da República (artigo 54), bem como a necessidade de duas leis: uma, de direito material, para definição desses delitos, e outra dispendo sobre o processo e julgamento. A Câmara dos Deputados fazia o juízo prévio de admissibilidade, seja para os crimes comuns, seja para os crimes de responsabilidade, cabendo ao Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade (BRASIL, 1981).

A Constituição de 1934 é documento de época, com características expressivas de seu tempo, marcado por algumas inovações e singularidades. Uma delas foi a consagração de um modelo unicameral no processo legislativo (BONAVIDES, 2009), retirando do Senado Federal a competência para julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, e atribuindo essa competência a um Tribunal Especial, constituído de 03 (três) Ministros do Supremo Tribunal Federal, 03 (três) Senadores e (03) três Deputados Federais, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal. O procedimento estava todo contemplado no artigo 58 da Constituição de 1934 (BRASIL, 1934).

A fórmula engendrada pela Constituição de 1934, notadamente em relação ao Tribunal Especial, parece atender a garantia de um julgamento qualificado, defendida por Perlingeiro (2018, p. 162), para quem, a “qualificação técnica dos parlamentares-magistrados é essencial ao controle jurisdicional efetivo sobre uma contenda jurídica e deve ser evidenciada, de modo a conferir credibilidade à decisão a ser proferida”.

A Constituição de 1937 restituiu a competência para julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade à Câmara Alta, por ela denominada de Conselho

Federal, mediante aprovação prévia da Câmara dos Deputados por 2/3 (dois terços), remetendo a definição desses delitos, bem como o processo e julgamento para uma lei especial (arts. 85 e 86) (BRASIL, 1937).

As Constituições de 1946 e 1967, com pequenas mudanças, mantêm a tônica da Constituição de 1937. A Constituição de 1946 incluiu a sanção de inabilitação por 05 (cinco) anos (BRASIL, 1946) e a de 1967 estabeleceu o prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da procedência da acusação, e a suspensão do Presidente do exercício de suas funções para a conclusão do processo, sob pena de arquivamento (artigo 85, §2º) (BRASIL, 1967).

A orientação republicana assenta-se, portanto, na possibilidade de responsabilização, penal e político-constitucional, de seus governantes. A sujeição do Chefe do Poder Executivo às consequências jurídicas e políticas de seu comportamento compõe o postulado republicano adotado por todas as Constituições republicanas brasileiras.

É importante considerar que a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), foi formalmente recepcionada pela Constituição de 1988, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal²⁶⁴ (BRASIL, 2015).

É precisamente no descompasso histórico entre a Constituição de 1988 e a Lei nº 1.079/1950, que pode residir um defeito estrutural do processo de impeachment no Brasil. Enquanto a Constituição de 1988 exige a prática comprovada de um crime de responsabilidade para destituição do Presidente da República, a lei recepcionada está articulada na lógica de destituição do Presidente muito mais como uma reprovação política de seu desempenho administrativo, provocando a perda do mandato.

Em que pese tal crítica, fato é que de acordo com a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 (BRASIL, 1950), o processo de *impeachment* do Presidente da República é bifásico, contemplando a apreciação tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado Federal. Permite-se, assim, que a grave deliberação de destituição do chefe do Poder Executivo seja examinada e decidida pelas duas casas do Congresso Nacional, o que se compatibiliza com a sistemática constitucional do bicameralismo no Brasil.

A Câmara dos Deputados é o órgão competente para receber a denúncia e realizar o juízo político de admissibilidade, nos termos dos arts. 51, I, e 86, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Atendido o quórum qualificado de dois terços de seus membros para a

²⁶⁴ O entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o processo de *impeachment* está definido no acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378.

admissibilidade, o Senado Federal torna-se o órgão competente para processar e julgar o Presidente da República, nos termos do artigo 52, I, da Constituição Federal de 1988.

Até então não se pode falar, a rigor, em processo propriamente dito. Este só se instaura após o recebimento da denúncia no Senado Federal. Daí que a autorização política da Câmara dos Deputados configura pressuposto processual para o recebimento da denúncia.

Segundo a Constituição brasileira de 1988 (artigo 86), admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (BRASIL, 1988). O afastamento, em definitivo, do Presidente da República, mediante a imputação da prática de crime de responsabilidade (BRASIL, 1988), implica restrição a direito individual e depende, portanto, de um prévio processo legal, como dispõe o artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição de 1988.

O entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o processo de *impeachment* está definido no acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, o qual detalhou aspectos do rito do *impeachment* na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (BRASIL, 2015), mas pouco ou nada avançou sobre a viabilidade e os limites do controle judicial da sentença condenatória proferida pelo Senado Federal.

Anote-se, ainda, que no ordenamento jurídico brasileiro a interrupção do mandato presidencial pelo processo de impeachment, segundo a Constituição Federal, exige a demonstração inequívoca de que o Presidente da República, no exercício do seu mandato, tenha praticado ato que a lei defina como crime de responsabilidade. Mais do que isso: exige que o crime tenha sido praticado dolosamente, o que ocorre "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo", conforme definição do artigo 18, inciso I, do Código Penal, aplicado à lei especial reguladora dos crimes de responsabilidade por força do que dispõe o artigo 12 do mesmo Código. Esse arranjo constitucional, no sistema presidencial, impede que o Presidente da República torne-se refém de majorias eventuais e seja destituída arbitrariamente.

Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1946, sempre rejeitou a viabilidade de o Presidente da República ser deposto num "julgamento político, sensu stricto". O julgamento, segundo esse autor, "é jurídico".

Na vigência da Constituição de 1988, o Pleno do Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 17, de acordo com a qual "a definição dos crimes de responsabilidade

e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União”.

Tendo em vista a motivação política da denúncia e a forma jurídica de seu processamento, pode-se dizer que os crimes de responsabilidade situam-se a mesmo ponto entre Direito e Política e o seu processo, do mesmo modo, numa área de intersecção entre processo administrativo (parlamentar) e processo penal.

É por essa razão que a doutrina atribui ao *impeachment* por vezes a natureza de um “processo de acusação de natureza política” (CRETELLA JÚNIOR, 2011, p. 499), “um processo misto (REALE, 2011, p. 545), eminentemente político (PINTO, 2016), ou ainda de um processo de natureza jurídica e mesmo penal (MIRANDA, 1987). Contudo, como já dito, a natureza mista do instituto foi consagrada no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 378 (BRASIL, 2015).

Em síntese, a Corte assentou que a natureza do “processo de *impeachment* é jurídico-política, passível de controle judicial apenas e tão somente para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal. Além disso, o instituto é compatível com a Constituição e concretiza o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e política pelos atos que praticam no exercício de poder” (BRASIL, 2015).

Portanto, e do aqui exposto, percebe-se que o afastamento, em definitivo, do Presidente da República, mediante imputação da prática de crime de responsabilidade, implica restrição a direito individual (perda de cargo e inabilitação para o exercício de outras funções públicas) e depende, portanto, de um prévio processo legal, cujos fundamentos encontram-se no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição de 1988.

4 O IMPEACHMENT NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS E O ENTENDIMENTO DO STF NA ADI 4.771

Como visto nos tópicos anteriores, de acordo com a Constituição de 1988, o *impeachment* só pode ser submetido ao juízo político do Congresso Nacional quando o Presidente da República houver cometido ato materialmente tipificado como crime de responsabilidade. Em outros termos: no processo de *impeachment*, Câmara e Senado estão autorizados a exercer suas respectivas competências porque há norma constitucional que lhes garante agir.

Quando a Câmara dos Deputados decide autorizar ou não a abertura de processo contra o Presidente da República, por crime de responsabilidade ou por infração penal comum, estará formulando juízos de constitucionalidade e de legalidade, interpretando e aplicando o Direito. O mesmo ocorre com o Senado Federal por ocasião do julgamento do

Presidente da República por crime de responsabilidade, ainda que o faça a partir de conceitos jurídicos indeterminados²⁶⁵ como, por exemplo, a “proibidade na administração”.

Portanto, em se tratando de Presidente da República, a responsabilização por crimes de responsabilidade encontra na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 1.079/1950 seu fundamento, sua razão de ser, que é a preservação da forma de Estado e de governo, sendo que a Lei nº 1.079/1950, embora anterior ao texto constitucional vigente, com ela se coaduna desde que interpretada conforme a Constituição vigente.

Quanto ao impeachment do Governador do Estado, Chefe do Poder Executivo do referido ente estatal, cabe à legislação estadual, em consonância com a federal, inclusive a Constituição de 1988, regulamentar o procedimento para responsabilização por crime de responsabilidade.

Ao analisar o impeachment em nível subnacional, Sgarbossa e Iensue (2020) destacam que coexistem, no país, diversos modelos de impedimento do Chefe do Executivo Estadual, ou seja, tanto cameral (compete apenas ao Poder Legislativo, mormente a Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa, o processamento e julgamento) quanto judicial (julgamento fica a cargo de um Tribunal) e misto (no qual coexistem a atuação do Poder Legislativo e de um Tribunal Especial). Este último modelo, qual seja, o misto, é que se aproxima do modelo adotado em nível federal. Significa dizer, portanto, que não foram todos os Estados que adotaram procedimento semelhante àquele previsto na Lei nº 1.079/1950, no que diz respeito à forma de processamento:

No que diz respeito ao julgamento do governador do Estado, caso mais emblemático e relevante na esfera estadual, prepondera largamente, no texto das constituições estaduais, o modelo cameral, embora haja alguns Estados dele tenham se apartado em princípio, acabando por adotar em suas cartas, originalmente, o sistema misto de julgamento por tribunal ad hoc ou especial, como se verá em maior detalhe – e embora recentes decisões proferidas pelo STF tenham exercido forte impacto na matéria. No que diz respeito ao impedimento de outras autoridades estaduais ou municipais, as diversas constituições tenderão a adotar hipóteses que se amoldam ao modelo cameral e hipóteses que se amoldam ao modelo judicial (SGARBOSSA; IENSUE, 2020, p. 09).

²⁶⁵ Paulo Nader traz a diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, e define que em ambos há certa vaguidade nos conceitos, todavia, naqueles a vaguidade está na hipótese, ou seja, no campo de aplicação (NADER, 2017)

Buscando exemplificar as diferenças quanto à regulamentação pelos Estados, Sgarbossa e Iensue (2020) citam a Constituição do Estado de Minas Gerais, promulgada em 1989, que prevê a competência da Assembleia Legislativa do Estado no que diz respeito à admissibilidade do processo para eventual responsabilização do Governador do Estado por crimes de responsabilidade, a teor do que dispõe o art. 91, § 3º²⁶⁶, e art. 62, incisos XIII e XIV.

Não obstante, a mesma Constituição do Estado de Minas Gerais também prevê algumas hipóteses de atribuição de poderes ao Tribunal de Justiça, a exemplo do processamento e julgamento do impedimento de Secretários de Estado, juízes do Tribunal de Justiça Militar, juízes de Direito e membros do Ministério Público, por exemplo (SGARBOSSA; IENSUE, 2020).

Portanto, Minas Gerais adotou um sistema semelhante àquele que vigora no âmbito federal, com a coexistência do modelo cameral e judicial, a depender da hipótese, ou seja, daquele que será julgado.

Porém, o que ocorre no Estado de Minas Gerais, citado por Sgarbossa e Iensue (2020), não se repete em todos os Estados da Federação. Diversas são as divergências que se notam nas Constituições Estaduais, não sendo possível apontar um modelo único ou padrão, em nível subnacional. Por exemplo, no que tange o quórum para admissibilidade, a quase totalidade dos Estados brasileiros preveem a competência para análise da Assembleia Legislativa e exige 2/3 para que o procedimento tenha início. Porém, a Constituição da Paraíba diverge sobremaneira, pois prevê maioria absoluta (SGARBOSSA; IENSUE, 2020).

Quanto ao julgamento também há divergências. Estados como Pernambuco, Rio Grande do Norte e São Paulo consagram a competência para julgamento e condenação do Tribunal Especial, sendo que os demais asseguram à Assembleia Legislativa, ou a Câmara Legislativa, no caso do Distrito Federal, tal competência (SGARBOSSA; IENSUE, 2020).

Quanto ao quórum para condenação a divergência é ainda maior. Várias Constituições Estaduais, a exemplo da Constituição do Estado do Amazonas, é omissa, tal como também ocorre com os Estados da Bahia e Mato Grosso do Sul, e outros. Já Estados como Rondônia e Sergipe preveem 2/3 para votação, enquanto Roraima exige maioria de votos (SGARBOSSA; IENSUE, 2020).

266 Tratando da responsabilidade do Governador do Estado, a Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe que nos crimes de responsabilidade, o Governador será submetido a processo e julgamento perante a Assembleia Legislativa, se admitida a acusação por dois terços de seus membros.

Sem a pretensão de esgotar a questão, verifica-se que não há uma padronização na regulamentação do procedimento em nível estadual, o que decorre até mesmo do modelo federativo e da autonomia concedida aos entes federados para diversas questões.

Diante disso é que Sgarbossa e Iensue (2020) concluem que a maioria esmagadora das Constituições Estaduais, num total de 24, endossam o modelo cameral adaptado, “reservando a competência para admissibilidade e para processo do impeachment dos governadores ao legislativo estadual”, enquanto uma parte significativa prevê a maioria qualificada, ou seja, 2/3 dos integrantes da Assembleia Legislativa, seja para a admissibilidade (26 Constituições Estaduais), seja para julgamento de procedência (13 Constituições Estaduais), aderindo assim ao modelo federal.

Para os autores supracitados, portanto, embora não seja possível apontar um padrão na regulamentação do processo de impeachment em nível subnacional, apenas três Constituições Estaduais, a saber, dos Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte e São Paulo, é que adotam uma jurisdição mista, enquanto apenas duas Constituições Estaduais – Paraíba e Roraima é que disciplinam o julgamento do impeachment de forma diversa da Lei nº 1.079/1950 (SGARBOSSA; IENSUE, 2020).

Das breves considerações acima verifica-se que há assimetria entre a legislação federal, mormente a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 1.079/1950, e as normas subnacionais no que diz respeito principalmente à recepção do sistema cameral pelos Estados-membros da Federação.

Não se pode ignorar que as adequações são imprescindíveis, uma vez que há, no âmbito federal, o bicameralismo, ou seja, Senado Federal e Assembleia Legislativa. Já no âmbito estadual, por força do art. 27 da Constituição Federal de 1988, adota-se o modelo unicameral, contando apenas com uma casa legislativa, e não duas.

Portanto, não há como reproduzir, nas Constituições dos Estados-membros, o que dispõe, por exemplo, o art. 80 da Lei nº 1.079/1950, que dispõe sobre a atuação das duas Casas do Congresso Nacional, uma atuando como tribunal de pronúncia ou acusação e outra voltada ao julgamento (BRASIL, 1950). Daí, repita-se, as necessárias adequações.

Em meio a esse cenário é que Sgarbossa e Iensue (2020) apontam que o unicameralismo estadual afasta a própria essência do processo de impeachment, na medida em que este pressupõe duas Casas legislativas, com funções bem diversas. Quando se adota o unicameralismo, para os autores supracitados, há uma repercussão negativa na lógica inerente ao instituto em comento, pois o modelo cameral, adotado pela maioria dos Estados-membros, leva a Assembleia Legislativa a atuar como tribunal de pronúncia e julgamento. Daí a afirmativa de que apenas Pernambuco, Rio Grande do Norte e São Paulo

preveem a competência do Tribunal Especial para julgamento, afastando do Legislativo estadual a competência para processar e julgar.

Dando seguimento, tem-se que no Estado do Amazonas, cuja Constituição foi promulgada em 1989, prevalece, então, quanto à admissibilidade, a competência da Assembleia Legislativa, com quórum de 2/3 dos membros da Casa (art. 56, Constituição do Estado do Amazonas); e, a competência para julgamento e condenação, também é da Assembleia Legislativa (art. 56, Constituição do Estado do Amazonas), sendo a Constituição do Estado omissa quanto ao quórum para condenação do Governador do Estado.

De fato, e a teor do que dispõem os arts. 55 e seguintes da Constituição do Estado do Amazonas, o pedido de responsabilização do Governador, no Estado do Amazonas, será admitida por dois terços dos integrantes da Assembleia Legislativa e submetido à julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nos casos de infrações penais comuns, ou perante a própria Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade (AMAZONAS, 1989).

Nos termos do § 1º, do art. 56 da Constituição do Estado em comento, o Governador ficará suspenso desde o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se tratar de infrações penais comuns, ou após a instauração do processo pela Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade (AMAZONAS, 1989).

O § 2º, por sua vez, dispõe que cessará o afastamento do Governador do Estado caso o julgamento não seja concluído no prazo de 180 dias, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo de impeachment (AMAZONAS, 1989). Tem-se, também, disposição semelhante ao § 2º, do art. 86 da Constituição Federal de 1988.

O art. 57 da Constituição do Estado do Amazonas é o último da Seção III, que trata da responsabilidade do Governador, demonstrando como é superficial a disciplina do impeachment do Chefe do Executivo Estadual, já que não trata de maneira analítica o procedimento de impeachment, nem remete a questão a lei específica.

Nesse ponto ganha relevo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.771, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2017, que declarou a inconstitucionalidade da expressão “admitida por dois terços dos integrantes da Assembleia Legislativa, a acusação contra o Governador do Estado” e “ou perante a Assembleia Legislativa nos crimes de responsabilidade” (BRASIL, 2017).

A ADI em comento foi ajuizada ainda em 2012 para questionar exatamente a constitucionalidade o art. 56 da Constituição do Estado do Amazonas²⁶⁷, bem como o disposto no art. 28, inciso XXI, do mesmo texto constitucional²⁶⁸. O autor da ação foi o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Os dispositivos acima mencionados estabelecem a competência da Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas para processar e julgar o Governador nos crimes de responsabilidade, bem como determinam a necessidade de autorização da Casa Legislativa, pelo voto de 2/3 dos seus membros, para que o Chefe do Executivo Estadual seja submetido à julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça em infrações comuns, e pela própria Assembleia em crimes de responsabilidade.

A alegação do autor da ADI é que os dispositivos mencionados violam formal e materialmente o disposto nos art. 1º, 2º, 5º, XXXV e LIV, e 22, I, todos da Constituição Federal de 1988, principalmente por estabelecerem regras processuais para processamento e julgamento dos crimes eventualmente praticados pelo Governador do Estado, contrariando entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à competência reservada à União²⁶⁹.

267 Art. 56. Admitida por dois terços dos integrantes da Assembleia Legislativa a acusação contra o Governador do Estado, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns, ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º. O Governador do Estado ficará suspenso de suas funções:

I - desde o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se tratar de infrações penais comuns;

II - após a instauração do processo pela Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.

§ 2º. Cessará o afastamento do Governador do Estado se o julgamento não estiver concluído no prazo de cento e oitenta dias, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo

268 Art. 28. É da competência exclusiva da Assembleia Legislativa:

[...]

XXI - processar e julgar o Governador e o Vice-Governador, nos crimes de responsabilidade, e os Secretários de Estado, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (AMAZONAS, 1989

269 No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.540 e nº 4.798, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado quanto à inadmissibilidade de autorização da Assembleia Legislativa dos Estados para processar e julgar os governadores pela prática de crimes comuns. A ADI nº 5.540 foi julgada em 2017 e questionou o disposto no art. 92 da Constituição do Estado de Minas Gerais, enquanto a ADI nº 4.798, também julgada em 2017, questionando a constitucionalidade de trechos de dispositivos da Constituição do Estado do Piauí. Em ambos os julgamentos as normas questionadas dispunham sobre processo e julgamento de crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas) dos Chefes do Executivo Estadual, e condicionando à prévia autorização da Assembleia Legislativa a instauração, perante o

Acrescentou o autor da ADI que há, na legislação federal, mormente a Lei nº 1.079/1950, normas próprias para o julgamento de crimes de responsabilidade praticados pelo Governador do Estado, por um Tribunal Especial de composição mista, ou seja, formado por membros do Poder Judiciário e do Legislativo.

Logo, quando trata do julgamento pela Assembleia Legislativa, afasta o sistema misto e adota o cameral, como já apontado alhures.

Continua o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que a regulamentação diversa daquilo que dispõe a Lei nº 1.079/1950, principalmente quanto à composição mista para julgamento, clama a intervenção da mais alta Corte para obstar assimetria.

Outrossim, vislumbra também a inconstitucionalidade no que diz respeito à necessária autorização da Assembleia Legislativa para a instauração de persecução criminal em desfavor do Governador do Estado ou outras autoridades estaduais e distritais, o que inexistente na Constituição Federal de 1988. Desta feita, na visão do autor da ADI, não há que se falar em se estender condição de procedibilidade penal que se aplica ao Presidente da República ao Governador do Estado, por violação ao princípio republicano e a separação de Poderes, sendo inconstitucional a exigência de autorização do Poder Legislativo prevista no texto da Constituição do Amazonas, na medida em que inviabiliza a persecução criminal das autoridades dada a realidade dos arranjos políticos que existem no âmbito dos Estados-membros.

Nesse contexto é que buscou a declaração, em medida liminar, da inconstitucionalidade dos artigos já mencionados e, ao final, a interpretação conforme da Constituição Federal de 1988 aos artigos da Constituição do Estado do Amazonas, com vistas a estabelecer que o julgamento do Governador do Estado seja pautado no previsto no art. 78 da Lei nº 1.079/1950, ou seja, um Tribunal Especial, misto.

Julgada em 09 de junho de 2017, a Corte Suprema destacou a incompetência do Estado-membro para legislar acerca de processo e procedimento em casos de responsabilização do Governador do Estado e outros por crime de responsabilidade, ressaltando o que já havia sido decidido no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.540 e nº 4.798270.

Superior Tribunal de Justiça, de ação penal em caso de crime comum, de forma semelhante à Constituição do Estado do Amazonas.

270 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4995078> e <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4258992>.

A assimetria entre o disposto na Constituição do Estado do Amazonas e o que prevê a Constituição Federal de 1988 é, talvez, o ponto central da discussão no Supremo Tribunal Federal, na medida em que não se exige, no âmbito federal, obrigatoriedade de autorização da Assembleia Legislativa para procedimento de julgamento do Governador do Estado por crime comum ou por crime de responsabilidade.

E a previsão que há, quanto à autorização para processar o Chefe do Executivo Federal se justifica, na medida em que eventual afastamento alcança não apenas o Chefe de Governo, mas também o Chefe de Estado, o que gera graves consequências ao país. Em se tratando de Governador, segundo o Supremo Tribunal Federal, estender a exigência de autorização prévia, tal como ocorre no art. 51, inciso I e art. 86, *caput*, § 1º, inciso I, ambos da Constituição Federal de 1988, aos Chefes do Executivo Estadual, é ignorar as peculiaridades de cada Chefe do Executivo e o fato de que eventual afastamento do Governador retira tão somente o Chefe de Governo da unidade federativa, que embora possua autonomia não é soberana.

Por conseguinte, a assimetria, nesse ponto, se justifica, pois exigir autorização prévia para processar um Governador do Estado viola sim, o princípio republicano, como expos o Relator da ADI nº 4.771:

O processamento e julgamento de Governador do Estado por crime comum já foi alçado à jurisdição especial do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a, CRFB) para o fim de se evitar que a persecução criminal contra o Governador esteja permeada por vícios ou influências políticas regionais. Querer estabelecer, além dessa prerrogativa, uma condição de procedibilidade não prevista pela Constituição é estabelecer privilégio antirrepublicano (BRASIL, 2017).

Ainda, segundo o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, na busca de simetria a Constituição do Estado do Amazonas ignorou a separação dos Poderes ao exigir a autorização prévia, o que é inviável em um Estado também pelos arranjos governamentais, não sendo raro que os Chefes do Executivo Estadual possuam amplo apoio na Assembleia Legislativa, para assegurar a governabilidade, o que pode gerar problemas em casos de eventual responsabilização.

Nesse contexto é que o Supremo Tribunal Federal, em decisão de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgou procedente a ADI nº 4.771, para:

“(i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “admitida por dois terços dos integrantes da Assembleia Legislativa a acusação contra o Governador do Estado”, constante do caput do art. 56, da Constituição do Estado do

Amazonas; (ii) declarar a inconstitucionalidade das expressões “processar e julgar o Governador” e “nos crimes de responsabilidade”; “ou perante a Assembleia Legislativa nos crimes de responsabilidade”, contidas, respectivamente, no inciso XXI do art. 28 e no caput do art. 56, todos da Constituição do Estado do Amazonas; (iii) declarar a inconstitucionalidade por arrastamento do inciso I, §1º do art. 56, da Constituição do Estado do Amazonas (BRASIL, 2017).

A decisão transitou em julgado em 10 de agosto de 2017, mas é bom ressaltar que o texto da Constituição do Estado do Amazonas não foi alterado²⁷¹ até a presente data, apesar da declaração da inconstitucionalidade de trechos do disposto no art. 56.

Resta, portanto, que não podem os Estados-membros, como fez o Estado do Amazonas, disciplinar o impeachment ao arrepio do que dispõe a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 1.079/1950, principalmente no que diz respeito à exigência de prévia autorização do Poder Legislativo Estadual para processamento e julgamento do Chefe do Executivo. E, deve ainda, assegurar o julgamento por um Tribunal Especial, ou seja, um julgamento misto, com integrantes do Poder Legislativo e do Judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, ao longo deste estudo, refletir sobre o processo de impeachment, previsto na Constituição Federal de 1988, e que busca assegurar a responsabilização do Chefe do Executivo Federal, trazendo a análise para o Estado do Amazonas, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal consagrado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.771.

Verificou-se que de origem inglesa, e com alterações quando disciplinado nos Estados Unidos da América, o impeachment é de grande relevo na responsabilização do Chefe do Executivo, estando previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição, ainda na fase imperial, outorgada em 1824.

Constatou-se, também, que desde então o instituto sofreu diversas alterações, inclusive quanto à sua própria natureza, pois se inicialmente era iminentemente criminal, com o advento da Constituição Federal de 1988 tem sua natureza mista consagrada (no

²⁷¹ A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem eficácia genérica, válida contra todos e obrigatória. A lei também diz que se gera o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, que não podem contrariar a decisão. Portanto, o fato de não ter sido alterado o texto da Constituição do Estado do Amazonas, até o presente momento, não afasta a inconstitucionalidade da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e muito menos autoriza a sua aplicação.

qual coexistem a atuação do Poder Legislativo e de um Tribunal Especial), entendimento este pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Viu-se, ainda, que a Lei nº 1.079/1950, embora editada antes da vigente Constituição Federal, é o diploma legal que regulamenta o instituto do impeachment, e prevê, em apertada síntese, o julgamento por um Tribunal Especial, misto, atendo à estrutura bicameral da União, ou seja, a existência de duas Casas Legislativas.

No que se refere aos Estados-membros, constatou-se que na busca por simetria, mormente quanto à necessária autorização da Assembleia Legislativa para processamento e julgamento do Governador do Estado por crimes comuns e de responsabilidade, o constituinte estadual acabou por incorrer no vício de inconstitucionalidade. Isso se deve porque não se pode equiparar o Governador ao Presidente da República, que como sabido é o Chefe de Governo e o Chefe de Estado e, por isso, o seu afastamento gera consequências muito graves para o país.

Portanto, coube ao Supremo Tribunal Federal apreciar a constitucionalidade da exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa do Amazonas, mas também o julgamento por esta Casa Legislativa em caso de crimes de responsabilidade. A questão foi objeto da ADI nº 4.771, julgada em 2017, e que declarou a inconstitucionalidade do disposto no art. 56, caput, da Constituição do Estado do Amazonas, e determinou a interpretação conforme a Constituição da República.

Resta, portanto, que embora a assimetria seja geralmente alvo de críticas, em se tratando do processo de impeachment em nível subnacional deve ser respeitada, até mesmo porque não se pode criar obstáculos à responsabilização do Governador do Estado, seja por crimes comuns, quando será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, seja por crimes de responsabilidade, quando o Tribunal Especial será responsável pelo julgamento, a teor do que dispõe a Lei nº 1.079/1950.

Contudo, não se pode ignorar que a maioria dos Estados-membros da Federação preveem o julgamento pela Assembleia Legislativa, até mesmo porque não há, no âmbito dos Estados, o sistema bicameral que norteia o Legislativo Federal, o que é alvo de críticas quanto à própria essência do impeachment em nível subnacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luciana. Bolsonaro acumulou 158 pedidos de impeachment; Câmara acabará de arquivá-los hoje. **CNN Brasil**, 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-acumulou-158-pedidos-de-impeachment-camara-acabara-de-arquiva-los-hoje/>. Acesso em: 23 fev. 2023.

AMAZONAS [Constituição Estadual (1989)]. **Constituição do Estado do Amazonas:** promulgada em 05 de outubro de 1989. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70430/CE_AM_EC_130-2022.pdf?sequence=11&isAllowed=y. Acesso em: 13 fev. 2022.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Barbosa, Rui. **Obras Completas**, v. XXV, Tomo VI. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1953, p. 109.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.771/AM**. Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julg. 09 jun. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312010413&ext=.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império de 1824**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-norma-pl.html>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**: Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/271139009/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-378-df-distrito-federal-9037714-2420151000000>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza jurídica do impeachment. Direito constitucional: Organização dos Poderes da República. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luiz Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**, v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTUSCELLI, Danilo Enrico. Polêmicas sobre a definição do Impeachment de Dilma Rousseff como Golpe de Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 14, n. 2, p. 67-102, 2020.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969**, Tomo III, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. Ed. Martins Fontes: 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

OS PEDIDOS de Impeachment de Bolsonaro. **Agência Pública**, 2021. Disponível em: <https://apublica.org/impeachment-bolsonaro/quantos-pedidos-de-impeachment-os-ultimos-presidentes-receberam/>. Acesso em: 24 fev. 2023.

PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 151-167, jan./abr. 2018. Disponível em: [file:///D:/Users/Usuario/Downloads/document%20\(28\).pdf](file:///D:/Users/Usuario/Downloads/document%20(28).pdf). Acesso: em: 13 fev. 2022.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. Impeachment. Direito constitucional: Organização dos Poderes da República. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.) **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Sistemas de impeachment no Brasil em nível nacional e subnacional: breve panorama comparativo. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, v. 5, n. 2, p. e013-e013, 2020.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O impeachment e o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, v. 21, n. 21, p. 106-135, dez. 2016.

ACESSIBILIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU MOBILIDADE REDUZIDA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA E INTERNACIONAL

CAMILA FERNANDES FERREIRA DA SILVA LOBO:

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Direito Processual Penal. Servidora da Justiça Federal no Estado de Rondônia.²⁷²

RESUMO: O presente artigo possui como objeto a análise acerca da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), em cotejo com a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com o objetivo de compreender a sistemática de proteção dos direitos deste grupo de pessoas, especialmente a acessibilidade, a serem garantidos pelo Estado, na condição de executor de políticas públicas e sociais voltadas aos direitos difusos e coletivos. A pesquisa almeja, por fim, entender a função desempenhada pelo Ministério Público enquanto fiscal do ordenamento jurídico, em relação às políticas executadas pelo Poder Público, inerentes a pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida.

PALAVRAS-CHAVE: Acessibilidade; Direitos das Pessoas com Deficiência; Ministério Público.

ABSTRACT: The object of this article is the analysis of Law nº 10.257/2001 (Statute of the City), in comparison with the Federal Constitution of 1988, Statute of Persons with Disabilities and the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, with the objective of understanding the systematic protection of the rights of this people, especially accessibility, to be guaranteed by the State, as executor of public and social policies aimed at diffuse and collective rights. The research aims, finally, to understand the function performed by the Prosecutor's Office as an inspector of the legal system, in relation to the policies implemented by the State, inherent to people with disabilities and with reduced mobility.

KEYWORDS: Accessibility; Rights of Persons with Disabilities; Prosecutor's Office.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico trata a respeito das regras de acessibilidade constantes na Lei nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, em cotejo com os direitos humanos e fundamentais, especialmente os previstos na Constituição Federal de 1988,

272 E-mail: jus.aclobo@gmail.com

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência

O presente tema foi escolhido devido à relevância de discutir os direitos dos vulneráveis, que, frequentemente, sofrem violação, sobretudo em relação à acessibilidade e mecanismos que permitam gozar e exercer plenamente a sua capacidade civil, de modo a impedir a consolidação do princípio da igualdade material, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e da inclusão e integração sociais.

A metodologia utilizada para este estudo foi a pesquisa bibliográfica, buscando os conceitos constantes na doutrina pátria e na jurisprudência pátria e internacional.

O artigo foi elaborado em dois capítulos. O primeiro apresenta o conceito do princípio da igualdade material, da não discriminação, dignidade da pessoa humana e da acessibilidade, de acordo com definições literária e da doutrina jurídica pátria, o segundo capítulo se destina a demonstrar de que forma é aplicado o direito da acessibilidade através das normas do Estatuto da Cidade, as previsões existentes na Constituição Federal, Estatuto da Pessoa com Deficiência e Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Por fim, abordar-se-á os mecanismos utilizados pelo Ministério Público para promover a execução das demandas quando tal direito é violado.

1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

1.1 IGUALDADE MATERIAL E NÃO DISCRIMINAÇÃO

A inovação mais relevante prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência, introduzida no art. 3º do Código Civil, trata a respeito da sua plena capacidade civil, para todos os efeitos dela decorrentes.

A previsão legislativa esclarece, no art. 6º do diploma legal, que a deficiência não limita a plenitude da capacidade civil da pessoa, em seu amplo espectro, que envolve: casamento e união estável; direitos sexuais e reprodutivos; direito de decisão a respeito do número de filho e informações sobre reprodução e planejamento familiar; conservação da fertilidade, de forma a proibir a esterilização compulsória; direito à família e convivência familiar e comunitária; e exercício do direito à guarda, tutela, curatela e adoção, como adotante ou adotado, igualmente às demais pessoas.

Adiante, no art. 84 do estatuto, preconiza-se que a pessoa com deficiência tem direito a exercer sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, de forma a aperfeiçoar os comandos constitucionais.

Importa dizer que, ainda que amparada por institutos protetivos, como a tomada de decisão apoiada e a curatela, a pessoa com deficiência mantém o seu direito ao exercício plena da capacidade civil, de modo que os mecanismos de proteção são excepcionais e devem atender a uma demanda inafastável.

O Preâmbulo da Constituição Federal tem o escopo de anunciar os principais objetivos da Carta Magna, bem como os princípios que a regerão e, em suma, reúne o verdadeiro espírito constitucional. Como se observa do texto, a igualdade é um princípio basilar da nossa Constituição, como vemos adiante:

*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.
[grifo nosso]*

Com base na mesma premissa, o art. 5º da Constituição Federal reúne os direitos e garantias fundamentais, inerentes a todos os brasileiros. O *caput* deste dispositivo aborda o princípio da igualdade, determinando que não haja distinção de qualquer natureza que venha a ferir os direitos ali enumerados.

Pedro Lenza (2013, p. 1.044, pdf) afirma que o direito à igualdade deve ser buscado de forma material, e não meramente formal:

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente a igualdade material.

Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizadora perante a lei. [grifo do autor] Assim, a igualdade material é a concretização do conhecido brocardo: "Devemos tratar os iguais com igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade".

Para que a equidade seja, de fato, alcançada, deve-se fornecer meios capazes de minimizar as desigualdades que existem. O direito à não discriminação é um desdobramento do vetor de igualdade material. O conceito de tal forma de violação de direitos é esclarecido no art. 4º, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Art. 4, §1º. Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

A discriminação envolve, dentre outros instrumentos excludentes, a recusa injustificada em oferecer adaptação razoável às pessoas com deficiência. A adaptação razoável consiste em modificações necessárias que não impõem um dispêndio desproporcional e permite que pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida exerçam, em igualdade de condições com as demais, direitos e liberdades garantidas constitucionalmente e através de outros diplomas legais pátrios e internacionais.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 1.315.822-RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/03/2015, aplicou o tema em um julgado que envolveu a utilização do método Braille para atendimento a pessoas com deficiência visual em instituições financeiras, como será visto adiante:

"A relutância da instituição financeira em utilizar o método Braille nos contratos bancários de adesão firmados com pessoas portadoras de deficiência visual representa tratamento manifestamente discriminatório e tem o condão de afrontar a dignidade deste grupo de pessoas gerando danos morais coletivos. STJ. 3ª Turma. REsp 1.315.822-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/3/2015 (Info 559)."

Na mesma senda, a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova York) determinou aos Estados signatários que assegurem às pessoas com deficiência o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sem qualquer tipo de discriminação por causa da deficiência.

Ademais, devem os Estados Partes conferir tratamento igualitário do ponto de vista material, conforme as necessidades, acessibilidade em todos os aspectos, físico e de

comunicação, além de promoção da inclusão e integração social, devendo consultar as pessoas com deficiência para implementar políticas, elaborar legislações e tomar decisões relacionadas a este grupo. Assim, vê-se que, para que a equidade seja, de fato, alcançada, deve-se fornecer meios capazes de minimizar as desigualdades que existem.

1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O art. 8, parte 1, alínea "a" da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, determina que os Estados Partes deverão adotar medidas para conscientização da sociedade a respeito das condições das pessoas com deficiência, além de fomentar o respeito pelos direitos e dignidade deste público.

A dignidade da pessoa humana é o vetor interpretativo principal da Constituição Federal e preceito de direitos humanos que orienta todo arcabouço legislativo internacional. Trata-se de uma garantia presente no primeiro dispositivo constitucional como um dos princípios fundamentais a reger o Brasil, sendo extraído de todo o texto constitucional cujo objeto é o ser humano em seu aspecto mais abrangente.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido recentemente, entabulou que a dignidade da pessoa humana deve ser garantida a pessoas com deficiência que não tiveram o direito à acessibilidade garantido. Confira-se a ementa do julgado:

"[...]

*3. Entre os valores supremos do ordenamento brasileiro está a proteção das pessoas com deficiência e dos idosos, incumbência de todos "com absoluta prioridade". **No rol de direitos conferidos em numerus apertus, acautelam-se o "transporte" e a "acessibilidade", pois sem possibilidade de locomoção adequada perecem a "dignidade", o "respeito", a "liberdade" e a "convivência comunitária" de que são titulares (art. 8º, caput, da Lei 13.146/2015 e art. 3º, caput, da Lei 10.741/2003).** Tal encargo individual, familiar e coletivo levou o legislador a estipular o dever de reserva de vaga em áreas de estacionamento (e, como corolário, o direito correspondente). Ao invés de simples hábito cultural maléfico de desrespeito ao direito alheio - mormente os mais frágeis e indefesos -, relegado aos confins da tolerabilidade jurídica, quem usurpa vaga de estacionamento destinada a pessoa com deficiência ou a idoso não pratica apenas infração corriqueira de trânsito ou peca-dilho venial de esperteza, mas perverte virtudes fundamentais e ofende pilares indiscutíveis em que se apoia o sentimento mais*

profundo de solidariedade, hoje constitucionalizado, que rege nossa comunidade.

À vista disso, a lesão aos usuários individuais que poderiam ocupar uma das vagas e são impedidos de fazê-lo, ipso facto e sincronicamente, atinge bem de índole coletiva e, por isso, causa dano moral igualmente coletivo.

[...] 5. Agravo Interno não conhecido."

(AgInt no AREsp n. 2.062.069/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 4/4/2023.) Destacou-se

Extrai-se do entendimento firmado pelo STJ que a acessibilidade tem relação estreita com a dignidade, pois sem aquela se torna inviável permitir que pessoas com deficiência tenham acesso ao aparelhamento do estado e aos demais direitos previstos em diplomas nacionais e internacionais adotados pelo Brasil.

Ao tratar sobre este essencial princípio, o art. 8º do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação do direito à dignidade.

Sabe-se que, de acordo com o princípio da primazia da norma mais favorável, a interpretação deve ser conferida de modo a perfectibilizar os comandos existentes na norma, de modo que a dignidade da pessoa humana é uma diretriz que engloba outros direitos, dentre os quais o direito à vida, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à inclusão e à integração sociais, sem os quais o primeiro se torna esvaziado.

Por esta razão, deve o Poder Público, juntamente à família e à sociedade, criar mecanismos eficientes para que as pessoas com deficiência possam exercer suas capacidades e terem seus direitos garantidos, a fim de que tenham uma existência plena e digna em sua completude.

1.3 INCLUSÃO SOCIAL

A inclusão se encontra entre os princípios que regem a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, conforme art. 3 do referido diploma, e é complementado pela plena e efetiva participação das pessoas com deficiência na sociedade.

A inclusão está prevista em diversos dispositivos da Lei nº 13.146/2015 e representa o direito inarredável de que a pessoa com deficiência não somente tenha o direito de viver

em sociedade, mas que possua a mesma liberdade que os demais possuem, em igualdade de direitos e oportunidades.

Neste aspecto, é dever do Poder Público implementar medidas que aprimorem os sistemas de educação e que garantam o acesso, a permanência e o aprendizado que permita a eliminação de barreiras e promovam a inclusão plena, nos termos do inc. II, do art. 28, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O direito à inclusão também está diretamente relacionado à habilitação profissional, para que haja reserva de vagas e à colocação competitiva no mercado de trabalho, por meio de recursos de tecnologia assistiva, acessibilidade e adaptação razoável no ambiente de trabalho, conforme previsto expressamente no art. 36, § 6º e no art. 37, respectivamente, ambos do Estatuto da PCD.

De igual modo, há de ser observado o direito à inclusão na implantação de projetos voltados à acessibilidade, com a inserção de conteúdos relacionados ao desenho universal, que representa o conjunto de produtos, ambientes, programas e serviços que pode ser acessado, indistintamente, por todas as pessoas, sem que seja necessária adaptação (art. 3º, II, da Lei nº 13.146/2015).

Ao tratar sobre a prestação de serviço de transporte público municipal, o STJ consolidou o entendimento de que a inclusão da pessoa com deficiência é dever do Estado, e que ao falhar na oferta deste serviço, o ente segue na contramão do modelo social previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, incorporado no Brasil com estatura de emenda constitucional.

A Convenção, nos termos do julgado de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, previu que a acessibilidade é princípio a ser observado pelos Estados Signatários, e que a deficiência não é um problema a ser curado, mas um problema da sociedade, que impõe barreiras que limitam ou impedem o desenvolvimento dos papéis sociais, conhecido como modelo social da deficiência (REsp n. 1.733.468/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/6/2018, DJe de 25/6/2018.)

2 ACESSIBILIDADE E MOBILIDADE

A Carta Magna de 1988 dispõe, no art. 182, que a política de desenvolvimento urbano que o Poder Público Municipal executa deve ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

O plano diretor é a ferramenta que executa a política de desenvolvimento e expansão urbana de uma cidade, é o instrumento apto a organizar a polis. O § 2º do art. 227 da Constituição Federal dispõe:

Art. 227[...]

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

A acessibilidade, que garante o direito à locomoção também prevista constitucionalmente (art. 5º, XV), concede à cidade uma função social, sem a qual é impossível usufruir dos benefícios que a cidade oferece. Basta imaginarmos uma cidade limpa, arborizada, com saneamento básico, asfalto e lazer, sem que os cidadãos pudessem sair de casa e caminhar nas calçadas, se locomover de um ambiente a outro, não há função social nesta cidade, se cada um de seus habitantes não tiver o direito a “acessar” seus benefícios e ambientes.

O Estatuto da Cidade, no art. 2º, inc. XX, com redação dada pela Lei nº 14.489/2022, estabelece que a política urbana deve ordenar as funções sociais da cidade, de acordo com diversas diretrizes, dentre as quais a acessibilidade para fruir de espaços livres de uso público, seu mobiliários e suas interfaces com espaços de uso privado e que também impeçam a implementação de espaços e técnicas de construção hostil, impeçam ou afastem o acesso de pessoas de diversos segmentos da população, incluindo pessoas em situação de rua, pessoas idosas e jovens.

O art. 3º, inciso IV, determina que é competência da União instituir diretrizes que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público, desta forma, quis o legislador que tais normas fossem universais, evitando, assim, que as disposições de Estados e Municípios destoassem entre os entes da Federação, sendo de difícil controle e execução, o que poderia prejudicar as pessoas com deficiência.

O art. 41 estabelece que o plano diretor é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. Conforme vimos anteriormente, o plano diretor é o recurso utilizado para executar a política de desenvolvimento e expansão urbana da cidade. Entendemos que houve equívoco por parte do legislador, uma vez que cidades pequenas, com menos de vinte mil habitantes também necessitam de planejamento que consolide as regras do espaço urbano, dentre as quais a acessibilidade.

3 OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E INTERNACIONAL

A Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi diretamente influenciada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova York), assinada em 2007 e internalizada no Brasil através do Decreto Legislativo nº 186/2008, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009.

A Convenção internacional tem *status* de emenda constitucional, tendo em vista sua aprovação sob o rito das emendas constitucionais, previsto no art. 5º, § 3º, da Carta da República.

A Convenção sobre de Nova York, na alínea “e” do preâmbulo, orienta que o conceito de deficiência deve ser analisado e atualizado de acordo com a evolução histórica e social, e indica que deve ser verificado à luz da dimensão social, ou seja, para além da pessoa com deficiência, em conformidade ao modelo social. Confirma-se a disposição do diploma internacional:

e) reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

De acordo com o paradigma da convenção internacional, o art. 2º da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), estabelece que a pessoa com deficiência é “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Já o art. 2º, §1º, da mesma lei, preconiza que a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, devendo ser promovida por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades; e a restrição de participação.

Sob esse viés, o modelo social, adotado nos atuais dispositivos da legislação pátria e internacional, aponta que a deficiência passa a ser vista como o resultado da interação entre as características individuais somadas às barreiras impostas pela sociedade e que, de algum modo, impossibilitam o exercício pleno de seus direitos e deveres.

Assim, ainda que a pessoa tenha alguma limitação corporal, de ordem mental ou sensorial, se a sociedade tiver condições para incorporar a diversidade, não há falar em

deficiência. A partir do modelo social, a deficiência transborda a medicina e perpassa pelas ciências sociais, pois resultante dos aspectos corporais da pessoa e da forma como a sociedade atuará para incluí-la no contexto social.

Os artigos 3º e 53, ambos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conceituam a acessibilidade, para melhor compreensão:

Art. 3o Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

I - Acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Art. 53. A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social.

O art. 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe à baila um importante requisito para materialização da igualdade que tratamos nesse tópico: a autonomia. Sem autonomia, torna-se impossível garantir que o princípio da igualdade material seja aplicado, fazendo com que tal norteador fique inócuo diante dessa violação. O mesmo dispositivo da lei trata de conceituar o que são as barreiras que possam inviabilizar o direito das pessoas com deficiência:

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;

Extrai-se que o legislador buscou, através de tais disposições, estabelecer o objeto da norma que é permitir, através da acessibilidade, que as pessoas com deficiência possuam autonomia e possam exercer a sua cidadania, em igualdade material com os demais brasileiros, tal como estabelecido pela Constituição da República. Adiante, o art. 54

relaciona uma série de disposições com a finalidade de efetivar o direito à acessibilidade, senão vejamos:

Art. 54. São sujeitas ao cumprimento das disposições desta Lei e de outras normas relativas à acessibilidade, sempre que houver interação com a matéria nela regulada:

I - a aprovação de projeto arquitetônico e urbanístico ou de comunicação e informação, a fabricação de veículos de transporte coletivo, a prestação do respectivo serviço e a execução de qualquer tipo de obra, quando tenham destinação pública ou coletiva; II - a outorga ou a renovação de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza;

III - a aprovação de financiamento de projeto com utilização de recursos públicos, por meio de renúncia ou de incentivo fiscal, contrato, convênio ou instrumento congêneres; e

IV - a concessão de aval da União para obtenção de empréstimo e de financiamento internacionais por entes públicos ou privados.

Le Corbusier, em sua obra "A Carta de Atenas" (Ed. USP, São Paulo, 1993), ensina que "as chaves do urbanismo estão nas quatro funções: habitar, trabalhar e recrear-se (nas horas livres), circular". Nos dias atuais, a acessibilidade urbana consiste em uma das funções sociais da pólis, e está incluída dentre as políticas sociais de desenvolvimento urbano a cargo do Estado, como papel de garantidor deste direito, que deve incluir e promover o acesso de pessoas com deficiência.

A partir da compreensão dos autores, denota-se que a acessibilidade, embora seja comumente mencionada referindo-se a pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, é um direito de todas as pessoas. Basta imaginarmos que, em uma calçada sem rampa de acesso, uma pessoa com carrinho de bebê enfrentará dificuldades, ainda que menores, semelhantes ao cadeirante ou de quem utiliza do apoio da bengala ou muletas para se locomover. A pessoa idosa, naturalmente, terá mais dificuldades para deambular e enfrentará obstáculos para subir em uma calçada sem rampa de acesso, ou muito alta.

A Convenção da ONU sobre os direitos da pessoa com deficiência define a acessibilidade como "assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação."

Evidencia-se que o legislador deu ênfase para a igualdade almejada e, desta forma, a acessibilidade constitui-se em uma ferramenta para que as desigualdades existentes sejam minimizadas, ao ponto em que as pessoas com deficiência não deixem de usufruir e gozar de tudo que a cidade oferece devido a uma limitação física ou mental.

Quando a barreira física impede que a pessoa com deficiência se locomova de maneira satisfatória ou tenha o acesso em pé de igualdade a quem não possui a deficiência, não há consolidação da norma inserida na Constituição Federal – igualdade e no Estatuto da Pessoa com Deficiência – acessibilidade.

Importante, portanto, conhecer a letra das legislações, sobretudo concernentes ao Estatuto da Cidade, para compreensão dos direitos desse público e identificar quando, eventualmente, tais direitos sofrerem algum tipo de violação.

4 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GARANTIA DA ACESSIBILIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal dispõe, em seu art. 127, que o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional, cuja função é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público (MP) atua como fiscal da ordem jurídica, ou, em latim, *custos legis*, motivo pelo qual demandas que envolvam violação ao direito à acessibilidade devem ser encaminhadas para o MP, que registrará a denúncia e oficiará o órgão ou estabelecimento que violou as normas para oferecimento de resposta e adequação às regras vigentes

O Ministério Público atua na defesa dos direitos das pessoas com deficiência .

Através da ouvidoria ou canal direto de notícias de fato, é possível ao interessado encaminhar relator de supostas violações de direitos de pessoas com deficiência, sejam realizados por particulares ou pelo próprio poder público ao deixar de promover determinada política social, dentre os quais aqueles relacionados à acessibilidade.

As notícias de fato têm um prazo determinado de solução até se tornarem um procedimento administrativo (interno). Caso a demanda não seja solucionada, o MP transforma o procedimento administrativo em inquérito civil. O artigo 6º da Lei n. 7.347/85 dispõe que "*Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção*".

Um instrumento também hábil para solucionar as demandas de acessibilidade é o TAC, o Termo de Ajustamento de Conduta. Assim estabelece o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Uma vez não cumprido o TAC, o Ministério Público propõe a Ação Civil Pública, com caráter judicial, que terá por objeto a condenação em dinheiro ou a obrigação de fazer ou não fazer, o que acarreta maior ônus ao réu da ação. A Cartilha para Pessoas com Deficiência disponível no site oficial do MP do Estado de Rondônia elenca conceitos de fácil compreensão pelo público em geral, como, por exemplo, quais os mecanismos utilizados para promover a acessibilidade:

[...]

Como exemplo, é necessário que:

» Se reserve nos estacionamentos, devidamente sinalizadas, vagas para veículos que transportem pessoa com deficiência; Os banheiros públicos em parques, praças e jardins sejam acessíveis e disponham de sanitário que atenda as pessoas com deficiência; » Os edifícios disponham, pelo menos, de um banheiro acessível e que tenha seus equipamentos e acessórios distribuídos de modo a facilitar seu uso pelos deficientes;

» Teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esportes, casas de espetáculos, salas de conferências e similares reservem, pelo menos, 2% da lotação do estabelecimento para pessoas em cadeira de rodas. Esses lugares deverão ser distribuídos pelo recinto em locais diversos, de boa visibilidade, próximos aos corredores, devidamente sinalizados, evitando-se áreas segregadas de público e a obstrução das saídas.

Cabe, portanto, a todos os cidadãos, com ou sem deficiência, notificar o Ministério Público em casos de violação do direito à acessibilidade, contribuindo para que a cidade seja mais acolhedora para toda a população.

CONCLUSÃO

Depreende-se dos estudos realizados que a Constituição Federal traz importantes previsões acerca dos direitos da pessoa com deficiência, dentre eles o direito a uma cidade acessível, ou seja, que não imponha obstáculos físicos, permitindo, portanto, que este público se integre ao ambiente social.

Verificou-se que a acessibilidade, embora tenha maior relação com pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, é um recurso que beneficia a toda população e perfectibiliza os direitos à dignidade da pessoa humana, à não discriminação e à inclusão social, princípios que devem ser observados como norteadores para a implementação de políticas públicas.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que inspirou as inovações existentes no Estatuto da Pessoa com Deficiência, apresentou como paradigma o modelo social da deficiência, que passa a enxergar o indivíduo a partir das barreiras impostas pela sociedade e pelo Estado, bem como as lacunas em favor de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, a fim de que o espaço urbano cumpra as disposições legais e constitucionais de forma eficaz, que realmente promova autonomia e independência a este público.

A promoção da acessibilidade, ou seja, a diminuição ou supressão de barreiras físicas que inviabilizem o acesso, é o meio mais eficiente de fazer com que pessoas com deficiência recebam um tratamento que lhes garanta equidade e maior equilíbrio nas relações sociais. Diversos diplomas legais contribuem para consolidação dessas normas, a saber, a Carta Magna, o Estatuto da Cidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O Ministério Público do Estado de Rondônia disponibiliza, em seu site oficial, uma cartilha de fácil compreensão, para que todos possam entender com clareza o conceito de acessibilidade e como podemos agir para contribuir com a sua execução. Em caso de violação, qualquer pessoa do povo pode comparecer ao Ministério Público Estadual e apresentar a notícia de fato.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eder Marques et. al. ACESSIBILIDADE URBANA NO ESTATUTO DA CIDADE: O PAPEL DO PLANO DIRETOR NA CONSTRUÇÃO DIALÓGICA DE CIDADES SUSTENTÁVEIS. IV Seminário Internacional Sociedade Inclusiva (Anais). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <http://proex.pucminas.br/sociedadeinclusiva/sem4/038.pdf>
Acesso em: 10 mai. 2023

BRASIL. Lei nº 10.257 – Estatuto da Cidade, Brasília: DF, Presidência da República, 2001.

_____, Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: DF, Presidência da República, 1988. _____, Lei nº 13.146 – Estatuto da Pessoa com Deficiência. Brasília: DF, Presidência da República, 2015.

_____, Decreto nº 6.949. Brasília: DF, Presidência da República, 2009. LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado – 17. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.733.468/MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/6/2018, DJe de 25/6/2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.062.069/SP. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 4/4/2023.

CORBUSIER, Le. "A Carta de Atenas". Disponível em PDF: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2974977/mod_resource/content/3/aula12_Corbusier_Le_A_Carta_de_Atenas.pdf> Acesso em 12 mai. 2023

Sítio Oficial do Ministério Público do Estado de Rondônia. Disponível em: <www.mpro.mp.br> Acesso em 12 mai. 2023.

Sítio Oficial do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 12 mai. 2023

A REPARAÇÃO CIVIL A CRIANÇA E ADOLESCENTES QUE SOFREM ABANDONO AFETIVO NO BRASIL

VIVIANE DE LIMA PEREIRA:
Doutorando pela UMSA –
Universidad Del Museo Social

Resumo: O direito de família é a área que tem uma evolução rápida devido o avanço rápido da sociedade e o surgimento de novos problemas com avanço da sociedade. O tema da minha pesquisa diz respeito a necessidade em ter uma legislação específica que tenha a previsão de reparação civil as crianças e adolescentes que sofram abandono afetivo de seus responsáveis de forma intencional. O problema do tema é não ter um aparato legal que determine uma reparação civil ao abandono afetivo, logo assim havendo uma lacuna jurídica que vem sendo suprida por alguns julgados que determina a indenização por danos morais a quem sofre abandono afetivo. Havendo um amparo legal que normatizasse a indenização a quem comete o abandono afetivo a crianças e adolescentes, impondo sanções. O objetivo do artigo é mostrar a necessidade de haver uma norma específica, a partir dos impactos negativos causados nos menores que são abandonados afetivamente, pois desencadeiam um abá-lo a saúde mental e causam traumas prementes nestas vítimas. Salienta-se que a legislação visando à proteção do filho, impõe deveres aos pais o que proporciona uma convivência familiar, e assim a relação de pais e filhos é vista através do afeto.

Palavras Chaves: Abandono. Afetivo. Crianças e adolescentes.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Proteção a Crianças e Adolescentes. 1.1. O Poder Familiar e suas atribuições. 2. O impacto do Abandono Afetivo. 3. A Normatização de Reparação de Danos Morais por Abandono Afetivo. 3.1. O Direito Como Forma de Coibir o Abandono Afetivo. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia foi uma proposta de estudo acerca da temática: “A Reparação Civil a Crianças e Adolescentes Que Sofrem Abandono Afetivo no Brasil”. Atualmente o conceito de família tornou-se muito amplo, abrangendo mães e pais solteiros, além das uniões homoafetivas. Não importa qual tipo instituição familiar, afinal os pais ou responsáveis devem valer-se de ética e afetividade.

Caracteriza-se como abandono afetivo a indiferença, omissão, negligência, ausência de amor e de assistência da obrigação constitucional de cuidar, bem como a privação do direito à comunhão familiar e dignidade da pessoa humana, que se dá em razão da ruptura da relação conjugal, normalmente pelo genitor não guardião ou decorrente da falta de

convívio originada de relacionamentos extraconjugais ou violência entre os indivíduos inseridos no núcleo familiar, causando diversos desdobramentos negativos na formação da personalidade da criança ou do adolescente.

Nesse contexto, o objetivo do trabalho foi mostrar a necessidade de haver uma norma específica, a partir dos impactos negativos causados nos menores que são abandonados afetivamente, pois desencadeiam um abá-lo a saúde mental e causam traumas prementes nestas vítimas.

Salienta-se que devido a nova perspectiva do contexto familiar, o padrão de família, viu-se ampliado, mas os pais continuam com o dever de assistir, criar e educar os filhos conforme a Constituição Federal em seus art. 227 c/c 229, sendo eles umas das normas primordiais no direito das crianças e adolescentes.

O tipo de delineamento utilizado na metodologia apoiou-se em uma pesquisa bibliográfica e qualitativa. Para compreender mais a temática em questão o presente estudo foi baseado em livros, artigos científicos, dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de leituras e fichamento, pesquisados em sítios da internet.

A justificativa da escolha do tema se deu devido a necessidade de aprofundamento do tema de tal relevância na atualidade, uma vez que, a gravidade da situação e os danos que isso pode causar por quem as sofre, interfere em toda sua vida, no seu psicológico, na sua convivência com a sociedade. Conforme Moraes (2020) o Código Civil em seu art. 186 diz que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Assim, procura-se demonstrar ao público acadêmico e demais interessado no assunto a gravidade da situação e esclarecer dúvidas acerca da reparação civil quando houver ausência de afeto dos pais em relação os filhos.

2 PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Estatuto da criança e do adolescente foi elaborado para fazer cumprir a lei 8.069 de 13 de julho de 1990 fala sobre as diretrizes sociais que incluía garantia do direito de proteção integral de todas as crianças, adolescentes e jovens (BRASIL, 1990). Se assenta no princípio de que:

Todas as crianças e adolescentes sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e se sujeitam a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo definitivamente com a ideia até então vigente de que o Juizado de

Menores seria uma justiça para os pobres, na medida em que, na doutrina da situação irregular, constatava-se que, para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente diferente (SARAIVA, 2003, p. 61)

Além disso, a ECA (BRASIL, 1990) determina que toda a criança e adolescente entre zero e 18 anos deve receber proteção integral e especial. Sendo assim, o ECA veio para proteger integralmente a criança e ao adolescente. É uma lei inovadora que chegou para extinguir o regime de internato adotado desde a colonização do Brasil, cerca de 440 anos atrás.

“Em seus capítulos, artigos e parágrafos, acompanhando as recomendações internacionais sobre o assunto, o ECA discorre sobre as condições necessárias ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, a que todas as crianças brasileiras têm direito. Os direitos básicos que passam a ser garantidos, com absoluta prioridade, estão no artigo 4º da lei e são referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (LEITE, 2001, p. 40).

Para a infância e adolescência brasileira o ECA sugere um novo olhar, como afirma Garcia (2009) o ECA foi a 1ª legislação aprovada de acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual prevê a proteção integral e vem substituindo as medidas de controle e repressão para uma perspectiva de direito e de possibilidades, que reconhece a criança e adolescente como sujeitos de direitos, está lei se apresenta com um novo paradigma ético, de direitos, em todas as suas dimensões.

Nele está garantido no Artigo 4º:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990, p.4).

Conforme consta no Artigo 18º. do ECA: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1990. p. 8).

O ECA contempla o entendimento que envolve a integração das deliberações sobre as políticas para a infância e para a adolescência à nova organização sociopolítica do país.

Nesse contexto, as leis são concebidas como instrumentos necessários à democracia. Trata-se de uma reversão de concepções e práticas que guardam aproximações com as 'lutas' desencadeadas na década de setenta, em prol da democratização das relações sociais (SILVEIRA, 2004; p.63).

Também se afirmar que o ECA dispõe sobre a construção de relações democráticas quanto às decisões e gerenciamento das políticas, na qual se torna necessária "a parceria, politicamente instituída, entre Estado e sociedade. Trata-se de uma relação de negociação fundada em compromissos e numa agenda pública acordada entre ambos" (SILVEIRA, 2004, p.86).

Nesse contexto, o ECA (BRASIL, 1990) estabelece linhas de ação da política de atendimento e programas sociais, serviços de prevenção, entidades de atendimento, medidas de proteção e organização pública. Cabe citar que a partir do ECA, os avanços no atendimento à criança e ao adolescente, garantia dos direitos pessoais e sociais, através da criação de oportunidades e facilidades que visem ao seu desenvolvimento físico, mental, moral e social, em condições de liberdade e respeito.

Dentre esses direitos pessoais tem-se a medida protetiva de Acolhimento Institucional e a Doutrina da Proteção Integral, está diz respeito a saúde relacionada aos aspectos da integridade física, moral e psicológica, assim como ao seu desenvolvimento social como os ligados a educação, lazer, profissionalização e à convivência familiar e comunitária. Entre os avanços trazidos pelo ECA tem-se a substituição da expressão "menor" que dá lugar à nomenclatura "Criança e Adolescente", que traduz respeito e incorpora o sentido real dos sujeitos humanos (BRASIL, 1990, p.21,25).

No art. 88, o ECA estabelece algumas diretrizes, com o fim de levar à efetivação das linhas de ação, visando sempre ao bem-estar da criança e do adolescente (MACHADO, 2011):

Municipalização do atendimento; Criação de Conselhos de Direitos nos três níveis governamentais (União, Estados e Municípios), com caráter deliberativo e controlador e de constituição paritária; Criação e manutenção de programas específicos observando-se a descentralização político administrativa; Manutenção de fundos de direitos da criança e do adolescente vinculados aos respectivos Conselhos de Direitos; Integração operacional de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Segurança Pública e Assistência Social para o efeito de atendimento ao adolescente, autor de ato infracional; Mobilização da opinião pública

no sentido de promover a participação efetiva e ampla da sociedade na elaboração e execução da política (MACHADO, 2011, p.07).

Tais diretrizes foram concebidas como marcos para orientar ações na área e estão organicamente articuladas com as linhas de ação previstas no art. 86; esse artigo fala das políticas sociais e dos programas de assistência social, os quais, tem-se a proteção jurídico-social e o atendimento médico e psicossocial, programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio família das vítimas de “maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão, dentro desse atendimento se efetiva a busca pelo pais ou responsável pelas crianças e adolescentes desaparecidos” (MACHADO, 2011, p.07).

Nota-se assim, que o estatuto, prioriza a convivência familiar, a criança é vista como sujeitos de direitos, em condição de desenvolvimento, em seu artigo 101 enfatiza a medida de abrigo como provisória e excepcional e o artigo 23 cita que “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão de poder familiar” (BRASIL, 1990, p.4). É ainda citado no ECA que, não havendo fato motivador da retirada da criança de sua família, ela deve permanecer.

Em conformidade com os princípios e as diretrizes estabelecidas, cabe citar o trabalho de Pereira (1998), que faz uma comparação das leis que tratam da institucionalização de menores. A Lei 6.697/1979, que diz respeito ao instrumento de controle social da infância e da adolescência vítima da omissão e transgressão da família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos. O decreto 17.943/1927, que aborda que o instrumento de proteção e vigilância da infância e da adolescência, vítima da omissão e transgressão da família, em seus direitos básicos e o ECA (Lei 8.069/1990), que trata do instrumento de desenvolvimento social, voltado para o conjunto da população infanto-juvenil do País, garantindo proteção especial àquele segmento considerado de risco pessoal e social.

2.1 O PODER FAMILIAR E SUAS ATRIBUIÇÕES

O próprio Código Civil estabelece que poder familiar deve ser exercido de forma igualitária pelos pais, onde mediante separação não interfere nesse atributo. Deste modo, Figueiredo (2017), afirma que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, tampouco do genitor destituído da guarda física dos filhos, sendo apenas mitigada em razão da titularidade da guarda, tendo em vista que o ascendente guardião exercerá os poderes gerais e imediatos individualmente, e as situações mais complexas serão decididas entre os genitores com bom relacionamento sempre que for possível. No entanto, verifica-se com frequência que muitos pais se utilizam dos filhos como instrumento de vingança e de chantagem após a ruptura do relacionamento para atingir o outro genitor, ocasionando abalos psíquicos e prejudicando o desenvolvimento da criança.

Assim, a responsabilidades dos pais em relação aos seus filhos, dispõe no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, o que é o dever dos pais assistir, criar, e educar os filhos menores, corroborado pelo artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente que aduz a incumbência dos pais do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, sendo que tais obrigações visam a promoção do sadio crescimento da prole, a fim de assegurar direitos inerentes a vida, dignidade, respeito, liberdade, alimentação, educação, esporte, lazer, cultura e convivência familiar e comunitária (FIGUEIREDO, 2017).

Destarte, importa considerar que a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 5º, ao dispor que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, coadunam com o expresso no artigo 1.631, do Código Civil sobre a igualdade completa no tocante à titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges ou companheiros e na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade (FRIGATO, 2011).

Assim, o poder familiar é exercido com base no interesse do menor, podendo “o Estado, interferir nessa relação, podendo ser definido como: um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais”, para que estes possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho (DINIZ, 2009, p. 514).

Salienta-se ainda que “o filho passou de objeto de direito a sujeito de direito, sendo que o poder familiar não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais” (DIAS, 2010, p. 383). Considera-se ainda que o pai, ou a mãe, vir abusar de sua autoridade, não cumprindo com os deveres que estes possuem com os filhos, ou arruinando seus bens, o juiz ou Ministério Público poderão, a requerimento de algum parente, adotar a medida que lhe pareça reclamada, com base no melhor interesse do menor, inclusive suspendendo o poder familiar, quando convir.²⁷³

Reforça-se que os excessos do exercício desse poder segundo Santos (2015), podem implicar em diversas sanções, sendo a perda do poder familiar medida excepcional e subsidiária, sendo aplicada somente quando outras medidas ou suspensão não forem

273 Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar quando convenha. Parágrafo único. Suspendesse igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

suficientes para proteger, da melhor forma, a criança e adolescente e apenas por ato judicial.

3 O IMPACTO DO ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo se caracteriza pela indiferença, omissão, negligência, ausência de amor e de assistência da obrigação constitucional de cuidar, bem como pela privação do direito à comunhão familiar e dignidade da pessoa humana, que se dá em razão da ruptura da relação conjugal, normalmente pelo genitor não guardião ou decorrente da falta de convívio originada de relacionamentos extraconjugais ou violência entre os indivíduos inseridos no núcleo familiar, causando diversos desdobramentos negativos na formação da personalidade da criança ou do adolescente (FIGUEIREDO, 2017).

Nesse contexto, o afeto deve ser analisado com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e o da proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente, posto que "são os alicerces do direito de filiação e mediante os quais se busca uma maior efetividade da legislação existente em prol dos filhos" (WELTER, 2009, p.56).

Defende-se que mais que gerar, dar à luz a um ser, os genitores devem tomar conhecimento dos direitos, deveres e cuidados que são garantidos aos filhos. Isto segundo pensamento do autor Almeida (2009), "nos leva a dar valor à família, a legislação, onde serão criados direitos e deveres a todos pais, filhos, cônjuges baseados na dignidade da pessoa".

É necessário compreender que:

O direito de família, por outro lado, ganhou contornos novos com sua inclusão, de forma acentuada, na Constituição Federal de 1988. Regras agora de natureza hierárquica superior orientam as normas infraconstitucionais, dando maior proteção a direitos que antes tinham tratamento de simples interesse particular. [...] A plêiade de assuntos trazidos pela Constituição de 1988 trouxe defensores de uma atual natureza jurídica pública do direito de família, ou da constitucionalidade desse ramo do direito. Os princípios e regras de natureza constitucional hoje existentes, garantem força a este entendimento (ALMEIDA, 2009, p. 382).

Assim, a legislação visando à proteção do filho, de acordo com o autor acima, impõe deveres aos pais o que proporciona uma convivência familiar, e assim a relação de pais e filhos é vista através do afeto, ou seja, também é dever dos pais o afeto, cuidado, assistência e educação.

Relata-se ainda que é fundamental a presença dos pais para a formação da personalidade dos filhos, uma vez que a ausência destes pode ocasionar transtornos psicológicos, advindos da omissão do afeto por parte de algum dos genitores (REALE, 1989).

Neste íterim, a convivência e assistência moral são deveres de ambos os pais, não importa a distância. Filhos podem requerer danos morais contra seu genitor caso ele não cumpra seu papel. Na justificativa do projeto foi esclarecido que "a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação" (Senador licenciado Marcelo Crivella) (CORONETTI, 2018).

Diante do abandono afetivo, tem-se consequências extremamente desagradáveis que podem resultar em graves danos psicológicos e sociais, dificilmente reversíveis (BRAGA, 2011). Deste modo,

A psicologia aponta que a omissão pode desenvolver nos filhos sintomas de rejeição, baixa autoestima, insuficiente rendimento escolar, consequência que perduram por toda a vida, afetando a vida profissional e social destes futuros adultos na forma como se relacionam com os outros. É comum que a criança que sofre do abandono afetivo tenha uma baixa na autoestima e na forma como se relaciona com as outras crianças (CORONETTI, 2018, p. 58).

A psicologia defende que, a negligência deliberada por parte daquele genitor, independente do motivo, pode levar a distúrbios de personalidade da criança. Alguns pais acreditam que o sustento material seria o suficiente para o pleno desenvolvimento da criança, descuidando-se das necessidades de aspecto moral e afetivo e se esquivando do dever de convivência familiar (JARDIM, 2010).

O dever dos pais de dar afeto, carinho e amor aos filhos é primeiramente uma conduta moralmente exigível. Enfatiza-se que o intuito dessa reparação é coibir a prática constante da paternidade irresponsável. Isso é, possui função pedagógica, com o propósito de não só compensar a vítima pelo dano sofrido, como também "punir o causador do dano e desestimular outras pessoas que eventualmente poderiam violar o dever de cuidado, para as próximas situações de abandono, demonstrado que há um posicionamento firme do judiciário em relação a este ato altamente reprovável e ilegal", que prejudica o desenvolvimento daquele que foi abandonado (SCHUH, 2006, p.67).

Considera-se ainda, de acordo com Pereira (2004, p. 383), "ausência do pai ou, até mesmo, materna, tende a ensejar graves sequelas na estruturação psíquica e material da

criança, repercutindo nas relações sociais”, visto que é incumbência da família agregar e socializar o filho, passar valores e ensiná-lo a agir como sujeito. Caso contrário, constrói-se pela omissão afetiva um ambiente nitidamente prejudicial ao desenvolvimento e formação da criança.

3.1 A NORMATIZAÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO

O Artigo 229, da nossa Constituição Federal, que diz que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (VADE MECUM, 2017, p. 623).

Neste vetante, e do ponto de vista jurídico, o amor é facultativo, porém o cuidar é dever. E a obrigação dos pais biológicos ou adotivos com seus filhos é a de serem responsáveis por suas vidas, protegendo, orientando e provendo seu sustento (CORONETTI, 2018).

Muitos dos pais que deixam de residir com seus filhos, se preocupam apenas com a questão econômica da criança, num sentido de garantir sua manutenção com o pagamento de uma pensão alimentícia, sem se preocuparem em fiscalizá-los e até mesmo promover afeto e acabam se esquecendo de que o papel principal de um genitor é justamente demonstrar afeto, confiança, carinho para seu filho (ANDRADE, 2021).

Nesse caso, é importante ressaltar que o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para tratar do abandono afetivo de incapaz, tipifica o crime de abandono afetivo de incapaz, em que incorre quem deixa de prestar assistência afetiva, moral, psíquica ou social a pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade. Altera o código civil para reconhecer que o abandono enseja indenização pelos danos causados.²⁷⁴

Andrade (2021, p.41) discorre que: “o que está sob tutela do Direito não é o sentimento em si, mas sim direitos e princípios constitucionais que são assegurados a qualquer indivíduo, em especial às crianças, e não obstante os deveres dos genitores ao poder familiar que devem exercer aos seus, que é previsto em lei”.

Dessa forma expõe-se que:

Artigo 186 do Código Civil, ao discorrer que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato

²⁷⁴ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139986>

ilícito” e é indispensável para configuração do dano a existência de uma conduta, nexo de causalidade e culpa.

o Artigo 927 do referido diploma legal, corroborado à responsabilidade civil, nasce o dever de repará-lo – ou seja, aquele que, por ato ilícito (Art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (CORONETTI, 2018, p. 1158-1391).

Sendo assim, a responsabilidade civil pelo abandono afetivo se mostra necessária visto que uma regra jurídica foi violada. Assim sendo, “o dever se indenizar surge justamente da ausência da relação paterno filial, pois a construção da personalidade humana se estrutura no dever inerente ao poder familiar de zelar, cuidar, dar afeto aos seus filhos” (LOPES, 2013, p. 39).

Por outro lado, o dano moral incide na afetação dos direitos da personalidade da pessoa, ao qual oscila a tranquilidade psíquica desta. Diante do abandono afetivo, depara-se com vastos desgastes psicológicos, que acaba, pois, afetando a dignidade da criança ou adolescente e acarreta uma série de problemas como dor, angústia e desprezo (CAVALIERI FILHO, 2008).

Cabe citar ainda que tem-se projetos de lei que visam, segundo Braga (2011), regular a matéria, dentre eles o Projeto de Lei nº 700 de autoria do Senador Marcelo Crivela, atualmente em tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, que visa alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, de modo a garantir a aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos. Este projeto pretende acrescentar ao art. 5º do mencionado Estatuto o seguinte parágrafo único: “Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral” (BRAGA, 2011, p. 60).

Reforça-se que não se trata da reparação ou restituição de uma coisa, cujo conteúdo tenha cunho pecuniário, trata-se, por exemplo, do descumprimento de deveres dos pais em relação aos filhos, referentes à assistência moral e material (Carvalho, 2018). Igualmente, artigo 186 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, discorre que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (JUSBRASILL, 2018).

3.1.1 O Direito Como Forma de Coibir o Abandono Afetivo

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como foco “a proteção ao afeto, eis que está busca amenizar os conflitos havidos nas relações de interesses individuais e ainda as relações de interesse social dentro do direito de família” (WELTER, 2009, p. 57).

Neste diapasão aponta-se:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional lhe dá especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares, o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (DIAS, 2006, p.62).

Diante disso, a jurisprudência no caso de abandono afetivo tem se posicionado segundo Santos (2015)], no sentido de ter natureza de reparação civil, logo, sujeito à prescrição, que consiste em 3 anos, consoante Artigo 206, V, do Código Civil, contado de quando se atingiu a maioridade, tendo em vista que não corre a prescrição enquanto houver sujeição ao Poder Familiar (Artigo 197, II, c/c 1.630 ambos do Código Civil).

Como se observa no julgado:

PROCESSUAL CIVIL. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL E MATERIAL. PRESCRIÇÃO. 1. Prescreve em 3 anos a ação de indenização por abandono afetivo, contados a partir da maioridade. Inteligência do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. 2. A reparação por danos morais e materiais decorrentes do abandono afetivo possui caráter econômico, motivo pelo qual não pode ser admitida como imprescritível. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - APC: 20140710162878 DF 0015915-14.2014.8.07.0007, Relator: SEBASTIÃO COELHO, Data de Julgamento: 24/09/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 06/10/2014. Pág.: 199) (SANTOS, 2015, p. s/n).

Corroborando com o assunto, afirma-se que a própria Constituição Federal garante aos filhos a assistência material e moral, incluindo nesta o afeto como direito dos filhos, cabendo aos pais não se limitarem apenas aos aspectos materiais (FIGUEIREDO, 2017).

Nessa perspectiva, convém discorrer sobre o julgamento pioneiro foi proferido na comarca de Capão da Canoa, em 2003, no Rio Grande do Sul, cuja sentença reconheceu

segundo Braga (2011, p. 66), o “direito à indenização de uma filha de 23 anos, abandonada afetivamente pelo pai aos 10 anos, embora a pensão alimentícia fosse paga regularmente”. Na sentença, o juiz reconheceu que o descaso e a rejeição do pai em relação à filha violaram sua honra e imagem de modo a ensejar o reconhecimento da obrigação de reparar o dano com fulcro no art. 5º, X da Carta Magna e no art. 22 do ECA. Eis o fundamento da sentença:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam dos pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. (processo n.º 1.030.012.032-0, 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, RS, juiz Mario Romano) (Braga, 2011, p. 67) O Tribunal do Rio Grande do Sul, entendeu que restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos morais e materiais (apelação cível nº 70021427695, rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 29/11/2007) (BRAGA, 2011).

Some-se a isto um outro caso levado ao Judiciário, com o mesmo intento de se obter reparação pelos danos gerados por força do abandono, de acordo com Lopes (2013), o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em recente decisão, já passou a reconhecer a viabilidade da concessão desta tutela, ainda que em hipóteses excepcionais, *verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO EM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONALMENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIO AO DIREITO DA

PERSONALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDOTA DO GENITOR CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO.

IMPROCEDÊNCIA.

1.A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional. 2.Na espécie, o Réu descobriu a existência de seu filho apenas 20 anos após o nascimento deste, sendo que aquele morava na Rússia em razão de serviço público.

3.A conduta do genitor apta a dar azo à "reparação" de direito da personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do desprezo com relação a sua pessoa. 4.Não se vislumbram tais requisitos se o pai, tanto por desconhecimento desta condição, quanto por contingências profissionais, aceitou a paternidade sem contestar, mas não pôde ter contato mais próximo com seu filho, mormente tendo em vista jamais ter a genitora o procurado para exigir participação na criação da criança ou ao menos dizer que estava grávida. 5.Recurso conhecido e desprovido (Lopes, 2013, p. 45).

Contudo, lembra-se que é exatamente a carência afetiva, "tão essencial na formação do caráter e do espírito do infante", que acaba por justificar a reparação pelo irrecuperável agravo moral que a " falta consciente deste suporte psicológico causa ao rebento, sendo muito comum escutar o argumento de não ser possível forçar a convivência e o desenvolvimento do amor, que deve ser espontâneo e nunca compulsório", como justificativa para a negativa da reparação civil pelo abandono afetivo (MADALENO, 2011, p. 376).

Diante disso, no dia 9 de setembro de 2015, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) aprovou o Projeto de Lei do Senado (PLS 700/2007) que modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente e impõe reparação de danos por parte do pai ou da mãe que deixar de prestar assistência afetiva a seus filhos, seja pela convivência ou visitação periódica.

Em suma, mais que gerar, dar à luz a um ser, os genitores devem tomar conhecimento dos direitos, deveres e cuidados que são garantidos aos filhos. Assim, a legislação visando à proteção do filho, impõe deveres aos pais o que proporciona uma convivência familiar, e assim a relação de pais e filhos é vista através do afeto, ou seja, também é dever dos pais o afeto, cuidado, assistência e educação.

3.1.2 Medidas Cautelares

a) Juiz pode afastar pais negligentes: Conforme Vieira (2015) a negligência do pai ou da mãe também será incluída entre as hipóteses que permitirão a um juiz determinar, como medida cautelar, o afastamento do denunciado da moradia. Hoje as hipóteses admitidas para a adoção dessa medida são apenas as de abuso sexual e maus-tratos. Outra mudança importante é que os diretores das escolas de ensino fundamental também passam a ter a responsabilidade de comunicar ao Conselho Tutelar casos de negligência, de abuso ou de abandono afetivo a que tomem conhecimento

Enfatiza-se que o intuito dessa reparação é coibir a prática constante da paternidade irresponsável. Isso é, possui função pedagógica, com o propósito de não só compensar a vítima pelo dano sofrido, como também “punir o causador do dano e desestimular outras pessoas que eventualmente poderiam violar o dever de cuidado, para as próximas situações de abandono” (SCHUH, 2006, p.67).

b) A suspensão do poder familiar: O Artigo 1.638 prevê de acordo com Santos (2015), as hipóteses da destituição:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – Castigar imoderadamente o filho;

II – Deixar o filho em abandono;

III – Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente

Diante da suspensão e extinção do poder familiar, o magistrado poderá liminarmente ou incidentalmente, decretar a suspensão da autoridade parental. Nesse contexto,

Sendo o poder familiar um *munus público*, que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado privar o genitor de seu exercício temporariamente (DINIZ, 2011, p. 600).

Portanto, se os pais abusarem da autoridade e faltarem com os deveres a eles inerentes ou arruinares seus bens, o juiz assegurará a segurança destes. Assim, devendo

os pais em razão da negligência quanto aos deveres inerentes do poder familiar, serem responsabilizados civilmente pelas faltas e danos cometidos (FIGUEIREDO, 2017).

C) Doutrina e jurisprudência: Salienta-se que na doutrina, há divergência sobre a caracterização do abandono afetivo como um dano moral passível de indenização. Alguns autores entendem que não é possível mensurar o dano emocional causado pela falta de afeto, enquanto outros defendem que a reparação é cabível em casos de abandono comprovado.

Assim, verifica-se que Maria Berenice Dias, Bernardo Castelo Branco, Rui Stoco, se posicionam favoravelmente à reparação civil do dano moral decorrente do abandono afetivo na filiação: “comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado”(DIAS, 2009, p.46). Cabe ainda salientar que:

[...] o que se põe em relevo e exsurge como causa de responsabilização por dano moral é o abandono afetivo, decorrente do distanciamento físico e da omissão sentimental, ou seja a negação de carinho, de atenção, de amor e de consideração, através do afastamento, do desinteresse, do desprezo e falta de apoio e, às vezes, da completa ausência de relacionamento entre pai (ou mãe) e filho (Stoco, 2007, p.42). A conduta omissiva dos pais no tocante à formação moral dos filhos, permitindo-lhes o livre acesso a ambientes nocivos ao seu desenvolvimento, ao contato com jogos, álcool e drogas, entre outros fatores deturpadores da personalidade, constitui, portanto, a adoção de comportamento ilícito, uma vez que viola um dever juridicamente imposto aos titulares do poder familiar (BRANCO, 2006, p. 194).

Assim, percebe-se que, para os autores acima citados, deve haver indenização do dano moral provocado pela conduta omissiva do pai em cumprir o dever de convivência familiar, tendo em vista que o descumprimento deste dever impossibilita o desenvolvimento intelectual, emocional e social da criança. A conduta omissiva do pai, portanto, atenta contra a dignidade da criança e causa-lhe transtornos irreversíveis, sendo caracterizado como ato ilícito gerador do dever de indenizar (MACHADO, 2012) .

Outra tese defendida pelos opositores da reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo é a de que ninguém pode obrigar um pai a amar um filho, sendo este o cerne da questão. Nestes termos, para Lizete Schuh:

É dificultoso cogitar-se a possibilidade de determinada pessoa postular amor em juízo, visto que a capacidade de dar e de receber

carinho faz parte do íntimo do ser humano, necessitando apenas de oportunidades para que aflore um sentimento que já lhe faz parte, não podendo o amor, em que pese tais conceitos, sofrer alterações histórico-culturais, ser criado ou concedido pelo Poder Judiciário (SCHUH, 2006, p. 67-68).

Não obstante, em defesa da corrente doutrinária que admite a reparação pecuniária, se põe Giselda Hironaka, rebatendo o argumento acima referido:

[...] é certo que não se pode obrigar ninguém ao cumprimento do direito ao afeto, mas é verdade também que, se esse direito for maculado – desde que sejam respeitados certos pressupostos essenciais – seu titular pode sofrer as consequências do abandono afetivo e, por isso, poderá vir a lamentar-se em juízo, desde que a ausência ou omissão paternas tenham-lhe causado repercussões prejudiciais, ou negativas, em sua esfera pessoal – material e psicológica – repercussões estas que passam a ser consideradas, hoje em dia, como juridicamente relevantes (HIRONAKA, 2007, p. s/p).

Diante do exposto pode-se inferir que, a perda do poder familiar refere-se a motivos mais graves onde não cabe somente a suspensão, a perda é atribuída aos pais, para grande parte da doutrina, deve haver uma análise responsável e prudente dos requisitos autorizadores da responsabilização civil nos casos de abandono afetivo.

No âmbito da jurisprudência, o entendimento dos tribunais tem sido cada vez mais favorável à possibilidade de indenização por abandono afetivo. Em 2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu o direito à indenização por danos morais em caso de abandono afetivo, estabelecendo que a responsabilidade decorrente da falta de afeto entre pais e filhos é objetiva e independe da demonstração de culpa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1002407790961-2, corroborou o entendimento de que a omissão afetiva dos genitores não caracteriza ilícito por inexistir obrigação de dedicar amor:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA.
A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o

abandono afetivo como passível de indenização. (Apelação Cível nº 1002407790961-2, 12º Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 11.02.2009, DJ 13.07.2009) (BRAGA, 2011, p.62).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente julgamento da Apelação nº 0004614-77.2009.8.26.0634, ocorrido em abril de 2011, negou indenização por abandono afetivo, sob o fundamento de que este não caracteriza ilícito, bem como não cabe ao Judiciário adentrar nas questões de cunho sentimental, pois o carinho não se impõe, se conquista (LOPES, 2013).

Vale também, aqui, mencionar o julgamento pioneiro que foi proferido na comarca de Capão da Canoa, em 2003, no Rio Grande do Sul, cuja sentença reconheceu segundo Braga (2011, p. 66), o “direito à indenização de uma filha de 23 anos, abandonada afetivamente pelo pai aos 10 anos, embora a pensão alimentícia fosse paga regularmente”. Na sentença, o juiz reconheceu que o descaso e a rejeição do pai em relação à filha violaram sua honra e imagem de modo a ensejar o reconhecimento da obrigação de reparar o dano com fulcro no art. 5º, X da Carta Magna e no art. 22 do ECA. Eis o fundamento da sentença:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam dos pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. (processo n.º 1.030.012.032-0, 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, RS, juiz Mario Romano) (BRAGA, 2011, p. 67).

Cabe ainda citar a decisão proferida pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG) que, seguindo a mesma linha de argumentação das decisões supramencionadas, reformou a sentença proferida pela 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - MG, para condenar o pai ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), independentemente do descumprimento da prestação alimentar, ao argumento de que restou configurado nos autos o dano à dignidade do menor, provocado pela conduta ilícita do pai que não cumpriu

o dever que a lei lhe impõe de manter o convívio familiar com o filho (MACHADO, 2012, p. s/p).

A ementa encontra-se assim redigida:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG, AC 4085505-54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível, Rel. Juiz Unias Silva, julg. 01.04.2004, pub. 29.04.04) (MACHADO, 2012, p. s/p).

Por oportuno, transcreve-se o atual posicionamento da Corte Superior:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de

criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e

inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, Resp 1159242 / SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 24.04.12, DJe 10.05.12) (MACHADO, 2012, p. s/p).

Ademais, diversos casos têm sido julgados pelos tribunais brasileiros com o reconhecimento do direito à indenização por abandono afetivo. No entanto, é importante ressaltar que cada caso é analisado de forma individual e que a comprovação do abandono e dos danos sofridos pela criança ou adolescente é fundamental para a obtenção da reparação pretendida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abandono afetivo é um problema real, expresso no ordenamento jurídico e diz respeito à obrigação de cuidado e não ao sentimento em si. Caracteriza pela indiferença, omissão, negligência, ausência de amor e de assistência da obrigação constitucional de cuidar, bem como pela privação do direito à comunhão familiar. Visto que, a própria Constituição Federal garante aos filhos a assistência material e moral, incluindo nesta o afeto como direito dos filhos, cabendo aos pais não se limitarem apenas aos aspectos materiais. No entanto, do ponto de vista jurídico, o amor é facultativo, porém o cuidar é dever.

Deste modo, conforme visto no decorrer do trabalho, para haver uma condenação indenizatória diante do abandono, é imprescindível que seja levado em conta a culpa do genitor, quanto à sua conduta omissiva, e os danos ocasionados no filho.

Ficou claro que a responsabilidade civil representa a ideia de que alguém tem de reparar um prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. A obrigação do exercício do poder familiar dos pais em relação aos filhos concerne no dever jurídico originário e a sua ausência gera necessidade de sua reparação, em decorrência da responsabilidade civil. Diante disso, cabe indenização por danos morais e materiais, uma

vez que não existe o pagamento da indenização para restabelecer o amor e sim o dever de cuidar.

Espera-se que esse artigo sirva de base para novos estudos sobre a reparação por meio de indenização decorrente do abandono afetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *O direito de família e a Constituição de 1998*. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009

ANDRADE, Leticia Aoyaguide. *A responsabilidade civil por Abandono afetivo*. 59f. (Monografia) apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba/Paraná. 2021

BRAGA, Denise Menezes. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo*. 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre201.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA*. Lei nº 8.069 de 13/07/1990. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/camara/estatuto_crianca_adolescent_e_9ed.pdf> Acesso em 23 set. 2022.

BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. *Responsabilidade civil por abandono afetivo*: Decisão do STJ. 2018

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12248> Acesso em: 23 set. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, 8ª ed, São Paulo: Atlas, 2008

CORONETTI, Michele. *Abandono afetivo. O que diz a lei?* 2018.

Disponível em: < <https://familia.com.br/9878/abandono-afetivo-o-que-diz-a-lei>>. Acesso em: 25 set. 2022

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 11º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. Vol. 5. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

FIGUEIREDO, Ana Paula Coelho Dourado. *A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo*. 2017. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a03.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2022

FRIGATO, Elisa. *Poder Familiar: Conceito, característica, conteúdo, causas de extinção e suspensão*. 2011. Disponível em:
<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>>. Acesso em: 25 set. 2022

GARCIA, Mariana Ferreira. *A constituição Histórica dos direitos da criança e do adolescentes: do abrigo ao acolhimento institucional*. 2009

Disponível em: <tcc.bu.ufsc.br/Ssocial283137.pdf> Acessado em 25 set. 2022

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material*. 2007. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289>>. Acesso em 09 mar. 2023

JARDIM, Camila Jaime de Moraes. *Dano decorrente de abandono afetivo*. 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/828/2/.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2022

JUSBRASIL. *Artigo 186 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*

Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=ART.+186+%2C+CC>>. Acesso em: 26 set 2022.

LEITE, Ligia Costa. *Meninos de Rua: a infância excluída no Brasil*. Coordenação Wanderley Loconte. São Paulo: Atual, 2001.

LOPES, Barbara Barros de Sousa. *O abandono afetivo sob a ótica do dever de cuidado*. 2013

Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5265/1/RA20902695.pdf>>.
Acesso em: 27 set. 2022

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. *Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação*. 2012. Disponível em:
<<https://ibdfam.org.br/artigos/861/An%C3%A1lise+doutrin%C3%A1ria+e+jurisprudencia+acerca+do+abandono+afetivo+na+filia%C3%A7%C3%A3o+e+sua+repara%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 27 set. 2022

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011

MORAES, Leicimar.. *Abandono afetivo e a responsabilidade civil*. 2020. Disponível em:
<<https://direitoreal.com.br/artigos/abandono-afetivo-e-a-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 26 set. 2022

PEREIRA, R. C. Pai, por que me abandonastes? In: C. C. Farias, *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004,

REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989

SANTOS, Barbara Silva. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo - Teoria do desamor*. 2015. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-decorrente-de-abandono-afetivo-teoria-do-desamor,54489.html>> Acesso em 27 set. 2022

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abril/maio 2006

SILVEIRA, Darlene de Moraes. 203f. *O Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente – Florianópolis: cultura política e democracia*. Dissertação de Mestrado em Serviço Social – PUC, São Paulo, 2004

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VADE MECUM SARAIVA. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIEIRA, Sergio. *Abandono afetivo' de filhos pode virar crime*. 2015. Disponível em:
<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/09/abandono-afetivo-de-filhos-pode->

virarcrime#:~:text=Juiz%20pode%20afastar%20pais%20negligentes,abuso%20sexual%20e%20maus%2Dtratos.> Acesso em 27 set. 2022

WELTER, Pedro Belmiro. Teoria tridimensional no direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, 10 (8), 104-123. 2009

A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

NATÁLIA NUNES FERNANDES:

Acadêmica de Direito, Universidade de Gurupi – UNIRG²⁷⁵.

JAQUELINE DE KASSIA RIBEIRO DE PAIVA²⁷⁶

(orientadora)

RESUMO: O objetivo desse artigo é relatar a situação atual do sistema prisional brasileiro e os seus problemas. A Constituição Federal prevê expressamente a responsabilidade do Estado perante todos os cidadãos, garantindo-lhes direitos e deveres fundamentais, abrangendo também a população que ingressa no Sistema Penitenciário, e assegura ao detento a volta ao convívio da sociedade. Sabe-se que a barreira enfrentada é gravíssima, pois a realidade é superlotação, violência, falta de recursos e desafios da ressocialização. Cuida-se de pesquisa bibliográfica, utilizando-se doutrinas, artigos, jurisprudências e reportagens a respeito do assunto. Portanto, essa pesquisa ressaltará a realidade carcerária no Brasil e tudo o que ela acaba por interferir na realidade social, assim como todas as consequências psicológicas e sociais.

Palavras-chave: Penas, Sistema Penitenciário Brasileiro, ressocialização;

THE CRISIS IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

ABSTRACT: The purpose of this article is to report the current situation of the Brazilian prison system and its problems. The Federal Constitution expressly provides for the State's responsibility towards all citizens, guaranteeing them fundamental rights and duties, also covering the population that enters the Penitentiary System, and ensures the detainee's return to society. It is known that the barrier faced is very serious, because the reality is overcrowding, violence, lack of resources and challenges of resocialization. It is a bibliographic research, using doctrines, articles, jurisprudence and reports on the subject.

275 Contato: natalia_nunes@hotmail.com.

276 , Graduação em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de Gurupi (1999) e Doutorado em - Ciências Jurídico-Sociais - Universidad del Museo Social Argentino (2019). Mestre em Gestão de Políticas Públicas - UFT (2019), Especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental - UNB (2005) e Ciências Criminais - ATAME (2021). Atualmente é advogada e professora titular da Universidade de Gurupi e Unitins, membro - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Tocantins. Sócia-fundadora do Escritório Ribeiro e Pereira Advogadas. Foi subprocuradora geral do Município de Gurupi-TO (Dec. 042/2021). Facilitadora de Justiça Restaurativa. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Ambiental, Família e Consumidor. Contato: jakpaiva1@hotmail.com.

Therefore, this research will highlight the prison reality in Brazil and everything that it ends up interfering with social reality, as well as all the psychological and social consequences.

Keywords: Penalties, Brazilian Penitentiary System, resocialization;

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enfatiza que todos devem ser tratados de maneira igualitária e de forma digna, no entanto, muitos presos são esquecidos nas prisões devido ao abandono familiar e estatal. E como eles vivem em um ambiente que os trata, à sua maneira, desumanos e sem ajuda de familiares, acabam sendo pessoas piores do que eram antes.

A crise no sistema prisional brasileiro é uma temática discutida no âmbito jurídico e com o decorrer dos anos apresenta diversos desdobramentos acerca desta situação, gerando grandes preocupações para as autoridades e estudiosos do tema.

Os desafios são enormes e somente com políticas novas e humanas o Brasil conseguirá superar esse grave problema e conseguir normalizar o número de pessoas encarceradas e, assim, a violência percebida e as mortes por esse sistema perverso e insalubre.

Desafios são colocados e problemas graves tornam-se mais frequentes e funcionam como um sistema ineficiente. Além disso, existe a necessidade de sobrevivência de quem adentra a esse tipo de estabelecimento, por se tratar de um local nocivo e extremamente perigoso que acarreta consequências graves, como o retorno do preso à sociedade, de forma pior e mais violenta.

A ressocialização talvez seja o principal desafio enfrentado pelo sistema prisional brasileiro, pois a finalidade da prisão é justamente integrar o apenado a um sistema no qual ele aprenda a não repetir seus erros e nunca mais passar por essa situação, mas observa indivíduos instruídos por uma violência maior, que infelizmente saem desses lugares mais perigosos do que quando neles entraram.

Diante disso o objetivo geral desse artigo é relatar a situação atual do sistema prisional brasileiro e seus problemas. O tipo de pesquisa utilizada será bibliográfico no que diz respeito à necessidade de estudo teórico e cumprimento do que estabelece a lei. Para tanto, através da metodologia bibliográfica, utilizando-se como principais fontes, doutrinas, jurisprudências e reportagens a respeito do assunto, bem como outros artigos científicos sobre o tema proposto, através da leitura de artigos no Google acadêmico, Jusbrasil e demais plataformas do meio jurídico. Em relação a artigos científicos, serão analisados os últimos 10 anos. Já para a obra literária não será feito o critério de delimitação temporal, pois o caso em questão atribui especificamente o atual sistema carcerário. A

aquisição de material será feita de forma gratuita, podendo ser virtual ou adquirido em biblioteca, estando em língua portuguesa, sempre visando uma extensão maior de conhecimento voltado para a temática delimitada. Justifica-se esse trabalho devido a importância do tema nos dias de hoje, e por isso merece grande destaque no ordenamento jurídico brasileiro, e também pelo mundo.

1. CRIMINOLOGIA E O CICLO VICIOSO DO CRIME

A definição da palavra criminologia é derivada do latim “crimen” que significa delito e também do grego “logos” que significa tratado. Dessa forma compreende-se que a criminologia trata do crime, sendo uma ciência voltada ao estudo do crime em sua ampla concepção.

Por ser o campo de estudos que trata acerca dos crimes que assolam a sociedade, a criminologia tem crescido bastante nesse ramo, tendo em vista que estuda o comportamento de cada criminoso e o que o leva a praticar determinado delito. (Por Henrique Hoffmann e Eduardo Fontes, Revista Consultor Jurídico, 22 de maio de 2018).

Nesta sistemática, a criminologia faz a aplicação das ciências sociais e humanas afim de que novas realidades possam surgir. Além do estudo do autor a criminologia se propõe a estudar a vítima. A criminologia é uma disciplina multidisciplinar, que envolve diversas áreas do conhecimento. Ela é importante para entendermos a natureza do crime e para criarmos políticas públicas eficazes de prevenção e punição dos infratores. Verifica-se que a Criminologia representa:

- a) o estudo dos fatores individuais (personalidade) e sociais (ambiente) básicos da criminalidade; b) o estudo dos fatores básicos e do fenômeno natural da luta contra o crime (tratamento e profilaxia), objetivando a ressocialização do delinquente e a prevenção da criminalidade. (GIOVANNA PISSUTTO, artigo Jusbrasil, 2015).

Ademais, ela estuda a implicação que o crime causa na sociedade. Se o quantitativo de presos fosse realocado para status de trabalhadores efetivos e estudantes, a economia do Estado seria totalmente diferente, o índice de criminalidade despencaria, pois a necessidade estaria sendo sanada pelo próprio indivíduo. É importante ressaltar que várias circunstâncias podem ser verificadas na análise do crime.

Dezembro de 1999. Eduarda, de nove meses, não para de chorar e está com o pescoço rígido e inclinado para o lado, até quase tocar o ombro esquerdo. A mãe a leva até uma clínica: “Mau jeito dormindo”,

dizem os médicos antes de mandá-las de volta para casa. Dias depois a situação da criança se deteriora. Surge um caroço do tamanho de um ovo no pescoço e lesões na coluna cervical. Diagnósticos desconhecidos – câncer, histiocitose X –, tratamentos cirúrgicos e quimioterápicos mergulham a vida da família pobre em desespero e lhes impõe uma rotina de peregrinação por clínicas e hospitais. Mãe e pai abandonam seus empregos para cuidar do bebê, as contas atrasam e eles se afundam em dívidas que chegam a 20.000 reais. A doença da filha foi o ponto de partida que levou Antônio Bonfim Lopes, então um trabalhador responsável por uma das equipes de distribuição da revista com a programação da Net, a se tornar o Nem, chefe do tráfico da Rocinha, no Rio de Janeiro, a maior favela da América Latina. (REVISTA EL PAÍS São Paulo - 28 DIC 2016 - 10:32 BRST).

Logicamente o crime não apresenta desculpas, mas infelizmente algumas circunstâncias acabam por interferir no processo linear das coisas. Assim como os fatores sociais, psicológicos, políticas públicas e dentre outras circunstâncias que modificam o comportamento de alguns cidadãos, o que foi o caso de Antônio Bonfim Lopes, que subiu neste local insalubre afim de que tivesse o seu problema sanado e desceu como chefe do tráfico da Rocinha. (REVISTA EL PAÍS, Porto Velho – 15 MAR 2018 - 18:19 BRST).

Infelizmente o Estado brasileiro ainda não apresenta soluções eficazes para que este ciclo vicioso do crime seja findado. As políticas públicas ainda são falhas em se tratando de ressocializar o criminoso na sociedade. O Brasil é um dos países com maior taxa de reincidência do mundo. Esta taxa compreende a mais ou menos 70% da população carcerária, ou seja, 7 a cada 10 presos voltam para a prisão por cometer novos crimes assim que saem do sistema prisional. (REVISTA EL PAÍS, Porto Velho – 15 MAR 2018 - 18:19 BRST).

1.1 Sistema prisional e seus desdobramentos

O sistema prisional brasileiro como um todo é reflexo de um dos sistemas prisionais mais falidos e endêmicos do mundo. Segundo dados do Banco de Acompanhamento Penitenciário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estima-se que mais de 800 mil pessoas estejam atualmente encarceradas em presídios no Brasil. Destes, 348.371 cumprem pena em regime fechado, que consiste em cumprir pena privativa de liberdade em estabelecimento de maior ou médio grau de segurança.

O sistema carcerário, quando bem implementado e gerenciado, pode ter alguns pontos positivos. No entanto, é importante ressaltar que existem muitas críticas e desafios associados a esse sistema em diferentes países ao redor do mundo. Dessa forma, com base em estudos feitos utilizando-se o livro "Vigiar e Punir" (Michel Foucault, 38ª ed, 1977),

pode-se concluir os seguintes pontos relatados abaixo.

No que tange a união e retribuição, o sistema carcerário permite que a sociedade puna indivíduos que cometeram crimes, proporcionando uma sensação de justiça e retribuição às vítimas e à comunidade afetada. Ao encarcerar criminosos perigosos, o sistema carcerário contribui para proteger a sociedade, impedindo que eles cometam mais crimes enquanto estão sob custódia.

A existência de um sistema carcerário pode funcionar como um elemento dissuasor para algumas pessoas que poderiam considerar a possibilidade de cometer crimes. A perspectiva de enfrentar as consequências do encarceramento pode dissuadir potenciais infratores. Embora nem sempre seja efetivo, o sistema carcerário pode oferecer programas de reabilitação, como educação, treinamento profissional e aconselhamento psicológico, que visam ajudar os detentos a se reintegrarem à sociedade de forma mais positiva. Essas oportunidades podem contribuir para a redução da reincidência criminal.

O sistema carcerário, quando administrado de forma adequada, pode ajudar a manter a segurança e a ordem dentro das instituições penitenciárias. Isso é importante para proteger tanto os detentos quanto os funcionários e evitar tumultos ou violência entre os reclusos. Em alguns casos, pode também fornecer um ambiente para a aplicação de programas de justiça restaurativa, nos quais os infratores têm a oportunidade de reparar o dano causado às vítimas ou à comunidade por meio de ações restaurativas, como trabalhos comunitários ou programas de reconciliação.

É importante ressaltar que esses pontos positivos são ideais e nem sempre são alcançados em todos os sistemas carcerários ao redor do mundo. Muitos países enfrentam desafios significativos, como superlotação, violência, falta de recursos e dificuldades na implementação eficaz de programas de reabilitação.

Apesar de ressaltar pontos positivos, é importante salientar também que existem vários pontos negativos no sistema carcerário, conforme estudos feitos com base no livro "Vigiar e Punir" (Michel Foucault, 38ª ed, 1977).

A maioria das prisões está superlotada, o que significa que há mais detentos do que a capacidade da prisão. Isso pode levar a condições insalubres, violência e falta de acesso a serviços básicos, como cuidados de saúde adequados e programas de reabilitação. Em muitas prisões, as condições são precárias, com celas superlotadas, pouca ventilação, falta de higiene adequada e falta de acesso a água potável. Isso pode levar a doenças e infecções, tornando as prisões lugares ainda mais perigosos para os detentos.

Muitos presos não têm acesso a programas de reabilitação, como aconselhamento,

educação ou treinamento vocacional, o que os torna menos preparados para a reintegração na sociedade após a sua libertação. Os detentos frequentemente sofrem violações de seus direitos humanos básicos, incluindo tortura, maus-tratos, discriminação e falta de acesso à justiça. O sistema carcerário frequentemente falha em reabilitar os detentos, o que leva a uma alta taxa de reincidência. Isso significa que muitos presos acabam retornando à prisão após sua libertação, o que é custoso e ineficaz.

Esses são apenas alguns dos muitos pontos negativos do sistema carcerário. É importante abordar esses problemas e encontrar soluções para tornar o sistema mais justo e humano. Os dados divulgados, em 2015, pelo Conselho Nacional do Ministério Público divergem dos dados dispostos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ainda os números informados em relação ao ano de 2015 divergem de forma assustadora com os últimos dados divulgados pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Enquanto o Executivo Federal refere que o país detinha 698.618 presos, o CNMP informa 557.310, totalizando uma diferença inexplicável de 141.308 apenados. Para o CNMP, o Brasil detinha 456.108 presos efetivos. Ressalva-se que o CNMP não computou os 35.463 presos em Delegacia apontados pelo Ministério da Justiça, que, por óbvio, também podem estar inflacionados. (MITO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA, CARPES, 1990, p. 42)

No Brasil, de acordo com uma pesquisa realizada pelo Monitor da Violência (2021), existem dados oficiais que atualmente a população carcerária passa de 660 mil detentos. No entanto, muitas vezes o sistema faz prisões desnecessárias, como os crimes passíveis de multa, pessoas que são presas por portar pequenas quantidades de drogas no bolso e pessoas que cometeram crimes gravíssimos como homicídio, o que resulta na superlotação

Em uma pesquisa realizada pelo INFOPEN (2014), estima-se que a população carcerária brasileira cresceu em torno de 507% entre os anos de 1990 e 2013. Isso se deve em grande parte ao tráfico de drogas e ao incremento da Lei de Drogas, que culminou na disparada de atos cometidos por pessoas que acabam indo ao cárcere. Esta mesma lei em seu art.33 expõe o que é dito a respeito do tráfico de drogas, qual seja:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (artigo 33 da Lei 11.343/2006.)

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) coletados em 2022 apontam que um preso custa, em média, R\$ 1,8 mil mensais aos cofres brasileiros. Os custos refletem gastos com sistema de segurança, contratação de agentes penitenciários e outros funcionários, serviços como alimentação e compra de vestuário, assistência médica e jurídica, entre outros.

É do conhecimento geral que os reclusos não são tratados de forma humana, respeitosa e digna nas prisões. Diante dessa precariedade do sistema no tratamento do preso, o papel da ressocialização é de extrema importância, pois é uma forma do preso perceber que está cumprindo sua pena com dignidade e retornando à sociedade como uma pessoa melhor do que ele entrou.

1.2 A violência nos presídios

O recorrente e implacável tema da violência nas prisões é um retrato de todas as mazelas institucionais e degradantes de que padece um preso. São inúmeros os casos de atrocidades e violência agravada nas prisões. São vários os retratos de suicídios, enforcamentos, assassinatos, facadas, pedaços de madeira, abusos sexuais que reforçam o verdadeiro inferno que enfrenta quem entra na prisão. O lema "matar ou morrer" é considerado "normal" para pessoas encarceradas que buscam primeiro sua sobrevivência e depois sua permanência nas prisões.

Atualmente, existem dois principais grupos extremamente violentos no Brasil que controlam as principais prisões ao redor. Somado a esses dois grupos, o tráfico de drogas é o maior expoente do aumento significativo do encarceramento e a principal forma de controle e renda desses grupos (infográfico). Se você pode chamá-los de grupos, o PCC (Primeiro Comando da Capital) é uma facção/organização criminosa fundada em 1993 em um centro de reabilitação prisional em Taubaté, no Vale do Paraíba, em São Paulo. Estima-se que essa facção atue em 22 dos 27 estados brasileiros, tendo como principal fonte de renda o tráfico de drogas, principalmente a venda de maconha e cocaína (A Guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil, PAES; NUNES, 2018). Em um conflito acirrado e violento contra o PCC, a principal e mais temida facção do Brasil hoje é o Comando Vermelho, antiga "Falange Vermelha", criada na década de 1970 no Rio de Janeiro em um instituto penal denominado "Candido Mendes". o lema "Paz, Justiça e Liberdade" com o qual eram recebidos os presos políticos da ditadura militar e os presos comuns condenados por diversos crimes (O mito do Comando Vermelho, LIMA, 2011).

Com isso, muitos presos que ingressam nos sistemas prisionais já estão inseridos em uma dessas facções, ou têm que escolher entre os dois lados desde o momento em que são inseridos, buscando a própria sobrevivência. O estado não controla as prisões e não está conseguindo coibir as atrocidades existentes. Aqueles que dirigem as prisões são eles próprios prisioneiros, muitos dos quais veem uma vida melhor e "mais rica" lá do que uma possível vida fora da prisão. Mortes e conflitos prisionais estão relacionados ao controle de drogas entre essas duas facções na maioria dos estados brasileiros. Aquela que é a principal causa do encarceramento de milhares de pessoas acaba se transformando em uma sangrenta guerra entre rivais de fora e de dentro das prisões.

1.3 Desigualdade x Criminalidade

É sabido que o Brasil é um país desigual, violento e sobretudo racista, mesmo depois de várias campanhas de conscientização e punições severas para quem comete tais crimes. O principal reflexo dessa desigualdade está ancorado nas prisões.

Florestan Fernandes analisa o aspecto sobre os negros da seguinte maneira:

a sociedade brasileira largou o negro ao seu próprio destino, deitando sobre seus ombros a responsabilidade de reeducar-se e de transformar-se para corresponder aos novos padrões e ideias de homem, criados pelo advento do trabalho livre, do regime republicano e capitalista". (FERNANDES, 1995, p.20).

Um homem negro é uma pessoa socialmente abandonada, vários problemas são enfrentados pela classe social negra desde o momento de seu nascimento. O racismo já é concebido e estruturado pela sociedade em suas formas servilistas e "acostumado" a usar os negros como seres inferiores simplesmente pela cor de sua pele, segundo dados do "Infopen" (2014), mais de 60% dos presos são negros. É desanimador o que a cor da pele pode significar para as pessoas até hoje. Quantos casos de pessoas negras são julgadas e presas sem o devido processo apenas pela cor da pele. Os números ainda mostram que 37% dos encarcerados no Brasil hoje são brancos. Isso reflete a desigualdade e o preconceito.

2. PSICOLOGIA E O SISTEMA PRISIONAL

A prisão inevitavelmente influencia no psicológico do condenado, a forma como este fica recluso da sociedade, a culpa, a falta de ocupação e diversos outros fatores potencializam a cabeça do ser humano a pensar sempre o pior, podendo resultar em distúrbios psíquicos.

No campo da psicologia da personalidade, acreditava-se que nossa personalidade permanecia inalterada na vida adulta. Mas

estudos recentes têm mostrado que, na verdade, apesar da relativa estabilidade, nossos hábitos de pensamento, comportamento e emoção mudam, sim, de forma significativa – especialmente em resposta a diferentes papéis adotados ao longo da vida. (BBC NEWS, 2018).

As prisões não apresentam estrutura suficiente para disponibilizar acompanhamento psicológico de qualidade, por isso, muitos detentos sofrem de vários distúrbios psicológicos que podem gerar até o falecimento de diversos indivíduos.

Dados afirmam que vários detentos cometem suicídio em decorrência de sua vivência e experiências dentro do estabelecimento prisional. A depressão não é a única doença psicológica apurada dentro do sistema carcerário, existem várias outras.

BAUMAN discorre sobre o assunto:

“A imobilidade forçada, a proibição do movimento é um símbolo poderosíssimo de impotência, de incapacidade e de dor”. Na sociedade contemporânea, a liberdade de movimento e de escolha são parte integrante do ser como tal. Quando anuladas, estas condições retiram uma parte do que é ser humano, em toda a sua amplitude. Ora, ao ser afastado, pela própria sociedade, o indivíduo vai se sentir marginalizado e o risco é continuar a comportar-se desta maneira, após a sua saída. Outra possibilidade é que, ao não conseguir lidar com essa exclusão, ele opte por atos destrutivos contra si. (BAUMAN, 1999, p. 130)

O psicológico dos detentos é alterado no momento que estes perdem o seu livre arbítrio. É possível entender o que estes passam diariamente quando comparado ao período da pandemia da COVID-19, no qual, muitas pessoas tiveram que ficar reclusas da sociedade, foi um período em que muitos cidadãos desenvolveram transtornos mentais.

Além disso, dependendo do transtorno psicológico analisado em determinado indivíduo, esse mesmo pode se tornar mais perigoso do que quando entrou no estabelecimento, tornando pior não só para a sociedade externa, mas também para a sociedade carcerária e para o próprio condenado.

No Brasil, dados do Estado de São Paulo em 2006 indicam prevalência significativa de transtornos mentais na população prisional, especialmente entre as mulheres. O estudo aponta que 61,7% dos presos tiveram ao menos uma ocorrência de transtorno mental ao

longo da vida e cerca de 25% daqueles que estavam em regime fechado preenchiam critérios diagnósticos para pelo menos um transtorno mental no ano anterior ao estudo. Cerca de 11,2% dos detentos homens e 25,5% das mulheres apresentavam transtornos mentais graves. Os autores fizeram uma projeção desses números para o Brasil, calculando em cerca de 60 mil os prisioneiros com transtornos mentais graves. (REVISTA SCIELO, 2016)

Com a condenação a personalidade do condenado vai mudando progressivamente. Existem vários fatores para que esta mudança aconteça, em um dos casos é válido ressaltar o meio de sobrevivência dos condenados, para que algo pior não aconteça com eles dentro das prisões eles acabam desenvolvendo aspectos para sobreviver a este meio.

Muitas vezes estes transtornos mentais acabam por interferir em condições de vida melhores, a depressão não é o único transtorno observado dentre os detentos, é importante salientar a paranoia, comportamentos antissociais, transtorno borderlaine, ansiedade e dentre outros.

É importante analisar aquelas pessoas que são condenadas erroneamente, como o psicológico dessas pessoas fica? Quando uma pessoa entra em contato com uma realidade, no qual, não espera há um choque de realidade exponencial. A situação da condenação errada prejudica a vida e o psicológico de muitas pessoas.

Independente do que uma pessoa fez, ela deve ser tratada com dignidade humana. No caso dos presidiários, deve ser dado a eles condições de vida, assistência médica, psicológica, dentre outras. No entanto, as prisões brasileiras ainda se apresentam falhas quanto ao apoio psicológico destes condenados.

As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Já em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do homem preso. Existe ainda em legislação específica - a Lei de Execução Penal - os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer na execução penal. (ASSIS, p. 570 e 571)

O fato de a pessoa ficar reclusa em um ambiente insalubre, no qual, suas condições de vida são antagônicas as que eram desfrutadas em liberdade causa uma certa obrigação na mudança de hábitos. Geralmente o senso comum apresenta alguns pontos de vista, como: "prisão não é spa", "bandido bom é bandido morto", "precisam sofrer mesmo", assim como outros posicionamentos.

Este ponto de vista é empregado erroneamente, visto que, o condenado não deixou de ser um ser humano e muitas vezes esse ponto de vista influencia no psicológico dos condenados, pois começam a ser vistos como monstros da sociedade.

Logicamente, o preso precisa receber a sua pena pelo crime cometido, no entanto, deve ser aplicada de forma correta, tendo em vista que este tratamento pode resultar em uma possível ressocialização do condenado. É importante ressaltar que muitos detentos apresentam ideação suicida.

Relativamente aos transtornos mentais, mais de 90% dos suicidas apresentam perturbações mentais, no momento da sua morte¹⁰³. Como não há um estudo muito aprofundado no Brasil acerca deste tema, não se podem apresentar valores corretos das estimativas. Estudos feitos nos Estados Unidos¹⁰³ constatam que de 10,2% a 23% dos pacientes que se suicidaram foram diagnosticados como depressivos; 26% sofriam de transtornos de personalidade; e de 13,8% a 33,3% já apresentavam um histórico de internação em hospitais psiquiátricos anteriormente. Outro fator de alteração comportamental é o consumo excessivo de álcool e/ou drogas, que ocorre imediatamente antes de a detenção ocorrer, em 100% de 48 casos de suicídio, observados no New York City Department Corrections, entre 1980 e 1988. (TABORDA; CHALUB; ABDALLA-FILHO, 2004)

A mente de um indivíduo é um ambiente, no qual, ninguém adentra, sendo difícil a resolução do problema. Para que haja uma mudança neste cenário é importante que as prisões tenham equipes multidisciplinares para atender de forma exímia cada detento, evitando alguns transtornos irreparáveis, pois são um perigo não só para eles, mas também para a sociedade.

2.1 Dificuldades na ressocialização do preso

A ressocialização refere-se ao processo de reintegrar um indivíduo à sociedade após ele ter passado por um período de isolamento ou marginalização devido a comportamentos criminosos, abuso de substâncias ou outros fatores. O objetivo da

readaptação é ajudar a pessoa a se tornar um membro produtivo e funcional da sociedade. Na Lei de Execução Penal estão estabelecidas as normas fundamentais que regerão os direitos e obrigações do sentenciado no curso da execução da pena. Constitui-se na Carta Magna dos presos, tendo como finalidade atuar como um instrumento de preparação para o retorno ao convívio social do preso.

A reintegração se faz através de um projeto de política penitenciária que tem como finalidade recuperar os indivíduos apenados para que estes possam, quando saírem de um estabelecimento prisional, ser reintegrado na sociedade. O ordenamento jurídico brasileiro afasta o preso da sociedade na intenção de ressocializá-lo, porém o que se encontra é uma situação adversa, como afirma Mirabete:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (MIRABETE, 2002, p.24).

A reeducação social pode ocorrer em diferentes contextos, como instituições correcionais, centros de reabilitação para dependentes químicos ou programas de reintegração social para ex-detentos. O processo envolve uma combinação de diferentes abordagens, incluindo educação, formação profissional, terapia individual e em grupo, aconselhamento, apoio emocional, programas de emprego e assistência na busca de moradia.

Além disso, a ressocialização também pode envolver a mudança de atitudes e comportamentos problemáticos, o desenvolvimento de habilidades de comunicação, resolução de conflitos e tomada de decisões saudáveis, bem como o fortalecimento do senso de responsabilidade e do respeito pelas leis e normas sociais.

É importante ressaltar que a reabilitação é um processo complexo e contínuo, que pode levar tempo e exigir um esforço conjunto dos indivíduos, das instituições e da sociedade como um todo. O apoio adequado e a oportunidade de reintegração são essenciais para maximizar as chances de sucesso na reeducação de uma pessoa.

A ressocialização no Brasil é algo presente apenas no papel, mas a efetividade ainda se torna ineficaz, pois a criminalidade tende a aumentar significativamente. Em tese, para ser colocado em prática a reintegração do preso teria que ter como ponto de partida a implantação de cursos profissionalizantes e locais de trabalho para começar a reintegração; rede de ensino de qualidade para que aqueles que não terminaram os estudos para que possam terminar e tomar gosto pelos frutos advindos do conhecimento saudável.

Casas de reabilitação seriam formas eficazes de integralização de métodos alternativos e eficazes para que o condenado seja integrado na sociedade novamente. O acompanhamento psicológico se faz necessário nessa fase, pois o indivíduo muitas vezes não entende por si só que algumas coisas trazem malefícios permanentes na vida, muitos dizem que já não tem mais o que perder, por isso cometem crimes, portanto, uma linearidade pode ser seguida para que o indivíduo possa ter uma segunda chance de fazer diferente e quebrar o ciclo vicioso do crime.

Em conjunto com todos esses fatores e os desafios impostos para a ressocialização do preso, o mesmo, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017), tem um custo mensal médio ao Estado de R\$ 2.400,00. É o preço que se paga por um Estado deficiente e ineficaz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, perante a realidade do sistema prisional brasileiro, que o tratamento dado aos presos é totalmente desumano. Essa pesquisa verificou a dificuldade que o Estado brasileiro enfrenta, bem como seus desafios para buscar a efetividade das normas e princípios presentes no país. Pode-se dizer que há regras que buscam a realização de uma ressocialização eficaz, entretanto, percebe-se o não cumprimento delas, não por omissão da legislação, mas sim por falta de interesse e a existência de omissão dos políticos que nos representam em focar nos indivíduos em cárcere.

O objetivo geral desse artigo procurou relatar as miseráveis condições em que estão os detentos, tendo seus direitos anulados pela falta de estrutura do sistema carcerário. A realidade do sistema prisional brasileiro confirma o que diz a teoria agnóstica da pena, que se mostra incapaz de exercer a função de ressocialização do infrator para o meio social. A ineficiência do Estado sobre serviços que devem ser oferecidos aos presos dentro do estabelecimento onde estes cumprem suas sentenças como assistência médica, jurídica, social, alimentação, higiene acrescidos de carência de vagas, nas unidades, é um dos fatores geradores da não reabilitação dentro e fora do período de cumprimento de pena.

Outro tema muito discutido e estudado foi a questão da ressocialização, pois é uma das principais medidas tomadas para permitir o retorno do detento ao convívio social, apresentando como base a Lei de Execução. Posteriormente, tratou-se de entender os desafios e a situação caótica e grave que o Brasil enfrenta hoje em relação ao sistema prisional. Logo mais, foi relatado o número de pessoas encarceradas, que tem levado à superlotação e os diversos problemas dela decorrentes, como violência e morte dentro das próprias prisões.

Conclui-se que, apesar disso, o estudo foi incluído no rol de direitos básicos dos presos, que muitas vezes não são respeitados devido à falência e a dificuldade do sistema prisional em oferecer condições humanizadas aos apenados. O Estado deveria investir em políticas públicas e em ações com foco principal na saúde, educação, exclusão e desigualdade social, além de combater a corrupção e as organizações criminosas, evitando, assim, o aumento da ocorrência de crimes. Para solucionar o problema da superlotação, seria necessária a construção de outros presídios, para que os já existentes sejam desafogados, e com isso os outros desafios existentes no sistema prisional também possam ser solucionados, como a diminuição de doenças e a violência dentro da prisão, e dessa forma cumprir com o que está disposto na legislação. No caso da ressocialização, o Estado deveria ter ênfase na ampliação de recursos pra aplicar na qualificação profissional e educação básica de modo efetivo, o que evitaria a volta ao mundo da criminalidade e apresentariam mudanças para busca e alcance da reinserção social.

Na minha concepção o sistema prisional brasileiro é um caos. O sistema precisa se atentar quanto a estruturação dos presídios, que possam atender ao fundamento básico da Constituição Federal, sendo ele, a dignidade da pessoa humana, o que não está sendo efetivamente obedecido, causando diversos prejuízos na vida de pessoas que poderiam estar tendo a oportunidade de serem integradas novamente na sociedade.

Algumas soluções seriam disponibilizar psicólogos, médicos necessários, cursos profissionalizantes, locais para trabalho, professores para integralizar o término de ensino, pois vários detentos não tiveram a oportunidade para concluir, para que assim, surta um efeito positivo na ressocialização.

O sistema precisa se adequar quanto a salubridade do local, podendo assim ampliar o sistema carcerário, pois consequentemente ocasiona uma organização mais efetiva do mesmo. Com a ampliação, novas celas são criadas, organizando os detentos de acordo com a sua penalidade e, reduzindo assim o contato dos presos de maior periculosidade com os de menor perigo. Portanto, deve haver um olhar mais cirúrgico em relação ao que está sendo oferecido ao detento, pois o único direito que pode ser violado quando um indivíduo é preso é o de locomoção, os demais devem ser protegidos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo A. A. Evolução histórica do direito penal. Disponível em: <https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito> em: 10 abr. 2023.

AMORIM CARPES, Bruno. O mito do Encarceramento em Massa. 1ª. ed. Londrina, PR: E.D.A, 2021.

Artigo O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil Patricia Constantino Simone Gonçalves de Assis Liana Wernersbach Pinto 2016. Acesso em: 09 de maio 2023

Artigo O renascimento da psiquiatria forense Elias Abdalla-Filho José G V Taborda, 2006. Acesso em: 09 de maio 2023

Brasil, <https://gipissutto.jusbrasil.com.br/publicacoes>. Acesso em 04 mai. 2023

BRASIL ESCOLA. Inquisição. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/guerras/inquisicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL, POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE GOIÁS. Círculo vicioso do crime: trauma que mata. Disponível em: <https://www.policiacivil.go.gov.br/artigos/circulo-vicioso-do-crime-trauma-que-mata.html>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BBC NEWS BRASIL. A vida em uma penitenciária feminina com superlotação e sem banheiro em todas as celas. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-44282247>. Acesso em: 24 abr. 2023.

Brasil, <https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/academia-policia-criminologia-conhecimento-essencial-policia-judiciaria>, acesso: 24 abr. 2023.

Brasil, <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/custo-medio-de-pessoa-presa-no-brasil-e-de-r-18-mil-por-mes-aponta-cnj/>. Acesso: 08 de maio 2023.

BRASIL, <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/direitos-assegurados-a-pessoa-presa-assistencias-familiar-material-a-saude-juridica-educacional-e-religiosa>. Acesso em: 08 de maio 2023.

BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 de maio de 2023.

Brasil, TABORDA, J. G.V., CHALUB, M., ABDALLA-FILHO, E. Psiquiatria Forense. Porto Alegre: Artmed, 2004. Taborda JGV, Chalub M, Abdalla-Filho E. Apresentação. In: Taborda JGV, Chalub M, Abdalla-Filho E. Psiquiatria Forense. Porto Alegre: Artmed; 2004. Acesso em: 09 de maio 2023

CARVALHO, Bruno Salles Pereira Ribeiro. Direito penal contemporâneo e expansionismo punitivo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55167/direito-penal-contemporaneo-e-expansionismo-punitivo>. Acesso em: 17 abr. 2023.

EL PAÍS. Os estudos da criminologia, chave para entender a realidade brasileira. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/17/cultura/1466188903_152620. Acesso em: 19 abr. 2023.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 38ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. em: 10 abr. 2023.

JUSBRASIL. A Criminologia e seus ramos. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/criminologia/188716599>. Acesso em: 17 abr. 2023.

JUSBRASIL. Sistema penitenciário: insegurança e insalubridade. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/sistema-penitenciario-inseguranca-e-insalubridade/701835632>. Acesso em: 20 abr. 2023.

JUSBRASIL. Políticas Públicas no Sistema Carcerário. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/politicas-publicas-no-sistema-carcerario/11908>. Acesso em: 22 abr. 2023.

MIRABETE, <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/analise-processo-ressocializacao-com-foco-a-reinsercao-individuo.htm> 2002, p.24. Acesso em: 12 de abr. 2023

PAULINO, Lincoln. Evolução histórica do direito penal. Disponível em: <https://lincolnpaulino99.jusbrasil.com.br/artigos/873118780/evolucao-historica-do-direito-penal>. Acesso em: 11 abr. 2023.

PINTO, Rafael de Oliveira. Direito penal humanitário e política criminal social. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/direito-penal-humanitario-e-politica-criminal-social-1508416445> . Acesso em: 16 abr. 2023.

POLITIZE!. Sistemas Penitenciários em outros países. Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistemas-penitenciarios-outros-paises/>. Acesso em: 21 abr. 2023.

PUCPR. O que é criminologia?. Disponível em: <https://ead.pucpr.br/blog/o-que-e-criminologia#:~:text=A%20criminologia%20%C3%A9%20o%20campo,vida%20para%20popula%C3%A7%C3%A3o%20no%20geral>. Acesso em: 18 abr. 2023.

RIBEIRO, Fernando de Souza. Direito e a história da vingança divina, privada

Disponível em: <http://www.unoeste.br/site/enepe/2018/suplementos/area/Socialis/Direito/DIREITO%20E%20A%20HIST%C3%93RIA%20DA%20VINGAN%C3%87A%20DIVINA%20PRIVADA%20E%20PUBLICA.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.



SILVA, Rodrigo Oliveira da. O princípio da dignidade da pessoa humana no direito penal. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/3298/3049>. Acesso em: 13 abr. 2023.

A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ESFERA JURÍDICA. ANÁLISE DOS RISCOS DOS VIESES DISCRIMINATÓRIOS

CINARA SALVI DE OLIVEIRA: Pós-Graduada (PUC-RS - EAD); Servidora Pública. Formação em Direito, na Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR)²⁷⁷.

RESUMO: O presente artigo realiza uma análise sobre os riscos que podem surgir ante o aumento da utilização de inteligência artificial nos mais diversos setores da sociedade, notadamente quando essas tecnologias não são desenvolvidas sob uma perspectiva responsável voltada à prevenção de danos aos direitos dos usuários. Para tanto, o artigo analisa conceitos importantes dentro do contexto de inteligência artificial e da chamada discriminação algorítmica. Apresenta-se, ainda, exemplos em que vieses discriminatórios promoveram verdadeiras violações aos direitos humanos. Por fim, são analisadas possíveis soluções para que o desenvolvimento dessas tecnologias se dê de forma mais responsável e transparente.

PALAVRAS-CHAVE: inteligência artificial; discriminação algorítmica; direitos humanos; vieses discriminatórios.

ABSTRACT: This article performs an analysis of the risks that may arise with the increasing use of artificial intelligence in various sectors of society, particularly when these technologies are not developed with a responsible perspective aimed at preventing harm to user rights. Therefore, the article examines important concepts within the context of artificial intelligence and the so-called algorithmic discrimination. It also presents examples where discriminatory biases have led to real violations of human rights. Finally, possible solutions are analyzed to ensure the development of these technologies occurs in a more responsible and transparent manner.

KEYWORDS: Artificial intelligence; algorithmic discrimination; human rights; discriminatory biases.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o avanço da tecnologia tem ocasionado mudanças consideráveis em nossa sociedade, verifica-se uma busca constante pela

²⁷⁷ E-mail: cinarasalvi@gmail.com

adoção de sistemas de inteligência artificial, cada vez mais evoluídos, em diversos setores, com a perspectiva de otimização de procedimentos e de seus resultados.

Essa incessante busca por eficiência, acaba por tornar a sociedade cada vez mais estruturada em decisões e processos automatizados, gerados a partir de algoritmos criados com o pretexto de simplificar a vida humana.

A revolução tecnológica tem sido responsável por inúmeras transformações na sociedade, e a ciência jurídica não ficou imune a essas mudanças.

Contudo, através do presente artigo, pretende-se alertar para a possibilidade de que esses sistemas possam apresentar distorções, perpetuando preconceitos e desigualdades existentes em nossa sociedade.

Nesse contexto, intenta-se realizar uma reflexão acerca dos riscos que podem advir da utilização dessas tecnologias, com o intuito de discutir formas de prevenção de violações aos direitos das pessoas e a um tratamento de dados transparente quando da elaboração das dessas ferramentas.

2 A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA JURÍDICO

2.1 Conceitos introdutórios

De modo geral, quando se fala em “inteligência artificial” e todos os conceitos que a circundam é comum a associação deste fenômeno a uma espécie de “pensar” humano, associando-se o aprendizado da máquina a um “raciocínio” otimizado.

Esta abordagem, corresponde ao que chamamos de “inteligência artificial geral”, o que, em linhas gerais, pode ser conceituada como a tentativa de emular a mente humana para se atingir um comportamento autônomo, independente e proativo²⁷⁸.

Todavia, as tecnologias do nosso dia à dia, estão mais relacionadas ao que se denomina “inteligência artificial estreita”, mais restrita, porquanto corresponde à otimização de tarefas mais simples e corriqueiras.

²⁷⁸ Silva, Tarcízio. Racismo algorítmico (p. 62). Edições Sesc SP. Edição do Kindle.

Sob esta perspectiva, a impressão gerada pela ideia de que se está trabalhando com a inteligência artificial geral, no sentido de que esses mecanismos otimizadores, ao apresentar um determinado resultado, desenvolveram um raciocínio totalmente independente, encontrando a melhor solução para determinado problema é equivocada, uma vez que, de modo geral, as ferramentas disponíveis atualmente se ligam mais ao conceito da inteligência artificial estreita, reproduzindo o resultado de comandos pré-determinados.

A despeito do equívoco, há uma supervalorização dos resultados obtidos com o uso de tais ferramentas, porquanto imagina-se que estes são mais fidedignos, livres de vieses e ideologias que poderiam ser apresentados por agentes humanos, em uma mesma situação.

A ideia de uma máquina infalível e a “mágica” acaba por criar um respaldo geral de que dados e resultados apresentados por tais ferramentas são revestidos de maior confiabilidade e possuem maior precisão, acuidade e imparcialidade.

No que diz respeito às atividades jurídicas, a busca pela celeridade das demandas judiciais, somada à atual massa de processos judiciais ativos²⁷⁹, bem como à crescente demanda por tais sistemas pelo poder judiciário, torna por impulsionar a adoção de otimizações tecnológicas.

Nesse caminho de modernização, é possível imaginar uma série de ferramentas que, de fato, poderiam facilitar a atividade jurisdicional, tanto na esfera pública, quanto na privada, todavia, é necessário tomar algumas precauções e debater os limites e as necessidades de sua utilização.

Sobre o ponto, disserta Alexandre Rodrigues Atheniense²⁸⁰:

No meu entendimento, seres humanos não serão inferiores em tudo se comparados aos sistemas de inteligência artificial. Ao contrário, ambos agregarão talentos, cada um se destacando mais que o outro. Se, por um lado, os humanos se sobressaem no senso comum, moral, imaginação, abstração, dilemas, sonhos e generalização, os sistemas de inteligência artificial propiciam mais acurácia em identificação de padrões, linguagem natural, machine learning, eliminação de

279 Justiça brasileira alcança marca de 80 milhões de processos em tramitação. Conjur. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/poder-decide-faz>. Acessado em 10/04/2023.

280 ATHENIENSE 2018. 155.

preconceitos e capacidade de tratamento de grandes volumes de dados.

Em outras palavras, os computadores serão capazes de guardar mais informações que os seres humanos, além de identificarem jurídicas predominantes pelos tribunais em menor tempo, mas isso não significa dizer que terão saídas mais criativas do que nós. Portanto, unir esses talentos é a verdadeira solução para se alcançar êxitos mais contundentes.

Assim, embora a substituição do profissional humano pela tecnologia seja um dos pontos de preocupação comumente levantados quando se discute o rápido avanço das inteligências artificiais, pensa-se que, ao menos em um futuro próximo, essas tecnologias ainda não serão capazes de substituir de forma integral a atuação humana na esfera jurídica, sendo utilizadas em conjunto e de modo auxiliar ao profissional jurídico.

A despeito disso, à medida em que os estímulos para a utilização de algoritmos e processamento de dados como ferramentas para tomada de decisão crescem, a discussão em torno das implicações para os indivíduos e seus riscos associados torna-se premente.

2.2 O Problema dos vieses discriminatórios: discriminação algorítmica

Quando se debate a utilização de tais tecnologias como instrumentos de auxílio ao trabalho jurídico, majoritariamente, está-se a discutir a utilização de técnicas e algoritmos computacionais que, a partir de um conjunto prévio de dados e informações, são capazes de gerar soluções aos problemas apresentados a este meio.

O termo algoritmo, de forma sintética, pode ser definido como um conjunto sequencial de passos, organizados e descritos com o intuito de completar uma determinada tarefa proposta. Sob um viés prático, um algoritmo pode ser entendido como parte de um processo de solução de um problema específico através de operações computacionais²⁸¹.

281 Law Society Commission on the Use of Algorithms in the Justice System and The Law Society of England and Wales. (2019). **Algorithms in the Criminal Justice System**, June 2019. Acessado em: <https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/algorithm-use-in-the-criminal-justice-systemreport/>

Embora o conceito abarque termos mais amplos e possa ser aplicado a situações diversas, para o propósito debatido no presente artigo, o algoritmo pode ser tratado como uma tecnologia cujo objetivo é auxiliar na solução de problemas e automatizar decisões.

Trata-se, portanto, de um conjunto de procedimentos utilizados para que, através de uma análise de dados apresentados pelo usuário, chegue-se a um determinado resultado.

No ponto, para fins didáticos e elucidar seu funcionamento, reproduzo explicação utilizada por Laura Schertel Mendes e Marcela Mattiuzo:²⁸²

Quando se busca, por exemplo, por voos de São Paulo para Berlim, busca-se resposta para uma pergunta. Mais ainda, o que se quer é encontrar a resposta correta para aquela questão. Aqui, novamente, nos deparamos com uma particularidade dos algoritmos: o programa será tanto mais útil quanto mais precisa a informação (ou *input*) fornecida, e estará correto sempre que utilizar essa informação de acordo com suas especificações. Assim, ao buscar o “melhor” voo de São Paulo para Berlim, o algoritmo precisará saber se por “melhor” queremos dizer “mais curto” ou “mais barato”. Se o algoritmo é programado para encontrar a rota mais curta, em termos de quilômetros viajados, poderá considerar que o tempo gasto em um aeroporto aguardando um voo de conexão é irrelevante, e poderia, assim, oferecer uma resposta que, apesar de incorreta com relação às nossas preferências (é razoável admitir que para a maior parte das pessoas tempo gasto em conexões é um fator relevante na decisão de rota de viagem), é correta do ponto de vista do programa. O problema, nesse caso, não é com o algoritmo em si, mas sim com as especificações a ele fornecidas.

Repisa-se, por oportuno, que o algoritmo, por si, não possui o que poderíamos chamar de “inteligência”, do ponto de vista humano, haja vista que, ao contrário do que comumente se imagina, suas respostas não partem de sua própria capacidade analítica, mas decorrem de uma análise de padrões e probabilidades a partir de dados previamente fornecidos (*inputs*).

282 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia.** Direito Público, v. 16, n. 90, 2019.

Dito de outro modo, esses sistemas apenas são responsáveis por reger informações que lhes foram previamente repassadas, de acordo com o que for definido em fórmulas matematicamente destinadas ao propósito estabelecido ao programa²⁸³.

A partir daí conclui-se que a qualidade dos resultados apresentados pelo programa está intimamente relacionada aos dados utilizados quando da elaboração de determinado programa.

Dessa forma, ao contrário da pregada neutralidade, um determinado algoritmo pode ser carregado por vieses adquiridos a partir dos dados utilizados, que podem não ser representativos da realidade, ou mesmo apresentar relações imprecisas de causalidade. Dessa forma, quando o algoritmo não for treinado para identificar e corrigir esses desbalanceamentos, e testado de forma exaustiva para anular eventuais equívocos, pode não funcionar apropriadamente, ou, de forma mais grave, reproduzir conceitos enviesados e discriminatórios.

Nesse sentido, ao falar sobre “racismo online”, Tarcízio Silva²⁸⁴ chama atenção ao fato de que microagressões²⁸⁵ são reproduzidas de forma algorítmica em base de dados, interfaces e dinâmicas de recomendação de conteúdo, o que reforça e facilita manifestações de racismo.

Os exemplos identificados pela comunidade são inúmeros, e os mais diversos, abrangendo desde disfunções em softwares de “saboneteiras inteligentes”²⁸⁶, anúncios de publicidade²⁸⁷, mecanismos de recrutamento²⁸⁸, dentre outros.

283 <file:///C:/Users/cinar/Downloads/Dialnet-AspectosCriticosDaExpansaoDasPossibilidadesDeRecur-7731760.pdf> - achar

284 Silva, Tarcízio. Racismo algorítmico. Edições Sesc SP. Edição do Kindle.

285 “É importante reforçar que o uso do termo “micro” não se refere ao grau de violência, mas sim à pervasividade e ao fato de que “a agressão incide em um nível individual e/ou local, ou mesmo em situações ‘privadas’ ou limitadas, que permitem certo grau de anonimato por parte do agressor, ou ainda permitem evasão por meio de disputa sobre intencionalidade ou modalidade (o famoso “era só uma piada”).”(Silva, Tarcízio, p. 33).

286 <https://oglobo.globo.com/economia/video-com-saboneteira-levanta-debate-sobre-tecnologias-racistas-21720614>

287 <https://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?id=304806&edt=24¬icia=google-e-acusado-de-racismo-nas-suas-publicidades>

288 <https://www.hypeness.com.br/2018/10/inteligencia-artificial-do-sistema-de-recrutamento-da-amazon-discrimina-mulheres/>

Dentro da esfera jurídica, um dos exemplos de ferramenta mais citados é o Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS), criada em 1998 e utilizada nos Estados Unidos para gerenciamento de penitenciárias, apresentava uma classificação dos detentos pelo espectro de risco de forma racialmente enviesada, e era usado para determinar a sua probabilidade de reincidência, influenciando as decisões dos magistrados.

Um estudo realizado pelo ProPública²⁸⁹, constatou que o *score* de avaliação de risco do programa apontava que pessoas negras eram avaliadas com riscos de reincidência maiores, em uma frequência superior, quando comparadas às pessoas brancas. Embora a empresa responsável pelo software tenha negado a disfunção e que a raça fosse uma variável introduzida nos dados analisados por esse algoritmo, a análise realizada pelo ProPública mostrou que os *scores* apresentavam um viés racial.

Alguns dos problemas citados pela utilização dos referidos mecanismos, notadamente na esfera do Direito Penal, é a potencialidade lesiva de tais decisões.

Vale dizer, a partir do momento que essas tecnologias são pensadas como uma forma de otimizar o desenvolvimento de determinada atividade padronizada, o que se busca em verdade é sua utilizadas em larga escala. Assim, eventual injustiça produzida por um software enviesado, notadamente quando aplicada em um sistema público de justiça, atingiria o direito à liberdade de uma imensurável quantidade de pessoas.

O respaldo social que os resultados eventualmente apresentados por essas tecnologias, partindo do imaginário de sua neutralidade e fidedignidade, contribuiriam para dificultar a correção dos referidos desbalanceamentos.

Um exemplo a ser citado é o caso de Eric Looms²⁹⁰, ocorrido no Estado de Wisconsin, que recebeu uma sentença de seis anos de prisão em razão de ter lhe sido atribuído um alto *score* de risco de reincidência no programa COMPAS. Os advogados de Looms questionaram a utilização do referido sistema, ao argumento que a falta e informações acerca de seus métodos dificulta a defesa do réu, bem como que o uso da ferramenta era discriminatória e violava o direito a sentença individualizada.

A despeito dos argumentos da defesa, o recurso fora negado. O entendimento do Supremo Tribunal fora firmado no sentido de que o COMPAS é apenas uma ferramenta de

²⁸⁹ <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>

²⁹⁰ Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA. 31 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37677421>

auxílio à decisão judicial e, como tal, não é determinante para condenação do apenado, tendo o mesmo valor que as demais provas colacionadas aos autos.

O exemplo do COMPAS é apenas um indicativo de como esses algoritmos, quando usados de forma descriteriosa, podem violar o direito humano ao devido processo legal, conduzido de forma justa e equitativa, bem como à ampla defesa, haja vista que o acusado não consegue se defender do *score* atribuído.

Quando utilizamos sistemas como o COMPAS para automatizar decisões que envolvem o Direito Penal, de modo geral, colocamos a estruturação do sistema punitivo em um paradigma de análise de risco, como se esta ciência pudesse ser mensurada de forma matemática ou autorial.

O estudo do crime, longe de se tratar de uma matéria precisa, como por exemplo são as ciências naturais, abrange uma construção social, possuindo um nível de complexidade elevado.

Para além, ao contrário do que se acredita, os algoritmos não são mecanismos neutros que analisam situações, com raciocínio próprio, de forma justa e imparcial. Ao revés, quando aplicados de forma cega e negligente essas tecnologias tendem a repetir os padrões presentes na nossa sociedade, de forma a automatizar a estrutura já existente, com todas as suas disparidades.

As distorções causadas pelos vieses inseridos nesses softwares são ainda mais graves quando ocorrem no mundo jurídico, notadamente quando utilizados para previsões que irão determinar a liberdade e o direito das pessoas. Em um contexto jurídico, decisões automatizadas de forma inconsequente podem reproduzir os vícios estruturais da nossa sociedade e suas realidades discriminatórias.

2.3 Design voltado à proteção dos Direitos Humanos

A despeito dos problemas apresentados, a utilização de softwares de inteligência artificial, quando desenvolvidos e testados exaustivamente a fim de corrigir eventuais inconsistências, pode, de fato, contribuir para o desenvolvimento da sociedade e, igualmente, para maior eficiência na atividade jurídica, notadamente quando aplicado ao cumprimento de tarefas simples.

Para além, não há como frear o avanço destas tecnologias, o que torna urgente a discussão acerca de formas de minimizar os riscos de sua utilização.

Uma proposta que possui alto potencial de proporcionar mudanças nesses aspectos diz respeito à incorporação de um design responsável, voltado para os Direitos Humanos, no ciclo de desenvolvimento das tecnologias.

No ponto, em 2011 com o intuito de orientar as relações entre empresas e direitos humanos, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou o Guiding Principles On Business And Human Rights²⁹¹ ou “Princípios Orientadores entre Empresas e Direitos Humanos”, também chamados de “Princípios de Ruggie”. O documento tem como finalidade fornecer diretrizes para as empresas e setores econômicos sobre a implementação e proteção desses direitos.

Essa abordagem propõe que a criação de tais mecanismos também seja orientada por tais princípios, no sentido de que, ao criar essas tecnologias, seus desenvolvedores reflitam sobre os impactos do produto que está sendo criado, com o intuito de prevenir e mitigar danos que possam ser causados pela sua utilização.

Nesse contexto, desde a concepção da nova tecnologia, seus designers devem analisar, para além das funcionalidades técnicas que naturalmente são estudadas nessa fase, o potencial violador de direitos, tomando providências para evitar possíveis danos identificados.

Além de todas as precauções, as empresas devem elaborar mecanismos eficazes de reparação dos danos, caso Direitos Humanos sejam, de fato, violados.

Noutra via, além de uma proposta com relação à forma de pensar e construir as referidas tecnologias, é necessário que se tenha maior transparência com relação aos seus métodos, para que possam ser identificadas eventuais diretrizes enviesadas, possibilitando sua correção.

Há ainda necessidade de que o Estado desempenhe seu papel regulador, para enfrentar os interesses particulares e proteger os direitos envolvidos.

No ponto, em 2016, com a promulgação da Lei por uma República Digital²⁹², na França instituiu-se o princípio da transparência dos algoritmos, de forma que um cidadão poderá demandar esclarecimentos ao poder público, quando este adotar sistemas algorítmicos para embasar suas decisões²⁹³.

²⁹¹ Disponível em:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf

²⁹² <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000031589829/>

²⁹³ Art. L. 311-3-1. – Sous réserve de l’application du 2° de l’article L. 311-5, une décision individuelle prise sur le fondement d’un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l’intéressé.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados possibilita ao titular dos dados o direito de solicitar a revisão de decisões tomadas com base em tratamento automatizado de dados²⁹⁴, podendo solicitar esclarecimentos com relação aos algoritmos utilizados.

Dessa forma, a LGPD também estatuiu o princípio da transparência em seu corpo, possibilitando, ao menos na esfera pública, que decisões automatizadas sejam questionadas. Todavia, ainda se discute se esta regulamentação seria suficiente para combater a discriminação algorítmica, dada a sua complexidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise de dados através de sistemas de inteligência artificial voltada a proporcionar resultados mais ágeis e isentos de vieses discriminatórios, como exposto neste trabalho, perpassa a necessidade de construção de um sistema igualmente forte de prevenção de danos, voltado à preservação dos direitos humanos e à transparência.

Apesar das facilidades que, de fato, podem advir da automatização de decisões simples, a utilização de tais tecnologias quando desprovidas das precauções necessárias, podem reproduzir discriminações envolvendo classe, raça e gênero.

Somente através do entendimento de que a tecnologia não basta em si é possível que se proporcione um caminho, consistente, em direção à automatização de processos e facilitação da tomada de decisões.

Entendemos, todavia, que, embora a utilização de tais ferramentas venha a crescer, é imperioso que se mantenha nas mãos de seres humanos, a

Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande.

²⁹⁴ Lei 13.709/2019 (...) Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

§ 3º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

responsabilidade pela tomada de decisão, notadamente quando envolver assunto sensíveis, como a liberdade dos indivíduos e temas afetos à esfera penal.

Também, faz-se necessário garantir a possibilidade de revisão dos sistemas criados, de modo a possibilitar, através da transparência e revisão das tecnologias, uma correção ante eventuais discrepâncias discriminatórias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. **As premissas para alavancar os projetos de inteligência artificial na justiça brasileira.** In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica & direito digital: II congresso internacional de direito, governo e tecnologia – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 155-166.

CARVALHO, Camilla de Brito. Aplicabilidade da inteligência artificial como instrumento auxiliar nas varas criminais. 2020.

CASTRO, Helena Ramos de; MAMEDE, Alex Jordan Soares. **Normalidade da Exceção: Uma Análise Quanto à Importância da Gestão da Informação no Direito Penal Brasileiro.** Actas Completas Jornada Virtual Internacional Em Pesquisa Científica: Direito, Justiça E Cidadania.

DIAS, Felipe da Veiga. **Algoritmos De Predição No Sistema Penal: As Profecias Tecnopolíticas que se Autorrealizam no Século XXI.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 183, n. 2021, p. 99-124, 2021.

DOMINGOS, P. **The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake our World.** New York: Basic Books, 2015

ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos. **Inteligência Artificial e o Direito. Conjur**, v. 20, 2017. Acessado em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de; SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; NASCIMENTO, Felipe Costa Laurindo do. **Aspectos Críticos Da Expansão Das Possibilidades de Recursos Tecnológicos na Investigação Criminal: A Inteligência Artificial no Âmbito do Sistema de Controle e de Punição.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 6, n. 1, p. 211-246, 2020.

FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito.** 2020.

GLESS, Sabine. **Policamento preditivo: em defesa dos "verdadeiros-positivos"**. Tradução de Heloisa Estellita e Miguel Lima Carneiro. Revista Direito GV, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020

INOCÊNCIO JÚNIOR, Ronaldo Lopes; SILVEIRA, Leonardo; FARIA, Victor Castro Nacif de; LORENA, Ana Carolina. **Justiça nas previsões de modelos de Aprendizado de Máquina: um estudo de caso com dados de reincidência criminal**. In: ENCONTRO NACIONAL DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E COMPUTACIONAL (ENIAC), 19. , 2022, Campinas/SP. Anais [...]. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2022 . p. 636-647. ISSN 2763-9061. DOI: <https://doi.org/10.5753/eniac.2022.227610>.

Law Society Commission on the Use of Algorithms in the Justice System and The Law Society of England and Wales. (2019). **Algorithms in the Criminal Justice System**, June 2019. The Law Society of England and Wales. Acessado em: <https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/algorithm-use-in-the-criminal-justice-systemreport/>

LOURENÇO, Reysa Taline Frois; MARIRINK, Carlos Henrique Passos; DE ALMEIDA, Gustavo Henrique. **Inteligência artificial e Direito**. LIBERTAS: Revista de Ciências Sociais Aplicadas, v. 10, n. 2, p. 126-164, 2020.

MATTIUZZO, Marcela. **Concorrência e corrupção—programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro**. Revista de Defesa da Concorrência, v. 5, n. 1, p. 5-20, 2017.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia**. Direito Público, v. 16, n. 90, 2019.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. **Algorithms and discrimination: the case of credit scoring in Brazil. In: Personality and Data Protection Rights on the Internet: Brazilian and German Approaches**. Cham: Springer International Publishing, 2022. p. 407-443.

PATRICIO, Caio Villas Bôas. **Direito 4.0: ferramentas de inteligência artificial para aprimorar o poder judiciário**. 2021. 104 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

PRADO, Marcello Henrique de Carvalho. **"Smart Prisons-Prisões Inteligentes: Possíveis Otimizações Na Execução Penal"**. Direito e tecnologia: Discussões para o século XXI (2020): 11 – Erechim: Deviant, 2020.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Elsevier, 2013.

SANTOS, Edson Luiz Ferreira dos; MEIRELES, Magali Rezende Gouvêa. **Utilização De Tecnologias Para Descoberta De Conhecimento Na Base De Dados Prisional do Estado de Minas Gerais**. PISTA: Periódico Interdisciplinar [Sociedade Tecnologia Ambiente], v. 3, n. 1, p. 228-252, 2021.

SILVA, Tarcízio. **Racismo algorítmico**. Edições Sesc SP. Edição do Kindle.

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. **Desafios da inteligência artificial para a profissão jurídica**. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23977/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Henrique%20Sperandio%20%20May%202018.pdf>

VEALE, Michael; VAN KLEEK, Max; BINNS, Reuben. Fairness and accountability design needs for algorithmic support in high-stakes public sector decision-making (April 21, 2018). Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI'18). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3175424>. Acesso em: 12 fev. 2023.

VIEIRA, Leonardo Marques. **A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: caso COMPAS**. In: Brazilian Technology Symposium. 2019.

DIVÓRCIO UNILATERAL: NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DALILA PRISCILA ANDRADE MORAIS

RESUMO: A evolução histórica do conceito de família, em especial a evolução legal do divórcio. Tratando sobre a necessidade de adequação social desse instituto legal de dissolução do casamento, adequando-se a primazia da dignidade da pessoa humana e na autonomia de vontade. Versando principalmente à proteção legal da mulher no que tange à sua vontade em um divórcio. Assim a regulamentação do divórcio impositivo além de uma ferramenta que possibilita a proteção legal e justa da vontade de um dos cônjuges, é um aliado no duro processo de desafogamento do judiciário brasileiro, haja vista a simplificação do processo.

Palavras-chave: Direito de Família. Divórcio. Divórcio Impositivo.

INTRODUÇÃO

O divórcio é o meio para dissolução do vínculo conjugal, conforme art. 1571 § 1º do Código Civil de 2002 e Emenda Constitucional 66/2010, seja de maneira consensual ou litigiosa. A figura do divórcio direto, sem que seja necessário a prévia separação judicial por mais de um ano, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional 66/2010. A nova redação dada ao art. 226, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, prevê que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Atualmente no Brasil o divórcio sofre a limitação ao que tange a possibilidade do divórcio em cartório, haja vista que para homologação do mesmo é necessário que haja mútuo consentimento dos cônjuges, e se isso não ocorre o divórcio deve ser feito por via judicial através de uma ação de divórcio.

Porém, como é sabido o direito civil brasileiro, em especial o direito de família, deve acompanhar a evolução da sociedade a fim de estabelecer entre o direito e a sociedade um espelhamento. Assim, o divórcio no Brasil há muito tempo precisa de uma releitura atualizada, pois a norma que versa sobre o tema não compactua com a sociedade do século XXI. Diante disso há clara necessidade de facilitação, ou, desburocratização do divórcio direto no cartório.

No presente artigo será explanado e defendido a inserção no ordenamento jurídico da modalidade de divórcio unilateral, onde na falta de anuência do outro cônjuge para a lavratura da escritura, um dos cônjuges poderá requerer, diretamente no Cartório de

Registro Civil das Pessoas Naturais em que lançado o assento do seu casamento, a averbação do divórcio, à margem do respectivo assento.

Para tanto, é imprescindível, antes de adentrar em qualquer mérito acerca do divórcio, que se discuta a evolução histórica do direito, em especial a evolução histórica e legal da família.

Ademais, se faz necessário mencionar que em 2019 a Corregedoria Geral de Justiça do Pernambuco, elaborou um provimento nº 06/2019, a ser seguida pelos cartórios do estado, que versava sobre a possibilidade de realização da averbação do divórcio, ainda que apenas um dos cônjuges se apresentasse, desde que não houvessem filhos menores de idade ou incapazes decorridos da relação. A temática logo virou alvo de uma discussão na Corregedoria Geral de Justiça, que revogou o provimento e emitiu uma recomendação para os Tribunais dos Estados e DF se absterem de editar tais regulamentações.

Diante disso nasceu uma problemática acerca do tema, opiniões divididas sobre a possibilidade, ou não, do divórcio unilateral no Brasil. O presente artigo busca defender a necessidade de regulamentação dessa modalidade a fim de desburocratizar o acesso ao divórcio no Brasil, quando não há anuência de um dos cônjuges.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

O direito é reconhecidamente mutável, e se transforma ao decorrer do tempo em virtude de seu interesse primário: amoldar-se a sociedade, haja vista que se direito que não corresponde à sociedade é tido como uma folha de papel.

Assim, na ânsia de uma correspondência com a realidade, cabe ao direito se modificar ao passo em que a sociedade se transforma. Porém, é claro que o direito não possui o poder de prever tal transformações, e por isso ele se insurge na mudança, após a sociedade já ter mudado, é disso que se extrai o fato de por vezes tal mudança no direito não acontecer na velocidade esperada.

Com o direito de família não é diferente, pois a mudança na sociedade ao que tange a temática família, se estrutura quase que diariamente, e em virtude disso, nasce para o direito o dever se atualizar.

Para compreender melhor aquilo que se entende por família, e os aspectos jurídicos a ela relacionados, é preciso que seja desenhado um fluxo histórico das unidades familiares e seus desdobramentos jurídicos. Esse pode ser dividido entre família até 1988; e família após 1988.

Primeiramente, insta citar que a família nasce como um fenômeno natural, pois o ser humano era carente de relações afetivas de maneira estável, assim surgem-se os primeiros núcleos familiares da antiguidade.

Porém, a família brasileira, tem seu início calcado principalmente pelo direito romano e direito canônico. Segundo Aurea Pimentel Pereira a família romana era estruturada da seguinte forma:

Sob a auctoritas do pater famílias, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (*jus vitae et necis*), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia.²⁹⁵

No direito romano, a base da família era o casamento, ou seja, só existe família, se houver casamento. Assim a família que era formada por costumes, sem regras estatais, e se estruturou no direito romano, através de seus princípios costumeiros.

Seguindo a mesma premissa de “sem casamento, sem família”, o direito canônico, haja vista a ascensão do cristianismo, começa a ser o titular das regras do casamento, logo, das regras de família. Assim, insurge o ideal do cristianismo, que enfoca que só existe família, se houver casamento católico. Como esta era a religião que prevalecia no Brasil, tal feito não teve muita repercussão.

Até que o crescimento da imigração, conseqüentemente aumento dos não católicos, passou a ser um problema. Pois esses eram impedidos de contrair matrimônio, por não seguirem o catolicismo.

Foi nesse contexto que o Estado se viu obrigado a interferir na esfera do matrimônio, que até então era de poder integral da Igreja Católica. O Estado com o Decreto 3.069 (17/03/1863) cria assim três modalidades de casamento: casamento católico, casamento

²⁹⁵ PEREIRA, Aurea Pimentel. A nova Constituição e o Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 23.

misto (pessoas católicas, com pessoas não católicas) e casamentos entre pessoas de seitas dissidentes. 296

Ainda que houvesse a evolução em relação aos modelos de casamento, o conceito de família continuava sendo aplicado somente nos casos em que havia de fato um casamento.

O Estado, contudo, passou aos poucos a se afastar da Igreja, isso conferiu a família um novo viés, pois a mesma passou a ser enxergada pela ótica social, como uma peça da sociedade. Ligada diretamente ao patrimonialismo, além do caráter produtivo e econômico.

Porém, o Estado ainda tinha como família, apenas a relação surgida a partir do casamento, se não houvesse casamento, não haveria família e conseqüentemente, não haveria proteção estatal.

Mas com o advento da Carta Magna de 1988, nascem questionamentos acerca da família, em contraposição aos princípios que a nova constituição exalava.

Inicia-se a revolução, quando a Constituição Federal de 1988, consagra de maneira expressa o princípio da dignidade da pessoa humana. Que, por muitos, é considerada a chave da transformação do conceito de família. Pois foi a partir desse princípio que nascem as principais evoluções no Direito de Família.

Cumprir citar, igualdade entre homens e mulheres, a ponto de que o patriarcado não se configura mais como modelo, bem como igualdade entre filhos havidos ou não do casamento, e aqueles por adoção, equiparação em direitos das famílias constituídas por casamento, união estável, monoparentais e outras.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO

Em que pese o conceito de família e casamento serem amplamente discutidos a muito tempo, o divórcio não tinha a mesma importância jurídica e se quer existia.

No período do Brasil Império, havia a penas a possibilidade da separação pessoal, sem nenhum efeito enquanto ao matrimônio. Em 1891, é disciplinada a chamada separação de corpos, que para acontecer precisava de causas aceitáveis, dentre elas, adultério, injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por mais de dois anos contínuos, e mútuo consentimento dos cônjuges.

296 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. V, p. 40.

Mas foi apenas em 1893 que surge a primeira proposição divorcista no Brasil, que, porém, foi rejeitada por diversas vezes. E somente em 1901 é inserido ao Código Civil, pelo jurista Clovis Bevilacqua, a opção do desquite, amigável ou judicial. Ressalta-se que esse produzia apenas a separação dos cônjuges, permanecendo o vínculo matrimonial.

Porém ainda assim, era admitido o desquite apenas nas causas enumeradas taxativamente no Código Civil, em seu Art. 317 que trazia o enunciado: *“A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adulterio. II. Tentativa de morte. III. Sevicia, ou injuria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos”*

Ademais em seu art. 318, havia também a previsão legal do desquite por mútuo consentimento, desde que o casamento perdurasse por mais de dois anos. *“Art. 318 Dar-se-á também o desquite por mutuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.”*

Em 1934 a então Constituição trazia como um de seus preceitos constitucionais a indissolubilidade do casamento, esse preceito foi repetido pelas constituições de 1937, 1946 e 1967.

E foi em 1946 que começam a surgir as tentativas de introdução do divórcio no Brasil, ainda que de maneira indireta. Tentavam que fosse incluída uma quinta causa, a anulação do casamento por erro essencial, se os cônjuges que não tivessem reestabelecido a vida conjugal decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite. Nesse mesmo período foi proposto também uma emenda constitucional a fim de suprimir o termo “vínculo indissolúvel” do casamento civil.

Em 1975 foi apresentada uma Emenda à Constituição que permitia a dissolução do vínculo matrimonial, decorridos cinco anos de desquite ou sete de separação de fato, porém a mesma não atingiu o quórum exigido para aprovação.

O divórcio foi instituído oficialmente no Brasil em 1977, pela Emenda Constitucional de nº 9, regulamentada pela lei 6515/77 de autoria de Nelson Carneiro. A Ementa foi objeto de inúmeras polêmicas, pois ensinava a possibilidade de um, literalmente, novo casamento, que até 1977 era proibido.

Mas foi apenas em 1988 que houve a possibilidade de se casar e divorciar, quantas vezes fossem necessárias, o que posteriormente foi disciplinado com a Lei 7.841/89 que revogou o artigo da Lei do Divórcio que dispunha sobre a restrição a possibilidade de divórcios sucessivos. Além disso, a CRFB/88 traz em seu art. 226, que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, desde que cumprida a separação judicial por mais de um ano,

ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos. Foi através da Carta Magna de 1988 também que se estabeleceu o reconhecimento de outras formas de constituição familiar.

Em 2007 nasce a possibilidade do divórcio por via administrativa, com a promulgação da Lei 11.441/2007, resta dispensada a ação judicial nos casos de divórcio ou separação consensual. Bastando que as partes compareçam a um cartório de notas e apresentem o pedido, assistidas por um advogado. Há vedação no caso de possuírem filhos menores de idade ou incapazes.

Mas foi apenas em 2010 que foi instituído o divórcio direto no Brasil, através da EC 66, ou popularmente conhecida como a "PEC do divórcio", que alterou o art. 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, acabando com a separação judicial e os prazos exigidos. Além de não mais vincular a culpa do divórcio.

Apesar de ter gerado inúmeras críticas na época, a Emenda Constitucional é um dos grandes passos do direito civil brasileiro, e sua busca pela contemporaneidade.

2 NECESSIDADE DE INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Conforme preceitua Luhmann, o direito em que pese ser cognoscitivamente aberto, normativamente é fechado. O que implica dizer que o direito é afetado por outros sistemas, porém sua alteração decorre apenas de um procedimento específico.

Assim, embora o divórcio impositivo possa ser encarado como uma realidade da sociedade atual brasileira, a sua previsão legal e autorização expressa requerem uma alteração na legislação, seguindo todo procedimento legislativo adotado no Brasil para tanto.

Porém, o Provimento 06/2019 Corregedoria Geral De Justiça – PE violou a normatividade fechada do direito. O provimento em questão editado pelo Corregedor-Geral de Justiça de Pernambuco, Desembargador JONES FIGUEIREDO ALVES, regulamentava o procedimento de averbação de divórcio impositivo, nos serviços de registro civil de casamentos. Versava este sobre a possibilidade de realização da averbação do divórcio, ainda que apenas um dos cônjuges se apresentasse desde que não houvesse filhos menores de idade ou incapazes decorridos da relação.

Provimento 6/2019:

Art. 1º. Indicar que qualquer dos cônjuges poderá requerer, perante o Registro Civil, em cartório onde lançado o assento do seu casamento, a averbação do seu divórcio, à margem do respectivo

assento, tomando-se o pedido como simples exercício de um direito potestativo do requerente.

Parágrafo 1º. Esse requerimento, adotando-se o formulário anexo, é facultado somente àqueles que não tenham filhos de menor idade ou incapazes, ou não havendo nascituro e, por ser unilateral, entende-se que o requerente optou em partilhar os bens, se houver, *a posteriori*.

Parágrafo 2º. O interessado deverá ser assistido por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do pedido e da averbação levada a efeito.

Art. 2º. O requerimento independe da presença ou da anuência do outro cônjuge, cabendo-lhe unicamente ser notificado, para fins de prévio conhecimento da averbação pretendida, vindo o Oficial do Registro, após efetivada a notificação pessoal, proceder, em cinco dias, com a devida averbação do divórcio impositivo.

Parágrafo Único. Na hipótese de não encontrado o cônjuge notificando, proceder-se-á com a sua notificação editalícia, após insuficientes as buscas de endereço nas bases de dados disponibilizadas ao sistema judiciário.

Art. 3º. Em havendo no pedido de averbação do divórcio impositivo, cláusula relativa à alteração do nome do cônjuge requerente, em retomada do uso do seu nome de solteiro, o Oficial de Registro que averbar o ato no assento de casamento, também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação; em consonância com art. 41 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 4º. Qualquer questão relevante de direito a se decidir, no atinente a tutelas específicas, alimentos, arrolamento e partilha de bens, medidas protetivas e de outros exercícios de direito, deverá ser tratada em juízo competente, com a situação jurídica das partes já estabilizada e reconhecida como pessoas divorciadas.

Parágrafo único – As referidas questões ulteriores, poderão ser objeto de escritura pública, nos termos da Lei nº 11.441, de

04.01.2007, em havendo consenso das partes divorciadas, evitando-se a judicialização das eventuais questões pendentes.

Como justificativa, foi apresentada a necessidade de estabelecimento de medidas desburocratizantes ao registro civil, bem como, o fato do divórcio no Brasil ser um direito potestativo, que requer apenas a autonomia de vontade de um dos cônjuges.

Ainda que socialmente o provimento seja tangente ao atual viés da sociedade, há de se estabelecer erros grosseiros quanto a formalidade do provimento, visto que regula assunto tratado em legislação civil e constitucional, não observando a hierarquia, nem a competência exclusiva da união para reger o assunto.

Logo, a Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do Conselho Nacional de Justiça, emitiu uma Recomendação nº 36, de 30 de maio de 2019, aos Tribunais dos Estados e do DF impondo não só a abstenção de editar ato que regulamente a averbação de divórcio extrajudicial por declaração unilateral emanada de um dos cônjuges (divórcio impositivo), mas também a revogação de eventual ato já emitido nesse sentido, como forma de garantia a segurança jurídica do ordenamento brasileiro.

É evidente a necessidade de uma regulamentação, pelas vias corretas, do instituto do divórcio impositivo no Brasil. Isso se dá principalmente ao fato de que atualmente o divórcio já resta como um ato imotivado, ficando evidente que a sua judicialização em muitos casos pode ser dispensada. Se não se faz necessária a prévia autorização judicial para o casamento, por quê a cobraríamos do divórcio?

Assim, reduções ou limites a autonomia de vontade devem ser suprimidas, e o divórcio em sua dimensão civil constitucional necessita de uma nova roupagem, que facilite a proteção dessa autonomia. Tendo em conta o fato de que um dos cônjuges é titular de uma vontade, a qual deverá ser respeitada e seguida na solicitação do divórcio. E a atual redação do artigo 733 do CPC atual prevê que somente o "divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável poderão ser realizados por escritura pública".

Diante desse cenário, o Senador Rodrigo Pacheco apresentou o projeto de lei tratando do Divórcio unilateral, Projeto de Lei nº 3.457/2019, que em linhas gerais, regulamenta o tema inspirado pelo provimento do Tribunal de Pernambuco.

O então projeto de lei traz a inserção do art. 733-A no Código de Processo Civil de 2015, com a seguinte redação:

Art. 733-A. Na falta de anuência de um dos cônjuges, poderá o outro requerer a averbação do divórcio no Cartório do Registro Civil em

que lançado o assento de casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais.

§ 1º. O pedido de averbação será subscrito pelo interessado e por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 2º. O cônjuge não anuente será notificado pessoalmente, para fins de prévio conhecimento da averbação pretendida. Na hipótese de não encontrado o cônjuge notificando, proceder-se-á com a sua notificação editalícia, após insuficientes as buscas de endereço nas bases de dados disponibilizadas ao sistema judiciário.

§ 3º. Após efetivada a notificação pessoal ou por edital, o Oficial do Registro Civil procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio.

§ 4º. Em havendo no pedido de averbação do divórcio, cláusula relativa à alteração do nome do cônjuge requerente, em retomada do uso do seu nome de solteiro, o Oficial de Registro que averbar o ato, também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade; ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

§ 5º. com exceção do disposto no parágrafo anterior, nenhuma outra pretensão poderá ser cumulada ao pedido de divórcio, especialmente alimentos, arrolamento e partilha de bens ou medidas protetivas, as quais serão tratadas no juízo competente, sem prejuízo da averbação do divórcio.

Posto isso, é indispensável que o referido projeto de lei seja aprovado e o ordenamento jurídico brasileiro contemple a modalidade de divórcio unilateral, requerido por apenas um dos cônjuges, através do seguinte procedimento:

Qualquer um dos cônjuges poderá requerer, perante o Registro Civil, em cartório onde lançado o assento do seu casamento, a averbação do seu divórcio, à margem do respectivo assento. Desde que não tenham filhos ou não havendo nascituro ou filhos de menor idade ou incapazes e por ser unilateral entende-se que o requerente optou em partilhar os bens, se houverem, a posteriori.

O procedimento deve, indispensavelmente, ser assistido por um advogado ou defensor público, e independerá da presença ou da anuência do outro cônjuge, cabendo-

Ihe unicamente ser notificado, para fins de prévio conhecimento da averbação pretendida, vindo o Oficial do Registro, após efetivada a notificação pessoal, proceder, em cinco dias, com a devida averbação do divórcio impositivo. Caso não encontrado o intimado, a sua notificação poderá ser feita extraordinariamente, via edital.

Será possível também o retorno ao uso de nome de solteiro, desde que solicitada e anotada a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

Questões referentes às tutelas específicas, alimentos, partilha de bens, medidas protetivas e outros, deverão ser tratadas em juízo, porém os requerentes já estarão com a situação jurídica de divorciados. Tal medida se perfaz importante dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, preceituado na carta magna de 1988, em seu art. 5º XXXV.

3 PRINCIPAIS ASPECTOS POSITIVOS DO DIVÓRCIO IMPOSITIVO

Tendo em vista a constitucionalização do direito civil, bem como do processo civil, cujo qual está positivado no Código de Processo Civil.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Atualmente se faz necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana seja respeitado em todas as relações civis, bem como no ordenamento jurídico que dispõe acerca dessas relações.

O divórcio unilateral vem com objetivo de acentuar a proteção a dignidade da pessoa humana, essa que é tida como princípio máximo, ou macro princípio. Sua definição não é exata e por isso existem diversos conceitos diferentes, conforme Jorge Miranda e Rui Medeiros.

“A dignidade da pessoa humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana, não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepelível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.”

Dessa interpretação dos juristas portugueses, é possível extrair que o princípio da dignidade humana, necessita ser observado partindo da premissa da realidade do ser humano em seu contexto social. Assim, defender o divórcio unilateral é reforçar a dignidade da pessoa concreta, que ao tentar se divorciar passa por entraves, vexames,

onde o cônjuge não aceita o divórcio, e então usa-o como ferramenta de coação, ou quando esse está ausente.

Além disso, com o divórcio unilateral, será possível também satisfazer de maneira mais eficaz o princípio da não intervenção, ou princípio da liberdade. Conforme dispõe o art. 1.513 do CC *"É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família."* Princípio esse que conforme Flavio Tartuce, (TARTUCE, 2016, p. 1.190) mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que tem por fundamento a liberdade, um dos principais atributos do ser humano. O divórcio unilateral reafirmaria assim, a autonomia de vontade de um dos cônjuges como suficiente para o divórcio. Afastando a intervenção do Estado na vida privada e reiterando a liberdade sobre seu estado civil.

Ressalta-se que o divórcio unilateral pode ater-se a apenas desfazer o vínculo matrimonial, possibilitando que as questões patrimoniais sejam discutidas posteriormente, o que segue o mesmo teor da Súmula 197 do STJ, que aduz: *"O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens."*

A necessidade de facilitação do divórcio no Brasil quando um dos cônjuges não anuírem com o pedido, almeja afastar obstáculos materiais e formais ao divórcio, possibilitando assim, maior garantia ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a autonomia de vontade.

O desígnio, de trazer ao direito civil brasileiro a desburocratização do acesso ao divórcio, será uma importante ferramenta para o desembaraço da morosidade do judiciário brasileiro. A redução de demandas judiciais será evidente, tendo em vista que cumprido os requisitos legais, o divórcio poderá ser feito diretamente no cartório.

Tal medida possibilitará que o poder judiciário brasileiro, conduza outras ações de maneira mais célere, na busca de resguardar o princípio da razoável duração do processo.

Condicionar o divórcio a subscrição de ambos os cônjuges na escritura é de certa forma frear a autonomia de vontade das partes, pois isso nem sempre é possível. É muito comum, que por receio, ou capricho, um dos cônjuges não assine o divórcio, como forma de punição ao outro, ferindo diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal situação é vista por inúmeras vezes no bojo de relações abusivas, onde a mulher é vítima de violência doméstica, seja física ou psicológica, e o agressor tem como "arma" fala de que não dará o divórcio. Nesses casos é inevitável que haja desgaste a mulher quando essa tenta se divorciar. Pois com a negativa do cônjuge em anuir com o divórcio extrajudicial, a via judicial é acionada para tal ação.

Com a implantação do divórcio impositivo haveria uma redução nesse tipo de agressão, pois a mulher, vítima de violência doméstica, poderia sozinha, averbar o divórcio no cartório, com a simples notificação do cônjuge. Ressaltasse que medidas protetivas continuam em sede de ação judicial, mas o simples fato de não haver mais o vínculo jurídico matrimonial com o agressor, já é um avanço para a vítima.

Bem como, será possível o divórcio direto em cartório quando o cônjuge estiver ausente ou em lugar incerto, haja vista que atualmente o juiz, ao esgotar as possibilidades de citação pessoal, faz a citação via edital e decreta o divórcio, conforme jurisprudência:

Ação de divórcio. Citação por edital. Falta de esgotamento das vias ordinárias para a citação da parte acionada. Possibilidade. Ausência de prejuízo. Sentença confirmada. 1. A simples contestação por negativa geral não implica na necessidade de produção de prova oral, sendo injustificável determinar-se a nulidade da sentença, ainda que se discuta ser inoportuna a citação editalícia, **por ausência ele pleno esgotamento das vias ordinária para a citação da parte acionada, pois, mesmo que tivesse sido pessoalmente citado, o réu nada poderia alegar para impedir a decretação do divórcio.** 2. Improvimento pelo recurso de apelação. (TJBA, AC 0082655-3 1.2011.8.05.000 1, 2.ª C. Cív, rel. Des. Maria Socorro Barreto Santiago, p. 07/08/2013).

Isso comprova, que a via judicial foi acionada para mera decretação de divórcio, o que poderia facilmente ser resolvida diretamente no cartório, caso a modalidade de divórcio unilateral fosse uma realidade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível concluir que a realidade social brasileira atual, requer uma atualização ao instituto do divórcio, pois há clara e evidente necessidade de contemplar a modalidade de divórcio unilateral, a fim de que haja entre a realidade e o ordenamento jurídico uma simetria.

O divórcio unilateral será uma ferramenta importante para a concretização de princípios, como a dignidade da pessoa humana, não intervenção, liberdade e autonomia privada dos indivíduos.

Através dessa nova modalidade, onde será possível o divórcio direto no cartório promovido por apenas um dos cônjuges, haverá um desafogamento do judiciário no que tange as ações de divórcio litigioso.

Assim, caberá ao judiciário apenas a resolução de questões que necessitam da intervenção do Ministério Público, guarda, partilha de bens e outros.

O tema já vem sendo alvo de provimentos judiciais, porém tais provimentos foram revogados, por tratar de matéria cuja competência para legislar é da União. Mas restou evidente a necessidade de lançar um olhar sobre esse tema, a fim de atualizar o divórcio no Brasil.

Através disso professores e o Senador Rodrigo Pacheco (DEM-MG) propuseram o projeto de 3457/19, que adicionará o art. 733 A ao Código de Processo Civil, a fim de que o divórcio unilateral possa ser realizado no Brasil, o projeto que já está em tramitação, se aprovado, irá gerar inúmeros benefícios e avanços para o direito civil brasileiro.

REFERÊNCIAS

ASCOM IBDFAM. A trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do Estado Democrático de Direito. IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+no+%20Brasil%3A+A+consolida%C3%A7%C3%A3o+do+Estado+Democr%C3%A1tico+de+Direito>. Acesso em: em: 12 out. 2022.

Base de dados de Jurisprudência do IRIB. STJ: Divórcio indireto. Partilha de bens – inexigibilidade. IRIB, 2013. Disponível em: <https://irib.org.br/noticias/detalhes/stj-div-oacute-rcio-indireto-partilha-de-bens-inexigibilidade/>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 382. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_14_capSumula197.pdf

DIAS. Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DELGADO, Maria Luiz; SIMÃO, José Fernando. Impedir a declaração unilateral de divórcio é negar a natureza das coisas. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/processo-familiar-barrar-declaracao-unilateral-divorcio-negar-natureza-coisas>. Acesso em: 12 out. 2022.

JÚNIOR, Fredie Didier. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, VOL. 1. 17. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015;

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NORONHA. UNIESPC

<http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170602115104.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451996000100006. Acesso em: 12 out. 2019.

<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5646/1/CEFSouza.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2016.

MULTIPARENTALIDADE E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

DENER NERES CAMINHA:
Advogado e Pós-graduado em
Direito Processual Civil. ²⁹⁷

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo da multiparentalidade sob a ótica de sua aplicabilidade consoante à jurisprudência no Brasil. O método de abordagem é dedutivo, sendo desenvolvido pela técnica de documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (jurisprudência, publicações e legislação). Desse modo, será apresentada inicialmente, uma análise sobre o princípio do melhor interesse da criança que se torna primordial para a compreensão da evolução do Direito de Família. Nesse sentido, será abordado o conceito da multiparentalidade, observada sua origem e formação, bem como sua aplicação nas relações das famílias do cotidiano. E para uma melhor compreensão serão pontuadas recentes decisões das diversas instâncias da justiça Brasileira, que aplicaram o instituto da multiparentalidade no caso concreto, o qual possibilita a cumulação da filiação de cunho biológico com a filiação sócio-afetiva.

Palavras-chave: multiparentalidade. Filiação. Interesse da criança. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

O direito de Família tem suportado significativas alterações, especialmente no que se trata da constituição e formação das famílias. Existe necessidade jurídica de acompanhar as mudanças sociais, porém, a legislação não avança tão rápido quanto às evoluções sociais que estão em constante mutação.

O anterior Código Civil de 1916 destacou-se pela inovação em termos de legislação civil codificada. Entretanto, não foi capaz de acompanhar a veloz evolução e modificação, em particular, na estrutura da família patriarcal, na qual prevalecia a autoridade do homem (pai), sendo este o chefe de família. A vontade do pai e marido era fundamental e determinante, sendo imposta aos seus dependentes, por determinação legal.

Verifica-se que no decorrer dos tempos, ocorreram constantes mudanças na sociedade contemporânea brasileira. Percebe-se que as diversas formas de famílias surgem por meio de relações de afeto e, cada vez mais, vêm se igualando em direitos às famílias

²⁹⁷E-mail: denerner_3@hotmail.com

biológicas, causando assim, grande debate quanto à existência de diferenciação e a possibilidade de cumulação entre as formas de filiação.

A multiparentalidade é um instituto de natureza inovadora, pois destoa da corrente tradicional, que não acompanha a rápida evolução do conceito das famílias nos tempos atuais. Trata-se de uma recente possibilidade, ainda sem previsão legal, que surgiu para garantir o direito de reconhecer múltipla filiação, independente se já existente uma filiação devidamente constituída. Assim, a possibilidade que se encontra na doutrina e em julgados, vem sendo cada vez mais aplicada junto ao Direito de Família moderno.

Cabe ressaltar, que o instituto apresentado no presente artigo surgiu com a finalidade de proteger a criança, que é a parte mais vulnerável em qualquer relação. Aplica-se quando se tá em questão um direito fundamental em ter reconhecido um pai e/ou uma mãe e, porque não, dois pais ou duas mães.

Desse modo, a multiparentalidade, mesmo não se encontrando positivada por lei no ordenamento jurídico pátrio, está presente de forma clara em várias famílias atuais. Assim, é de notória constatação por meio de diversos julgados, colecionados a seguir, que tal instituto é mais comum do que se parece. Portanto, merecendo e carecendo de uma segurança jurídica mínima para sua aplicação.

Com o objetivo de realizar uma breve análise da aplicação nos Tribunais brasileiros do instituto da multiparentalidade, o presente trabalho apresenta o princípio do melhor interesse da criança que se torna primordial para a compreensão da evolução do Direito de Família.

Nesse sentido, a análise do conceito da multiparentalidade, observada sua origem e formação, bem como sua aplicação nas relações das famílias do cotidiano. E para uma melhor compreensão, pontua recentes decisões das diversas instâncias da justiça Brasileira, que aplicaram o instituto da multiparentalidade no caso concreto, em que se verifica a possibilita de cumulação da filiação de cunho biológico com a filiação sócio-afetiva.

1. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A convenção internacional sobre o direito das crianças aprovada na Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 estabeleceu princípios norteadores. Um deles é o princípio do superior interesse da criança que posteriormente foi introduzido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e reconhecido pela comunidade internacional como uma reprodução da citada convenção.

Já conforme Tânia da Silva Pereira (2008) o princípio do melhor interesse da criança teve suas origens no instituto *parens patrie*, empregado na Inglaterra pelo Rei, com o

intuito de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria, devendo o bem estar de a criança sobrepor-se aos direitos dos pais.

A observância deste princípio ocorre de forma abstrata e ampla, pois possui caráter orientador tanto para o aplicador como para o legislador, que em qualquer situação o interesse/preensão do menor deve ser respeitado e mais do que isso, será preponderada em face das demais como forma de garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Assim, busca-se a proteção daquele incapaz e mais vulnerável na ocasião em questão, merecendo ser resguardado tendo em vista a sua fragilidade no momento e a eventual repercussão para seu futuro em sua formação de personalidade.

A aplicação ocorre de modo genérico e interpretativo, porque não se encontra positivado quais seriam as situações ou os fatos que predizem o melhor interesse. Entretanto, destaca-se a obrigatoriedade de respeitar o melhor interesse da criança. Por muitas vezes é esquecido que a prioridade na resolução dos conflitos deve ser em benefício do menor.

O ordenamento jurídico pátrio incorporou de modo consolidado o princípio estudado, assumindo uma responsabilidade de parâmetro para alterações legislativas e jurídicas ao tocante a proteção da infância. Assim em diversos exemplos a interpretação legal e jurisprudencial.

De modo a exemplificar, aliando-se a previsão constitucional e legal - Estatuto da Criança e do Adolescente é possível à destituição do poder familiar quando uma criança se encontra em grave estado de risco, sofrendo agressões em seu domicílio. O acolhimento institucional é um exemplo de medida que busca resguardar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à dignidade, entre outros.

Destaca-se a possibilidade de afirmação do princípio da concordância prática de direitos fundamentais, pois em casos que não se consiga proporcionar à criança todos os seus direitos fundamentais, prevalece a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível, não permitindo o sacrifício total de um princípio em relação a outro em conflito.

Ao analisar da forma que os tribunais aplicam, observa-se a abrangência da aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, em um caso específico o Superior Tribunal de Justiça ao tratar sobre o tema. A ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE

RELAÇÃO EXTRACONJUGAL.CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA *RATIO ESSENDI* DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO. (REsp 1674849 / RS - RECURSO ESPECIAL 2016/0221386-0 Relator(a). Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150). Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 17/04/2018).

O princípio do melhor interesse da criança é um norte que orienta o direito de família atual e conseqüentemente está adstrito com o instituto da multiparentalidade. A matéria de destaque do trabalho deve-se inicialmente absorver a inteligência e o propósito fim do princípio do melhor interesse da criança o qual possui uma relevância primordial e substancial ao tratar de qualquer questão que envolva criança ou adolescente, para assim, entender o porquê se deve aplicar a multiparentalidade em casos específicos.

Portanto, devido a sua importância e expressa previsão constitucional e infraconstitucional, as quais serão detalhadas nos tópicos a seguir, trata-se de norma cogente, logo, de observância obrigatória.

1.1 ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

O amparo, em sede constitucional, oriunda da doutrina da proteção integral veio reafirmar o princípio do melhor interesse da criança, existente na legislação brasileira e que encontra suas raízes na Convenção internacional sobre os direitos da criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1989 e ratificado pelo Brasil por meio do decreto 99.710/90.

Nesse sentido, ergueu-se a motivação para o legislador brasileiro criar o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA o qual preceitua de forma expressa a proteção integral à criança e ao adolescente. Imperioso destacar, que antes mesmo da elaboração do ECA, a previsão e proteção pelo princípio do melhor interesse da criança já era previsto na Constituição Federal de 1988 sendo mais específico em seu artigo 227.

O supracitado dispositivo legal ganhou uma nova redação após a entrada em vigor da emenda constitucional nº 65 de 2010, passando a ser transcrito:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

A família, a sociedade e o Estado retêm uma responsabilidade imposta pelo constituinte originário de ser o meio em que a criança, o adolescente e o jovem possam se desenvolver naturalmente no aspecto físico, mental e moral. Para Pablo Stolze (2017) os menores possuem o direito determinado na Constituição, o qual o chama de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento.

E sob uma análise macro da Constituição vigente, se consegue extrair outras manifestações protetivas com aquele menor de 18 anos. Na perspectiva de Celso Lafer (2005), a inserção de princípios gerais na Constituição Brasileira, como o da dignidade, objetiva marcar a passagem política do regime militar para o regime democrático, indicando um sentido de direção para a sociedade brasileira.

1.2 ABORDAGEM LEGAL - ECA/1990 e CÓDIGO CIVIL/2002

Observado o estudo em face da norma constitucional, não obstante, a legislação infraconstitucional traz importantes mecanismos de influência para a aplicação do princípio mencionado. O Código Civil de 2002 disserta em várias ocasiões, o que a doutrina entende de imposição do princípio do melhor interesse da criança. Assim, de caráter sancionatório aduz em seu artigo 1.637 que a inobservância dos direitos mencionados na Constituição (art.227) poderá resultar aos pais na destituição do poder familiar, sem prejuízo da responsabilização penal e civil.

Ainda aborda, embora de forma implícita a presença de tal princípio ao disciplinar em seus artigos 1.583 e 1.584 a possibilidade da guarda compartilhada entre os genitores desde que respeitado em cada caso concreto o interesse da criança, pois em um processo de guarda é ela a maior interessada e não os seus pais. Observam-se também nos artigos 1.566 e 1.724 - obrigações entre os companheiros e cônjuges.

Vale ressaltar, que essa proteção à criança e ao adolescente no âmbito familiar não ficará restrita apenas aos filhos, mas também aos netos, sobrinhos, etc. Sendo uma nova vertente do direito de família moderno (STOLZE, 2017).

De forma mais específica, em 1990 foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA que, conseqüentemente, por razões lógicas, valoriza o interesse da criança e do adolescente. Verifica-se no art.3º a seguinte redação:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino (2008) reconhece a consagração do princípio geral do melhor interesse também pelo art. 6º, do Estatuto, ao priorizar a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, na atividade interpretativa da legislação.

Exposto o princípio do melhor interesse da criança e compreendido a importância que lhe foi atribuído por ser responsável por um desenvolvimento digno e justo a toda criança. É perceptível que o direito de família está atrelado por completo, pois em todas as matérias há lacunas que se preenchidas com interesse da criança terá um resultado mais humanizado. Portanto, ao analisar a ótica de filiação se é biológica, registral ou socioafetiva é de suma importância verificar a situação da criança ou adolescente.

• **A FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

A priori, a filiação multiparental ou a multiparentalidade significa quando o filho passa a ter em seu registro de nascimento o reconhecimento de dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai, por exemplo. Por meio de diferentes formas de filiação.

Diante disso, se faz necessário o estudo das formas de filiação existentes na legislação brasileira. No âmbito jurídico, o conceito de filiação surge de uma vinculação jurídica daquele que proporcionou em face daquele que foi proporcionado, gerando inúmeros direitos e deveres para ambos. Flavio Tartuce (2018, p.1.327) leciona sob um olhar técnico que "a filiação é a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos. Tal relação é regida pelo princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, §6.º, da CF/1988, e art. 1.596 do CC).".

Já para Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.408) a análise vai além, tendo em vista, existir aspectos caracterizadores que diferenciam o instituto da filiação em diferentes vertentes, como afirma:

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade.

Tal é a relevância da filiação, por acarretar obrigações jurídicas e morais, que o constituinte atentou em regular ocasiões para se reconhecer desde logo a filiação. Constata-se nas hipóteses que se permitem presumir a paternidade por questões fáticas “*pater is est*”, oriundas do casamento, ou oriundas do reconhecimento que pode ser voluntário ou judicial.

Destaca-se também a importância do afeto no instituto da filiação. Pois como qualquer outro animal, o ser humano por natureza detém essa ligação entre pais e filhos, não sendo prescindível ser necessariamente uma questão biológica ou consanguínea.

Há uma grande evolução no direito de família sobre a matéria, porque não há muito tempo, considerava-se “filho de verdade” apenas o nascido no próprio casamento, havendo uma hierarquia entre os filhos. Em contrapartida, a Constituição de 1988 veda tal conduta ao estabelecer a proibição de discriminação de filiação, pois filho é filho não sendo relevante a forma pela qual angariou este status.

Nesse sentido, apenas por uma questão didática se classifica as espécies de filiação, pois independentemente da origem da filiação os direitos e deveres são absolutamente iguais para todos. Existe a filiação biológica e a não biológica, sendo esta última subdividida em filiação por substituição, socioafetiva e adotiva.

A filiação Biológica é aquela que o filho advém com a herança genética dos pais. Pode ser através de concepção de forma natural de relações sexuais dos genitores, como também, por reprodução medicamente assistida com material genético dos genitores.

Já na filiação não biológica não há essa transmissão genética entre pais e filhos. A filiação por substituição ocorre quando se utiliza a técnica de reprodução assistida heteróloga, a qual consiste na concepção *in vitro*, contudo sem o fornecimento do gameta de um dos pais ou de nenhum dos pais. O material é oriundo de doações de terceiros não identificáveis.

A filiação adotiva é aquela provinda de um processo de adoção, no qual um adulto aceita outra pessoa como seu filho. E por fim, a filiação socioafetiva, aquela proveniente da relação de afeto estabelecida entre os pais e o filho, o que caracteriza a “posse de estado de filho”, que significa uma situação de fato que existe não baseada em vínculo biológico nem pelo processo de adoção.

A filiação não biológica e em específico a filiação socioafetiva vem ganhando destaque nos debates jurídicos, pois não existe legislação regulando sobre essa hipótese. Surgiram casos em que os magistrados se depararam com situações novas, tendo que decidir com base na analogia, costumes e princípios. Portanto, com esse reconhecimento

da importância da filiação socioafetiva aumenta a compatibilidade da teoria da desbiologização do parentesco.

2.1 A DESBIOLOGIZAÇÃO DO PARENTESCO

A nova onda de reconhecimentos de filiações oriundas da relação de afeto desperta a preocupação dos profissionais do direito sobre o tema. O professor João Batista Villela no ano de 1979 já se manifestava sobre essa questão e vislumbrava a mudança de parâmetro da relevância da filiação biológica em face da filiação socioafetiva, criando assim a tese da desbiologização do parentesco.

Mesmo por se tratar de uma obra há 40 anos, o professor Villela (1979, p.16) aborda de maneira cristalina a situação sob a perspectiva da época, contudo com uma visão que antevem o futuro ao contemplar a paternidade construída no amor, no afeto, na solidariedade e não apenas advinda de fato natural, argumenta sobre a desbiologização do parentesco.

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o País sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber.

E ainda cita outros autores (GOLD STEIN, 1974, S. 22-3, apud VILLELA, 1979, p. 16):

GOLDSTEIN, ANNA FREUD e SOLNIT, na mesma linha registram que "para a criança mesma os fatos físicos da geração e parto não conduzem diretamente a um vínculo com os pais. Suas relações de sentimento surgem com base na satisfação de suas necessidades por alimento, cuidados, simpatia e estímulos. Somente quando são os próprios pais biológicos que atendem a esses desejos, a relação biológica determina uma psicológica, na qual a criança possa se sentir segura, apreciada e desejada". E arrematam categóricos: "Pais biológicos que não estabelecem esse vínculo ou que não vivem em comunidade com a criança são, para os sentimentos desta, nada mais que estranhos".

Nesse sentido, tal teoria aduz o enfraquecimento da preponderância do vínculo biológico em detrimento do afetivo. A paternidade socioafetiva deixa de ser hipótese excepcional e passa a figurar como a regra junto com a paternidade biológica.

O Código Civil de 2002 de maneira inovadora no âmbito da filiação traz em seu artigo 1.593 que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Assim, percebe-se que o vínculo de parentesco poderá surgir tanto da origem biológica como de “outra origem”, como a afetividade.

Conforme declara Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p.825) sobre a teoria, “a expressão ‘outra origem’ compreende também a paternidade e a maternidade socioafetivas, cujo vínculo não advém de laço de sangue ou de adoção, mas, sim, de reconhecimento social e afetivo da paternidade”.

Nesse sentido, inclusive, aponta o Enunciado nº 103 da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF no ano de 2012, relativo ao art. 1.593 do Código Civil, que assim dispõe:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Observa-se que na Alemanha, desde 2004, a lei dispõe sobre a paternidade socioafetiva. Na Itália, França e Espanha, a noção de posse do estado de pai tem sido empregada para obstar ações de contestação de paternidade. O direito de família vem evoluindo tornando-se um caminho sem volta, haja vista, reconhecer não apenas novas formas de filiação, bem como a multiparentalidade, que não deverão ser excluídas, pois o retrocesso de um direito fundamental é inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

• **A MULTIPARENTALIDADE**

Segundo já mencionado anteriormente neste trabalho, de um modo mais amplo, admite-se a possibilidade, nos tempos atuais, do reconhecimento da múltipla parentalidade, ou seja, a multiparentalidade. Neste tópico será abordado, em específico, sobre o instituto e o estudo de casos reais que foram levados ao judiciário nas diversas instâncias.

3.1 CONCEITO

A multiparentalidade em sua literalidade já é autoexplicativa. Se fragmentada pode ser conceituada por: “multi” que vem de origem latina (multus), e significa múltiplo e “parentalidade” que significa estado ou condição de pai ou de mãe. Por conseguinte, conceitua-se como o reconhecimento de mais de um vínculo paterno ou materno sendo biológico ou socioafetivo por uma mesma pessoa.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.398) “a multiparentalidade, pois, consiste no fato de o filho possuir dois pais ou mães reconhecidos pelo direito, o biológico e o socioafetivo, em função da valorização da filiação socioafetiva”. Já Luiz Edson Fachin (2003, p. 255-256) de forma implícita mesmo sem mencionar diretamente a possibilidade da dupla paternidade afirma “que a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade, em que se cogita a verdade socioafetiva, sem exclusão da dimensão biológica da filiação”.

Conforme já exposto a filiação não natural socioafetiva e a filiação natural biológica são diferentes, pois ambas têm uma origem distinta de parentesco. À medida que a socioafetiva tem origem na relação de afeto, a biológica se origina na herança genética. Dessa maneira, é perfeitamente cabível a existência de uma parentalidade biológica sem afeto entre pais e filhos, e não significa que uma irá prevalecer sobre a outra. Pelo contrário, elas devem coexistir por essa razão de serem distintas.

Bem como, em face do princípio do melhor interesse da criança, se deve proteger o menor de todas as formas, prevalecendo à ideia de se reconhecer a multiparentalidade por ser mais benéfica ao interesse da criança do que se for excluída a paternidade socioafetiva ou a biológica.

Porém, por se tratar de um assunto pouco debatido e ainda polêmico, o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família aprovou, durante o IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Araxá/MG, no ano de 2013 o enunciado nº 9 que pode ser utilizado como uma diretriz para a criação da nova doutrina e jurisprudência em Direito de Família. O referido enunciado versa sobre a multiparentalidade que não possui legislação específica disciplinando, dependendo da doutrina e da jurisprudência para solucionar os litígios. O Enunciado nº 9 do IBDFAM, assim, preceituou que “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos”.

Na contramão do entusiasmo da maior parte da doutrina com a popularização do instituto, outra parte da doutrina civilista mostra-se receosa com a aplicação generalizada da multiparentalidade. Segundo Carlos Alberto Dabus Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf e reafirmado por Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.398):

Pode não ser assim tão benéfica, seja à pessoa do filho, seja à própria sociedade, visto que, através desta, poderia o filho pleitear pensão alimentícia de dois pais ou duas mães, aumentando os recursos de sua sobrevivência, e também poderia pleitear direitos sucessórios aumentados, tendo em vista a duplicação de genitores. Entretanto, tendo em vista a bilateralidade das ações de família, o filho também teria dever de sustento de um maior número de genitores, os quais poderiam também requerer a guarda do filho e ainda teriam direitos sucessórios quando de sua pré-morte. Além disso, da relação multiparental defluiriam direitos e deveres oriundos da relação parental, como guarda, amparo, administração de bens e demais decisões de ordem pessoal.

Com o reconhecimento de mais de um pai ou mãe, surgem diversos questionamentos que a doutrina e a jurisprudência terão que solucionar. Como por exemplo, tendo o menor três ou mais genitores em seu registro de nascimento, quem deve autorizar a emancipação voluntária? Serão todos os genitores responsáveis a representar e assistir os filhos menores? Como ficaria a obrigação alimentar nesse caso?

Ademais, prezando por uma análise mais detalhada sobre eventuais repercussões e efeitos em geral, o professor Christiano Cassetari (2015, p.01), afirma “ser necessário um estudo minucioso sobre os efeitos jurídicos dessa forma de parentalidade, haja vista que, atualmente, o que se percebe é que os julgados que a reconhecem não explicam quais serão as consequências jurídicas desse reconhecimento.”.

Por fim, é notório que o deferimento da multiparentalidade deve ser aplicado apenas para situações especiais, de absoluta necessidade de harmonização da paternidade ou maternidade socioafetivas e biológicas, até que amadureça o debate sobre o tema e a jurisprudência tenha encontrado, com a experiência do passar dos anos, a solução para os efeitos que irão advir dessa nova posição do direito de família que ainda é recente.

3.2 BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A evolução da jurisprudência brasileira é contundente quando se trata de matéria sobre o direito de família, pois as mudanças são constantes e imediatas. Para a análise do entendimento jurisprudencial abordado no presente trabalho foi feita a busca sobre julgados relacionados ao tema nos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Assim, o precedente preponderante se tratava das decisões no sentido de que seria impossível uma pessoa ter duas mães e/ou dois pais, pelo fundamento da impossibilidade jurídica do pedido, conforme caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgado há 10 anos, em 2009 (TJRS; Apelação Cível 70027112192; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. 2.4.2009).

Ocorre que, aconteceu a superação deste precedente o chamado *overruling*. Destaca-se que os mecanismos de superação dos precedentes são rigorosos e para justificar uma mudança, é preciso motivação e argumentação qualificadas para o tribunal alterar seu entendimento anterior.

Isto posto, nos dias atuais encontra-se cada vez mais decisões de que é possível a pluralidade da paternidade ou maternidade. Portanto, aqui se buscou a pesquisa de julgados mais recentes para que se possa ter a real situação do entendimento que vem prevalecendo no judiciário pátrio, são essas decisões que serão apresentadas a seguir.

3.2.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Suprema Corte se manifestou sobre o tema no RE 860.060, proferindo ainda uma tese de Repercussão Geral Nº 622 no ano de 2016. Em apertada síntese, o caso versava sobre uma ação de investigação de paternidade cumulada com pedidos de alimentos onde a autora alegava ser filha biológica do réu. Contudo, fora registrada por outra pessoa que na época convivia com sua mãe, criando como se sua filha fosse (pai registral/socioafetivo). Por conseguinte, a autora pediu o reconhecimento de sua filiação paterna, a retificação do seu registro civil e a fixação de verba alimentar.

O voto do ministro relator Luiz Fux traz conceitos primordiais sobre a multiparentalidade, mesmo não sendo o objeto principal daquela demanda. Segundo ele, baseado no direito comparado, a Suprema Corte do Estado de Louisiana - EUA, desde a década de 1980 já abordava o conceito de "dupla paternidade" (*dual paternity*) protegendo o melhor interesse da criança e o direito do genitor à declaração da paternidade. Ainda aduz que as situações de pluriparentalidade não podem restar desamparadas simplesmente pela omissão legislativa, devendo merecer resguardo jurídico tanto os vínculos parentais de origem afetiva como a biológica.

O recurso extraordinário foi julgado improcedente, para reconhecer a paternidade biológica e a socioafetiva da autora, ambas com efeitos jurídicos. Ainda como já citado, foi fixada tese jurídica para aplicação a casos parecidos afirmando que "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do

vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Desta forma, outros casos semelhantes devem observar a tese em repercussão geral nº 622 fixada pelo STF. Busca-se abordar no presente artigo por julgados atuais, para assim se ter uma real constatação da jurisprudência vigente. Observa-se que em 06/12/2018 o Ministro Marco Aurélio, com base no RE e na tese mencionada, julgou o ARE nº 1114299 entendendo por determinar a inclusão do nome do pai biológico no termo de nascimento do menor, concomitantemente com o do pai socioafetivo. Observa-se em parte esta decisão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL JULGADA – PROVIMENTO.1. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, reformando o entendimento do Juízo, julgou procedente o pedido de retificação de certidão de nascimento de menor para que conste o nome do pai biológico em substituição ao socioafetivo. No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, o recorrente afirma violados os artigos 1º, inciso III, e 227, cabeça e § 6º, da Constituição Federal. Alude ao decidido no recurso extraordinário 898.060. Discorre sobre a multiparentalidade e a possibilidade de inclusão do nome do genitor em conjunto com o daquele que participou da criação e educação da criança e com ela desenvolveu vínculo afetivo.(...) 8. No que se refere à multiparentalidade, tem-se que inexistente permissivo legal em nosso ordenamento jurídico que ampare o registro simultâneo de dois pais ou duas mães, podendo, inclusive, causar reflexos não previstos na seara sucessória e previdenciária. Precedentes deste TJDF e do STJ. A decisão impugnada está em contrariedade com a jurisprudência do Supremo. Confirmam com a ementa do recurso extraordinário nº 898.060/SC, relatado no Pleno pelo ministro Luiz Fux, julgado sob a sistemática da repercussão geral(...)2. Ante o precedente, ressalvado entendimento pessoal, conheço do agravo e o provejo. Julgo desde logo o extraordinário, conhecendo-o e provendo-o para, reformando em parte o acórdão recorrido, determinar a inclusão do nome do pai biológico no termo de nascimento do menor, concomitantemente com o do pai socioafetivo.

Percebe-se de forma clara o entendimento do STF ao se referir sobre a perfeita possibilidade da dupla filiação de um indivíduo. Assim, por se tratar do mais elevado tribunal do ordenamento jurídico seu precedente deve ser observado pelos tribunais de

todo território nacional, inclusive por já ter tese em repercussão geral firmada sobre a matéria.

3.2.2 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça parece também ter aderido o mesmo entendimento da Corte Constitucional, a qual já firmou o entendimento de que é possível a concomitância das paternidades biológica e afetiva, a denominada multiparentalidade.

No julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.584.407 – DF em 28 de novembro de 2018 de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, o litígio consistia em um caso de adoção unilateral de uma criança. O adotante agora casado com a genitora da infante pedia o reconhecimento da paternidade socioafetiva sem desconstituir a paternidade biológica da criança, por inclusive o pai biológico concordar com o pedido formulado.

O pedido do autor fora indeferido pelo magistrado de primeiro grau, com fundamento de não ter o direito positivado. Como também, após apelar da referida decisão o Tribunal local negou o provimento ao apelo por entender que a adoção rompe o vínculo com a família original, carecendo de amparo legal o pedido do autor. Insatisfeito, o requerente recorreu do acórdão. Logo, o caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

O ministro Moura Ribeiro em seu voto observa o precedente supracitado da Suprema Corte e ressalta que a multiparentalidade é uma realidade jurídica onde “a concomitância das parentalidades socioafetiva e biológica não é uma regra, pelo contrário, a multiparentalidade é uma casuística” devendo ser observado em cada situação fática levada ao judiciário, para sempre observar os princípios do melhor interesse da criança, da afetividade e da parentalidade responsável.

Portanto, neste caso em concreto o Resp. Nº 1.584.407 foi julgado parcialmente procedente ao reconhecer a possibilidade jurídica da multiparentalidade, afirmando a paternidade socioafetiva do adotante (autor), com a preservação da paternidade biológica. A ementa ficou assim:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. FAMÍLIA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, COM PRESERVAÇÃO DA BIOLÓGICA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA DESNECESSÁRIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRECEDENTES. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Imperioso destacar que não se trata de um julgamento isolado, de entendimento minoritário por parte de certo Ministro. Há de se desenvolver uniformização da tese apresentada, que em diversos outros recentes julgados também foi o fundamento defendido. Como por exemplo, o Recurso Especial nº 1.704.972/CE de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 09/10/2018; e o Recurso Especial nº 1.674.849/RS de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/04/2018.

3.2.3 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Não obstante a observância obrigatória dos precedentes dos tribunais superiores sob todos os tribunais do território nacional argumenta sobre a desbiologização do parentesco de forma extraordinária nota-se a obediência dos Tribunais de Justiça pela mesma linha de entendimento ao abordar o tema.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal se posicionando firmemente sobre a multiparentalidade, vê-se o benefício da padronização da jurisprudência, não restando divergência na aplicação do instituto e a celeridade nos julgamentos das situações levadas ao judiciário, pois serão resolvidas no âmbito local sem ser necessário recorrer ao STJ ou STF.

Em um caso de íntima semelhança já abordado no presente artigo, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em 29/01/2019 ao julgar a Apelação Cível nº 201800802191 na ação de adoção, reconheceu a procedência do pedido autoral em declarar a paternidade socioafetiva do autor em relação à criança, para todos os fins de direito, devendo ser incluído no registro de nascimento conjuntamente com o nome do pai biológico, mencionando expressamente na ementa do acórdão a aplicação da multiparentalidade, observe-se:

Apelação Cível – Adoção cumulada com Destituição de Pátrio Poder – Situação que não caracteriza o abandono que enseja a medida extrema da destituição do poder familiar – Réu que demonstra interesse em se reaproximar do menor, assim como os avós paternos – Laudos social e psicológico que atestam as boas condições morais e financeiras do pai biológico – Recorrente que cria o menor há mais de seis anos, tempo em que é casado com a genitora daquele – Fortes vínculos afetivos desenvolvidos entre o infante e seu padrasto – Reconhecimento da paternidade sócio-afetiva que se impõe para assegurar a dignidade dos envolvidos – Multiparentalidade que deve ser instituída com a retificação do registro de nascimento da criança – Recurso conhecido e provido - Decisão Unânime.

Já em uma Ação própria declaratória de paternidade socioafetiva o Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 07 de fevereiro de 2019 julgou pela procedência do pedido autoral reconhecendo que a existência da paternidade biológica devidamente registrada não é óbice ao reconhecimento concomitante da filiação socioafetiva, transcrição em íntegra da tese nº 622 da repercussão geral do STF.

Neste caso, o padrasto (autor) convivia com a genitora biológica das crianças e assim assumiu a criação como se pai fosse. Essa situação perdurou por vários anos até o falecimento da mãe. Com isso, o padrasto requereu judicialmente para que fosse reconhecida sua paternidade socioafetiva. O TJ-SC com base no precedente do Supremo Tribunal Federal de imediato reconheceu a possibilidade da existência da paternidade socioafetiva em comum acordo com a paternidade biológica. A ementa do acórdão restou fixada assim:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUTORES QUE, DESDE A TENRA IDADE, FORAM CRIADOS PELO PADRASTO, QUE CASADO COM A MÃE BIOLÓGICA DELES MANTEVE-SE ATÉ VIR A ÓBITO. RELAÇÃO QUE PERDUROU POR QUASE TRINTA ANOS, DURANTE OS QUAIS AS PARTES DISPENSARAM-SE RECÍPROCO TRATAMENTO PATERNO-FILIAL. RELAÇÃO HAVIDA ENTRE OS LITIGANTES QUE EVIDENCIA INEGÁVEL POSSE DE ESTADO DE FILHO PELOS AUTORES. EXISTÊNCIA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA DEVIDAMENTE REGISTRADA QUE NÃO É ÓBICE AO RECONHECIMENTO CONCOMITANTE DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. TESE N. 622 DO STF EM JULGAMENTO COM RECONHECIDA REPERCUSSÃO GERAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

Tal entendimento, a princípio, parece observar a proteção dos interesses das crianças, princípio constitucional. Devido a esse entendimento afirmado na jurisprudência brasileira, observa-se que já existem decisões de imediata aplicação do instituto, como forma de proteção para aquele mais vulnerável na relação. Contudo, as consequências dessas decisões ainda não estão completamente esclarecidas. No tópico a seguir, será demonstrado um caso concreto em que se foi instituída a multiparentalidade em sede de decisão interlocutória de juízo de primeiro grau.

3.2.3.1 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU

Inicialmente, cabe destacar que a decisão do magistrado de primeiro grau não pode ser considerada como um precedente com status de jurisprudência. Deve-se observar apenas o ato do magistrado que por meio de uma decisão não definitiva abordou o tema estudado, demonstrando assim, a tendência na pacificação do entendimento.

Nesse sentido, é destacável o benefício trazido pela uniformização do precedente dos tribunais superiores sobre a matéria debatida em questão. Ademais, surge um questionamento, deve-se conceder e aplicar de imediato o instituto da multiparentalidade, por exemplo, em fase de cognição sumária oriundo de um pedido de tutela provisória, para depois durante a fase instrutória se verificar ou não a veracidade da existência de mais um vínculo de filiação?

Respondendo em afirmativo a essa indagação consoante ao exemplo a seguir, este foi o entendimento da Juíza titular da Vara de Família da Comarca de Fortaleza-CE, em uma ação de reconhecimento de paternidade cumulada com anulação de registro de nascimento. O autor buscava como o objeto principal o reconhecimento da paternidade biológica em verdade a da paternidade registral.

Durante o processo foi realizado o exame de DNA e constatado que o autor se tratava realmente do pai biológico. Contudo, o litígio surgiu após a manifestação do pai registral que não discordou com o reconhecimento do pai biológico, porém gostaria de ser reconhecido como pai socioafetivo da criança por já existir um vínculo afetivo entre eles.

Assim, a presente ação pairava no ponto controvertido ao tocante a existência ou não da sociafetividade do pai registral para com a criança. Em 19/02/2019 a magistrada julgando a título de antecipação de tutela de urgência, com base no resultado do exame do teste de DNA e verificando a paternidade biológica do autor, reconheceu de imediato a multiparentalidade paterna da criança devendo constar no registro da menor os dois pais até a sentença final de mérito do processo que analisará a permanência ou não da dupla filiação paterna. Observa-se parte da decisão:

(...) Diante do exame genético de fls. 15/17 e documento da menor, será incluído a filiação do pai biológico, a título de antecipação de tutela de urgência, onde a mesma passará a ter a multiparentalidade paterna, passando esta a se chamar: M. C. F. L. C., filha de T. B. C. e os pais dele como avós paternos, de nomes B. C. e M. S., devendo ser alterado o registro de fls. 14, para que conste a dupla filiação paterna, até sentença final de mérito a qual analisará a permanência da dupla filiação paterna. (...) – (proc.: 0137267-76.2017.8.06.0001).

Desse modo, a decisão mesmo não sendo definitiva prezou em estabelecer a multiparentalidade como meio de resguardar o direito da criança de forma imediata e que em momento posterior em uma cognição exauriente, colhendo todas as provas possíveis, fosse possível proferir a decisão mais justa de se retirar ou não o pai socioafetivo do registro da menor.

É notória a modernização no conceito de família nos tempos atuais, pois a dupla filiação ou a multiparentalidade está presente nas famílias brasileiras, como se pode observar neste artigo. A jurisprudência vem evoluindo na tentativa de acompanhar o direito de família contemporâneo protegendo as novas formas de filiação e famílias que surgem ao passar do tempo com a evolução da sociedade.

Outrossim, como em qualquer assunto em relação a direitos de menores e família deve o Poder Judiciário e Legislativo atuar com cautela, haja vista se tratar de questões peculiares que geram efeitos irreparáveis para os envolvidos no problema. Portanto, quando por diversas ocasiões o judiciário é provocado para pacificar litígios sobre tal assunto, é necessária uma análise ampla e sistêmica sobre a origem desses conflitos.

Dessa forma o instituto da multiparentalidade surgiu para tutelar bens jurídicos essenciais sob a perspectiva de obedecer os princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança. Portanto, o Poder Judiciário busca cumprir seu papel pacificador efetivando direitos que ainda não foram positivados pelo legislador.

CONCLUSÃO

A formação da sociedade é caracterizada pela identificação dos diversos conceitos de conceitos de formação familiar, que passou e continuará a passar por mudanças com o decorrer do tempo. Observa-se que é esperada a evolução das relações humanas e sociais e o surgimento de novas formas de estabelecer vínculos entre as pessoas. Por exemplo, como demonstrado nesse breve estudo, em um passado recente não era possível, por impossibilidade jurídica, reconhecer a existência de dois pais ou duas mães no mesmo registro de nascimento de um filho.

Assim, surge a previsão da multiparentalidade, a qual busca resguardar aquela pessoa que possui dois diferentes pais ou mães provenientes do parentesco natural e civil. Garante-se, portanto, para estes casos o reconhecimento da múltipla filiação. É importante ressaltar que não vigora a antiga diferenciação entre filhos, pois não persiste a importância de uma origem de filiação (registral, biológica ou afetiva) sobre a outra.

Desse modo, foi possível observar que o instituto apresentado possui suas peculiaridades, isto posto, tem-se o reconhecimento de mais de um pai ou mãe que possuirá os mesmos deveres jurídicos e morais para com o mesmo filho, de forma solidária. Em contrapartida, para estes surgem também suas obrigações junto a todos os pais que o reconheceram. Destaca-se que, se efetivada a proteção da criança, a qual se encontra em fase importante de formação, a aplicação da multiparentalidade terá cumprido seu papel.

Ademais, frisa-se o posicionamento trazido pelo STF de que deve ser possibilitado o ato de realizar extrajudicialmente o registro da parentalidade de um filho afetivo, com

quem o genitor não possui herança genética e, mesmo sabendo de todas as consequências jurídicas que a parentalidade irá originar nesse caso, assume como se gerado tivesse.

Como também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que reconheceram e caminham para um entendimento consolidado sobre a aplicação da multiparentalidade no direito brasileiro. Inclusive, já tendo manifestações em sede de decisão não definitiva de primeiro grau de jurisdição que reconheceu em caráter de tutela provisória a multiparentalidade no caso concreto.

Assim, é relevante a preocupação com essas situações que se busca a concretização do vínculo afetivo mesmo já constatado o vínculo biológico ou registral, pois o interesse que prevalece é o da criança.

Diante das breves reflexões aqui mencionadas, verifica-se que o ordenamento jurídico está em um processo de adaptação à nova realidade social que se instaura na vida de muitas famílias brasileiras, já que a multiparentalidade possui respaldo na doutrina, na jurisprudência e em princípios constitucionais, não sendo aceitável que venha a legislação tornar um empecilho à aplicação do instituto.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 Maio. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**. volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017.

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

IBDFAM REVISTA. Múltiplos vínculos. In: IBDFAM REVISTA. N. 01. Ano 01. Junho/2013.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em:09/03/2019.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**. Barueri: Manole, 2005. p. 13.

MORAES, Maria Celina Bodim de. Sobre o Nome da Pessoa Humana. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM / Síntese, n. 7, p. 43, out./dez. 2000.

MULTIPARENTALIDADE E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: efeitos jurídicos, in *Jornal Carta Forense*, junho/2014, p. A 12. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/multiparentalidade-e-parentalidade-socioafetiva-efeitos-juridicos/13778>. Acesso em: 09/03/2019.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**. Uma proposta interdisciplinar. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STF. RECURSO EEXTRAORDINÁRIO: ARE 1114299 / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgamento: 06/12/2018. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ARE+1114299%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y6ry4rtj> >. Acesso em: 10 mar. 2019

____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 898.060. Relator: Ministro LUIZ FUX. Julgamento: 21/09/2016 Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONFLITO+ENTRE+PATERNIDADES+SOCIOAFETIVA+E+BIOLOGICA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4o4hux2> >. Acesso em: 11 mar. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: RECURSO ESPECIAL Nº 1.584.407 - DF (2015/0213769-1). Relator: MINISTRO MOURA RIBEIRO, Julgamento: 28/11/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=201502137691&dt_publicacao=19/12/2018. Acesso em: 11 mar. 2019.

TARTUCE, Fernanda. A parentalidade socioafetiva e suas repercussões processuais. In: Direito de família e sucessões – temas atuais. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka et al (coordenadores). São Paulo: Método, 2009. p. 255-274.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família. In: IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859>. Acesso em: 29 de janeiro 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente**: Projeções Cíveis e Estatutárias. In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia (Coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEXEIRA. Multiparentalidade como fenômeno jurídico contemporâneo. In: Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões. v. 14 (fev/mar 2010). Porto Alegre: Magister; Belo

Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 89-106

TJ SC. Apelação Cível n. 0300421-03.2015.8.24.0080, de Xanxerê Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber- Julgado em 07/02/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAEBC6AAJ&categoria=acordao_5. Acesso em: 11 mar. 2019.

TJ SE. APELAÇÃO Cível nº 201800802191 nº único 0002369-39.2014.8.25.0087 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Alberto Romeu Gouveia Leite. Julgado em 29/01/2019. Disponível em: http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800802191&tmp_numacordao=2019740&tmp.expressao=. Acesso em: 08 mar. 2019.

VILLELA, João Baptista. **A desbiologização da paternidade.** Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em: 06/03/2019.

O ESTUDO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO COMO PARÂMETROS PARA DECISÕES EM JULGADOS.

PAULO DE TARSO BRANDÃO NOGUEIRA FILHO:
Graduando do 10º período do curso de Direito pela
Universidade Estadual do Maranhão ²⁹⁸

Resumo: Este artigo descreve os princípios básicos do direito do trabalho. A função desses princípios é dar significado às normas, auxiliar na interpretação e controlar os aplicadores da lei e os elaboradores de normas. O objetivo deste artigo é conscientizar sobre a importância dos princípios que regem o direito do trabalho no Brasil e demonstrar, por meio de algumas considerações, como esses princípios podem ser utilizados na prática como parâmetros para a tomada de decisões prudentes.

Palavras-chave: Princípios, Direito, trabalho, empregado, empresa, julgados, jurisprudências.

Abstract: This article describes the basic principles of employment law. The function of these principles is to give meaning to standards, assist in interpretation, and control law enforcers and rule makers. The purpose of this article is to raise awareness about the importance of the principles that govern labor law in Brazil and demonstrate, through some considerations, how these principles can be used in practice as parameters for making prudent decisions.

Keywords: Principles, Law, work, employee, company, judgments, jurisprudence.

Introdução

O objetivo deste artigo é discutir a eficácia das normas jurídicas no âmbito do direito do trabalho pertinente, a fim de resolver conflitos de normas em áreas que se aplicam normas de direito internacional privado. Na verdade, um sistema é uma espécie de regras e princípios. Os princípios são mais abstratos e gerais do que as regras, porque servem como fonte de inspiração e suporte para todo o sistema. As regras se aplicam apenas aos fatos e ações nelas contempladas, enquanto os princípios são ilimitados em seu escopo de aplicação. A parte menos poderosa nesta relação de trabalho tem direito a melhor tratamento jurídico, com garantias para alcançar a efetiva igualdade, e assim contribui para o desequilíbrio da relação de trabalho, já que os trabalhadores costumam se colocar em posição desigual desde o início.

De acordo com o in dubio pró-operário, ao interpretar disposições legais de outra forma compreensíveis, ou seja, quando houver dúvida sobre sua aplicabilidade efetiva, elas

²⁹⁸ E-mail: pt_brandao@hotmail.com

devem ser interpretadas em favor do trabalhador. Sendo este um princípio que existe no direito trabalhista, é compreensível que os empregados, neste sentido, não tenham caráter processual, pois o direito processual do trabalho possui regras específicas, como a avaliação da qualidade das provas apresentadas, aplicação das regras do ônus da prova, visão geral dos princípios da Legislação Trabalhista: Esta é uma declaração geral para auxiliar legisladores e intérpretes. O princípio mais importante no direito do trabalho é chamado de Princípio de Proteção do Empregado, e há três ideias principais que derivam do Princípio de Proteção do Empregado:

Princípio indúbio pró-miserio, também conhecido como do indúbio pró-operário. Este princípio basicamente versa que, em caso de dúvida a decisão sempre é a favor do trabalhador. (É uma dúvida na interpretação de uma norma jurídica). O princípio do maior benefício ou da norma mais benéfica é aquele que deve ser aplicada a regra mais favorável ao trabalhador. Princípio da condição mais benéfica aplica-se quando há mais de uma condição no contrato de trabalho.

Vejamos o seguinte exemplo: o empregador colocou no contrato de trabalho que as horas extras seriam de 100 %, com o passar do tempo o empregador resolve alterar essa condição e decide pagar 50%. Pergunta-se: Qual irá prevalecer ? Resposta: a segunda. O empregador não poderá reduzir o valor pago pelas horas excedentes uma vez que foi concedido 100%, portanto, prevalecerá o adicional de 100% haja vista que é uma condição mais benéfica.

Art. 468 da CLT. Poderá alterar o contrato de trabalho mediante á duas observações: primeiro em caso de mútuo consentimento, em segundo a Inexistência de prejuízo ao empregado.

“Súmula 51 Inc. I do TST. Na hipótese de Norma Regulamentadora interna de uma determinada empresa alterar alguma clausula desta mesma norma, essa alteração só atingirá os empregados contratados após essa alteração. Ex. Através de uma norma, uma empresa altera o adicional de horas extras de 50% para 100% alguns meses após essa alteração a empresa decide voltar com o adicional de 50%. Pergunta-se, poderá a empresa fazer essa alteração, e a resposta lógica é que a empresa poderá alterar essa norma interna, contudo, não terá efeito para os empregados que experimentaram 2 condições, haja vista o Princípio da Condição Mais Benéfica, somente terá efeito para os empregados que experimentaram apenas uma condição.”

O empregador poderá alterar o contrato de trabalho unilateralmente nas seguintes condições Jus Variandi: É o direito do empregador de alterar certas condições contratuais

sem a necessidade do consentimento do empregado. Jus Resistente: é o direito do empregado de resistir às alterações contratuais perpetradas em prejuízo do art. 468 da CLT.

Princípio da Primazia da Realidade versa que a realidade supera a mera forma. Ex. O empregado ajuíza ação trabalhista com a pretensão de receber horas extras não pagas, o empregador produz uma prova no dia da audiência informando que o cartão de ponto do empregado não ultrapassa o limite, contudo o empregado leva uma testemunha que comprova que o cartão não reflete a realidade e o juiz decide acatar a pretensão do empregado com base normativa.

Princípio Protetor do Salário afirma que três ideias se desenvolvem a partir do princípio protetor do salário, a saber: Irredutibilidade salarial: Art. 7, Inc 6 da CF, o salário poderá ser reduzido mediante Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho; Impenhorabilidade salarial: Art. 649, Inc. 4 do CPC. Exceção: Caso de alimentos, pensão alimentícia; Intangibilidade salarial: Art. 462, CLT. O salário não pode sofrer descontos. Exceção: salvo no caso de adiantamento, salvo dispositivo de Lei e quando resulta de norma coletiva.

Princípio da Irrenunciabilidade afirma que a privação voluntária de um ou mais benefícios previstos no Código do Trabalho é juridicamente impossível. Isto decorre do chamado de vício de consentimento presumido. Quando a rés for dúbio ou litigiosa (coisa em dúvida ou coisa em conflito) o juiz poderá homologar o acordo inferior ao valor que o reclamante supostamente teria direito o que será chamado Tecnicamente de Transação e não Renúncia.

Princípio da Continuidade da Relação de Emprego diz que o emprego tem que continuar: "Súmula 212 do TST. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003".

Para um melhor entendimento se faz necessário responder algumas perguntas onde, através de suas respostas fundamentadas em julgados, poderemos entender a funcionabilidade dos princípios aplicados a prática.

Qual é a importância de aprender princípios no campo do direito do trabalho?

Aprender os princípios provou ser uma das coisas mais importantes para viver no campo do direito do trabalho, uma vez que muitos legisladores podem sempre olhar para as fontes do direito do trabalho, pois é a base para apoiar a afirmação de doutrinas úteis. E assim serem sintetizadas em três aspectos: Integração do ordenamento jurídico: observada a ausência de disposição específica para regular o caso em questão, pode-se recorrer aos

princípios gerais de direito, tradicionalmente conhecidos por analogia "iuris". Interpretação: orientando o juiz e o aplicador ou intérprete das normas jurídicas quanto ao real sentido e alcance destas. Inspiração: para os legisladores em suas atividades desenvolverem novas normas prescritivas.

Quais as dimensões do princípio da proteção?

O princípio da proteção se expressaria sob três formas distintas: regra a) a regra "in dubio, pro operário", que consiste em critério de interpretação que deve utilizar o juiz ou o interprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) a regra da norma mais favorável determina que, Se houver mais de uma norma aplicável, deve-se escolher uma norma melhor, mesmo que não atenda aos critérios clássicos da hierarquia normativa. (c) Cláusula da Nação Mais Favorecida. Normas que aplicam novas normas trabalhistas não podem de forma alguma diminuir as melhores condições para os trabalhadores. Desta a proteção a remuneração salarial é a principal justificativa para a existência e aplicação de tal princípio.

O que significa o Princípio da Primazia Realidade?

Este princípio enfatiza precisamente que o importante é o que realmente aconteceu, não o que foi escrito. De acordo com esse princípio, a veracidade dos fatos tem mais valor do que o próprio contrato formal. Em outras palavras, se houver discrepância entre o que está escrito e o que realmente aconteceu, prevalecerá o que realmente aconteceu:

"JURISPRUDÊNCIA: RECURSO ORDINÁRIO. HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO AO PERÍODO DE LABOR DA TESTEMUNHA. O Juízo de origem, acertadamente, com base na prova testemunhal produzida nestes autos e considerando, ainda, as informações prestadas pelas partes em seus depoimentos, fixou as jornadas de trabalho efetivamente cumpridas pelo reclamante, para efeito de pagamento das horas extraordinárias, haja vista que confirmado o estabelecimento habitual da jornada normal de trabalho. Contudo, não há falar em limitação da condenação ao período de duração do contrato de trabalho da testemunha, pois segundo a máxima de que o ordinário se presume e o extraordinário se prova, competia à reclamada o ônus de comprovar que as condições trabalho do reclamante tenham se alterado a partir da contratação e/ou dispensa do referido depoente, mister do qual não se desincumbiu. Nesse sentido é o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 233 da SDI-1 do C. TST".

Os princípios podem servir de fonte material para o direito do trabalho?

A CLT, mais precisamente, em seu art. 8º mostra a função que integra os princípios gerais do direito ao destacar sua aplicação somente para casos em que há omissão legal ou contratual, ou em situações sua compreensão serve como parâmetros para a tomada de decisões. Assim como a equidade e analogia os princípios completam o ordenamento jurídico em suas lacunas como define no art. 4º da LICC.

“Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Quais os requisitos do contrato individual de trabalho?

Começa com o acordo entre as partes de empregado com empregador, o sujeito contratado é individual, ou seja, o contrato chama-se de contrato individual de trabalho. O contrato pode ser realizado expressamente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado. É o acordo pelo qual o empregado se compromete a prestar serviços de forma subordinada a autoridade do empregador, com determinada continuidade, mediante o pagamento de salário.

Assim, os requisitos do contrato de trabalho são a individualidade, a subordinação, a continuidade e a mudança, o que significa que o empregado presta serviços por conta de outrem porque não corre riscos por prestar serviços a terceiros.

Segundo a doutrina, o que caracteriza a aparência de um trabalhador?

Alguns dos elementos que caracterizam a figura do trabalho são: pessoa física, pessoalidade, subordinação, habitualidade e onerosidade. A pessoa que presta o serviço deve ser uma pessoa física e não pode ser uma pessoa jurídica. A personalidade é como os contratos são executados e os funcionários não podem ser substituídos por outros sem o consentimento do empregador. Ou seja, o trabalho é feito de forma privada. A subordinação é uma característica fundamental dos contratos de trabalho que os distingue de outras hipóteses não previstas na CLT. Isso significa que o empregado está sujeito ao empregador sob suas ordens e regulamentos e pode estar sujeito à supervisão ou disciplina do empregador. O hábito é a presença do empregado onde se encontra o empregador e deve ser de caráter permanente, envolvendo o empregado nas operações regulares do negócio. A onerosidade é a remuneração pela prática de atos válidos no caso de intenção do empregado de receber salário, ou seja, se a intenção do empregado de receber salário, conforme definido acima, prevalecer mesmo que o pagamento não ocorra normalmente.

“Relação de emprego. Carência de ação – Não é empregado aquele que vende, ao mesmo tempo, para várias empresas e no desempenho de seu mister é dono do seu horário, fazendo a praça que queria, sem qualquer interferência da reclamada.” (TRT-RO-2168/83 – 3a. Reg. – Rel. Renato M. Figueiredo – MG 23.03.84, pag. 55) “Relação de Emprego – Não é empregado quem, por muito tempo, sem oposição, *sob contrato específico, presta serviços como autônomo, implementando as respectivas condições e recebendo como tal.*” (TRT-RO-1345/84 – 3a. Reg. – Rel. José Caldeira – MG 26.04.85, pag. 45) “Relação de emprego – Inexistência – Não configura a relação de emprego o fato de os reclamantes trabalharem nas dependências da reclamada, se recebem diretamente de seus clientes, sendo pois credores da ação proposta.” (TRT-RO-1109/85 – 3a. Reg. – Rel. Walmir T. Santos – MG 06.09.85, pag. 50) “Ao corretor é vedado ser empregado da Empresa de Seguros. Todavia, se o foi não há como não considera-lo como tal, deferindo-lhe os direitos decorrentes desta condição. E isto porque o art. 17, da Lei 4594, de 29.12.64, é daquelas normas que se usa classificar como imperfeita, quanto à intensidade da sanção, vale dizer, daquelas que não se fazem acompanhar de pena de nulidade do ato, nem de qualquer outra punição ao transgressor em caso de violação valendo-se o legislador apenas de meios indiretos para prevenir-lhes a contravenção. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (TRT-RO-5110/86 – 3a. Reg. – Rel. Aroldo Plínio Gonçalves – DJ/MG 24.07.87, pag. 19) Negada a relação de emprego, constituiu ônus do reclamante dar prova da existência do trabalho subordinado e regido sob a égide da CLT.(TRT-RO-4719/88 – 3a. Reg. – Rel. José Waster Chaves – DJ/MG 27.01.89, pag. 25)

Como a lei interpreta a definição legal de empregador (artigo 2º: CLT)?

Empregador é a pessoa singular ou coletiva que contrata trabalhadores para gerir a prestação de serviços mediante pagamento, tendo em conta os riscos inerentes à atividade económica. No campo tributário, considera-se os rendimentos percebidos em razão do trabalho, devendo, por isso, o empregador reter os tributos incidentes na fonte, no ato de pagar, com observância das normas tributárias próprias. Incabível o recolhimento fiscal pelo empregador referente a honorários advocatícios, se inexistente imposição legal.

Qual é a posição legal sobre a responsabilidade da pessoa que recebe serviços pelo pagamento de dinheiro devido a uma relação trabalhista?

A terceirização tornou-se um fator determinante para uma competição saudável no mercado de trabalho. Essa é uma das formas que muitas empresas encontraram para se

manter competitivas no mercado, flexibilizar as relações trabalhistas, criar direitos trabalhistas derivados dos contratos de trabalho e focar seus esforços em seu principal objetivo: o seu core business. O aspecto econômico justifica essa visão doutrinária pela natureza econômica da subordinação estabelecida entre empregador e empregado, ou seja, a subordinação econômica do empregado ao empregador. Na componente salarial, a remuneração que um empregado tem de pagar pelos seus serviços é o salário, ou seja, o trabalho prestado ao empregador deve ser pago em salários. Os trabalhos executados de forma gratuita, sem uma contraprestação onerosa, não caracterizam uma relação empregatícia.

“JURISPRUDÊNCIA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331, ITEM VI, DO COLENO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. O tomador de serviços é subsidiariamente responsável pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho dos empregados da empresa prestadora de serviços, mesmo em caso de terceirização lícita. Entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula nº 331, itens IV e VI C. Tribunal Superior do Trabalho, que determina que a responsabilidade abranja todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

Considerações Finais

Esses princípios desenvolveram-se como uma espécie de norma legal, dado conteúdo normativo, e têm importância sistemática no ordenamento jurídico bem como também relevante importância formal e material em comparação com outras leis. Qualquer potencial conflito de princípios ou conflito entre constituições deve ser interpretado e levado em consideração para melhor se adequar ao caso concreto e encontrar uma solução justa. Como podemos observar, a importância dos princípios no direito do trabalho é fundamental. Porque, para além da nobre função interpretativa da norma, influencia a integração e a coesão desta ciência, sobretudo ao reconhecer o direito do trabalho como setor autônomo. Ao explicar esse princípio, procura-se fazer uma breve caracterização entre várias considerações, a fim de explicar de forma geral o conteúdo do princípio, como o princípio da proteção, o princípio da ausência de direitos trabalhistas e o princípio da melhor condição favorável, continuidade do emprego e etc.

Referências

<https://www.capitalnews.com.br/opiniao/reforma-trabalhista-evolucao-ou-retrocesso/311120>, acesso em 10 de novembro de 2020.

<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-mitigacao-da-impenhorabilidade>, acesso em 09 de novembro de 2020.

http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/hierarq_leis_trab.htm, acesso em 09 de novembro de 2020.

<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-do-trabalho/1158/principios-fontes-direito-trabalho>, acesso em 10 de novembro de 2020.

<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/171/Contrato-individual-de-trabalho>, acesso em 08 de novembro de 2020.

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9540/Dos-elementos-caracterizadores-da-relacao-de-emprego>, acesso em 09 de novembro de 2020.

<http://www.carvalhofurtadoadv.com.br/2020/10/05/relacao-de-emprego/>, acesso em 10 de novembro de 2020.

<https://gestaodesegurancaprivada.com.br/terceirizacao-conceito-caracterisitcas/>, acesso em 11 de novembro de 2020.

http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/1168/Sumulas, acesso em 11 de novembro de 2020.

<https://www.projuris.com.br/blog/principios-do-direito-do-trabalho/>, acesso em 01 de dezembro de 2020.

PROPOSTA DE MEDIDAS DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PELOS IMPACTOS DIRETOS E INDIRETOS GERADOS PELOS TERMINAIS METROPOLITANOS DE ÔNIBUS DA GRANDE BH: considerações técnicas e operacionais sobre a Estação José Cândido da Silveira, Belo Horizonte, MG

VAGNER LUCIANO COELHO DE LIMA ANDRADE:

Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em Geografia, especializações em Políticas Públicas Municipais e Arte Educação; História, especializações em Museografia e Patrimônio Cultural e Metodologia de Ensino de História. Formação Complementar em Artes Visuais, Filosofia, Sociologia e Turismo.. (299)

RESUMO: Este trabalho intenciona apresentar propostas de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da Grande BH, em especial, a Estação José Cândido da Silveira, localizado no Bairro Santa Inês, município de Belo Horizonte - MG. A metodologia consistiu em ampla revisão bibliográfica com considerações técnicas e operacionais do sistema de transporte das cidades de Caeté, Nova União e Sabará, que deveriam ser todas, sem exceções integradas ao novo Terminal Penha (nova denominação proposta para a Estação José Cândido da Silveira), mas algumas linhas encontram-se no Terminal Metropolitano São Gabriel. Após analisar os sistemas de ônibus, tanto intermunicipais, quanto intramunicipais, propõe-se a reorganização e reestruturação do mesmo e medidas de compensação ambiental, sendo as principais, a criação do Parque Estadual Metropolitano do Carvalho de Brito, conforme diretrizes do PLAMBEL em 1979, a criação dos Parques Estaduais Metropolitanos General Carneiro (Sabará) e Horto Amarelo (Caeté), e a ampliação da áreas de proteção ambiental da Serra da Piedade e demais unidades de conservação existentes nas três urbes atendidas. Ambas as áreas são próximas do terminal e legitimam a compensação a ser feita de forma imediata. Propõe-se ainda a mudança de denominação da estação de nome composto, para nome simples: Terminal Penha.

PALAVRAS CHAVE: Compensação; Impactos; Ônibus; Parque; Terminal.

299 Pesquisador em Patrimônio Natural, com formação inicial em Ciências Biológicas, especializações em Ecologia e Monitoramento Ambiental e Metodologia de Ensino de Ciências Biológicas; Gestão Ambiental, especializações em Gestão e Educação Ambiental e Administração Escolar, Orientação Educacional e Supervisão Pedagógica. Formação Complementar em Agroecologia, Ecologia, Educação do Campo e Pedagogia. *E-mail: reacao@yahoo.com*

INTRODUÇÃO

A Região metropolitana conta com várias 40 áreas destinadas a parques estaduais metropolitanos conforme levantamentos do final da década de 1970 e início da década de 1980. Destas áreas, oito são áreas institucionalizadas e implantadas:

Parque Municipal de Belo Horizonte, Jardim Zoológico, Parque das Mangabeiras, Jardim Botânico e Museu de História Natural da UFMG, Parque Florestal Municipal Chácara do Lessa - Sabará, Parque Julien Rien, Parque Fernão Dias I e Parque Municipal Professor Guilherme Lage. Já onze áreas não são implantadas apesar de serem institucionalizadas: Reserva do Gainha - Sabará, Horto Municipal do Betânia, Parque Presidente Wenceslau Brás (Mata do Jambreiro), Mata do Tumbá - Nova Lima, Fazenda do Confisco, Parque Ursulina de Andrade Mello, Parque Florestal Cabeça de Boi - Sabará, Parque Fernão Dias II, Parque Estadual do Sumidouro - Lagoa Santa/Pedro Leopoldo, Parque de Lazer da Gameleira e Parque Florestal da Baleia. Quinze áreas são declaradas como áreas potenciais: General Carneiro, Lagoa do Nado, Serra Verde, Granja Werneck, Tejuco/Califórnia/Alto dos Pinheiros, Bacia do Córrego Mingu, Quilômetro 30, Mata do Arraial Velho, Mata da PUC, Mata do Pau d'Óleo, Mata do Comolatti, Santa Luzia, Aeroporto Carlos Prates, Santo Agostinho e Campus Ecológico da UFMG. E por último, quatro áreas institucionalizadas e descaracterizadas: Horto Florestal Estadual do Amarelo, Parque do Jatobá, Parque Florestal Estadual Bosque Modelo e Parque do Barreiro. Deste total de 38 áreas, apenas 17 foram efetivamente implantadas (Quadro I), sendo que 23 não foram e o porquê que isso não se concretizou. Assim, urge resgatar estas áreas e as discussões técnicas empreendidas no âmbito do Programa Metropolitano de Parques Urbanos (PLAMBEL, 1979), para que esta áreas sejam resguardadas enquanto patrimônio ecológico e cultural da comunidade metropolitana.

Quadro I - Relação das Unidades de Conservação da RMBH (1979)

Unidade de Conservação	Município	Situação
Horto Municipal do Betânia	Belo Horizonte	Implantado
Jardim Botânico e Museu de História Natural da UFMG	Belo Horizonte	Implantado
Mata da PUC	Belo Horizonte	Implantado
Parque da Lagoa do Nado	Belo Horizonte	Implantado
Parque do Aeroporto Carlos Prates	Belo Horizonte	Implantado
Parque do Jardim Zoológico	Belo Horizonte	Implantado
Parque do Santo Agostinho	Belo Horizonte	Implantado
Parque do Serra Verde	Belo Horizonte	Implantado
Parque Ecológico do Campus UFMG	Belo Horizonte	Implantado
Parque Florestal das Mangabeiras	Belo Horizonte	Implantado
Parque Florestal do Barreiro	Belo Horizonte	Implantado
Parque Julien Rien	Belo Horizonte	Implantado
Parque Municipal de Belo Horizonte	Belo Horizonte	Implantado

Parque Municipal Professor Guilherme Lage	Belo Horizonte	Implantado
Parque Ursulina de Andrade Mello	Belo Horizonte	Implantado
Parque Fernão Dias I	Contagem	Implantado
Parque Municipal Chácara do Lessa	Sabará	Implantado
Parque de Lazer da Gameleira	Belo Horizonte	Não Implantado
Parque do Alto dos Pinheiros	Belo Horizonte	Não Implantado
Parque do Califórnia	Belo Horizonte	Não Implantado
Parque do Granja Werneck	Belo Horizonte	Não Implantado
Parque do Tejuco	Belo Horizonte	Não Implantado
Parque Estadual Bosque Modelo	Belo Horizonte	Não Implantado
Parque Estadual Florestal do Jatobá	Belo Horizonte	Não Implantado
Parque Florestal da Baleia	Belo Horizonte	Não Implantado
Parque do Horto Amarelo	Caeté	Não Implantado
Mata do Comolatti	Contagem	Não Implantado
Parque da Fazenda do Confisco	Contagem	Não Implantado
Parque Fernão Dias II	Contagem	Não Implantado
Parque Estadual do Sumidouro (Pedro Leopoldo)	Lagoa Santa	Não Implantado
Mata do Pau d'Óleo	Nova Lima	Não Implantado
Parque Presidente Wenceslau Brás (Mata do Jambreiro)	Nova Lima	Não Implantado
Mata do Tumbá	Nova Lima	Não Implantado
Bacia do Córrego Mingu	Rio Acima	Não Implantado
Parque do Quilômetro 30	Sabará	Não Implantado
Mata do Arraial Velho	Sabará	Não Implantado
Parque do General Carneiro	Sabará	Não Implantado
Parque Florestal Cabeça de Boi	Sabará	Não Implantado
Reserva do Gainha -	Sabará	Não Implantado
Parque de Santa Luzia	Santa Luzia	Não Implantado

Fonte: Adaptado do PLAMBEL (1979)

APRESENTAÇÃO DAS CIDADES

Caeté é um município componente da Região Metropolitana de Belo Horizonte, e sua população estimada é de 44 718 habitantes (IBGE, 2019). É neste município que se encontra o Monumento Natural Estadual da Serra da Piedade. No alto, há um santuário católico dedicado à Padroeira do Estado de Minas Gerais, Nossa Senhora das Dores da Piedade, que recebe diariamente romeiros. Também, no espaço, funciona o Observatório Astronômico Frei Rosário, da Universidade Federal de Minas Gerais. "Caeté", na língua tupi, denota "mato verdadeiro", por meio da ligação dos termos ka'a ("mato") e eté ("verdadeiro"). Sua designação antecedente era Villa Nova da Rainha e sua padroeira é Nossa Senhora do Bom Sucesso. A municipalidade(Quadro II), que inclusive faz parte do Parque nacional Serra do Gandarela, dispõe de oito linhas intramunicipais (Figura 01):

- Água Limpa via Antônio dos Santos/Caeté
- Circular A Santa Casa/José Brandão/Pedra Branca

- Circular B Santa Casa/Pedra Branca/José Brandão
- Circular Emboabas/Santa Casa/ José Brandão/Pedra Branca
- Caeté/Morro Vermelho
- Caeté/Quintas da Serra
- Caeté/Rancho Novo
- Caeté/Roças Novas

Figura 01 - Ônibus da antiga linha SC08



<https://onibusbrasil.com/hsimoesbhz/1526415>

Quadro II - Linhas antigas do Sistema Intramunicipal de Caeté

Nº	Nome	Empresa	Período
T103	Caeté / Antônio dos Santos	Emp. Nova Aparecida	Até 1985
T203	Caeté / Rancho Novo	Emp. Transcol	Até 1985
T303	Caeté / Morro Vermelho	Emp. Transcol	Até 1985
T403	Caeté / Bonsucesso	Emp. Transcol	Até 1985

T503	Caeté / José Brandão	Emp. Transcol	Até 1985
T603	Caeté / Pedra Branca	Emp. Transcol	Até 1985
T703	Circular Santa Casa / Pedra Branca	Emp. Transcol	Até 1985
0808	Caeté / Rancho Novo	Emp. Transcol	1985-2008
0809	Caeté / Morro Vermelho	Emp. Transcol	1985-2008
0810	São Geraldo / Vila das Flores	Emp. Transcol	1985-2008
SC08A	Circular Santa Casa / José Brandão / Pedra Branca	Emp. Transcol	1985-2008
SC08A	Caeté / Quintas da Serra / Asilo São Luiz	Emp. Transcol	Até 2008
SC08B	Circular Santa Casa / José Brandão / Pedra Branca	Emp. Transcol	1985-2008
0811-A	Sabará / Caeté	Viação Cuiabá	1985-2008
0811-B	Cuiabá / Caeté	Viação Cuiabá	1985-2008

Fonte: [https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_\(DER-MG\)](https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_(DER-MG))

Os caetés ou Kaeté foram um povo brasileiro nativo de idioma tupi, que residiu à beira-mar entre a ilha de Itamaracá e o rio São Francisco no século XVI. Eram aproximadamente 75.000 indivíduos. A extensão que moravam era circunscrita ao norte pelos terrenos dos potiguaras e, ao sul, pelos tupinambás. Aliaram-se aos mercadores franceses que viajavam pelo litoral do Brasil, no século XVI, tornando-se, então, oponentes dos lusitanos. Os caetés, antes de serem eliminados, foram aprisionados pelos portugueses e empregados como mão de obra na plantação da cana-de-açúcar. A cidade, por sua vez, foi palco do primeiro conflito da Guerra dos Emboabas, em Morro Vermelho. De acordo com o site do Departamento de História da Universidade Federal Fluminense (2020, on line):

Após o assassinato de um forasteiro dono de estalagem por um paulista, em 1707, as tensões entre os dois grupos ficaram evidentes e ainda maiores. Nesse cenário conturbado, já no ano seguinte, mais especificamente em outubro, uma disputa pela posse de uma espingarda acirrou os ânimos. Esse evento marcou o início da guerra nas Minas Gerais. Um emboaba havia perdido a arma que pegou emprestada de um paulista. Para solucionar o impasse, um duelo foi proposto entre representantes locais de cada grupo: o português Manuel Nunes Viana e o paulista Jerônimo Pedroso. Na porta da Igreja de Caeté, houve uma discussão entre eles, contudo, os paulistas recuaram evitando uma escalada dos confrontos. Os seus congêneres, no entanto, ofendidos pela recusa do desafio, iniciaram um motim em direção à casa de Nunes Viana onde estavam à espera dos adversários cerca de 600 a 700 forasteiros, vindos dos arraiais de Caeté, Rio das Velhas e Sabarabuçu. Borba Gato, paulista, e superintendente das minas, conduziu então uma série de negociações para apaziguar temporariamente as tensões.

O município divide-se em sete distritos: Água Limpa, Antônio dos Santos, Morro Vermelho, Penedia (Penha), Rancho Novo, Roças Novas e Sede Municipal. Os bairros são os seguintes: Água Limpa de Baixo, Água Limpa de Cima, Água Limpa 5ª Seção, Antônio do Santos, Barro Preto 2ª Seção (São Francisco), Bela Vista 3ª Seção, Boa Vista 3ª Seção, Bonsucesso 2ª Seção, Cafezal 2ª Seção, Charles Charneaux Cidade Jardim 2ª Seção, Córrego Machado, Dom Carmelo, Fonte Clara, Jardim Bandeirantes 1ª Seção (Pombal) José Brandão, Juca Vieira, Lagoinha 3ª Seção, Morgan 1ª Seção, Morro Vermelho, Ouro Fino, Paineiras 2ª Seção, Pedra Branca 1ª Seção, Penha 2ª Seção, Pito Aceso, Quinta da Serra, Rancho Novo, Ribeiro Bonito, Roças Novas, Santa Frutuosa, Santo Antônio 4ª Seção, São Francisco Xavier, São Geraldo 2ª Seção, Serra da Piedade, Vila Americano, Vila das Flores 2ª Seção, Vila Deschamps, Vila Descoberto, Vila Emboabas, Vila Europeu, Vila Mundeus, Vila Penedia, Vila Posses, Vila Rato, Vila Real 1ª Seção, Vila Zelinda, Vista da Serra e Vista da Serra 1ª Seção. De acordo com a legislação atual (2020, on line):

SUBSEÇÃO X DAS ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Art. 90 - São Áreas de Proteção Ambiental:

I - APA Juca Vieira – 3.687 ha;

II - APA Água da Serra da Piedade – 4.785 ha;

III - APA Ribeiro Bonito – 5.157 ha;

IV - APA Descoberto – 1.41 ha;

V - APA Pedra Branca - 5.539 ha;

VI - APA Água Limpa - 2.450 ha.

Art. 91 - São diretrizes para as Áreas de Proteção Ambiental:

I - estimular a conscientização ambiental e a responsabilidade individual e coletiva quanto à conservação das áreas de proteção ambiental;

II - compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos recursos naturais existentes;

III – manifestar fundamentadamente nos pedidos de licença para qualquer intervenção antrópica nas APA's;

IV - permitir usos econômicos compatíveis com a preservação dos ecossistemas locais, de acordo com o Zoneamento Ecológico Econômico e com o Plano de Manejo.

V – melhorar o padrão de qualidade ambiental das APA's já consolidadas. Parágrafo Único: Até a elaboração dos instrumentos citados, as intervenções antrópicas nas APA's ficam condicionadas a licença ambiental, com manifestação da respectiva APA.

SUBSEÇÃO XI DAS ÁREAS DE DIRETRIZES ESPECIAIS

Art. 92 - Na Macrozona Urbana Consolidada, será criada, por lei específica, a ADE de Interesse Turístico.

Art. 93 - Na Macrozona Rural, serão criadas, por lei específica, as ADE's de Interesse Turístico, de Recreios e dos Distritos.

Parágrafo Único - As áreas de diretrizes especiais estão delimitadas no mapa Nº 02 e 03 integrantes desta Lei.

A APA Águas da Serra da Piedade é uma formação geológica localizada no oeste de Caeté, sendo um símbolo do estado de Minas Gerais. Sua altitude atinge o máximo de 1.746 metros, acima do nível do mar. Corresponde a uma continuação da Serra do Curral, delimitando o limite norte do Quadrilátero Ferrífero. Pertencente à Região Metropolitana de Belo Horizonte, é um divisor de águas, contribuindo para a formação do rio Doce, entre outros. Abriga o Observatório Astronômico da UFMG e os radares do CINDACTA, que monitoram os céus da região. O santuário de Nossa Senhora da Piedade, a padroeira do estado de Minas Gerais, é um local tradicional de romarias e está vinculado a muitas lendas. A lei estadual 15.178 de 16 de junho de 2004 determinou uma área de 1.945 hectares para preservação dos mananciais, da fauna e da flora. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais estabeleceu as diretrizes para o tombamento da área, definindo as atividades que podem ser exercidas na região e as medidas de preservação ambiental, cultural e paisagística que devem ser adotadas. No caso da exploração mineral, a área degradada terá que ser reconstituída pela empresa exploradora, como está previsto no artigo 225 da Constituição Federal. A página do Monumento Natural da Serra da Piedade, hospedado no site do Instituto Estadual de Florestas (2020, on line) afirma que:

Dados Gerais:

Municípios de abrangência: Caeté e Sabará.

Bioma: Cerrado e Mata Atlântica

Área:1.947 hectares

Criação: Decreto de criação: 841 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989; Decreto da definição dos limites: Lei Estadual nº 15.178 de 16 de junho de 2004; Decreto de redefinição dos limites: Lei Estadual nº 16.133 de 26 de maio de 2006

A Serra da Piedade é reconhecida pelo valor ambiental, com destacada beleza cênica e fitofisionomias endêmicas, como os campos rupestres, e o patrimônio histórico-cultural, chancelados por tombamentos do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico (IEPHA) e do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

O Monumento encontra-se, em parte, sobreposto ao Santuário Basílica Nossa Senhora da Piedade, cuja Ermida fora consagrada como Basílica em 2017. Além disso, sobrepõe também sobre outras áreas protegidas como duas APA's municipais e uma RPPN. Pertence à Reserva da Biosfera da Serra do Espinhaço e ao Mosaico do Quadrilátero Ferrífero. Essa soma de fatores torna esta UC como aquela de maior visitação em Minas Gerais.

Atrativos

A Serra da Piedade é um famoso atrativo na região próxima a Belo Horizonte em função de sua paisagem e pela vista que proporciona a partir de seu topo. Devido a suas grandes altitudes, possui um clima frio característico e pode ser vista de grande parte da Região Metropolitana de Belo Horizonte. A formação da serra configura, em si, um monumento geológico e geomorfológico dos mais importantes do Quadrilátero Ferrífero. Aliada a esta geodiversidade, apresenta, também, rica biodiversidade com vegetação de diferentes tipos como cerrado, mata atlântica e o endêmico campo rupestre ferruginoso. Sendo assim, belíssimo local de contemplação, passeios familiares e peregrinações. Abaixo é apresentada uma lista dos principais atrativos:

Há mais de 250 anos acolhendo peregrinos, o Santuário Basílica Nossa Senhora da Piedade, no alto da Serra da Piedade, tem toda infraestrutura para receber fiéis e visitantes. No alto da Serra, a mais de 1700 metros de altitude, está a menor basílica do mundo, a Ermida da Padroeira de Minas Gerais. Do Santuário, avista-se um horizonte belo de montanhas e paisagens, que inspiram a fé e a contemplação. Visitar a Casa da Padroeira de Minas Gerais é oportunidade para entrar em contato com a natureza, belezas da Mata Atlântica, do Cerrado e dos Campos Rupestres. O Restaurante Espaço Dom João Resende Costa e a Cafeteria Espaço Padre Virgílio Resi servem saborosas refeições, típicas da culinária mineira. A Casa dos Peregrinos Dom Silvério acolhe com conforto e segurança os que desejarem permanecer por mais tempo no Santuário, podendo receber grupos para retiros e seminários.

A estrada que leva ao ponto mais alto da Serra da Piedade é asfaltada e, no Santuário, um amplo estacionamento pode receber motos, carros, vans e ônibus.

A Basílica da Piedade, Ermida da Padroeira de Minas, foi começou a ser construída em 1767 por Antônio da Silva Bracarena e Manuel Coelho Santiago, após receberem licença para edificar uma capela dedicada à Nossa Senhora da Piedade, no alto da então denominada Serra do Caeté. Na Ermida encontra-se a imagem de Nossa Senhora da Piedade, Padroeira de Minas Gerais, atribuída a Aleijadinho. Em 2017, recebeu do Papa Francisco o título de Basílica da Piedade, a menor basílica do mundo.

Nova União é um município composto por quatro distritos: Altamira, Carmo da União, Nova Aparecida e Sede Municipal. Pertencente à Região Metropolitana de Belo Horizonte. Encontra-se a 19°41'24" de latitude sul e 43°34'47" de longitude oeste, a uma altura de 937 metros. Sua população estimada é de 5.725 habitantes (IBGE,2019). Possui uma extensão de 172,131 km². A municipalidade de Nova União foi instituída em 30 de dezembro de 1962, pela lei 2.764 com a denominação José de Melo. Em 16 de dezembro de 1987, o município recebeu a sua nova denominação de Nova União. O decreto federal nº 98.891, de 26 de janeiro de 1990, dispôs sobre a criação da Área de Proteção Ambiental Federal no Estado de Minas Gerais, abrangendo terras de Nova União (Quadro III), e deu outras providências:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, item IV, da Constituição Federal, e tendo em vista o que dispõe o artigo 8º da lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, a lei nº

6.938, de 31 de agosto de 1981, e os Decretos nºs 88.351, de 1º de junho de 1983, e 89.532, de 6 de abril de 1984,

DECRETA:

Art. 1º Sob a denominação de APA Morro da Pedreira fica declarada Área de Proteção Ambiental a região situada nos Municípios de Santana do Riacho, Conceição do Mato Dentro, Itambé do Mato Dentro, Morro do Pilar, Jabuticatuvas, Taquaraçu de Minas, Itabira e José de Melo, no Estado de Minas Gerais, com as delimitações geográficas constantes do artigo 3º deste Decreto.

Art. 2º A declaração de que trata o artigo anterior, além de garantir a proteção do Parque Nacional da Serra do Cipó e o conjunto paisagístico de parte do maciço do Espinhaço, tem por objetivo proteger e preservar o Morro da Pedreira, sítios arqueológicos, a cobertura vegetal, a fauna silvestre e os mananciais, cuja preservação é de fundamental importância para o ecossistema da região.

(...)

Art. 4º Na implantação e funcionamento da APA Morro da Pedreira serão adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

I - o procedimento de zoneamento da APA será realizado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis do Ministério do Interior, que indicará as atividades e serem encorajadas em cada zona, bem como as que deverão ser limitadas, restringidas ou proibidas, de acordo com a legislação aplicável, objetivando a salvaguarda do Parque Nacional da Serra do Cipó, do conjunto paisagístico de parte da Serra do Espinhaço, sítios arqueológicos e a biota nativa, para garantia das espécies, proteção dos habitats das espécies raras endêmicas, ameaçadas em perigo de extinção;

II - a utilização dos instrumentos legais e dos incentivos financeiros governamentais, para assegurar a proteção da Zona de Vida Silvestre, o uso racional do solo e outras medidas referentes à salvaguarda dos recursos ambientais, sempre consideradas necessárias;

III - a aplicação, quando cabível, de medidas legais, destinadas a impedir ou evitar o exercício de atividades causadoras de degradação da qualidade ambiental, em especial as atividades minerárias e industriais;

IV - a divulgação das medidas previstas neste Decreto, objetivando o esclarecimento da comunidade local sobre a APA e suas finalidades.

Art. 5º Na APA Morro da Pedreira ficam proibidas ou restringidas:

I - a implantação de atividades industriais potencialmente poluidoras, capazes de afetar mananciais de águas;

II - a realização de obras de terraplanagem e a abertura de canais, quando essas iniciativas importarem em alteração das condições ecológicas locais, principalmente da Zona de Vida Silvestre, onde a biota será protegida com maior rigor;

III - o exercício de atividades capazes de provocar erosão das terras ou assoreamento das coleções hídricas;

IV - o exercício de atividades que ameacem extinguir as espécies raras da biota, o patrimônio espeleológico e arqueológico, as manchas de vegetação primitiva e as nascentes de cursos d'água existentes na região;

V - o uso de biocidas, quando indiscriminado ou em desacordo com as normas ou recomendações técnicas oficiais.

Art. 6º A abertura de vias de comunicações, de canais, barragens em cursos d'água, a implantação de projetos de urbanização, sempre que importarem na realização de obras de terraplanagem, atividades minerárias, bem como a realização de grandes escavações e obras que causem alterações ambientais, dependerão da autorização prévia do IBAMA, ou órgão conveniado, que somente poderá concedê-la:

I - após estudo do projeto, exame das alternativas possíveis e a avaliação de suas conseqüências ambientais;

II - mediante a indicação das restrições e medidas consideradas necessárias à salvaguarda dos ecossistemas atingidos.

Parágrafo único. As autorizações concedidas pelo IBAMA não dispensarão outras autorizações e licenças federais, estaduais e municipais, porventura exigíveis.

Art. 7º Para melhor controlar seus efluentes e reduzir o potencial poluidor das construções destinadas ao uso humano na APA Morro da Pedreira, não serão permitidas:

I - a construção de edificações em terrenos que, por suas características, não comportarem a existência simultânea de poços para receber o despejo de fossas sépticas e de poços de abastecimento d'água, que fiquem a salvo e contaminação, quando não houver rede de coleta e estação de tratamento de esgoto em funcionamento;

II - a execução de projetos de urbanização ou clubes esportivos e demais áreas de lazer, sem as devidas autorizações, alvarás, licenças federais, estaduais e municipais exigíveis.

Art. 8º Os projetos de urbanização que, pelas suas características, possam provocar deslizamento do solo e outros processos erosivos, não terão sua execução autorizada pelo IBAMA.

Art. 9º Em casos de epidemias e endemias, veiculadas por animais silvestres, o Ministério da Saúde e a Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais poderão, em articulação como o IBAMA, promover programas especiais, para o controle dos referidos vetores.

Art. 10. Fica estabelecida na APA Morro da Pedreira uma Zona de Vida Silvestre destinada, prioritariamente, à salva-guarda da biota nativa para garantia da reprodução das espécies, proteção do habitat de espécies raras, endêmicas, em perigo ou ameaça de extinção.

Parágrafo único. A Zona de Vida Silvestre, de que trata o caput deste artigo, compreenderá as áreas mencionadas no artigo 18 da Lei nº 6.938/81, os quatro grupos distintos de paredões e portões rochosos de metacalcário genericamente conhecidos como Morro da Pedreira e os campos rupestres, considerados como de relevante interesse ecológico, ainda que de domínio privado, e ficarão sujeitas às restrições de uso e penalidades estabelecidas nos termos dos Decretos nºs 88.351/83 e 89.532/84.

Art. 11. Visando à proteção das espécies raras na Zona de Vida Silvestre, não será permitida a construção de edificações, exceto as destinadas a realização de pesquisa e ao controle ambiental.

Art. 12. Na Zona de Vida Silvestre não será permitida atividade degradadora ou causadora de degradação ambiental, inclusive o porte de armas de fogo e de artefatos ou instrumentos de destruição da biota, ressalvados os casos objeto de prévia autorização, expedida em caráter excepcional pelo IBAMA.

Art. 13. A APA Morro da Pedreira será implantada, supervisionada, administrada e fiscalizada pelo IBAMA, em articulação com o órgão estadual do meio ambiente de Minas Gerais, as prefeituras municipais dos municípios envolvidos e seus respectivos órgãos de meio ambiente.

Art. 14. Com vistas a atingir os objetivos previstos para a APA Morro da Pedreira, bem como para definir as atribuições e competências no controle de suas atividades públicas ou privadas, o Ibama poderá firmar convênios com órgãos e entidades públicas e privadas.

Art. 15. As penalidades previstas nas Leis 6.902/81 e 6.938/81 serão aplicadas aos transgressores das disposições deste Decreto, pelo IBAMA, com vistas ao cumprimento das medidas preventivas e corretivas, necessárias à preservação da qualidade ambiental.

Parágrafo único. Dos atos e decisões do IBAMA, referentes a esta APA, caberá recurso ao Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA.

Art. 16. Os investimentos e a concessão de financiamentos ou incentivos, da Administração Pública Federal, direta ou indireta, destinados à APA Morro da Pedreira, serão previamente compatibilizados com as diretrizes estabelecidas neste Decreto.

Art. 17. O IBAMA expedirá as instruções normativas necessárias ao cumprimento deste Decreto.

Art. 18. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 26 de janeiro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

JOSÉ SARNEY, João Alves Filho

Quadro III - Divisão territorial da APA Federal Morro da Pedreira entre os municípios abrangidos

#	Município	População (IBGE 2018)	População não urbana (IBGE 2010)	População urbana (IBGE 2010)	Área do Município (ha) (IBGE 2017)	Área da UC no município (ha)	Área da UC no município (%)
1	Santana do Riacho	4.274	1.744	2.279	67.720,70	44.903,16	34,08 %
2	Itambé do Mato Dentro	2.107	1.375	908	38.034,00	13.291,30	10,09 %
3	Jaboticatubas	19.858	6.394	10.740	111.497,20	35.911,36	27,26 %
4	Morro do Pilar	3.211	818	2.581	47.754,80	15.662,22	11,89 %
5	Nova União	5.718	2.683	2.872	17.213,10	5.422,22	4,12 %
6	Itabira	119.186	7.465	102.318	125.370,40	12.385,23	9,40 %
7	Taquaraçu de Minas	4.055	2.039	1.755	32.928,70	4.166,04	3,16 %
8	Conceição do Mato Dentro	17.641	5.639	12.269	172.001,10	33,00	0,03 %

Fonte: Instituto Chico Mendes para a Conservação da Biodiversidade (2020, on line)

Antes de ser emancipado, o Município era chamado de Viúva, depois foi União de Caeté, um Distrito de Caeté. Os bairros são os seguintes: Bom Pastor 2ª Seção, Carmo da União, Córrego Fundo, Magalhães 1ª Seção, Monte Aurélio, Monte Horebe, Nova Aparecida, Nova Esperança 2ª Seção, Quibungo Santo Antônio, Santo Antônio 8ª Seção, Sol Nascente 3ª Seção, Vila Altamira, Vila Baú, Vila Bernardo, Vila Contagem, Vila Docelino, Vila Limeira, Vila Lopes e Vila Serrano. A urbe de Nova União fica a 56 quilômetros de Belo Horizonte, por meio da Rodovia Federal BR 262. A municipalidade se limita ao norte com Jaboticatubas e Itabira; e ao leste com Bom Jesus do Amparo; ao sul com Caeté e a oeste com Taquaraçu de Minas. A cidade é banhada por dois cursos d'água: Rio Preto e Rio Vermelho. Nova União é integrante do Circuito da Serra do Cipó, do Circuito da Cachaça de Minas e da Estrada Real e conta com muitos atrativos turísticos.

- Arraial dos Lopes: que une Nova União a Taquaraçu e, em seguida, à Jaboticatubas. Há a Cachoeira do Pinhal, a 3 km da cidade;

- Cachoeira Alta: Fica cerca de 20 km da sede do município, em Distrito de Altamira (É a parte Sul da Serra do Cipó);
- Cachoeira do Baú: Está localizada cerca de 16 km da sede da municipalidade;
- Cachoeira dos Monjolos: Situada no Distrito do Carmo;
- Fazenda Vista Alegre: Fazenda da clássica Cachaça Germana, trilhas e festas;
- Igreja Matriz de São Sebastião;
- Igreja Nossa Senhora do Carmo.

Figura 02 - ônibus de Nova União



Fonte: <https://onibusbrasil.com/cesaronibus/670650>

Sabará é uma municipalidade, localizada na Região Metropolitana de Belo Horizonte. Sua população em 2019 era de 136.344 moradores, conforme cálculos do IBGE. É composto pelos distritos de Carvalho de Brito, Mestre Caetano e Ravena, além do distrito Sede Municipal. "Sabará" é o formato abreviado do termo tupi tesáberabusu, que significa "grandes olhos brilhantes" (tesá, olho + berab, brilhante + usu, grande), numa menção às pepitas auríferas que foram encontradas na região. Segundo alguns estudiosos, Sabarabuçu era o antigo nome da Serra da Piedade, dado pelos bandeirantes. A cidade, além do casario colonial conserva um Bosque Municipal na área central. A Lei Orgânica Municipal declara que:

Art. 124. É vedado ao Poder Público edificar; descaracterizar ou abrir vias públicas em praças, parques, reservas ecológicas e espaços tombados do Município, ressalvadas as construções estritamente necessárias à preservação e ao aperfeiçoamento das mencionadas áreas.

(..)

Art.224 - Ficam consideradas para fins de preservação e declarados monumentos naturais e paisagísticos do Município:

I - as áreas de proteção dos mananciais; II - a área denominada "Mata do Inferno", no bairro Nova Vista, considerada reserva biológica; (redação dada pela Emenda 018, de 25/09/2001)

III - a Mata do sobradinho;

IV - a Mata do Córrego das Lages;

V - a Chácara do Lessa;

VI - o Conjunto arquitetônico e a mata do Arraial Velho;

VII - a reserva ecológica da "Cabeça de Boi";

VIII - a reserva ecológica do "Segredo";

IX - a reserva ecológica do "Papa - Farinha";

X - a mata da encosta protetora da igreja São Francisco e das nascentes da água do Kaquende;

XI - as matas protetoras das nascentes situadas no Distrito de Ravena;

XII - a reserva ecológica do Morro do Mineiro e do Córrego do Meio;

XIII - a reserva ecológica do Gainha;

XIV - conjunto paisagístico ecológico da Vila Elisa e matas adjacentes.

XV - a lagoa da reta no bairro Padre Chiquinho. (acrescido pela emenda 028, de 06/12/2005).

É formado por quase 70 bairros: Água Férrea, Alto do Cabral, Alto do Fidalgo, Alto São Francisco, Alvorada 6ª Seção, Amélia Moreira, Ana Lúcia, Arraial Velho, Barreiro Grande, Bela Vista 13ª Seção, Borba Gato 2ª Seção, Caieiras 1ª Seção, Campo Santo Antônio, Campos Elíseos 3ª Seção, Carvalho de Brito, Córrego da Ilha, Domingos Francisco, Esplanada 3ª Seção, Eugênio Rossi, Fogo Apagou, Francisco de Moura, General Carneiro, Itacolomi 2ª Seção, Jardim Castanheiras, Lava-pés, Mangabeiras 3ª Seção, Mangueiras 2ª Seção, Mestre Caetano, Morada da Serra 2ª Seção, Morro da Cruz, Nações Unidas, Nossa Senhora da Conceição 5ª Seção, Nossa Senhora de Fátima 9ª Seção, Nossa Senhora do Ó, Nova Vista 2ª Seção, Novo Alvorada, Novo Horizonte 6ª Seção, Novo Santa Inês, Padre Chiquinho, Praia dos Bandeirantes, Rio Negro, Roças Grandes, Rosário 4ª Seção, Santana 2ª Seção, Santo Antônio 11ª Seção, Santo Antônio de Pádua, São José 9ª Seção, Simão da Cunha 1ª Seção, Sobradinho 2ª Seção, Terra Santa, Vila Adelmolândia, Vila Boaventura, Vila Bom Retiro, Vila Borges, Vila Brumado, Vila Campinas, Vila Coqueiros, Vila Cuiabá, Vila Esperança, Vila Fateiro, Vila Malheiros, Vila Marzagão, Vila Michel, Vila Nova Vista, Vila Paciência, Vila Palmital, Vila Pompeu, Vila Ravenópolis, Vila Real 3ª Seção, Vila Rica 4ª Seção, Vila Santa Cruz 1ª Seção, Vila Santa Rita 4ª Seção, Vila Santo Antônio, Vila São José 3ª Seção, Vila São Sebastião, Vila Siqueira, Vila Siderúrgica, Vila Traíras e Vila Valparaíso, sendo atendido por doze linhas municipais (Quadro IV):

- 0112 Siderúrgica/Campo Santo Antônio
- 0212 Adelmolândia/Morada da Serra
- 0312 Paciência/Pompéu
- 0412 Morro da Cruz/Mangueiras
- 0512 Santo Antônio de Roça Grande/Campo Santo Antônio
- 0612 Siderúrgica/General Carneiro
- 0712 Siderúrgica/Ravena
- 0812 Siderúrgica/Nossa Senhora de Fátima
- 0912 Siderúrgica/Nova Vista
- 1012 Rosário/Cabral

Figura 03 Ônibus da Viação Nossa Senhora da Conceição - VINSOL



Fonte: <https://br.pinterest.com/pin/527554543854870666/>

Linhas antigas intramunicipais que atendiam Sabará

Nº	Nome	Empresa	Período
T0112	Campo Santo Antônio / Siderúrgica	Vinscol	Sem inf.
T0212	Esplanada / Praça Santa Rita	Vinscol	Sem inf.
T0312	Paciência / Siderúrgica	Vinscol	Sem inf.
T0412	Pompéu / Sabará	Vinscol	Sem inf.
T0512	Roças Grandes / Siderúrgica	Vinscol	Sem inf.
T0612	General Carneiro / Sabará	Vinscol	Sem inf.
T0712	Ravena / Brumado / Palmital	Vinscol	Sem inf.

Fonte: [https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_\(DER-MG\)](https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_(DER-MG))

As linhas de Caeté, Nova União e Sabará que atualmente se encontram integradas à Estação São Gabriel (Quadro V) do trem metropolitano, através do acesso ao terminal metropolitano existente na lateral deverão transferidas para a Estação José Candido da Silveira. Esta estação por estar na Avenida que lhe dá o gigante nome, localiza-se entre os bairros Penha 1ª Seção e Santa Inês, o que lhe oferece um nome mais simples, de fácil localização. Este remanejamento se deve ao fato de construção do Terminal Leste (Setor B) que operará como Terminal Rodoviário. Com um novo nome, Terminal Penha, é um Terminal de Integração do transporte coletivo da Grande Belo Horizonte, localizado na Rua Gustavo da Silveira, esquina com Avenida José Candido da Silveira, entre os bairros Instituto Agrônomo, Penha e Santa Inês. A estação José Cândido da Silveira foi implantada em abril de 1997, como elemento da segunda fase de extensão do metrô principiada em 1994. Segundo o PLAMBEL (1975, p. 20-24)

3.1 - Parque General Carneiro

Área de 46,0 ha, situada no município de Sabará, nos limites da zona urbana de Belo Horizonte, apresentando relevo bastante acidentado cora declividades predominantes nas faixas de 10% a 25% e acima de 25% (Mapa II). Limitada ao sul pela Estrada de Ferro Central do Brasil, que segue paralelamente ao leito do Ribeirão Arrudas, a área do Parque estende-se na direção norte subindo as encostas da serra, até os limites com terrenos de propriedade do Banco Nacional de Habitação. Estes terrenos deverão ser integrados no programa de oferta de lotes urbanizados à população, a ser implementado num futuro próximo pelo BNH, segundo informações obtidas neste órgão.

A parte mais alta do morro é o local onde as declividades apresentam-se mais suaves, sendo coberta em grande parte por uma mata nativa, caracterizada pela presença de árvores de médio e grande porte,(Foto 3) A leste, a área do Parque é limitada pelo conjunto habitacional Nações Unidas que abriga cerca de 500 famílias. A zona urbana de Belo Horizonte, situada a oeste do Parque, apresenta ocupação relativamente antiga: em 1950 parte da área já se encontrava habitada.

Atualmente, apresenta densidades de população que variam de 51-100 hab./ha (Mapa 3, no Anexo), com nível de renda¹ média familiar na faixa de até 6 salários mínimos mensais.

Características Principais da Área

topografia bastante acidentada, com declividade acima de 25% nas encostas que seguem paralelamente à estrada de ferro, tornando-se mais suaves na parte mais alta do morro e nas encostas que se inclinam em direção à área urbanizada de Belo Horizonte;

. principal acesso à área do Parque realizado através do

Bairro Nova Vista no limite da zona urbana de Belo Horizonte;

. proximidade da rodovia BH-Sabará, definindo uma futura alternativa para acesso a área;

..presença de matas que cobrem grande parte dos terrenos situados na crista do morro, ocupando cerca de 50 ha;'

. posição dominante da crista do morro, com altitude superior à das elevações mais próximas, constituindo-se em um excelente mirante para todo o centro de Belo Horizonte e para a Serra da Piedade;

. cortada pelo leito da ferrovia BH- São Paulo, já em fase de implantação.

Funções Propostas: Propõe-se a criação de um Parque destinado ao lazer semanal, com características de reserva biológica, visando a preservação da paisagem natural definida pelas matas existentes. A ocupação residencial em suas proximidades e as previsões de aumento da densidade populacional naquela região mostram a necessidade de se reservar, nos terrenos situados na periferia do Parque, locais destinados a equipamentos de recreação para o lazer cotidiano.

Quadro V - relação das linhas de caeté, Nova União e Sabará integradas ao Terminal São Gabriel

400C	<u>Terminal São Gabriel / Belo Horizonte (Direta)</u>
401C	<u>Terminal São Gabriel / Belo Horizonte (Paradora)</u>
402H	<u>Terminal São Gabriel / Hospitais</u>
405R	<u>Terminal São Gabriel / Cidade Industrial via Via Expressa</u>
4675	<u>Nossa Senhora de Fátima / Terminal São Gabriel</u>
4678	<u>Nossa Senhora de Fátima / Eucalipto / Mangueiras / Terminal São Gabriel</u>
4680	<u>Nossa Senhora de Fátima / Mangueiras / Terminal São Gabriel</u>
4685	<u>Nossa Senhora de Fátima / Eucaliptos / Terminal São Gabriel</u>
4687	<u>Nossa Senhora de Fátima / Eucalipto / Rua Carmo da Mata / Terminal São Gabriel</u>
4810	<u>Caeté / Terminal São Gabriel</u>
4820	<u>Caeté / José Brandão / Terminal São Gabriel</u>
4872	<u>Ravena / Terminal São Gabriel</u>
4882	<u>Nova União / Terminal São Gabriel</u>
4887	<u>Antônio dos Santos / Terminal São Gabriel</u>
4920	<u>Borba Gato / Terminal São Gabriel</u>
4991	<u>Sabará / Barraginha / Terminal São Gabriel</u>

Fonte: <http://www.consultas.der.mg.gov.br/>

A partir de 1 de dezembro de 2012 houve a mudança de embarque e desembarque de viagens interestaduais da Terminal Rodoviário de Belo Horizonte, no centro, para a José Cândido da Silveira. Administradores da Regional Centro-Sul da prefeitura e da BHTrans estiveram na Estação para auxiliar passageiros com destino ao Belém, Brasília, Campos dos Goytacazes (RJ), Espírito Santo, Nordeste e São João da Barra (RJ) que obrigatoriamente

embarcavam na nova estação improvisada. Os bilhetes de passagens continham o lugar de embarque e vinham com um panfleto orientando como se chegar ao terminal. A alteração vigoraria até a instituição da nova rodoviária, no bairro São Gabriel, que não foi construída até hoje. A estação José Cândido da Silveira dispõe de agentes da Guarda Municipal, 450 assentos, banheiros, estacionamento, quiosques de informações ao usuário, Juizado da Infância e Juventude, quiosques de alimentação, paradas de táxi, e pontos das polícias Civil e Militar e da BHTrans. Em abril de 2017, o terminal foi definitivamente desativado. Como medida de compensação ambiental pela implantação do Terminal Metropolitano Penha, propõe-se a implantação do Parque Metropolitano do Horto Amarelo, além dos outros parques metropolitanos já mencionados: Sobre o Horto Amarelo o PLAMBEL (1987, p. 259-261)

HORTO FLORESTAL ESTADUAL DO AMARELO - CAETÉ

Localizado à leste do município de Caeté, nas cabeceiras do Córrego do Amarelo, em situação topográfica elevada (acima de 1.000 m de altitude), com área total de 92,3 hectares.

De acordo com o levantamento plani-altimétrico e cadastral com o perímetro da área realizado recentemente pelo IEF, constatou-se o seguinte zoneamento:

Plantio de eucalipto	38.26.43 hectares	41,53%
Plantio de Pinho	0.72.37 hectares	0,88%
Mata Nativa	42.04.00 hectares	42,57%
Campo	9.21.32 hectares	9,85%
Viveiro - produção de mudas	1.31.80 hectares	1,42%
Brejo.	0.69.45 hectares	0,72%

No entanto, com vistoria no local e nos trabalhos de fotointerpretação verificou-se que esse zoneamento não corresponde exatamente. Podendo-se observar também um grande abandono da área, e segundo relatou o zelador, de ter havido uma possível invasão nos terrenos pertencente aos Horto. Além disso, a

fauna e principalmente a flora, estão totalmente alteradas, devido ao intensivo reflorestamento homogêneo, com espécies de eucaliptos praticado na região, inclusive na área do Horto.

Estes fatos vem comprovar a total despreocupação e abandono da área pelo IEF. Entretanto, espera-se que com os últimos mapeamentos e levantamentos feitos no local, haja uma retomada com possíveis propostas para implantação de algum projeto que vise a preservação e reflorestamento da vegetação nativa da região.

Quadro VI - Linhas integradas ao Terminal Metropolitano Penha

Linha	Origem/destino
4001	Terminal Penha/Siderúrgica via Campo Santo Antônio
4002	Terminal Penha/Siderúrgica via Mangueiras
4003	Terminal Penha/Siderúrgica via Adelmolândia
4004	Terminal Penha/Siderúrgica via Paciência
4005	Terminal Penha/Siderúrgica via Santo Antônio
4006	Terminal Penha/Siderúrgica via Rosário
4007	Terminal Penha/Siderúrgica via General Carneiro
4008	Terminal Penha/Siderúrgica via Nossa Senhora de Fátima
4009	Terminal Penha/Siderúrgica via Nova Vista
400C	Terminal Penha / Belo Horizonte (Direta)
4010	Terminal Penha/ Ravena via Siderúrgica
4011	Terminal Penha/Siderúrgica via Morro da Cruz
4013	Terminal Penha/Siderúrgica via Morada da Serra
4014	Terminal Penha/Siderúrgica via Pompéu
4015	Terminal Penha/Siderúrgica via Roça Grande
4016	Terminal Penha/Siderúrgica via Cabral
401C	_Terminal Penha/ Belo Horizonte (Paradora)
402H	Terminal Penha/ Hospitais
405R	_Terminal Penha/ Cidade Industrial via Expressa
4103	Terminal Penha/ Antônio dos Santos via Caeté
4181	Terminal Penha/ Caeté via Cuiabá
4203	Terminal Penha/ Rancho Novo via Caeté
4303	Terminal Penha/ Morro Vermelho via Caeté
4308	Terminal Penha/ Santa Casa via BR 381
4403	Terminal Penha/ Caeté via Bonsucesso
4408	Terminal Penha/ Caeté via Quintas da Serra / Asilo São Luiz
4503	Terminal Penha/ José Brandão via Caeté
4508	Terminal Penha/ Santa Casa via Caeté
4603	Terminal Penha/ Pedra Branca via Caeté
4675	_Terminal Penha/ Nossa Senhora de Fátima via Carmo da Mata
4678	_Terminal Penha/ Mangueiras via Eucalipto
4680	Terminal Penha/Nossa Senhora de Fátima via Borda da Mata

4685	<u>_Terminal Penha/ Eucaliptos via Manguieiras</u>
4687	Terminal Penha/ Nossa Senhora de Fátima via Eucalipto
4700	Terminal Penha/ Nossa Senhora de Fátima via Anel Rodoviário
4703	Terminal Penha/ Pedra Branca via BR 381
4710	Terminal Penha/ Nossa Senhora de Fátima via MG 005
4805	Terminal Penha/ Morro Vermelho via Raposos
4808	Terminal Penha/ Rancho Novo via BR 381
4809	Terminal Penha/ Morro Vermelho via BR 381
4810	Terminal Penha/ Caeté via São Geraldo
4810	<u>_Terminal Penha/Caeté</u>
4811	Terminal Penha/ Caeté via Sabará
4812	Terminal Penha/ Caeté via Vila das Flores
4820	Terminal Penha/ <u>José Brandão</u> via BR 381
4872	<u>_Terminal Penha/ Ravena</u> via BR 262
4882	Terminal Penha/ <u>Nova União</u>
4887	<u>_Terminal Penha/Antônio dos Santos</u> via BR 381
4920	<u>_Terminal Penha/Borba Gato</u>
4991	<u>_Terminal Penha/ Sabará</u> via Barraginha

Fonte: Elaborado pelo autor (2020)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além da ocupação emergencial da estação José Cândido da Silveira e liberação do setor metropolitano da São Gabriel para abrigar a Rodoviária Leste, este artigo tece considerações no sentido de melhorias ao transporte público coletivo, com perspectivas de sustentabilidade a trazer à discussão a prerrogativa da compensação ambiental dos terminais de ônibus. Sabe-se que durante o processo de licenciamento as compensações são mínimas diante dos impactos gerados, por isso para cada estação ou terminal, seja de ônibus, trem, monotrilho ou VLT propõe-se a implantação de uma unidade de conservação ambiental, seja municipal, estadual ou até federal.

No caso da José Cândido da Silveira, futuro Terminal Penha, traz-se a discussão de implantação de parques metropolitanos em Caeté, Nova União e Sabará.

Parques Metropolitanos da Água da Serra da Piedade, da Água Limpa, do Descoberto, do Juca Vieira, da Pedra Branca e do Ribeiro Bonito, em Caeté. Parques Metropolitanos da Cachoeira Alta, da Cachoeira do Baú, da Cachoeira do Pinhal, da Cachoeira dos Monjolos, em Nova União.

Em Sabará, a proteção do Conjunto paisagístico ecológico da Vila Elisa e matas adjacentes, a criação de um parque linear na Lagoa Padre Chiquinho, a criação de parques na Mata do Arraial Velho, na Mata do Córrego das Lages, na Mata do Inferno, na Mata do Sobradinho, na Mata das nascentes da água do Kaquende, na Mata das nascentes do

Distrito de Ravena. Compete também ao município oficializar as seguintes unidades de conservação: Reserva ecológica da "Cabeça de Boi", Reserva ecológica do "Papa - Farinha", Reserva ecológica do "Segredo", Reserva ecológica do Gainha e Reserva ecológica do Morro do Mineiro e do Córrego do Meio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA DE DESENVOLVIMENTO METROPOLITANO DE BELO HORIZONTE. **Município de Caeté - MG.** Disponível <<<http://www.agenciambh.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/produto-7-Caete.pdf>>> Acesso em 03. Nov. 2022

CÂMARA MUNICIPAL DE CAETÉ. **Lei Ordinária nº 2496/2007.** Disponível <<https://www.camaradecaete.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Lei_Ordinaria_2496_2007?cd_Local=5&arquivo=%7B4ED6CB5A-EE0C-6CBE-5C8D-ECD3CAD87BAB%7D.pdf>> Acesso em 03. Nov. 2022

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Mapa e estatísticas do município de Caeté - MG.** Disponível <<http://geoftp.ibge.gov.br/cartas_e_mapas/mapas_para_fins_de_levantamentos_estatisticos/censo_demografico_2010/mapas_municipais_estatisticos/mg/caete_v2.pdf>> Acesso em 03. Nov. 2022

INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESRANTAS DE MINAS GERAIS. **MONA Serra da Piedade.** Disponível <<<http://www.ief.mg.gov.br/component/content/article/3306-nova-categoria/2874-mona-serra-da-piedade>>> Acesso em 03. Nov. 2022

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Copam aprova criação de duas reservas na Serra da Piedade.** Disponível <<https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/01/27/interna_gerais,1232864/copam-aprova-criacao-de-duas-reservas-na-serra-da-piedade.shtml>> Acesso em 03. Nov. 2022

SITE BRASIL CHANNEL. **Município de Caeté - MG.** Disponível <<https://www.brasilchannel.com.br/municipios/mostrar_municipio.asp?nome=Caet%C3%A9&uf=MG&tipo=lazer>> Acesso em 03. Nov. 2022

SITE DO CURSO DE HISTÓRIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. **Revoltas: Guerra dos Emboabas.** Disponível <<<https://www.historia.uff.br/impressoesrebeldes/revolta/guerras-dos-emboabas/>>> Acesso em 03. Nov. 2022

SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO METROPOLITANO DE BELO HORIZONTE - PLAMBEL **Parques e áreas de Proteção da RMBH: Versão Preliminar**. Belo Horizonte: PLAMBEL. 1987, 334 p.

SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO METROPOLITANO DE BELO HORIZONTE - PLAMBEL **Programa Metropolitano de Parques Urbanos**. Belo Horizonte: PLAMBEL. 1975, 126 p.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Município de Nova União - MG**.. Disponível <http://www.rmbh.org.br/arquivos_biblioteca/PDRMBH_PRD04_NOVA_UNIAO_PM.pdf> >
Acesso em 03. Nov. 2022

A PRESTAÇÃO DE CONTAS SIMPLIFICADA NO ARTIGO 2º, INCISO III DA LEI 14.017/2020 E SUA APLICAÇÃO EM MANAUS PERANTE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS

LUIZ EDUARDO BARBOSA DA SILVA:

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas; estagiário da Fundação Municipal de Cultura, Turismo e Eventos da Cidade de Manaus - Manauscult, lotado na Procuradoria Jurídica³⁰⁰

RICARDO MAIA BARBOSA³⁰¹

(coautor)

RAIMUNDO PEREIRA PONTES FILHO³⁰²

(orientador)

RESUMO: O art. 2º, III da Lei nº 14.017/2020, "a Lei Aldir Blanc", mitiga o princípio da prestação de contas financeira prevista no art. 70 da Constituição Federal em favor da prestação de contas simplificada, feita por meio de relatório de atividades. Dessa mitigação, em meio à Pandemia de covid-19, houveram prejuízos à aplicação e devida distribuição dos recursos da lei à classe artística e trabalhadores da cultura, bem como dificultou a fiscalização do uso devido dos repasses financeiros, atentando contra a

³⁰⁰ E-mail: eduardo21058@gmail.com;

³⁰¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas, servidor público, ricardomaiabarbosa@gmail.com;

³⁰² Doutor em Sociedade e Cultura na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Bacharel em Direito pela UFAM. Bacharel e Licenciado em Ciências Sociais pela UFAM. Atua no magistério desde 1996. Professor da Universidade Federal do Amazonas, na Graduação e no programa de Mestrado em "Constitucionalismo e Direitos na Amazônia". Docente do Programa de Mestrado em Segurança Pública da Universidade do Estado do Amazonas. Servidor público estadual, presidiu o Conselho Penitenciário do Estado do Amazonas (2013 a 2018). É pesquisador das violações a direitos fundamentais da sociodiversidade na Amazônia, buscando estabelecer o diálogo entre o direito e questões amazônicas, com livros publicados sobre o assunto, dentre os quais: Terceiro Ciclo (1997), História do Amazonas (2011), Logospirataria na Amazônia (2017), Desafios à Segurança Pública no Brasil (2020), Formação Sociocultural da Amazônia Colonial (2021). Coordenou curso de graduação em Direito, em Instituição de Ensino Superior em Manaus-AM (2008-2010). Coordena grupo de pesquisa e publica regularmente artigos em periódicos acadêmicos e eventualmente em veículos de imprensa; E-mail: pontesfilho555@yahoo.com.br;

moralidade, probidade, eficiência e publicidade administrativa, também preceitos constitucionais, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal. A partir de levantamento bibliográfico, percebe-se que ocorreram prorrogações para a execução das atividades culturais e para a apresentação dos relatórios, o que leva a acreditar que tal modalidade pode não ser adequada e quiçá, inconstitucional. Nesse contexto, busca-se dissertar sobre a aplicação dessa modalidade e seus resultados como meio para prestação de contas por particulares que receberam recursos públicos, para isso será utilizado como parâmetro a série de Editais do “Concurso-Prêmio Manaus de Conexões Culturais – 2020”, promovido pela Prefeitura de Manaus com recursos da Lei Aldir Blanc.

PALAVRAS-CHAVE: Prestação de Contas, Fiscalização, Relatório de Atividades, Lei nº 14.017/2020, constitucionalidade.

SIMPLIFIED ACCOUNTABILITY IN ARTICLE 2, ITEM III OF LAW 14.017/2020 AND ITS APPLICATION IN MANAUS BEFORE ADMINISTRATIVE AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT: Article 2, III of Law nº 14.017/2020, “the Aldir Blanc Law”, mitigates the principle of financial accountability provided for in art. 70 of the Federal Constitution in favor of simplified accountability, made through an activity report. This mitigation, in the midst of the Covid-19 Pandemic, caused damage to the application and proper distribution of law resources to the artistic class and cultural workers, as well as making it difficult to monitor the proper use of financial transfers, undermining morality, probity, administrative efficiency and publicity, also constitutional precepts, foreseen in the caput of art. 37 of the Federal Constitution. Based on a bibliographical survey, it is clear that there were extensions for the execution of cultural activities and for the presentation of reports, which leads to the belief that such modality may not be adequate and perhaps unconstitutional. In this context, we seek to discuss the application of this modality and its results as a means of accountability by individuals who have received public funds, for which the series of Public Notices of the “Manaus Contest-Award of Cultural Connections – 2020” will be used as a parameter. , promoted by the City of Manaus with resources from the Aldir Blanc Act.

KEYWORDS: Accountability, Inspection, Activity Report, Law No. 14.017/2020, constitutionality.

Sumário: 1. Introdução. 2. O fomento à cultura como preceito constitucional e histórico. 3. A chegada da pandemia de covid-19 e a Lei Aldir Blanc. 4. As sucessivas prorrogações para a prestação de contas da lei Aldir Blanc. 5. A execução da lei Aldir Blanc em Manaus. 6. A relativização da prestação de contas no art. 2º, III da Lei Aldir Blanc e a prestação de contas simplificada nos editais. 7. A prestação de contas simplificada e o interesse da classe artística e dos trabalhadores da cultura. 8. A prestação de contas simplificada e o princípio da prestação de contas financeira no art. 70 da constituição federal. 9. A prestação de

contas simplificada perante princípios administrativos. 10. Considerações finais. 11. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objetivo analisar e discutir se a prestação de contas simplificada, adotada para fiscalizar os repasses financeiros a artistas na cidade de Manaus, respeita o princípio jurídico do art. 70 da Constituição Federal e demais princípios administrativos, com especial foco na redação do artigo 2º, inciso III da Lei nº 14.017 de 2020, sendo este utilizado como fundamento para o “Concurso-Prêmio Manaus de Conexões Culturais – 2020”, promovido pela Prefeitura de Manaus por meio de recursos provenientes da Lei Aldir Blanc, ademais busca-se falar dos resultados da aplicação da modalidade e seus impactos.

A lei nº 14.017/2020 possibilitou o referido concurso que possuía uma série de editais separados por categorias artísticas distintas, destinados à premiação de artistas, havendo também um exclusivamente dedicado à manutenção de espaços culturais³⁰³ (entretanto este é baseado no inciso II). O intuito do concurso era fomentar a cultura no município e amenizar a crise infringida ao segmento por conta do novo coronavírus. Além da discussão constitucional sobre a prestação de contas com relatórios de atividades (prestação simplificada), almejamos responder se existe dentro dessa modalidade aderida para o caso do inciso art.2º, III da Lei Aldir Blanc o atendimento ao melhor interesse dos artistas e trabalhadores da cultura, igualmente ao interesse público, a probidade administrativa no uso de recursos públicos e princípios presentes na norma federal e seu decreto regulamentador.

Dessa forma, será realizado um apanhado da seguinte forma: Sucinta Base constitucional histórica de fomento à cultura; O contexto social, econômico e político que ensejou a criação da Lei Aldir Blanc; Aplicação da Lei em Manaus; O artigo 2º, inciso III e a prestação de contas simplificada perante princípios administrativos e constitucionais.

Espera-se, a partir da análise e exposição dos assuntos, identificar se há, dentro do procedimento, o atendimento ao interesse público, à classe artística, e a adequação ou não da Prestação de Contas Simplificada em relação a princípios constitucionais e administrativos do ordenamento jurídico brasileiro e à probidade no uso das verbas públicas.

³⁰³ Edital de Chamada Pública nº012/2020 – Credenciamento para auxílio a espaços culturais. Disponível em: <https://www.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/10/Edital-de-Credenciamento-AUX%C3%84DLIO-A-ESPA%C3%87OS-CULTURAIIS.pdf>. Acesso em 25.03.2022.

2. O FOMENTO À CULTURA COMO PRECEITO CONSTITUCIONAL E HISTÓRICO

A humanidade, ao longo de sua história, em meio a guerras, doenças e catástrofes buscou se voltar para a cultura e a arte, como meio de expressar, tanto individual como pluralmente, os pensamentos à época e demonstrar expectativas e reflexões quanto ao futuro. Neste sentido, “até poucas décadas atrás, a expressão ‘cultura’ possuía uma acepção radicalmente diferente da atual: referia-se a uma espécie de signo de distinção social que dizia respeito a alguns extratos sociais. Hoje é impensável admitir que a existência humana esteja desvinculada de uma vida cultural; convencionou-se denominar isso como significado antropológico de cultura”³⁰⁴. O homem, ao estar compelido a possuir cultura e se manifestar através da arte, precisou firmar isso além do mundo material, positiva-se então a ideia de direito cultural nas cartas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, plenamente comprometida com a cidadania, trouxe a expressão “direitos culturais” no caput do art.215, algo que trouxe reflexos no mundo jurídico, mais especificamente quanto ao fato de que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”³⁰⁵, dessa forma, consolidando tais direitos como fundamentais e indispensáveis à existência de um cidadão.

3. A CHEGADA DA PANDEMIA DE COVID-19 E A LEI ALDIR BLANC

Sendo a cultura uma das atribuições do Estado Brasileiro, considerando os compromissos internacionais firmados em prol do fomento e atenção ao segmento artístico, o advento do COVID-19 e a massiva movimentação política e social do setor cultural, o Congresso Nacional em 2020, elaborou uma lei de apoio à cultura em razão do estado de emergência sanitária, a que chamamos de Lei Aldir Blanc, em homenagem a Aldir Blanc Mendes, grande músico e compositor, que foi um dos primeiros artistas a falecer por conta da doença. A lei foi sancionada pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro em 29 de junho de 2020.

Através da Lei nº14.017/2020, foi feito o repasse de 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) aos Estados, Municípios e Distrito Federal, tendo como objetivo atender a demanda do setor cultural devido a necessidade de isolamento social para conter a pandemia de COVID-19. O fomento deveria ser feito, conforme o art.2º da Lei, por intermédio de renda emergencial aos trabalhadores, subsídios mensais para manutenção

³⁰⁴ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Teoria dos Direitos Culturais: Fundamentos e Finalidades. São Paulo: Edições SESC, 2018. P.7.

³⁰⁵ Constituição Federal: Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

de espaços artísticos e culturais, e procedimentos administrativos licitatórios como prêmios e editais³⁰⁶. A lei foi regulamentada em nível federal por meio do Decreto nº 10.464/2020.

O Estado do Amazonas recebeu o importe de pouco mais de quarenta e cinco milhões de reais, já a capital Manaus, o valor de quatorze milhões de reais, onde, posteriormente, seriam aportados mais 6.000.000,00 (seis milhões de reais), mas com recursos do próprio município, totalizando vinte milhões de reais. Em Manaus, a lei foi regulamentada pelo Decreto Municipal nº 4.923/2020, assinado pelo então prefeito Arthur Virgílio Neto e publicado na edição nº 4.944 do Diário Oficial do Município³⁰⁷.

4. AS SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES PARA A PRESTAÇÃO DE CONTAS DA LEI ALDIR BLANC

A prestação de contas quanto ao uso dos recursos por parte dos artistas e trabalhadores culturais, conforme previsto nos editais e no Decreto Legislativo nº6, de 20 de março de 2020³⁰⁸(que reconhece o estado de calamidade pública e ao qual a Lei Aldir Blanc se vinculava), expiraria em dezembro de 2020.

A medida provisória nº 1.019, de 29 de dezembro de 2020, depois convertida na lei nº 14.150, de 12 de maio de 2021 veio para prorrogar esse prazo, desvinculando a aplicação

³⁰⁶ Lei 14.017/2020: Art. 2º A União entregará aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em parcela única, no exercício de 2020, o valor de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) para aplicação, pelos Poderes Executivos locais, em ações emergenciais de apoio ao setor cultural por meio de:

I - renda emergencial mensal aos trabalhadores e trabalhadoras da cultura;

II - subsídio mensal para manutenção de espaços artísticos e culturais, microempresas e pequenas empresas culturais, cooperativas, instituições e organizações culturais comunitárias que tiveram as suas atividades interrompidas por força das medidas de isolamento social; e

III – editais, chamadas públicas, prêmios, aquisição de bens e serviços vinculados ao setor cultural e outros instrumentos destinados à manutenção de agentes, de espaços, de iniciativas, de cursos, de produções, de desenvolvimento de atividades de economia criativa e de economia solidária, de produções audiovisuais, de manifestações culturais, bem como à realização de atividades artísticas e culturais que possam ser transmitidas pela internet ou disponibilizadas por meio de redes sociais e outras plataformas digitais.

³⁰⁷ PREFEITURA DE MANAUS. NOTÍCIAS. CULTURA. EDITAIS DA LEI ALDIR BLANC. Disponível em: <https://www.manaus.am.gov.br/noticia/editais-da-lei-aldir-blanc-terao-aporte-de-r-6-mi-do-municipio/>. Acesso em 08 fev. 2022.

³⁰⁸ Decreto Legislativo nº6, de 20 de março de 2020: Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

dos recursos e realização das atividades e a prestação de contas do Decreto Legislativo nº06, trazendo como prazo a data de 31.12.2022.

Mais recentemente, o presidente Luís Inácio Lula da Silva também concedeu mais prazo para a prestação de contas pelos Estados, Municípios e Distrito Federal em relação à União por meio da Lei Nº 14.529, de 10 de janeiro de 2023.

Dessa forma, houve uma prorrogação de dois anos e outra de 7 meses, então seria possível aplicar recursos, executar projetos já aprovados e fazer a prestação de contas até 31 de julho de 2023. Contando a partir da promulgação da lei, temos que houveram quase 3 (três) anos de prorrogações apenas com o intuito de prestação de contas, o que corrobora com a tese de que a dificuldade de fiscalização e relativização do art. 70 da Constituição Federal obstaculizou a boa execução e distribuição dos recursos.

5. A EXECUÇÃO DA LEI ALDIR BLANC EM MANAUS

A Prefeitura de Manaus, durante o mês de julho de 2020, discutiu com a classe artística, por meio remoto, como se daria a aplicação das verbas recebidas. O diretor-presidente da Fundação Municipal de Cultura, Turismo e Eventos (Manauscult) na época, era Bernardo Monteiro de Paula, tendo organizado e justificado as reuniões para haver abrangência democrática na gestão e uso dos recursos, respeitando que cada categoria dentro da classe possuía peculiaridades. O fruto dessas discussões resultaria em diversos editais, sendo disponibilizados em momento prévio para consulta pública.

Em outubro de 2020, o dinheiro começou a ser executado com o “Concurso-Prêmio Manaus de Conexões Culturais”, por meio de onze editais dedicados a cada tipo de trabalho artístico e/ou cultural, buscando gerar emprego e atender os anseios do setor cultural e classe artística. Os certames foram geridos pelo Conselho Municipal de Cultura (Concultura), gestor do Fundo Municipal de Cultura (FMC), com apoio da Manauscult. No final do mês de novembro de 2020, começaram os trâmites de pagamento com a verba da Lei Federal.

O CONCULTURA, prontamente, no início da nova gestão em 2021, passou a verificar a documentação e cobrar a prestação de contas, tendo em vista que a aplicação e alocação dos recursos foi feita na gestão anterior, o que culminou em um primeiro edital de prorrogação. Uma vez que esse trabalho iniciou em momento anterior à vinda da lei 14.150/2021, as justificativas para prorrogar foram as de obedecer ao previsto na Lei Aldir Blanc, no Decreto Federal 10.464, no Decreto Municipal 4.923, no art. 70 da Constituição Federal, parágrafo único, e ainda considerando as dificuldades encontradas pelos proponentes para adequar seus projetos, já que nos editais estava disposto que a prestação de contas seria por relatórios de atividade, e não pela prestação de contas financeira por meio de recibos, notas fiscais e demais documentos contábeis próprios.

Com isso, começaram os questionamentos sobre a forma da prestação de contas, atentando que pelo artigo 70, parágrafo único, da Carta Magna, é necessária a prestação de contas por “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”³⁰⁹.

6. A RELATIVIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS NO ART. 2º, III DA LEI ALDIR BLANC E A PRESTAÇÃO DE CONTAS SIMPLIFICADA NOS EDITAIS

Muito embora a Constituição Federal adote implicitamente a prestação de contas financeira (via recibos, notas fiscais, comprovantes de pagamento e similares, sendo uma prestação mais incisiva), a lei Aldir Blanc, considerando o contexto pandêmico e crise no setor cultural e a necessidade de rápida aplicação e recebimento dos recursos, permitiu a prestação de contas simplificada para os casos do art.2º, III da lei, sendo feita de maneira mais simplória, através de relatórios de execução, também chamados relatórios de atividades ou de relatórios de cumprimento do objeto, tais relatórios meramente abrangem narrações fáticas e colações de fotografias e vídeos.

O item 10 dos editais do Concurso Prêmio Manaus de conexões culturais previa tal sistema (exceto para o edital de credenciamento e manutenção de espaços, por ser feito com base no inciso II da Lei Aldir Blanc), por conta disso, houveram dificuldades em averiguar a comprovação efetiva de uso integral do dinheiro nos projetos culturais e artísticos propostos.

Com o surgimento de indagações sobre a não necessidade de prestação de contas por recibos e comprovantes financeiros (que facilitariam a inquirição), vêm à tona casos de embolso e mau uso do dinheiro em decorrência da prestação de contas simplificada.

7. A PRESTAÇÃO DE CONTAS SIMPLIFICADA E O INTERESSE DA CLASSE ARTÍSTICA E DOS TRABALHADORES DA CULTURA

A adoção de uma prestação de contas simplificada para os beneficiários dos recursos gerou críticas por parte de alguns setores da cultura, dentre eles cita-se:

1. Falta de transparência: a prestação de contas simplificada pode dificultar e até impedir a fiscalização e a transparência na utilização dos recursos públicos, podendo gerar prejuízo ao erário. Sem uma prestação de contas rica em detalhes financeiros,

³⁰⁹ Constituição Federal, Art. 70, Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

fica mais difícil verificar se o dinheiro está sendo utilizado de forma adequada e eficiente conforme objeto da própria lei ou dos editais.

2. Possibilidade grande de fraudes: a prestação de contas simplificada abre grande margem de vácuo para possíveis fraudes, como a utilização indevida dos recursos ou a apresentação de informações falsas por se pautar apenas em alegações de execução do beneficiário e colagens.
3. Prejuízo aos pequenos produtores: no tocante a alguns setores, a prestação de contas simplificada gera grande prejuízo, principalmente para os pequenos produtores culturais que não têm experiência em prestar contas e podem enfrentar dificuldades para cumprir com as obrigações legais, diante de hipossuficiência econômica, qualificação ou por estar com carreira em ascensão. A prestação de contas simplificada gera a ideia de que o recebimento de recursos públicos pode ser justificado de maneiras esdrúxulas ou insuficientes.
4. Falta de controle social: a prestação de contas simplificada pode dificultar o controle social sobre a utilização dos recursos públicos, uma vez que a população não terá acesso a informações detalhadas sobre a destinação dos recursos, impedindo também que o povo participe do processo de organização e fomento do sistema cultural.

Inclusive, tal sistema pode até mesmo prejudicar acesso a recursos futuros, pois a falta de transparência e a dificuldade em cumprir as obrigações legais podem obstar a obtenção de recursos futuros por parte dos trabalhadores. Sem uma prestação de contas adequada, os órgãos de fiscalização podem não aprovar novos projetos culturais, o que pode inviabilizar a continuidade das atividades culturais.

Tudo isso significa que um dos principais artigos do Decreto regulamentador nº 10.464, de 17 de agosto de 2020 pode ser (e foi) descumprido, onde trata de evitar que os recursos se concentrem nos mesmos beneficiários, não havendo garantias de que, por exemplo, um mesmo proponente não aplicou seus recursos no projeto de uma companhia de artistas que integra, posto que o objetivo era justamente a descentralização e distribuição de recursos:

Art. 9º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão elaborar e publicar editais, chamadas públicas ou outros instrumentos aplicáveis, de que trata o inciso III do *caput* do art. 2º, por intermédio de seus programas de apoio e financiamento à cultura já existentes ou por meio da criação de programas específicos.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão desempenhar, em conjunto, esforços para evitar que os recursos aplicados se concentrem nos mesmos beneficiários, na mesma região geográfica ou em um número restrito de trabalhadores da cultura ou de instituições culturais.

É importante ressaltar que a prestação de contas simplificada veio em um contexto excepcional, em que a pandemia da Covid-19 colocou em risco a sobrevivência de muitos profissionais e trabalhadores da cultura. Porém, mesmo diante de tais adversidades, a princípios decorrentes da Constituição Federal não podem ser descumpridos, havendo necessidade de que haja transparência e controle na utilização dos recursos públicos, de modo a garantir que o auxílio financeiro chegue a quem realmente precisa e seja utilizado de forma adequada.

8. A PRESTAÇÃO DE CONTAS SIMPLIFICADA E O PRINCÍPIO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS FINANCEIRA NO ART. 70 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O artigo 70 da Constituição Federal dispõe acerca de um princípio constitucional implícito, o da prestação de contas financeira. O recebimento de recursos públicos por um particular enseja que este demonstre de bom grado como, quanto e onde aplicou o dinheiro do contribuinte, e isso apenas pode ser feito através de um relatório financeiro detalhado:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

A razão de ser da prestação de contas é permitir a transparência, a probidade e a responsabilidade na administração pública, dando pilares para decisões de aplicação de recursos, bem como promove a defesa do patrimônio público e, acima de tudo, permite a informação aos cidadãos, que são os destinatários finais dos bens e serviços produzidos pela administração pública e principais dadores dos recursos, conforme também o artigo

5º, XIV da Constituição Federal. Dessa forma, se vê que a prestação de contas é um dos canais democráticos de comunicação entre governo, cidadãos e recebedores de recursos.

A prestação de contas deve transigir uma verdadeira orientação para a população e o estado de como os que fazem uso dos recursos públicos causaram impacto na sociedade, portanto, há uma expectativa de fornecimento de informações tanto pela Estado como pelos recebedores para apoiar avaliações em questões como:

- Se os gastos se deram de maneira eficiente;
- quais são os recursos atualmente disponíveis para gastos futuros, se existe necessidade de devolução por conta do uso não integral, e até que ocasião há restrições ou condições para a utilização desses recursos;

9. A PRESTAÇÃO DE CONTAS SIMPLIFICADA PERANTE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

É preciso dizer que até mesmo os entes recebedores foram agraciados com o benefício da prestação de contas simplificada, ao acessar o Anexo I do Decreto regulamentador nº 10.464, de 17 de Agosto de 2020, mencionado no seu art. 16, podemos ver que a minuta ali presente possui termos genéricos, não entrando no mérito do que e como foi gastado, mas apenas no que foi repassado e no que foi executado, e o status da prestação de contas, não entrando no mérito de solicitar ou anexar comprovantes, recibos etc.

Art. 16. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apresentarão o relatório de gestão final a que se refere o Anexo I à Secretaria-Executiva do Ministério do Turismo após a efetiva realização das ações emergenciais de que trata o art. 2º da Lei nº 14.017, de 2020. (Redação dada pelo Decreto nº 10.683, de 2021)

O caput do artigo 37 da Constituição Federal consagra dois princípios constitucionais-administrativos muito importantes, o da publicidade e o da eficiência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

O princípio da publicidade é um dos pilares da administração pública, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, e estabelece a transparência das ações e decisões do poder público. No contexto Lei Aldir Blanc e pelos editais do Concurso-Prêmio Manaus de Conexões Culturais, temos que a publicidade é algo essencial para garantir a transparência

e a prestação de contas dos recursos investidos na área cultural, algo que não pode ser atingido com a prestação de contas simplificada.

Nesse sentido, a lei prevê diversas obrigações de transparência, como a divulgação das ações e projetos apoiados, dos editais e chamadas públicas, dos resultados das seleções e das prestações de contas, entretanto, de nada adianta se a veracidade das informações não pode ser constatada.

A publicidade é primordial para garantir a participação da sociedade na definição das políticas culturais e na fiscalização da aplicação dos recursos. O acesso democrático e fiscalização dos recursos e benefícios previstos na lei são ameaçados pela prestação de contas simplificada.

O princípio da eficiência, assim como em todo o ordenamento jurídico brasileiro, também está presente na Lei Aldir Blanc, esse princípio determina que a administração pública deve buscar sempre a melhor utilização dos recursos disponíveis, visando alcançar os resultados almejados de forma mais rápida, econômica e eficiente possível.

No caso da Lei Aldir Blanc, a eficiência deveria ser observada na forma como os recursos foram distribuídos e utilizados, buscando atender às necessidades e demandas do setor cultural durante a pandemia da Covid-19, de forma ágil e eficaz. No entanto, como já mencionado, houve críticas em relação à prestação de contas e à fiscalização da aplicação dos recursos, o que pode indicar problemas em relação à eficiência na execução da lei em alguns casos.

Cabe ressaltar a existência de constantes prorrogações para a execução das atividades e prestação de contas, conforme já mencionado, dando sinais de que a eficiência não caminha ao lado da prestação de contas simplificada.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação de contas é uma obrigação dos beneficiários e recebedores de recursos públicos, bem como do próprio Estado, e visa garantir a transparência e a probidade no uso do dinheiro do contribuinte em atendimento à ordem constitucional do artigo 70 da Constituição Federal.

Após quase três anos desde a publicação da Lei Aldir Blanc e o início da prestação de contas de seus recursos, e considerando os termos trazidos, algumas conclusões podem ser tiradas:

1. Impacto positivo na cultura: A Lei Aldir Blanc realmente trouxe um impacto positivo para a cultura brasileira e mais especificamente no caso dos editais de conexões

culturais, o fornecimento de recursos financeiros para apoiar artistas, produtores culturais e espaços culturais em um momento de grande dificuldade. Muitos projetos culturais (principalmente transmissões ao vivo pela internet) foram realizados durante a pandemia na cidade de Manaus graças aos recursos da lei e dos editais, proporcionando atividades culturais e oportunidades de trabalho para muitos profissionais do setor cultural manauara.

2. Problemas com a prestação de contas: A prestação de contas dos recursos da Lei Aldir Blanc tem sido um desafio para muitos beneficiários, mas também para a própria administração pública. A complexidade dos processos de prestação de contas, a falta de clareza em algumas orientações e a relativização de exigência de documentação detalhada têm sido pontos de dificuldade na aferição da aplicação dos recursos. Isso, como foi apresentado, acarretou atrasos, dificuldades, e postergações na conclusão da prestação de contas, prejudicando tanto os trabalhadores como o Estado.
3. Importância da transparência: A prestação de contas é um instrumento fundamental para garantir a transparência e a fiscalização dos recursos públicos. É fundamental que tanto a administração como os beneficiários cumpram rigorosamente as obrigações de prestação de contas por conta da imposição constitucional, fornecendo informações financeiras detalhadas sobre a utilização dos recursos e mantendo a transparência em suas ações, em especial das planilhas de gastos e cotações.
4. Aperfeiçoamento nos processos: Apesar dos problemas, a implementação da Lei Aldir Blanc trouxe à tona a necessidade de aperfeiçoamento nos processos de prestação de contas, para torná-los mais simples, claros e transparentes. É importante que haja uma melhoria contínua nos processos de prestação de contas para garantir que os recursos sejam utilizados de forma adequada e eficiente.
5. Fortalecimento da cultura manauara: A Lei Aldir Blanc evidenciou a importância da cultura para a sociedade e a necessidade de políticas públicas efetivas para apoiar o setor cultural. Em Manaus, a série de editais de conexões culturais fortaleceu e valorizou artistas locais, indígenas, produtores culturais e espaços culturais de artes visuais, audiovisual, circo, dança, hip-hop, literatura, música e teatro, contribuindo para o desenvolvimento da identidade cultural manauara e do setor econômico da cidade.

Portanto, vemos um verdadeiro impacto positivo na cultura brasileira, fornecendo recursos financeiros para apoiar o setor em um momento de grave crise econômica e de saúde. No entanto, os desafios e a relativização na prestação de contas evidenciam a necessidade de aperfeiçoamento nos processos e a importância da transparência na

utilização dos recursos públicos. É fundamental garantir políticas públicas efetivas para fortalecer a cultura de forma sustentável, assegurando que os recursos sejam distribuídos rapidamente, mas utilizados de forma adequada e transparente. Além disso, o fomento à participação dos artistas e produtores culturais na elaboração e implementação das políticas culturais deve ser priorizado, a fim de garantir que suas vozes sejam ouvidas e consideradas nos processos de decisão, tal como ocorreu em Manaus, por meio de audiências públicas.

A lei provou que a cultura é um setor econômico relevante, gerador de empregos e renda, e que contribui para a identidade, diversidade e valorização cultural do país. O reconhecimento da cultura como um direito fundamental significa, dentre outros meios, investir em políticas públicas sustentáveis que promovam a sua democratização e acesso para toda a população.

Em suma, a Lei Aldir Blanc teve um papel importante em mitigar os impactos da crise na cultura brasileira, por meio do fornecimento de recursos financeiros. A prestação de contas é um componente essencial para garantir a transparência e o uso adequado dos recursos públicos, sendo necessário aprimorar os processos e promover a participação dos beneficiários. O fortalecimento da cultura propulsiona esta como um setor estratégico para o desenvolvimento do país, por meio de políticas públicas efetivas e palpáveis, a promoção da transparência e prestação de contas se revelam práticas essenciais para garantir a integridade e o sucesso dessas políticas.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEI Nº 14.017, DE 29 DE JUNHO DE 2020. Dispõe sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Lei/L14017.htm. Acesso em 02.01.2022

Viva Manaus. Início. Cultura. Nota de esclarecimento do Conselho Municipal de Cultura sobre denúncias veiculadas em relação à Lei Aldir Blanc. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20210304095453/https://vivamaneaus.com/2021/03/01/nota-de-esclarecimento-do-conselho-municipal-de-cultura-sobre-denuncias-veiculadas-em-relacao-a-lei-aldir-blanc/> Acesso em 15/01/2022.

Governo Federal. Notícias. Cultura e Esporte. 2020. 09. **Governo Federal já repassou R\$ 2 bilhões por meio da Lei Aldir Blanc em apoio à cultura.** Disponível em: [Governo Federal já repassou R\\$ 2 bilhões por meio da Lei Aldir Blanc em apoio à cultura \(www.gov.br\)](http://www.gov.br). Acesso em 12/01/2022.

Prefeitura de Manaus. Página Inicial. Secretarias. Cultura, Turismo e Eventos – MANAUSCULT. **Editais Lei Aldir Blanc.** Disponível em <<https://www.manaus.am.gov.br/secretarias/cultura-turismo-e-eventos-manauscult/editais-lei-aldir-blanc/>> Acesso em 12/01/2022.

Viva Manaus. Início. Cultura. Nota de esclarecimento do Conselho Municipal de Cultura sobre denúncias veiculadas em relação à Lei Aldir Blanc. Disponível em; <https://vivamanaus.com/2021/03/01/nota-de-esclarecimento-do-conselho-municipal-de-cultura-sobre-denuncias-veiculadas-em-relacao-a-lei-aldir-blanc/>. Acesso em 15/01/2022.

Prefeitura de Manaus. Concultura. Início. **Lei Aldir Blanc.** Disponível em: <https://concultura.manaus.am.gov.br/lei-aldir-blanc>. Acesso em 16/01/2022.

Viva Manaus. Início. Lei Aldir Blanc. **Reuniões Virtuais com Segmentos Culturais e Artísticos.** Disponível em: <https://vivamanaus.com/lei-aldir-blanc-atas-de-reunioes-virtuais-com-segmentos-culturais-e-artisticos/>. Acesso em 20/01/2022.

DECRETO Nº 10.464, DE 17 DE AGOSTO DE 2020. Regulamenta a Lei nº 14.017, de 29 de junho de 2020, para dispor sobre as ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas em decorrência dos efeitos econômicos e sociais da pandemia da covid-19. (Redação dada pelo Decreto nº 10.751, de 2021). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Decreto/D10464.htm. Acesso em 04.01.2023.

LEI Nº 14.150, DE 12 DE MAIO DE 2021. Altera a Lei nº 14.017, de 29 de junho de 2020 (Lei Aldir Blanc), para estender a prorrogação do auxílio emergencial a trabalhadores e trabalhadoras da cultura e para prorrogar o prazo de utilização de recursos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20192022/2021/lei/L14150.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.150%2C%20DE%2012%20DE%20MAIO%20DE%202021&text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.017,Distrito%20Federal%20e%20pelos%20Munic%C3%ADpios. Acesso em 26.07.2022.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Teoria dos Direitos Culturais: Fundamentos e Finalidades. São Paulo: Edições SESC, 2018. P.7

COSTA, R. V. Cultura e patrimônio cultural na Constituição da República de 1988: a autonomia dos direitos culturais . **Revista CPC**, [S. l.], n. 6, p. 21-46, 2008. DOI: 10.11606/issn.1980-4466.v0i6p21-46. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cpc/article/view/15623>. Acesso em: 15.01.2023.

OLIVEIRA, Caio Tavares. A efetivação do Direito Fundamental à cultura no processo de execução da Lei Aldir Blanc no Distrito Federal. 2021. 56 f. Trabalho de Conclusão de Curso

(Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2021. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/29500>. Acesso 07.02.2023.

Edital de Chamada Pública nº012/2020 – Credenciamento para auxílio a espaços culturais. Disponível em: <https://www.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/10/Edital-de-Credenciamento-AUX%C3%8DLIO-A-ESPA%C3%87OS-CULTURAIIS.pdf>. Acesso em 25.03.2022.

Decreto Legislativo nº6, de 20 de março de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm. Acesso em 15.03.2022.

NAMORO QUALIFICADO OU UNIÃO ESTÁVEL? COMO DIFERENCIÁ-LOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

DENER NERES CAMINHA:
Advogado e Pós-graduado em
Direito Processual Civil

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar o instituto do namoro qualificado. O método de abordagem é dedutivo, sendo desenvolvido pela técnica de documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (jurisprudência, publicações, legislação e livros). Desse modo, será apresentado inicialmente, uma análise sobre a união estável que é uma entidade familiar assegurada constitucionalmente e que muito se assemelha ao objeto alvo do presente estudo. Nesse sentido, será abordado o namoro como relacionamento afetivo, observando seu conceito e formação, bem como suas modalidades, e para uma melhor compreensão será pontuada a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que trouxe a denominação do instituto do namoro qualificado, que difere da união estável por não apresentar seu requisito subjetivo, o *animus maritalis* - ânimo de constituir família no presente.

Palavras-Chave: Namoro Qualificado. União Estável. *Animus Maritalis*.

ABSTRACT: This article aims to study the institute of qualified dating. The method is deductive, therefore, it is developed by the technique of indirect documentation, through bibliographic research (jurisprudence, publications, legislation and books). Thus, it will initially present an analysis about a stable union that is a constitutionally assured family entity and that has many similarities to the institute target of the present study. In this sense, will be approached dating as an affective relationship, observing its concept and formation, as well as its modalities, and for a better understanding will be punctuated the recent decision of the Superior Court of Justice, which brought the denomination of the institute of qualified courtship, which differs from the stable union by not presenting its subjective requirement, *animus maritalis* - the spirit of constituting family in the present.

Keywords: Qualified Dating. Stable union. *Animus Maritalis*.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A origem do Namoro Qualificado. 2. Namoro simples. 3. Namoro Qualificado x União Estável. 4. *Affectio Maritalis*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A união entre duas pessoas é um ato que vem acontecendo desde os primórdios, repercutindo em várias áreas do viver individual, haja vista, que ambas as partes envolvidas na relação passam por uma série de mudanças, havendo trocas de experiências, ideologias, responsabilidades, etc., bem como, na vida coletiva, pois a união seria um pressuposto para

a construção de uma família que é o instituto fundamental para o processo de amadurecimento e crescimento da pessoa, sendo por isto, objeto de amparo constitucional e infraconstitucional.

Verifica-se que no decorrer dos tempos, ocorreram constantes mudanças de costumes e valores na sociedade contemporânea brasileira, principalmente quando o assunto tem a ver com o modo dos casais se relacionarem, dessa forma, percebe-se que a modalidade de relacionamento afetivo, denominada namoro, cada vez mais vem se assemelhando à união estável, causando, assim, grande confusão quanto à diferenciação desses institutos na esfera social e jurídica.

Cabe ressaltar, que quando mencionada a palavra união, não está se fazendo relação ao casamento ou a união estável que estão positivados no Código Civil de 2002 e sim no verdadeiro teor da palavra. Posto isso, o presente artigo tem a finalidade de apresentar um novo instituto, conhecido como namoro qualificado, sendo esse, exarado em uma recente decisão do Superior Tribunal da Justiça (STJ).

Desse modo, temos o namoro qualificado, como um relacionamento em que o casal não tem a intenção de constituir família no presente, ainda que residam em uma mesma casa, compartilhando conta bancária, despesas, tenham vida social, ou seja, vivendo como "casados".

Em suma, diversos efeitos jurídicos são desencadeados em decorrência das garantias constitucionais que detém a união estável. Pois atualmente, por haver imprecisão em se determinar o que é a união estável e o que é o namoro, é comum que muitos ex-namorado, quando finda a relação, procurem resguardo do Poder Judiciário com o intuito de obter vantagens, especialmente patrimoniais, socorrendo-se ao argumento de que experimentavam uma união estável. Imprescindível, desse modo, examinar se o namoro pode projetar os mesmos efeitos que uma união convivencial.

1. A ORIGEM DO NAMORO QUALIFICADO

Os namoros dos tempos modernos quando comparados aos costumes e tradições a que antes eram atrelados. É nítido que atualmente os casais podem dispor de intimidade extrema sem que haja reprovação da sociedade, prova disso é que a prática da relação sexual entre os casais antes do matrimônio tornou-se comum, bem como manter uma relação sem fidelidade, ter encontros apenas casuais, etc.

Ocorrendo tudo isso, em comum acordo. Dessa forma, percebe-se que o namoro adquiriu novos contornos. Sendo assim, pode-se namorar sem ter ao menos a intenção de algum dia elevar o relacionamento a um nível mais sério, como um noivado ou casamento.

Assim, para ratificar, cumpre destacar a visão do eminente Bauman (2000), expondo que existe uma sociedade líquida, com mutações sociais e relacionamentos fluidos. A crise das ideologias fortes, pesadas, sólidas, típicas da modernidade foi deixada de lado. Na pós-modernidade está presente um clima fluido, líquido, leve, caracterizado pela precariedade, incerteza e rapidez de movimento, com alterações constantes nas formas que o ser humano tem encontrado para se relacionar.

Dessa forma, anteriormente o namoro era um período em que o casal tinha como intuito planejar o casamento, sendo autorizado ao casal apenas breves encontros, com a supervisão atenta da família.

De acordo com Oliveira (2011, p.256), o namoro faz parte de um dos processos de convivência estabelecidos entre um casal, podendo este, encaminhar-se para a construção de uma futura família:

Passo importante na escalada do afeto ocorre se o encontro inicial revela o início de uma efetiva relação amorosa. Dá-se então, o namoro, já agora um compromisso assumido entre homem e mulher que se entendem gostar um do outro. Pode ser paixão à primeira vista, embora nem sempre isso aconteça, pois, o amor vai se consolidando aos poucos, com os encontros e desencontros do casal embevecido. Do latim *in amore*, o namoro sinaliza situação mais séria de relacionamento afetivo. Tende a se tornar de conhecimento da família, dos amigos, da sociedade. Surge entre os enamorados uma cumplicidade no envolvimento porque passam a ter interesses comuns e um objetivo ainda que longínquo de formarem uma vida a dois.

Nesse sentido, segundo Silveira (2015, p.181), a partir do momento em que o interprete tenta entender quando as partes possuem um namoro qualificado e quando desejam uma união estável, estará respeitando a autonomia da vontade dos envolvidos, preservando a dignidade da pessoa humana e sanando eventual conflito de direitos fundamentais; desta forma o intérprete além de respeitar a autonomia da vontade das partes, estará tutelando a dignidade da pessoa humana e evitando o enriquecimento sem causa.

Cabe frisar, que as diversas maneiras que o ser humano encontrou para se relacionar, tem dificultado a distinção de um namoro qualificado para uma união estável. A legislação pátria procurou estabelecer critérios para a configuração da família não fundada no casamento, entretanto, pelos motivos já expostos, cabe agora a *affectio maritalis* o papel de tábua da salvação, sendo utilizado como um meio de distinção.

Desse modo, traz-se à baila o que diz Ribeiro (2014), que o fato de inexistir no ordenamento jurídico a conceituação da relação de namoro, não há como classificá-lo como uma entidade familiar, mas sim como um envolvimento afetivo que apresenta a futura expectativa de formar uma família.

Para Cabral (2015), o namoro qualificado é uma relação contínua e sólida, aproximada à união estável por apresentar os mesmos pressupostos objetivos para sua caracterização: a ausência de impedimentos matrimoniais e a convivência duradoura, pública e contínua.

Em suma, não há equivalência entre o namoro qualificado ou vulgarmente chamado namoro sério, com a união estável, embora, os dois institutos assemelhem-se. Pois no namoro qualificado não há concretude do objetivo de constituir família, isto é, no momento em que tal relação perdura, o casal não assume a condição de conviventes, haja vista, que não planejam formar uma entidade familiar.

Nesse diapasão, embora, compartilhem de algumas semelhanças os dois institutos distinguem-se, pois na relação de namoro a prioridade do relacionamento está na satisfação de expectativas pessoais de cada parceiro que compõe o casal e não na construção de um projeto familiar comum.

2. NAMORO SIMPLES

Inicialmente, para que se possa ter um comparativo sobre os institutos abordados no presente artigo, deve-se definir o namoro (também chamado pela doutrina de “Namoro Simples”), pois é um instituto facilmente diferenciado dos demais, os quais serão melhores expostos no presente trabalho.

Por meio da capacidade do homem de se comunicar e socializar uns com os outros, surgem vários tipos de relacionamentos. Diante disso, quando há um envolvimento afetivo recíproco no relacionamento nasce o namoro. Dentre as inúmeras definições para esse *status* a que melhor define seria a “aproximação física e psíquica entre duas pessoas em um relacionamento, fundamentado na atração recíproca, que aspira continuidade para o futuro” (HOUAISS, 1999, p.1993).

Em um relacionamento existem várias etapas, construindo assim um processo de convivência para encaminhar a uma futura família. E podemos dizer que o namoro seria uma das etapas desse processo. Segundo Oliveira (2005, p.01), existem etapas antes mesmo do namoro e que com o passar do tempo vão ganhando nomenclaturas diferentes.

Variam os nomes do eterno jogo da conquista amorosa: rondar, flertar, paquerar, hoje em dia 'ficar'. Na sequência, se e quando houver, dá-se a fase do 'rolo' e pode acontecer a evolução do afeto para namorar, noivar, viver junto e, até mesmo, casar pelos cânones legais como supremo ato de entrega e aceitação.

Para Tessari (2005), o namoro configura uma fase de aprendizado mútuo do casal, na qual se verificam as semelhanças e as diferenças que irão fortalecer o casal ou fazer com que eles rompam a relação. Por assim dizer, o objetivo do namoro é conhecer o parceiro com a finalidade de ter um relacionamento duradouro.

No primeiro momento, vale destacar a característica de ser um fato inicial quando se fala em namoro, não tendo responsabilidades nas esferas jurídicas. Pelo fato de inexistir no ordenamento jurídico a conceituação da relação de namoro, não há como classificá-lo como uma entidade familiar, mas sim como um envolvimento afetivo que apresenta a futura expectativa de formar uma família (RIBEIRO, 2014).

O namoro, por si só, não tem consequências jurídicas. Não acarreta, partilha de bens ou qualquer aplicação de regime de bens, fixação de alimentos ou direito sucessório. Se um casal de namorados adquire juntos um veículo, por exemplo, com o fim do relacionamento este bem poderá ser dividido, se não houver contrato escrito entre eles, de acordo com as regras do direito obrigacional. Neste sentido, pode-se dizer, então, que é possível haver uma "sociedade de fato" dentro de um namoro, sem que isto caracterize uma entidade familiar. Assim, por não se tratar de entidade familiar, as questões jurídicas concernentes ao namoro, como danos causados à pessoa, são discutidas no campo do direito comercial ou obrigacional. (CUNHA, 2015).

Isto posto, por não ter um amparo legal no ordenamento jurídico pátrio, não há que se falar em requisitos legais para a sua existência e validade. Não mencionando os valores morais, que existem e que são impostos pela sociedade e pelos costumes locais.

Desse modo, a diferença basilar entre o namoro e a união estável reside na intenção de constituir uma família, pois enquanto a primeira não possui qualquer pretensão em relação a constituição familiar, não tendo também nenhum amparo jurídico, a segunda, por sua vez, possui o *status* de núcleo familiar, sendo reconhecido pela Constituição Federal.

3.2 NAMORO QUALIFICADO X UNIÃO ESTÁVEL

O Namoro qualificado, nomenclatura essa utilizada pelo STJ para caracterizar o namoro mais prolongado do que os demais (STJ – 3ª Turma, REsp. Nº 1.454,643-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe. 10.03.2015). Instituto constantemente confundido com a união estável, pois se assemelham em suas características que são de cunho romântico-afetivo, os quais são externados publicamente para a sociedade e costumam ser duradouros, denotando estabilidade, compromisso e um forte vínculo entre os envolvidos.

Dessa forma, o presente trabalho irá pontua-los esclarecendo a principal diferença entre os institutos, sendo o elemento subjetivo chamado, *affectio maritalis* (a intenção de constituir uma família no presente) e como mencionado, por se tratar de um elemento subjetivo existe divergência sobre o que seria tal intenção de constituir uma família e quando estaria configurada.

Outrossim, cumpre esclarecer que a União Estável, pois diferentemente do namoro, a mesma se encontra positivada no artigo 226, § 3º Constituição Federal de 1988, nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil de 2002 e nas Leis Nº 8.971/94 e 9.278/96. Entende-se como uma situação de fato existente entre duas pessoas, sem casamento, desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (*convivência more uxorio*), o que define uma entidade familiar.

Vale ressaltar, que na legislação supracitada consta literalmente no texto legal que o reconhecimento da união estável será entre um homem e uma mulher, contudo esse entendimento já foi superado, não importando o sexo dos companheiros, e sim se ambos respeitam os requisitos para configurar o relacionamento como União Estável.

Existe jurisprudência pacífica, inclusive no STF a considerar a união estável de relacionamentos homoafetivos, como também, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei para alterar o Código Civil e reconhecer a União Estável entre pessoas do mesmo sexo. A elucidativa decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, com efeito vinculante, no ano de 2011 reconhecendo a possibilidade de uniões estáveis homoafetivas, Ementa *in litteris*:

UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA".

Superado o requisito da diversidade de sexo, analisaremos os demais pressupostos da união estável. Na doutrina existem várias definições sobre os requisitos, como ensina o ilustre professor Gonçalves (2010, p.588-589):

Divide entre elementos subjetivos e objetivos. Os elementos subjetivos são: a) convivência *more uxório*; e b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família. E, os objetivos: a) diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica.

Desta forma, a notoriedade seria a publicidade do relacionamento, não impondo um prazo temporal duradouro exato, não podendo, da mesma maneira, ser efêmera ou precária, mas sim, prolongado no tempo, sendo um relacionamento, portanto durável e contínuo. Também deverá ser uma relação sob-respeito mútuo e de fidelidade entre o casal. Na vertente dos elementos subjetivos, o vínculo deverá ser caracterizado pelo ânimo de constituir uma família (*affectio maritalis*) qual seja a firme intenção de viver como se casados fossem no presente. E a convivência *more uxória* (comum sob mesmo teto) entende o STF que esta não é indispensável para caracterização da união estável- Súmula 382 STF.

É notória a preocupação na esfera jurídica sobre tal instituto, pois como verificado suas características se equipara ao casamento e assim devendo gerar efeitos e deveres. Em contrapartida, também não podem ser considerados quaisquer relacionamentos como união estável, pois prejudicariam aqueles que assumiriam responsabilidades como se casados fossem.

Diante disso, a semelhança com o instituto do namoro qualificado é aparente, pois ambos possuem praticamente todos os requisitos objetivos. Surgindo diversos entendimentos e definições para distinguir tais uniões.

No namoro qualificado, há uma relação contínua e sólida, assemelhe-se à união estável, entretanto, não é equivalente a essa. Isso porque no namoro qualificado não há a realidade do objetivo de constituir família, ou seja, no momento que mantém aquela relação, o casal não reconhece a condição de conviventes, pois não almejam formar uma entidade familiar. E deve ser evidenciado, que não é qualquer fato que configure o desejo de formar no presente uma entidade familiar.

O fato de namorados projetarem constituir família no futuro não caracteriza união estável, ainda que haja coabitação. Isso porque essas circunstâncias não bastam à verificação da *affectio maritalis*, nem mesmo até o nascimento de um filho fruto de um namoro não se presume a união estável, portanto devendo ser analisado no caso concreto.

Assim, também nos ensina o grande familiarista Rolf Madaleno (2013, p.1138), cujo trecho abaixo se transcreve:

Com efeito, a união estável exige pressupostos mais sólidos de configuração, não bastando o mero namoro, por mais estável ou qualificado que se apresente, porquanto apenas a convivência como casal estável, de comunhão plena e vontade de constituir família concretiza a relação estável, da qual o namoro é apenas um projeto que ainda não se desenvolveu e talvez sequer evolua como entidade familiar.

A *affectio maritalis* retrata como um elemento diferenciador da união estável de outros institutos afins, por exemplo, o namoro qualificado e concubinato. Desta maneira, sendo a principal e única forma de diferenciar os regimes abordados no presente trabalho, e que será exposto de forma mais específica no tópico a seguir, através de jurisprudência que define o que seja a intenção de constituir uma família no caso real.

Conforme exposto, constata-se a necessidade de particularizar cada regime, devido aos diferentes direitos e deveres que decorrem de cada. Por não estar previsto em lei, o namoro qualificado não gera efeitos específicos, podendo ser alcançado somente às questões de direito já mencionadas do namoro simples, permanecendo na análise do direito obrigacional.

Todavia, na união estável decorrem variados efeitos jurídicos, que repercutem não apenas no campo pessoal, mas, igualmente, no econômico (alimentar, patrimoniais, sucessório, etc.). Como por exemplo, o direito de pleitear os alimentos de que necessite, conforme dispõe o artigo 1.694 do Código Civil de 2002: "*podem os parentes, os cônjuges ou os companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação*".

Como também surgem outros efeitos, como: a possibilidade de estipular via contrato o regime que satisfizer os consortes, não o firmado, deverá obedecer ao artigo 1.725 do CC/2002 que determina a comunhão parcial de bens, o qual se estima que o bem adquirido por um dos companheiros é transmudado em propriedade comum, devendo ser partilhado por metade na hipótese de dissolução da união (DIAS, 2015, p.525). O que dispõe o artigo 5º da Lei n. 9.278 que discorre:

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando

a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Ademais, o instituto da união estável em confronto ao namoro, verifica-se um melhor amparo jurídico por parte da União Estável, proporcionando ao casal uma segurança legal. Do mesmo modo, poderá acarretar sequelas da interposição do *status* de união estável a um relacionamento no qual não houve uma declaração consistente em tratar o compromisso em um grau mais elevado que um namoro, gerando lesões em diversas esferas.

4. AFFECTIO MARITALIS

Como já evidenciado, a principal distinção entre a união estável e o chamado namoro qualificado reside no elemento subjetivo *Affectio Maritalis*, na circunstância de que na primeira existe uma família constituída no momento atual, enquanto, na segunda, é um relacionamento em que os namorados meramente alimentam uma expectativa de constituição de uma família no futuro.

Assim, em um caso concreto podemos ter um casal que more em um mesmo apartamento já há um ou dois anos e tenha uma conta poupança conjunta e, prontamente, classificar seu relacionamento como união estável.

Contrapartida, este casal pode estar tão somente acumulando recursos para um futuro casamento, ou para adquirir um imóvel próprio onde construirão sua vida juntos, podendo tal situação ser enquadrada na modalidade de namoro qualificado, se existir apenas um projeto futuro de família.

Em recente decisão de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, a 3ª Turma do STJ empreendeu séria análise do instituto do namoro qualificado em face da união estável. Inclusive tornado tal julgado em informativo perante ao STJ, nº 0557 do período de 5 a 18 de março de 2015.

Onde no caso retratado perante a Corte Superior versava sobre um casal que conviveu durante dois anos em um apartamento no exterior, antes de se casarem. Na época, o rapaz viajou para o exterior por ter aceitado uma proposta de emprego, no mesmo momento em que ela o seguiu com a intenção de fazer um curso de Inglês e acabou permanecendo mais tempo, devido ao seu ingresso num Mestrado. Ato contínuo, o casal noivou ainda no exterior e neste íterim o rapaz com seus recursos pessoais adquiriu um apartamento que seria a sua residência familiar após o casamento.

Casaram-se em setembro de 2006 adotando como regime a comunhão parcial de bens, regime no qual somente há partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Em 2008, contudo, adveio o fim do relacionamento com o

divórcio. Destarte, a ex-mulher ingressou em juízo pleiteando o reconhecimento e a dissolução de união estável que, segundo ela, existiu durante o período de dois anos anterior ao casamento. Sob esse argumento, visando o apartamento adquirido por ele à época, logo, deveria ser objeto de partilha entre eles.

Ao ser apreciado pelo judiciário, em primeira e segunda instância, a ex-mulher saiu vitoriosa. Não obstante, ao julgar o recurso interposto pelo ex-marido, o Ministro Bellizze no Superior Tribunal de Justiça teve entendimento diverso. Consoante com seu entendimento, não houve união estável, "*mas sim namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento, projetaram, para o futuro, e não para o presente, o propósito de constituir entidade familiar*". Senão vejamos, referida decisão, REsp 1.454.643-RJ:

RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO. **AUSÊNCIA.** 2. **UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO.** NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. **NAMORO QUALIFICADO.** VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. **(Grifo nosso)**

Nesse diapasão, a controvérsia gira em torno de saber se o período de namoro com coabitação antes do casamento pode ser caracterizado como união estável para efeito de partilha de bem imóvel adquirido por um dos cônjuges neste período. O entendimento da 3ª Turma foi de que nessa hipótese não se caracteriza a união estável.

Eis o que nos diz o relator, o fundamental:

Permissa vênua, o propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado «namoro qualificado» –, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vida, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída.

[...]

Efetivamente, tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, afigura-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social.

No caso em tela, os litigantes em um período anterior à celebração do seu casamento (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), vivenciaram um namoro qualificado, haja vista, o estreitamento da relação, projetando para o futuro e não para o presente, a intenção de constituir uma família. Sendo esse, um desejo somente realizado posteriormente, com a concretização do casamento.

De acordo, com as palavras do relator, sendo reconhecida nessa situação o instituto do namoro qualificado e não de união estável como bem pretendia a parte autora no litígio:

Nesse contexto, é de se reconhecer a configuração, na verdade, de um namoro qualificado, que tem, no mais das vezes, como único traço distintivo da união estável, a ausência da intenção presente de constituir uma família. Quando muito há, nessa espécie de relacionamento amoroso, o planejamento, a projeção de, no futuro, constituir um núcleo familiar. [...].

Prossiga ainda, asseverando a importância do *Affectio Maritalis*, conformação esta, não presente na situação exposta:

Na verdade, a celebração do casamento, na hipótese dos autos, bem explícita o termo a partir do qual os então namorados/noivos, maduros que eram, entenderam por bem consolidar, consciente e voluntariamente, a relação amorosa vivenciada, para constituir, efetivamente, um núcleo familiar. A cronologia do relacionamento pode ser assim resumida: namoro, noivado e casamento. E, como é de sabença, não há repercussão patrimonial decorrente das duas primeiras espécies de relacionamento.

Aliás, se a entidade familiar já estava constituída, o desejo de formalização dessa união por meio do matrimônio deveria, expressamente, abranger esse período, por meio da conversão da união estável em casamento. Todavia, essa não foi a providência tomada livremente pelas partes. Não se trata de renúncia, como impropriamente, entendeu o voto condutor que julgou o recurso de apelação na origem. Cuida-se, na verdade, de clara manifestação de vontade das partes de, a partir do casamento, e não antes, constituir a sua própria família. Na espécie, todavia, o relacionamento vivenciado pelas partes em momento anterior ao casamento não apresentou, em sua plenitude, tais características, notadamente a referente à conformação da *affectio maritalis*, a obstar, por conseguinte, a verificação de verdadeira união estável.

Conforme o apresentado infere-se a importância do *affectio maritalis* tanto para configurar o que de fato é uma união estável, como para distinguir esta do instituto do namoro qualificado, sendo necessária essa diferenciação, tendo em vista as várias mudanças ocorridas na sociedade atual referente às relações amorosas. Demonstrando assim, que qualquer movimento e alteração que exista na sociedade há uma influência direta ou indireta no meio jurídico, ou seja, Direito e sociedade influenciam-se mutuamente.

5. CONCLUSÃO

Anteriormente, era notória a espécies de modalidades de relacionamento. Em regra, existia uma relação de namoro, que logo após era alcançado o noivado e por fim o casamento, respeitando toda uma linha cronológica. Ocorre que os valores estão alterados e as relações amorosas continuam passando por grandes transformações, obrigando a sociedade acompanhar tal evolução.

Inquestionável torna-se a dizer que os institutos apresentados possuem suas peculiaridades, isto posto, temos a união estável em que os companheiros possuem direitos assegurados em lei, contrapartida no namoro qualificado se quer há um respaldo jurídico, salvo casos em que o fim do namoro acarrete algum prejuízo de ordem material, podendo exigir o ressarcimento.

Ademais como já explanado, o elemento subjetivo capaz de diferencia-los é o chamado *affectio maritalis*. Com efeito, há uma procura recorrente ao judiciário quando se fala em conflitos familiares, levando a justiça o relacionamento amoroso e desnudando toda a intimidade do casal, para com isso, que o magistrado defina se no caso em questão há um enlace digno a chamar de entidade familiar ou uma mera intenção futura de constituir família.

Nesse seguimento, o debate sobre o referido tema ganhou maior destaque após a elucidativa decisão exarada pelo Ministro relator Marco Aurélio Belizze do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.1.454.643/RJ, em março de 2015. Tal julgamento apresentou um notável avanço quanto à análise da intenção de constituir família, pois trouxe a *affectio maritalis* como o cerne para não configuração de uma união estável a um relacionamento estável, público, duradouro e com coabitação.

Ante o exposto, conclui-se que é primordial um estudo aprofundado de todas as particularidades de um relacionamento afetivo, com a intenção de verificar se a relação é uma união estável, portanto, constituída com o objetivo de formar uma entidade familiar, ou se adéqua na figura do namoro qualificado.

Diante das breves reflexões aqui mencionadas, verifica-se que para uma adaptação à nova realidade social, o magistrado buscou um recente elemento que norteia as maneiras de interação do homem para uma aplicação da lei que possa acompanhar a rápida evolução da sociedade, se respaldando em um caráter subjetivo, o qual quando corretamente constatado, distingue claramente uma instituição familiar.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréia Fernandes de. O papel da *affectiomaritalis* na configuração da união estável – Comentários ao REsp. 1.454.643. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, jul-dez/2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-papel-da-affectio-maritalis/>>. Data de acesso: em 19 abr. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014 .

BRASIL. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0557, REsp 1.454.643-RJ RECURSO ESPECIAL 2014/0067781-5, Relatoria Min. **Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=namoro+qualificado&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 Dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, julgado em 5.5.2011.

CUNHA, Rodrigo Pereira. Contrato de namoro estabelece diferença em relação a união estável. Revista Consultor Jurídico, 10 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/processo-familiar-contrato-namor-estabelece-diferenca-relacao-uniao-estavel#author>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 1999, p. 1993.

Ideias extraídas do sociólogo polonês Zygmunt Bauman. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Tradução: Plínio Dentizien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

OLIVEIRA, Euclides. **A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar.** 2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/13.pdf>. 26/02/2015, p.01. Acesso em: 12 mar. 2017.

RIBEIRO, Isaque Soares. O Contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30915>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.454.643/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 10.3.2015.

TESSARI, Olga Inês. **Namoro atual.** Entrevista concedida para o Jornal Rudge Ramos. maio, 2005. Disponível em: < <http://www.olgatessari.com.br/id230.html> >. Acesso em: 20 de junho. 2017.

A MULHER NEGRA E O DIREITO DO TRABALHO: REALIDADE FÁTICA

LARYSSA DA SILVA CHEFER.

Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG³¹⁰.

GILSON RIBEIRO CARVALHO FILHO³¹¹

(orientador)

RESUMO: As mulheres em geral, sofreram e ainda sofrem discriminação de gênero em relação aos homens no ambiente laboral, mesmo após décadas de lutas e inúmeras conquistas pela tão almejada igualdade, nos deparamos com casos de diferenças salariais, de cargos, e outros por se tratar do sexo feminino. Há ainda uma grande parcela de mulheres que sofrem dupla discriminação, além de haver a distinção por gênero padecem por sua raça, mesmo em um país onde praticamente a metade da população é formada por pessoas negras, estas continuam carregando um fardo em razão de sua história, passando de escravos a cidadãos de segunda classe marginalizados devido a sua cor. Isso fica explícito na desigualdade de acesso e de conclusão de ensino entre os auto declarados negros ou pardos atingindo em cheio o Princípio da Igualdade o Direito à Educação presentes no Código do trabalhador e Constituição Federal. Diante desse cenário, o estudo teve como objetivo apresentar as dificuldades enfrentadas pelas mulheres no que diz respeito à sua inserção no mercado de trabalho. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, constatou-se que a realidade da mulher negra em meio às desigualdades de gênero, sociais e raciais, ainda não está completamente sanada e que a relação da mulher e o trabalho é permeada pela relação de poder: dominação, exploração e opressão e ao mesmo tempo marcada por lutas e conquistas.

Palavras-chave: Mulher. Negra. Mercado de Trabalho. Realidade.

BLACK WOMAN AND LABOR LAW: FACTUAL REALITY

ABSTRACT: Women in general have suffered and still suffer gender discrimination against men in the work environment, even after decades of struggles and numerous achievements for the long-awaited equality, we come across cases of salary differences, positions, and others because they are women. There are also a large portion of women who suffer double discrimination, and there is a distinction by gender suffer for their race, even in a country

310 E-mail: larissa.chefer@icloud.com.

311 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: profgilsonfilho@gmail.com.

where practically half of the population is formed by black people, they continue to carry a burden because of their history, from slaves to second -class citizens marginalized due to their color. This is explicit in the inequality of access and completion of teaching among self-declared blacks or browns reaching the principle of equality the right to education present in the worker code and the Federal Constitution. Given this scenario, the study aimed to present the difficulties faced by women regarding their insertion in the labor market. 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, it was found that the reality of black women in the midst of gender, social and racial inequalities is not yet completely remedied and that the relationship of women and work is permeated by the power relationship: domination, exploitation and oppression and at the same time marked by struggles and achievements.

Keywords: Woman. Black. Job market. Reality.

Sumário: 1. Introdução. 2. A mulher e o mercado de trabalho. 3. Da discriminação racial e da igualdade. 4. A mulher negra e o mercado de trabalho. 4.1 Legislação brasileira frente à situação de mulheres negras no mercado de trabalho. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A mulher sempre teve papel fundamental na história da humanidade. Tanto é que o ser humano nasce através do corpo de uma mulher. Entretanto, socialmente, a mulher sempre teve dificuldade em ter seu papel reconhecido e destacado. Por conta de um enorme período de escravidão e de racismo, a mulher negra sofreu ainda mais o descaso por parte da sociedade com a sua presença.

O negro sempre foi visto como algo inferior ou considerado uma raça menos importante e relevante. O período de escravidão que perdurou séculos em várias nacionalidades é uma prova concreta do quanto essa etnia sofreu. Se pra mulher considerada 'normal/branca' seu papel era considerado menor que o do homem, para a mulher negra, a sua importância era quase nula.

Mesmo depois de abolida a escravidão, o racismo ainda perdura até os dias de hoje. O negro, como um todo, ainda sofre resistência para ser aceito socialmente. Principalmente quando se olha o mercado de trabalho, onde a grande parcela dos negros se encontra em cargos de subordinação e não de chefia.

Em vista dessa realidade, o presente estudo teve como escopo discorrer a respeito da discriminação racial que a mulher negra sofre no mercado de trabalho. Busca ainda,

investigar o posicionamento do Estado em relação à medida que precisam ser tomadas para combater a desigualdade simultânea de gênero e raça que as trabalhadoras negras enfrentam.

De modo geral, procurou-se entender os impactos que a globalização causou ao mundo do trabalho, e os novos desafios sociais que a classe trabalhadora passou a enfrentar, principalmente no que se refere aos grupos mais vulneráveis da sociedade, como os negros.

Durante a análise da presente temática, procurou-se responder: quais os tipos de discriminação racial no mercado de trabalho e como esse tipo de preconceito acontece no ambiente de trabalho?

Assim, este estudo visa demonstrar as condições de trabalho da mulher negra no Brasil e os métodos necessários para superar as desigualdades constatadas.

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. A MULHER E O MERCADO DE TRABALHO

Antes de se adentrar no tema específico deste estudo, é necessário discorrer a respeito do papel da mulher na sociedade e no mercado de trabalho, uma vez que a sua presença sempre esteve presente nesses ambientes (nem sempre de uma forma justa).

A figura da mulher é existente desde os primórdios da civilização. A presença masculina e feminina sempre esteve interligada, estando presente desde o início da história da humanidade, vide o exemplo bíblico de Adão e Eva.

Apesar disso, a mulher também sempre esteve em 'desvantagem', tanto socialmente quanto moralmente. Afinal, ainda nos primórdios da civilização o papel da mulher era apenas de cuidar da família e realizar as atividades domésticas, além de satisfazer sexualmente o homem; nada, além disso.

A reprodução da espécie humana só é possível com a participação dos dois seres. Para perpetuar a espécie, homens e mulheres passaram a conviver permanentemente e constantemente. Com essa convivência constante, surge a sociedade humana. Desde que o homem começou a produzir seus alimentos, começaram a definir papéis para homens e para mulheres. O aprendizado na atividade de cuidar foi sendo desenvolvida como uma tarefa da mulher, embora

ela também ajudasse no cultivo e na colheita dos alimentos produzidos (SOUZA, 2018, p. 01).

Vários historiadores não colocavam a mulher no papel central da sociedade, aparecendo marginalmente na história. É o que explica a historiadora Margareth Rago:

[...] todo discurso sobre temas clássicos como a abolição da escravatura, a imigração europeia para o Brasil, a industrialização, ou o movimento operário, evocava imagens da participação de homens robustos, brancos ou negros, e jamais de mulheres capazes de merecerem uma maior atenção (MARTINS, 2019, p. 01).

Frente a essa realidade, indaga-se: onde estava a mulher durante a história da humanidade? A resposta é simples, porém insatisfatória: segundo Martins (2019, p. 01) “estava confinada ao espaço da vida privada, envolvida no cuidado com o lar, na educação dos filhos, na atenção ao marido; ocupada demais para ser percebida pela história”.

Para Souza (2018, p. 01) “a função de reprodutora da espécie, que cabe a mulher, favoreceu a sua subordinação aos homens. A mulher, então, passou a ser considerada frágil e incapaz de assumir um papel de chefia do grupo familiar”. Devido a essa concepção, o homem com a sua força física e seu poder de mando, acabou por assumir o poder dentro da sociedade e da família.

Com esse novo poder, surge às sociedades patriarcas, que eram caracterizadas pelo poder absoluto do homem inclusive no seio familiar. Esse interesse do homem pelo poder patriarcal, principalmente na paternidade, foi pela posse de bens e a garantia de herança para as futuras gerações (SOUZA, 2018).

Nos primeiros períodos da civilização, o conceito de família se resumia ao seguinte fato: o homem provedor da comida, do sustento e a mulher a dona do lar, cuidando da prole e da casa. Nada mais se estendia a ambas as posições. A família também se resumia quase que exclusivamente a um homem, sua esposa e os seus filhos. Se algo fugia desse cenário não era considerado família (SOUZA, 2018).

Sendo um dos ramos mais antigos do Direito, o poder familiar em seus primórdios era exercido quase que exclusivamente pelo chefe de família – o homem. A sua origem se deriva da Roma antiga, onde a lei concedia ao pai vender ou até mesmo tirar a vida do seu próprio filho, podendo ainda dispor de sua mulher quando se achasse conveniente, afinal, sobre ele detinha o poder de ou de morte. É o chamado pátrio poder.

Esse poder paterno sobre o filho é bem antigo e já era reconhecido pelas XII Tábuas (450 a.C.), mais necessariamente pela tábua IV, que tratava do pátrio poder. Com isso, as mulheres, como já citado, eram cada vez mais ligadas à sexualidade, sendo “submetida aos interesses do homem, tanto na reprodução de sua linhagem quanto no repasse de bens através da herança. A mulher, então, passou a ser do homem” (FILLETI; GORAYEB; MELO, 2021, p. 05).

Essa ideia de submissão da mulher perdurou por séculos. Ainda que durante a história, várias mulheres (principalmente as rainhas de grandes reinos) se sobressaíssem sob o domínio do homem, no geral, a mulher era vista como algo inferior ao homem e não possuía direito a um posicionamento político e/ou social (MARTINS, 2019).

A situação da mulher só começou a melhorar com os primeiros movimentos do feminismo. Por incrível que possa parecer, foi na baixa Idade Média que surgiram as primeiras ideias feministas. A autora francesa Christine de Pisan (1364-1430) foi a precursora da escrita a lançar ideias feministas. Autora de poemas e tratados de política e de filosofia, Pisan defendia a concepção de igualdade entre homens e mulheres (OLIVIERI, 2018).

Sua principal obra “Cidade das Damas” aborda a igualdade natural entre homem e mulher. A mesma autora ainda registrava vidas femininas que se tornaram ícones de liberdade e poder, como por exemplo, Joana D’Arc (1412-1431) a padroeira da França e heroína da Guerra dos 100 anos (OLIVIERI, 2018).

No período do Renascimento houve um retrocesso na condição da mulher, limitando-as aos estudos e trabalhos domésticos. Só foi no século XVIII com a entrada do Iluminismo e da Revolução Francesa que se pode perceber as reivindicações dos direitos da mulher, o que se tornaria realidade no século seguinte. conforme ilustra o próximo tópico.

Assim, se no século XVIII houve as primeiras reivindicações acerca do direito das mulheres, foi no século XIV, no contexto da Revolução Industrial que a mulher começou de fato a ter presença significativa na sociedade. E essa formalização se deu através do trabalho (FILLETI; GORAYEB; MELO, 2021).

Foi pelo trabalho que a mulher se solidificou perante a família e a sociedade, conquistando não apenas independência financeira, mas o direito de se tornar dona da própria vida. A entrada no mercado de trabalho para a mulher foi e ainda é mais significativa do que para o homem, uma vez que este último sempre esteve nesse ambiente.

Com o dinheiro advindo do trabalho, a mulher passou a ser chefe de família, principalmente quando não havia homens por perto. As divorciadas ou mãe solteiras começaram a crescer no meio do século passado, fazendo com que o conceito de família e de mulher fosse expandido e alterado (FILLETI; GORAYEB; MELO, 2021).

O que não mudou, no entanto, fora as relações de trabalho. Se numa época remota na história da humanidade a mulher já sofria preconceitos, no meio laboral não poderia ser diferente.

Muitas foram e ainda são as situações onde a mulher desempenha as mesmas funções do homem e o seu salário, no entanto, é inferior. Além disso, muitas mulheres ainda sofrem resistência para conseguir cargos de chefia ou mesmo de confiança.

Ser líder numa grande empresa ou companhia não é tarefa fácil, mas para a grande maioria das mulheres isso é algo inalcançável, pois nem mesmo tiveram ou tem a chance de disputar por essas vagas.

Nas relações dentro de empresas e departamentos, a mulher sofre diariamente por ser apenas mulher. Preconceitos, brincadeiras ofensivas, disputas de egos, sabotagens, isolamento, são algumas das situações que inúmeras mulheres passam no ambiente de trabalho.

Se por um lado a mulher conquistou o seu espaço através do trabalho e mesmo assim ainda sofre resistência e preconceito, para a mulher negra isso é ainda mais agravante, principalmente devido ao enorme preconceito racial que ainda é existente nos dias atuais. Sobre essa realidade, apresenta-se o tópico seguinte.

3. DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL E DA IGUALDADE

O problema da desigualdade entre grupos diferenciados por raça, etnia, gênero e outras características gera, inevitavelmente, uma discussão sobre a questão da discriminação. Antes de tudo, é fundamental destacar que este trabalho trata de desigualdade de rendimentos por raça e gênero, e não exatamente de discriminação. De fato, rendimentos desiguais podem ser reflexos de discriminação tanto dentro quanto fora do mercado de trabalho.

No entanto, embora esteja se falando de duas faces de uma mesma moeda, o problema da discriminação, especialmente, é objeto de diferentes áreas do conhecimento, por envolver razões de ordem sociais, culturais e psicológicas.

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra

qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação (Art. 7º, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

Alice de Monteiro de Barros (2012, p. 889) afirma que:

A manifestação do princípio da igualdade se dá pela não discriminação, para a qual a ocorrência de reconhecimento de tal princípio, valorizado por meio de previsão constitucional, “inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto”. Assim, certo é que a discriminação tem relação direta com a igualdade.

A discriminação ainda de modo geral é punida pela Lei nº 7.716 de 05 de janeiro de 1989. Nessa lei, traz as punições para aqueles que cometem crime de discriminação racial. Da mesma forma, pessoas que incitarem a discriminação e o preconceito também serão punidas. Cabe destacar que a lei que define crimes de racismo regulamentou o trecho da Constituição Federal que torna inafiançável e imprescritível o crime de racismo.

De todo modo, Gonçalves (2018) afirma que o racismo estrutural, institucional e interpessoal perpassa a vida das mulheres negras, impondo uma cadeia hierárquica onde estão na base, em posições inferiores e vulnerabilizadas pelo sistema capitalista e pela hegemonia eurocêntrica. A repetição desse lugar cria uma representação social que pode ser internalizada, afetando a autoestima e o autoconceito das pessoas em situação de opressão.

Como ressaltado por Santos e Filgueiras (2020), as marcas do racismo são antigas e se atualizam, sendo muito latentes e influenciando nas relações interpessoais e intrapessoais. Ocorre uma reprodução do lugar de inferioridade das mulheres negras no mundo do trabalho.

Tavares e Kuratani (2019) retratam que entre as repercussões do racismo se destacam a dificuldade de estabelecimento de vínculos e a representação de si como inferior, desagradável, inadequada, uma sensação contínua de não pertencimento e uma percepção do mundo como potencialmente violento, principalmente na relação inter-racial.

4. A MULHER NEGRA E O MERCADO DE TRABALHO

Paralelo ao crescimento da mulher na sociedade e seu destaque no meio político, econômico e jurídico, houve também o crescimento do preconceito à mulher negra, em todas as esferas (sociais, políticas, econômicas, etc.).

Tão maior o papel da mulher na sociedade ao longo dos últimos anos, a mulher negra infelizmente não acompanhou esse crescimento. As causas para essa distância de igualdades são muitas e dependem do contexto social de cada comunidade.

A esse respeito, tem-se:

Olhando para a sociedade brasileira é possível visualizar a existência de diversas desigualdades, dentre elas encontra-se as relações de gênero, bem visíveis numa sociedade capitalista onde as relações são marcadas pelo modo de produção do sistema neoliberal, que produz e distribui riqueza, e ao mesmo tempo gera a desigualdade e exclusão, onde a mulher é a mais afetada. Essa realidade não envolve apenas questões econômicas, vai além, é permeado por relações culturais e sociais (SAFFIOTI, 2018, p. 48).

Refletir sobre o papel da mulher no mercado de trabalho é importante, pois dá a real dimensão do cenário na sua relação com o trabalho. Mas ao olhar essa questão, verifica-se que a mulher negra aparece em grande desvantagem, seja pelo número de mulheres ocupando cargos altos ou por oportunidades.

O fato é que a mulher negra nos dias atuais em relação ao mercado de trabalho ainda é relegada aos cargos mais baixos e que possuem um alto índice de desemprego e de falta escolaridade, criando uma barreira de oportunidades.

De acordo com Bento (2017, p. 01) historicamente a mulher negra encontra-se em “situação de maior precarização e vulnerabilidade frente ao desemprego. O seu nível de informalidade atual está acima da taxa da informalidade de brancos, de dez anos atrás”. Ou seja, sem emprego a mulher negra vai buscar na informalidade o seu sustento.

É claro constatar também que ao se falar da participação da população negra no mercado de trabalho, é mostrado um retrato que faz compreender as desigualdades raciais existentes na sociedade brasileira, representadas pela pirâmide social, onde a maioria dos negros encontra-se na base. E essa base é composta majoritariamente por mulheres negras.

A esse respeito cabe citar:

As mulheres que começam a se movimentar para ocupação de nível superior são predominantemente brancas, enquanto que há uma forte concentração de mulheres pretas e pardas no serviço doméstico. As mulheres provenientes das classes mais pobres

(majoritariamente negra) se dirigem para a prestação de serviços e para empregos ligados à produção na indústria, enquanto que as mulheres de classe média se dirigem para o serviço de produção e de consumo coletivo (setor terciário) devido aos seus melhores níveis educacionais (CISNE, 2015, p. 12).

É visível observar que as mulheres negras, em sua grande maioria são pertencentes a parcela mais pobre da camada social brasileira. No que concerne ao mercado de trabalho, muitas delas se encontram em condições de trabalho precárias, sem estrutura e com baixos salários. Soma-se a isso, o fato de as mulheres negras terem altas taxas desemprego (GOUVEIA; ZANELLO, 2019).

As mulheres negras ocupam cargos inferiores, subalternos, desvalorizados, têm maior "dificuldade de completar a escolarização, além de possuir chances ínfimas de chegar a cargos de direção e chefia que refletem a baixa qualidade de vida social" (GOUVEIA; ZANELLO, 2019, p. 15).

O racismo e o sexismo fazem com que as desigualdades laborais em relação à mulher negra se perpetuem. Freitas, Santos e Jacinto (2022) afirmam que mulheres vivenciam, no contexto de trabalho: liofilização organizacional, seguridade no trabalho, situações laborais precárias e vulneráveis, piores salários, além da segregação ocupacional. Acresce-se o "teto de vidro" (fragilidade de vínculo), a ideia de "boa aparência" e a falta de representatividade de mulheres negras em quadros funcionais como o de gestão e chefia.

Santos e Filgueiras (2020) reforçam a ideia de as mulheres negras geralmente assumirem postos no mercado de trabalho que exigem um alto esforço físico, sem direitos à carteira assinada e com remuneração baixa. As mulheres predominam em uma situação laboral vulnerável.

O estudo de Malpighi et al. (2020) corrobora essas afirmações, revelando que a mulher negra sofre com os piores lugares nas redes hierárquicas, com a diferença salarial, segregação funcional e tripla jornada imposta pelo patriarcado (incluindo, aqui, o trabalho doméstico e cuidado para com os filhos).

As pesquisas mostram que essas mulheres recebem menos que os homens. Um homem negro ganha 40% a mais que uma mulher negra. Se comparando a uma mulher branca, essa diferença aumenta: uma mulher branca ganha 70% a mais que uma mulher negra (MALPIGHI et al., 2020).

De acordo com IPEA (Instituto de pesquisa econômica aplicada) em pesquisa realizada em 2014 juntamente com o Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS):

[...] os homens, continuam ganhando mais do que as mulheres (em média, R\$ 1.831, contra R\$ 1.288, em 2014), e os homens brancos ganham ainda mais (R\$ 2.393, em 2014). As mulheres negras seguem na base, com renda de R\$ 946 no mesmo ano. Além do trabalho doméstico continuar sendo um dos líderes entre os postos ocupados por mulheres, concentrando 14% da população feminina, ou 5,9 milhões. Em relação à raça, as mulheres negras são maioria entre as trabalhadoras domésticas: 17,7%, contra 10% das brancas (IPEA, 2014, p. 02).

Percebe-se que as pesquisas recentes, que vem acompanhando a situação de gênero e raça no mercado de trabalho, ao longo dos últimos anos os que mais sofrem e os maiores impactados em períodos de crise são justamente os setores mais oprimidos, com destaque para as mulheres negras, com menos oportunidades de emprego nos setores produtivos da sociedade (BENTO, 2017).

4.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE À SITUAÇÃO DE MULHERES NEGRAS NO MERCADO DE TRABALHO

Pelo mostrado no tópico anterior, foi possível constatar que é grave a situação da mulher na sociedade e principalmente no mercado de trabalho. No entanto na busca pela diminuição das desigualdades sociais e raciais e de gênero é preciso haver medidas que possam sanar esse problema. Nesse caso, precisa-se de investimento na efetivação das políticas públicas e políticas públicas voltadas para mulheres.

Nos últimos anos foram editados diversas normas e decretos oficiais do governo brasileiro em que se enfatizou a urgência em criar políticas de ações afirmativas que fossem implementadas em diferentes áreas da sociedade como: saúde, trabalho e emprego, educação e etc.

No que tange ao tema desse estudo, em relação ao trabalho houve parcerias com o Ministério do Trabalho, com a Secretaria de Políticas de Promoção de Igualdade Racial e com a Organização Internacional do Trabalho com o objetivo de “[...] garantir às mulheres, sem distinção de raça, credo, etnia, orientação sexual, entre outros, acesso aos cargos de chefia, igualdade de tratamento, de remuneração e oportunidades” (PPR, 2011, p. 98).

Cabe citar o do decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial no qual em seu artigo V na alínea i “vem reforçar o acesso ao trabalho com dignidade e direitos respeitados como: livre escolha de trabalho, condições equitativas e satisfatórias de trabalho e direitos ao trabalho e etc.” (BRASIL, 1969).

Como não poderia de ser citado, na Consolidação das Leis de trabalho (CLT) encontram-se registrado no capítulo III da proteção do trabalho da mulher art. 373 – seções com ressalvas destinadas a corrigir distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, assegurando a proteção e inclusão da mulher no mercado de trabalho, enfatizando uma perspectiva de igualdade entre homens e mulheres e pela garantia de oportunidades de ascensão profissional e que deve acontecer por parte da pessoa Jurídica, sociedade civil, órgão e entidades públicas ou sindicais uma parceria com entidades de formação profissional, objetivando o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos de inventivo ao ingresso e permanência da mulher no trabalho (SILVA; LIMA; SILVA, 2019).

Como visto acima, pode-se afirmar que a legislação brasileira em seu ordenamento jurídico tem criado e implementado leis e normas que garantem a proteção da mulher no mercado de trabalho. A CLT, bem como a própria Constituição Federal de 1988 enfatizam o direito de igualdade de gênero em todas as suas esferas e situações, além de repudiar qualquer discriminação racial.

Contudo é necessário que sejam criadas e efetivadas políticas públicas de gênero, já previstas em lei, que levem em consideração o que os movimentos de mulheres anseiam, principalmente as mulheres negras, pois são as que mais sofrem as mazelas da desigualdade e do racismo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da atual realidade brasileira, é evidente que diversos direitos e garantias são feridos a todo o momento no ambiente laboral, principalmente o desrespeito ao princípio da igualdade causando prejuízos as classes menos favorecidas da sociedade.

Foi a partir do século XVIII que se começou a falar em reivindicações dos direitos da mulher, que até então viviam uma condição limitada e sem direitos políticos. A busca pelo direito de voto foi uma das primeiras lutas do feminismo, movimento que surgiu no contexto da industrialização e da urbanização do século XIX.

Embora as mulheres tenham conseguido importantes conquistas ao longo das últimas décadas, como por exemplo, em relação ao voto, a entrada no mercado de trabalho, o direito à remuneração, o divórcio, a proteção no caso de violência doméstica, ainda permanece a desigualdade entre mulheres brancas e negras.

Mesmo que tenha havido um expressivo aumento no ingresso das mulheres no mercado de trabalho, houve restrições em relação às mulheres negras porque além de sofrer a discriminação por gênero, elas ainda sofrem a marginalização pela raça. Por conta disso é indiscutível estudar sobre essa realidade.

Verifica-se também a ocorrência de diferenças em relação as ocupações, tendo sido mantida a presença das mulheres em geral nas atividades relacionadas ao serviço doméstico, porém a trabalhadora negra em especial é a que mais exerce atividade de empregada doméstica no país por ter bem menos chances quanto se trata de educação e especialização.

Nos resultados apresentados por esse estudo, mostraram que as formas existentes de discriminação no mercado de trabalho podem ocorrer de forma direta (quando ela é intencional e consciente), indireta (quando há uma conduta velada), e oculta (similar à indireta, diferenciando-se quanto à intencionalidade, sendo nesta forma consciente). São vistos como formas de discriminação no meio laboral, qualquer procedimento que seja de recusa, falta de oportunidade ou anulação de emprego por parte da empresa ou agência de emprego baseada na raça da pessoa.

A discriminação racial no meio profissional pode ocorrer por meio de forma direta, onde o 'agressor' age diretamente na vítima, de forma indireta quando há apenas uma menção e de forma oculta. As formas se caracterizam, por exemplo, na preferência nas ofertas de emprego ou recrutamento em anúncios e publicidade, baseada na tonalidade de pele da pessoa, impedimento de permissão ou acesso em exercício de atividades econômicas, Brincadeiras ou comentários, tais como xingamento ou fofoca, que contenham ofensas racistas.

Por fim, ficou evidente constatar que, pelas obras pesquisadas, a mulher ainda se depara com uma enorme resistência sobre seu papel ativo na sociedade, e se essa mulher for negra ela sofre diariamente inúmeros casos de preconceito racial, no âmbito trabalhista, a mulher negra possui os cargos mais inferiores no mercado de trabalho, uma vez que são menos qualificadas, e isso justificado pelas questões objetivas que as mesmas se encontram, nesse caso entende-se como questões objetivas, a pobreza, violência, preconceito e etc.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 8ª ed., 2012.

BENTO, Cida. **Permanência e mudanças: mulheres negras no trabalho**. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/economia/permanencia-e-mudancas-mulheres-negras-no-trabalho>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 abr. 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: 22 abr. 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: 22 abr. 2023.

FILLETI, J. P.; GORAYEB, D. S.; MELO, M. F. G. C. **Mulheres Negras no mercado de trabalho no 4º trimestre de 2020**. Boletim NPEGen Mulheres Negras no Mercado de Trabalho. Campinas: Editora FACAMP, 2021.

FREITAS, Gabriela Leão; SANTOS, Jucilene da Conceição; JACINTO, Pablo Mateus dos Santos. **Inserção da mulher negra no mundo do trabalho: uma revisão de literatura**. Boletim de Conjuntura (BOCA), Boa Vista, v. 9, n. 26, p. 47–63, 2022.

GONÇALVES, R. **A invisibilidade das mulheres negras no ensino superior**. Poiésis - Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação, vol.12, n. 22, dezembro, 2018.

GOUVEIA, M.; ZANELLO, V. **Psicoterapia, raça e racismo no contexto brasileiro: experiências e percepções de mulheres negras**. Psicologia em Estudo, vol. 24, 2019.

MALPIGHI, V. C. S.; BARREYRO, L. A. L.; MARIGLIANO, R. X., LEOPOLDO, K. **Negritude feminina no Brasil: uma análise com foco na educação superior e nos quadros executivos empresariais**. Revista Psicologia Política, vol.20, n. 48, 2020.

MARTINS, Flat James de Souza. **Processos de exclusão e inclusão dos valores femininos na sociedade**. 2019. Disponível em: http://www.iprb.org.br/artigos/textos/art151_199/art159.htm. Acesso em: 24 mar. 2023.

OLIVIERI, Antonio Carlos. **Mulheres: Uma longa história pela conquista de direitos iguais**. 2018. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm>. Acesso em: 25 abr. 2023.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. 3 ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2018.

SANTOS, T. A.; FILGUEIRAS, T. A. **A presença do racismo na trajetória de mulheres negras no mundo do trabalho: possíveis contribuições da psicologia**. Ponta Grossa: Atena, 2020.

SILVA, V. P.; LIMA, M. E. O.; SILVA, P. **A norma de responsabilidade social e a discriminação da mulher negra no setor industrial.** Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, vol. 22, n.1, 2019.

SOUZA, Felipe. **O papel da mulher ao longo da história.** 2018. Disponível em: http://respondebrasil.com.br/noticia/95/o_papel_da_mulher_ao_longo_da_historia. Disponível em: 15 mar. 2023.

TAVARES, J. S. C.; KURATANI, S. M. A. **Manejo Clínico das Repercussões do Racismo entre Mulheres que se 'Tornaram Negras'.** Psicologia: Ciência e Profissão, vol. 39, 2019.

MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NO DIREITO DE FAMÍLIA

RAPHAELA DA SILVA NASCIMENTO:

Pós-graduada em Direito e Estado.

RESUMO: A presente artigo tem como objetivo a análise das perspectivas processuais e peculiaridades do instituto da mediação como forma alternativa para resolução de conflitos familiares. O referido instituto incentiva as partes a buscarem por elas mesmas o modo mais adequado de solucionar o conflito de interesse existente entre si. O objetivo do estudo consiste em analisar os impactos do uso da mediação nos conflitos familiares em comparação direta com a judicialização. A mediação como método consensual para solução de litígios é compreendida por variadas técnicas que destoam do processo tradicional, os conflitos familiares, por envolverem questões de cunho afetivo e consanguíneos, tendem a carecer uma solução de litígio que não gere tanto desconforto aos envolvidos, tendo em vista que os mesmos fazem parte do mesmo seio familiar. Portanto, o presente trabalho visa discorrer também acerca dos benefícios trazidos com o uso da mediação nos conflitos familiares, tendo em vista que o instituto viabiliza uma solução pacífica entre as partes litigiosas e, conseqüentemente, a diminuição do número de processos no judiciário brasileiro, que é reconhecido pela extrema morosidade processual.

Palavras-chave: Mediação. Judicialização. Conflitos. Familiares.

INTRODUÇÃO:

Atualmente, o sistema jurídico brasileiro apresenta sérios problemas que prejudicam a eficácia e a celeridade da prestação jurisdicional do Estado, entre inúmeros problemas, valem ressaltar que a morosidade no andamento processual, as elevadas custas no decorrer do processo e a incompatibilidade entre as decisões judiciais de instâncias diferentes e, por fim, observar a realidade dos indivíduos litigantes. Todavia, a jurisdição, embora seja a maneira mais tradicional, não é o único meio jurídico para resolução de litígios.

A mediação é conceituada como uma alternativa de resolução de conflitos consensual, ou seja, depende única e exclusivamente da vontade das partes envolvidas no litígio; a mediação é sigilosa, ao contrário da justiça comum, pois, em casos onde há a possibilidade de mediação, os atos são confidenciais e interessam apenas os indivíduos envolvidos. Na mediação, o mediador deverá ser uma terceira pessoa, totalmente imparcial, com a finalidade de prestar auxílio às partes litigiosas até chegarem em um consenso ou um acordo que seja durável, aceitável e realizável.

O presente artigo discorrerá sobre o instituto da mediação como forma de resolução de conflitos familiares constantes no judiciário brasileiro. Será abordado o instituto da mediação, desde seus aspectos históricos até a sua evolução nos dias atuais, serão analisados aspectos doutrinários e conceituais da mediação familiar, um comparativo entre mediação familiar e judicialização. E por fim, também será analisada a eficácia do instituto frente ao ordenamento jurídico pátrio dentre outras peculiaridades tratadas sobre o referido tema.

Com a entrada do CPC/15 em vigor houve inovações com o objetivo de melhorar o instituto e aderiu à inclusão do método no ordenamento processual, como uma ferramenta que visa reorganizar e dar mais celeridade ao Poder Judiciário brasileiro, que se encontra em situação de alta morosidade pelo número de demandas judiciais. O método de estudo utilizado no presente estudo pode ser compreendido como bibliográfico-documental e quanto ao procedimento utilizado é o exploratório, o mesmo aprimora as ideias ou descobre intuições.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família é constituído de normas que regulam a celebração do casamento, bem como sua validade e efeitos. Regulam também as relações pessoais e econômicas do matrimônio, dissolução da relação conjugal, união estável e relações existentes entre pais e filhos.

Pode-se dizer que o direito de família é o ramo do direito civil que cuida das relações unidas pelo matrimônio, pela união estável e parentesco e dos institutos complementares do direito protetivo ou assistencial. Cumpre salientar que o direito de família, em qualquer uma de suas partes seja ela matrimonial, parental ou tutelar não possui conteúdo econômico, a não ser no que tange ao regime de bens entre os cônjuges e conviventes, e à obrigação alimentar entre os parentes.

A respeito do assunto, a exposição de Machado (2015, p. 50):

A relação econômica, típica dos direitos patrimoniais, manifesta oposição de interesses, e a lei protege e acentua a bilateralidade para, no conflito, realizar a injustiça comutativa e que quando a relação econômica se revela no seio da comunidade doméstica, o direito de família promove a anulação dos interesses individuais, o ordenamento jurídico opera nestes casos, fora da esfera corrente do teu e do meu, porque persegue finalidades transcendentais do fim individual e protege interesses superiores, como são os da família como organismo e não os particulares do indivíduo.

De acordo com Diniz (2013, p. 19):

O direito matrimonial abrange normas concernentes à validade do casamento (como as que disciplinam a capacidade matrimonial, os impedimentos matrimoniais e as causas suspensivas, a celebração, prova, nulidade e anulabilidade do casamento); às relações pessoais entre os cônjuges, com a imposição de direitos e deveres recíprocos, bem como as suas relações econômicas, que chegam até a constituir um autêntico instituto, que é o regime de bens entre os cônjuges; e à dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

Entretanto, existem relações fora do casamento que podem ser pessoais, patrimoniais ou até mesmo assistenciais que foram ignorados pelo antigo regimento (Código de 1916) que foram introduzidos no novo ordenamento, como o concubinato puro, que se transformou em união estável, além da família monoparental, ambos tratados pelo art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Existem duas classificações a respeito da família: uma constitucional e outra não constitucional. As famílias constitucionais são aquelas que estão dispostas no art. 226 da Constituição Federal de 1988 e são três: a instituída pelo casamento, pela união estável e a família monoparental. Já as famílias não constitucionais são as demais, são aquelas que a Constituição não menciona expressamente, porém, não as proíbe.

O afeto e a dignidade da pessoa humana passaram a ser priorizados pela Constituição Federal de 1988, fazendo com que o ordenamento jurídico dê uma maior valia às famílias, pois segundo Venosa (2011, p. 1): "o direito de família estuda as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como daqueles que convivem em uniões sem casamento convencional constituído, dos filhos e das relações destes com os pais".

Assim, no atual conceito de família, afetividade e amor extrapolam os laços matrimoniais, dando o reconhecimento a cada indivíduo que compõem a família o seu direito de igualdade e pertencimento ao vínculo familiar. Desse modo, vale evidenciar que o direito de família é constituído de normas que regulam a celebração do casamento, bem como sua validade e efeitos. Regulam também as relações pessoais e econômicas do matrimônio, dissolução da relação conjugal, união estável e relações existentes entre pais e filhos, além da tutela e da curatela.

Pode-se dizer que o direito de família é o ramo do direito civil que cuida das relações unidas pelo matrimônio, pela união estável e parentesco e aos institutos complementares do direito protetivo ou assistencial. Cumpre salientar que o direito de família, em qualquer uma de suas partes, seja ela matrimonial, convivencial, parental ou tutelar não tem

conteúdo econômico, a não ser no que tange ao regime de bens entre os cônjuges e conviventes, e à obrigação alimentar entre os parentes.

CONCEITO DE MEDIAÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 alterou recentemente de maneira evolutiva o texto normativo que trata dos métodos alternativos para solução de conflitos, o novo texto trouxe fortes estímulos para a utilização desses referidos métodos, com a finalidade de dar mais celeridade ao judiciário brasileiro, que se encontra em condições precárias em relação à efetividade no andamento dos processos.

No que tange à definição de mediação, começaremos citando o conceito de Fiúza (1995, p.45), "a Ciência da Mediação é um meio alternativo e voluntário de resolução de conflitos, utilizado para solucionar situações de desequilíbrio de interesses tanto entre pessoas físicas como entre as pessoas jurídicas."

Portanto, nota-se que a mediação consiste principalmente em dar uma terminação efetiva ao litígio, pois a figura do mediador consiste em auxiliar as partes a encontrarem o principal motivo pelo conflito e, para que juntos, possam chegar em um determinado acordo, favorável a ambas as partes.

No entanto, vale ressaltar a posição da Dra. Rozane Cachapuz (2006, p. 31) acerca do tema estudado, a autora explica que:

É importante ressaltar que a mediação não é terapia, e não visa à cura de nenhuma patologia, da área emocional, a ser tratada pelo mediador. Também não pode ser considerada necessariamente como uma disputa, porque o instituto elimina o aspecto adversarial e competitivo; tampouco pode ser considerada como arbitragem, já que não tem como objetivo encontrar uma solução mesmo através de uma sentença. A mediação tem por finalidade a sinalização para um novo contexto, diante das divergências e dos conflitos, possibilitando a expansão de novos entendimentos, tanto no sentido emocional, como na forma de convivência.

A autora observa que a mediação não pode ser considerada como uma mera disputa entre as partes em conflito, pois, a finalidade desse instituto é restaurar a pacificação em forma de acordo, de maneira consensual entre ambas as partes.

Vale ressaltar que esse instituto, através do auxílio do mediador, que visa facilitar a comunicação entre as partes de forma mais barata, efetiva e participativa entre as partes

envolvidas, servindo como ferramenta pacificadora para proporcionar novamente um bom convívio social, visto que a forma de resolução do conflito se dá de forma totalmente pacífica e consensual.

Diante o exposto, vale citar Vasconcelos (2008, p. 36) que observa:

Na mediação os mediandos não atuam como adversários, mas como coresponsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador. Daí por que se dizer que a facilitação, a mediação e a conciliação são procedimentos não adversariais de solução de disputas, diferentemente dos processos adversariais, que são aqueles em que um terceiro decide quem está certo, a exemplo dos processos administrativos, judiciais ou arbitrais.

De acordo com a exposição do autor, cabe ressaltar que o papel das partes em litígio é de extrema importância na mediação. Pois para o sucesso da demanda, ambas as partes devem estar satisfeitas com o acordo proposto diante da figura do mediador. O instituto da mediação pode ser instrumento utilizado em qualquer tipo de conflito em decorrência do direito civil (inclusive o direito de família).

Ainda acerca do conceito de mediação, Ávila (2010, p. 05) explica que:

A mediação é intervenção breve, cujo objeto não é tratar as causas dos problemas, mas tentar resolver as questões que surgem no momento da separação. O mediador emprega estratégias para amenizar o impacto do conflito e solucionar as questões em litígio. Apesar de a mediação e a terapia compartilharem uma função educativa, e de ambas favorecerem a comunicação direta privilegiando sempre a resolução dos problemas e autonomia das partes, a mediação cuida muito mais do presente e do futuro do que do passado, e insiste mais especificamente nos acordos necessários durante a separação.

Diante da citação acima, faz-se notável a importância do instituto da mediação no que tange o direito de família. Pois os conflitos nessa área, por vezes, são gerados por fortes sentimentos e emoções, a mediação entra com a possibilidade de desenvolver uma melhor comunicação entre os envolvidos, visando não só a solução do conflito, mas também em relação ao futuro da convivência entre as partes envolvidas que, nessa área, muitas vezes são entes familiares.

Segundo (SPENGLER, 2016, p. 29) A identificação de questões, interesses e sentimentos ocorre com maior intensidade no início do procedimento, cabendo ao

mediador fazer um registro acerca das questões controvertidas, dos interesses e também dos sentimentos que eventualmente podem ser debatidos para que a mediação chegue a bom termo, ainda que não tenha acordo.

De acordo com Bolzan de Moraes (2008, p. 27), explica o autor:

A mediação é um método alternativo que não há adversários, apenas consiste na intermediação de uma pessoa distinta das partes, que atuará na condição de mediador, favorecendo o diálogo direto e pessoal. O mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo, e quando este existe, apresenta-se total satisfação dos mediados.

Importante frisar o papel do mediador na solução do conflito, o profissional competente deverá ser imparcial, onde o intuito principal é a facilitação do diálogo entre os litigantes. O mediador deve ter como base os princípios da boa-fé, confidencialidade, neutralidade, entre outros que norteiam o instituto da mediação no ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange a mediação, Serpa (1999, p. 90) a define como:

Um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste (a)os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

Diante do exposto por Serpa, cabe ressaltar que a mediação funciona como ferramenta de extrema importância na evolução do direito brasileiro, as mudanças trazidas no Código de Processo Civil de 2015 acerca do assunto traz evolução na forma de resolver o litígio, sem a preocupação de prazos ou custas exorbitantes. O instituto possui mais efetividade e celeridade ao processo, uma vez que várias demandas que, se não houvesse esse meio alternativo de conflito, seriam encaminhadas às vias comuns do judiciário.

Em relação à efetividade do instituto, cabe o entendimento de Barbosa (2003, p. 251) que explica:

O procedimento da mediação reduz o congestionamento dos juízos, educa a população a negociar por si própria suas disputas, aumenta

a legitimidade do Poder Judiciário (pois, na maioria dos casos, a satisfação com o processo é superior à de outros procedimentos) e, por fim, intensifica a participação democrática popular naqueles casos em que o mediador é escolhido entre a comunidade.

Como mencionado anteriormente, são notáveis os benefícios que o instituto da mediação proporciona ao ordenamento jurídico. A celeridade trazida aos tribunais brasileiros depois das formas alternativas de conflitos entrarem em vigor é de fato efetiva. Os números de demandas, principalmente no âmbito do direito de família, houve uma queda durante a última década em decorrência dos institutos pacíficos, com a figura de um terceiro imparcial.

O instituto da mediação proporciona uma efetiva simplificação de um processo comum e prioriza resultados futuros como, por exemplo, a pacificação social entre os litigantes. Isso ocorre, pois, instante em que os litigantes chegam a um determinado consenso não existe um vencedor ou perdedor: todos saem em vantagem, de algum modo. Posteriormente, as possibilidades de o acordo proposto ser cumprido são enormes, o que evita, assim, a principal causa de morosidade em torno do judiciário através da via recursal.

Cabe citar a posição de Capelletti (1998, p. 35) acerca do tema:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e medianas, pelas quais se busca a satisfação de ambas as partes em primeiro plano, de modo humano e pessoal, expungindo-se assim a lentidão, a morosidade, os altos custos e a politicagem que macula nosso Ordenamento Estatal Legal.

De acordo com o exposto, pode-se afirmar que o instituto da Mediação, apesar de já introduzido no nosso ordenamento jurídico, vem ganhando relevância através de seus resultados obtidos para a colaboração da atual situação do judiciário pátrio. O instituto ainda não tem abrangência total, poderia ser utilizado de uma forma bem mais ampla no Brasil, porém aos poucos ele vai servindo como instrumento para efetividade das demandas, sobretudo, no Direito de Família.

DA CULTURA DO LITÍGIO PARA A CULTURA DO CONSENSO

O grande impulso aos métodos alternativos de solução de conflitos no Código de Processo Civil de 2015 viabiliza, além de resolver a questão das demandas excessivas no judiciário, uma transformação direta na sociedade, de modo a promover uma cultura de

litígio para cada conflito, a denominada "cultura de paz", segundo o Conselho Nacional de Justiça. Além disso, vale destacar que a cultura litigiosa desenvolveu-se diretamente com a evolução da prestação jurisdicional no âmbito das relações jurídicas.

Nesse contexto, Watanabe (2011, p. 4) leciona que:

O Poder Judiciário brasileiro adota o mecanismo da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio da sentença do juiz. A predominância desse mecanismo gerou a cultura da sentença e, conseqüentemente, traz um crescente aumento da quantidade de recursos, fato que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também, dos Tribunais Superiores, e até mesmo do Supremo Tribunal Federal.

O autor expõe que uma cultura baseada no consenso deve ser permeada de modo a valorizar a composição entre as partes envolvidas no litígio. Dessa forma, caberia ao mediador incentivar e impulsionar o diálogo entre os envolvidos a fim de que ambos encontrassem uma solução viável ao litígio.

Nesse contexto, a resistência encontrada pela sociedade a tais modificações, exigirão maiores adaptações a todos os operadores do Direito. Todavia, ainda que os métodos alternativos de conflitos seja um dever legal dos magistrados, nota-se a falta de preparo e capacitação dos profissionais e, principalmente, os meios adequados para a realização do acordo entre as partes. Nesse sentido, afirma Roberto Bacellar (2011, p. 31) que "se mantivermos o raciocínio adversarial, puramente dialético, e a análise do conflito circunscrito aos limites da lide processual, continuaremos a ter perdedores.

Insta frisar que a cultura do consenso, dessa forma, ao estimular os métodos alternativos de conflitos, traz a devida pacificação social, através da busca da solução onde ambas as partes saiam satisfeitas, como elucida Bacellar (2011, p. 32)

A verdadeira justiça só se alcança quando os casos "se solucionam" mediante consenso. Não se alcança a paz resolvendo só parcela do problema (controvérsia); o que se busca é a pacificação social do conflito com a solução de todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a implementação de um modelo mediacional, complementar e consensual de solução dos conflitos, o Estado estará mais próximo da pacificação social e da harmonia entre as pessoas.

Ressalta-se que as experiências obtidas no Brasil acerca da composição consensual entre as partes têm obtido sucesso, em sua grande maioria. Nota-se que os conflitos já se utilizam da conciliação e mediação no judiciário. Tal reflexo dessas condições são resultados da recente promulgação da Lei da Mediação e seu amplo incentivo aos meios alternativos de conflitos no Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, vale concluir que as alterações trazidas pelo texto processual de 2015, instituída pelo Projeto de Lei do Senado n. 166/2010 posteriormente transformado em Projeto Substitutivo n. 8.046/2010 na Câmara dos Deputados e aprovado pelas duas casas como Lei Ordinária 13.105/2015, absorveu, também, tal necessidade de mudança de cultura, ao recepcionar os anseios do Conselho Nacional de Justiça pelo estímulo da "cultura de paz", trazendo uma proposta inovadora ao priorizar os métodos alternativos para solução de conflitos.

MEDIAÇÃO FAMILIAR VERSUS JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização compreende-se em um processo social que possui várias faces, que vão desde a constitucionalização de direitos até a ciência do indivíduo acerca dos mesmos. Alguns juristas, no entanto, entendem o termo judicialização de modo mais amplo, pois o referido modelo enseja diversas possibilidades e problemas no âmbito da pesquisa.

A complexidade que envolve a judicialização cuja tendência está focada nas relações familiares, requerem o exercício da abordagem interdisciplinar realizada no presente artigo. Por esse viés, questiona-se o período histórico da sociedade contemporânea, onde o processo focado no cotidiano social remete tanto à complexa normatização dos acontecimentos diários das relações humanas pelos mecanismos do Poder Judiciário, quanto à decisão dos envolvidos em buscar mediação a fim de obter ganhos na solução de conflitos familiares.

Desse modo, pela via da judicialização, tais direitos mencionados acarretam um excesso de demanda judicial que, além de oneroso, é moroso no sistema jurídico pátrio, e a maioria dos processos solucionados por tal meio, acarretam certa dificuldade nos mecanismos baseados no diálogo, como a mediação, por exemplo. Pois, acaba por impulsionar as tensões existente entre as partes, tendo em vista que é um meio formal, se comparado aos métodos alternativos de solução de conflitos.

Nesse contexto, Para Ferreira (2004, p. 162):

O direito brasileiro não é necessariamente adversarial. Falar em litígio implica falar de conflito de interesses, implica discussão sobre direitos e obrigações. A mentalidade é que, frequentemente, é adversarial: das partes que, envoltas em suas emoções, por vezes

tendem a ver-se como inimigas, dos profissionais envolvidos, e não necessariamente só os jurídicos, que muitas vezes se veem como adversários ou induzem as partes a sentir-se como tais, quando seu papel social e sua obrigação funcional deveriam ser, apenas, procurar o melhor para seu assistido, o que inclui as transações.

Por esse viés, ressalta-se que a mediação familiar compreende-se em uma ferramenta que auxilia na construção de soluções pautadas no diálogo sem a necessidade do ajuizamento de uma ação no Poder Judiciário, uma vez que o mesmo possui a finalidade da pacificação social nos conflitos familiares.

A mediação familiar também possui como finalidade fazer com que as partes conflitantes não se vejam como adversários, mas sim, versa a possibilidade da reconstrução do vínculo através do diálogo e do consenso intermediado pelo mediador imparcial.

Nesse contexto, os meios alternativos de solução de conflitos viabilizam a resolução do litígio sem a provocação ao Poder Judiciário, onde ressalta a possibilidade de sua utilização também no âmbito processual, podendo ser a mediação judicial ou extrajudicial. Ambas as modalidades versam a figura de um terceiro imparcial, o mediador, que deve proporcionar a construção do diálogo e um possível consenso entre as partes envolvidas.

Ressalta-se que a efetiva utilização de tais métodos visam a superação da cultura litigiosa existente no Brasil, de modo a solucionar de modo pacífico e adequado o conflito familiar. Os benefícios que cercam a utilização de tais são: baixa onerosidade, fluidez no trâmite, menos morosidade e, por fim, dispensa a presença de um magistrado, necessitando apenas das partes envolvidas e o mediador imparcial.

Conforme pesquisas recentes, observa-se que os resultados obtidos no Brasil por meio dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos vem alcançando benefícios nunca vistos, uma vez que possui a finalidade de tecer a pacificação social através do diálogo construtivo entre os litigantes, principalmente no tocante ao âmbito familiar, tendo em vista a continuidade da relação entre as partes. De modo geral, vale ressaltar que a mediação constitui um método eficaz no que tange à diminuição da judicialização das demandas constantes no judiciário pátrio.

No entanto, pode-se afirmar que os métodos para a utilização do instituto da mediação abrangem recursos e técnicas, nas quais a figura do mediador imparcial possui papel fundamental por meio da coordenação de debates e discussões conjuntas ou separadas com as partes, cujo objetivo final viabiliza um diálogo cooperativo na tentativa de facilitar um acordo mútuo e consensual entre os litigantes, de modo satisfatório para ambos envolvidos na demanda em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo contemporâneo tem evoluído significativamente em vários aspectos, sejam sociais, culturais, políticos ou tecnológicos. Com o avançar das inovações, próprias deste século, as relações entre os indivíduos se modificam e se intensificam, ganhando novos paradigmas antes não pensados. Neste preâmbulo, as relações familiares, em um contexto atualizado da ordem jurídico-social brasileira, também atualizam suas concepções, de modo a corresponder de modo mais eficiente aos fatos sociais relevantes ao Direito.

Diante do estudo realizado, conclui-se que a mediação familiar funciona como uma ferramenta de extrema relevância para o ordenamento jurídico e também a sociedade brasileira, foi abordado, desde a origem histórica do instituto e sua evolução, de modo a detalhar todos os princípios norteadores, a sua eficácia e aplicação constantes no novo Código de Processo Civil de 2015. A finalidade pretendida consiste em analisar os impactos do uso da mediação nos conflitos familiares em comparação com a via tradicional, a judicialização.

Inquestionavelmente, a mediação familiar é vista de maneira benéfica e eficaz, por ter como finalidade, através da figura do mediador (sem poder de decisão), a construção de debates e promover uma comunicação pacífica acerca do conflito, visando uma possível solução, para que ambas as partes cheguem a um consenso de forma mútua e, futuramente, possa até estabelecer os laços enfraquecidos pelo litígio. São de diversos os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, que vem passando por uma verdadeira crise, reflexo do excesso de formalismo, da falta de recursos, da insuficiência para lidar com casos complexos.

No entanto, esses desafios se refletem em extrema morosidade em relação às demandas processuais e pouca efetividade, descontentando a sociedade que busca o judiciário a fim de resolver o seu problema de forma justa e precisa. Tendo em vista essa situação precária no sistema jurídico brasileiro, os meios alternativos de solução de conflito ganham cada vez mais força, na busca de desenvolver uma solução mais célere, efetiva e informal para as partes envolvidas. Além de todos os benefícios já supracitados, vale ressaltar também o baixo custo desses meios, tendo em vista que o valor não chega nem perto das custas processuais cobradas em vias comuns.

Pode-se concluir também que a implantação desse instituto no texto normativo pátrio, se encaixa perfeitamente no contexto social atual, estando de acordo com as exigências de uma sociedade moderna e globalizada de tal maneira que o Direito de Família está adotando cada vez mais o instituto como meio alternativo de solução de conflito, com finalidade de uma solução menos morosa e eficaz e, ainda, evitar desgastes

desnecessários e prolongados por meio de intermináveis discussões judiciais entre as partes litigantes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Mediação no Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ÁVILA, Eliedite Matos. Mediação familiar: apresentação de um modelo canadense adaptado à realidade brasileira. 2010.

AZEVEDO, André Gomma de. Políticas públicas para formação de mediadores judiciais: uma análise do modelo baseado em competências. Meritum: Belo Horizonte, v.7. 2012.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. Revista de Processo, 2011.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, A. G. (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BARBOSA, Águida Arruda. Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n40. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL, Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 20ª ed., SP: Atlas, 2008.

MÜLLER. Julio Guilherme. A Negociação no novo Código de Processo Civil: novas perspectivas para a conciliação, para a mediação e para as convenções processuais. In: ALVIM, Thereza Arruda (Coord.). O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ANDRADE, Juliana Loss de. (Org.) Contemporary Tendencies in Mediation. Madrid: Editorial Dykinson, 2015.

PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 518, 7 dez. 2004 Disponível em: . Acesso em: 29 mar. 2013.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Celeridade processual versus segurança jurídica. Revista de Processo. São Paulo, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e Prática da Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 90.

SPENGLER, Fabiana M. Mediação e Conciliação de conflitos - da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TAVARES, Jean Max. Teoria dos Jogos Aplicada à Estratégia Empresarial. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2ª ed., revisada, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOALDO, Adriane Medianeira; OLIVEIRA, Fernanda Rech de. Mediação familiar: novo desafio do Direito de Família contemporâneo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10860&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em mar 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 1, n.1. 2006.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2010.

RETROATIVIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

GIOVANNA DE MORAES CIZMOSKI:

Formada Pela FAROL - Faculdade de Rolim de Moura. Especialista em Direito Penal, Processo Penal, Processo Civil e Direito Civil. Aprovada no TJ/RO e Defensoria de Roraima. Assessora de juiz de segunda entrância.

Resumo: A Lei nº 14.230/2021 promoveu significativas alterações da Lei 8.429/1992. Da leitura atenta da lei constata-se que não se trata de mera reforma legislativa, mas sim do surgimento de uma *nova Lei de Improbidade Administrativa, como vem sendo tratada por parte da comunidade jurídica*. Foi alterada a estrutura base da Lei 8.429/1992 e implementado um *novo sistema de responsabilização* por atos de improbidade administrativa.³¹²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito administrativo sancionador. 3. Irretroatividade da modalidade culposa do ato de improbidade para as sentenças transitadas em julgado. 4. Retroatividade da modalidade culposa do ato de improbidade para as ações em curso. 5. Conclusão. 6. Considerações finais. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Pode-se dizer que a Lei nº 14.230/2021 promoveu a maior reforma da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) desde que esse diploma foi editado.

Sancionada sem vetos e com vigência imediata, desde a publicação em 26 de outubro de 2021, a Lei nº 14.230/21 suprimiu a modalidade culposa de improbidade administrativa, modificou as regras sobre prescrição e alterou muitos aspectos processuais.³¹³

A questão é saber se as alterações promovidas pela lei 14.230/2021 retroagem para alcançar os atos praticados antes de seu advento. Trata-se de tema concernente à aplicação

³¹² MEDINA, José Miguel Garcia. A nova Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada retroativamente? Conjur, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/processo-lei-improbidade-aplicada-retroativamente>>. Acesso em: 28/02/2023.

³¹³ CAVALCANTE. Márcio André Lopes. As mudanças promovidas pela Lei 14.230/2021 no elemento subjetivo e na prescrição da improbidade administrativa retroagem? Dizer o Direito, 2022. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2022/11/as-mudancas-promovidas-pela-lei.html#:~:text=Com%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.230,culpa%20para%20configura%C3%A7%C3%A3o%20da%20improbidade>>. Acesso em 28/02/2023.

de lei no tempo, cabendo apreciar se a lei nova, neste caso, pode ser aplicada com efeitos retroativos, ou seja, alcançando fatos ocorridos antes de sua edição.

2. Direito administrativo sancionador

A ação de improbidade administrativa possui natureza cível. Em outras palavras, é uma ação civil e não uma ação penal. Assim, o ato de improbidade administrativa não é crime, mas sim conduta a ser apurada no âmbito cível.

A Lei nº 14.230/2021 acrescentou o § 4º ao art. 1º da LIA afirmando que a ele devem ser aplicados os princípios do direito administrativo sancionador, que muito se assemelham aos princípios do direito penal:

Art. 1º (...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

A partir da compreensão de que o sistema de responsabilidade de improbidade administrativa constitui ramo do direito sancionador, impõe-se o reconhecimento de que se sujeita às garantias constitucionais de defesa dos acusados em geral, com especial destaque, neste caso, ao que prevê o art. 5º, XL, da CF (“XL a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”).

Nesse sentido, vale relembrar a lição de EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES:

A irretroatividade da lei punitiva que agrave a situação do agente, princípio há muito consagrado no Direito Penal, deve prevalecer em qualquer seara na qual o Estado exerça o seu poder sancionador, pois a violação e conseqüente recomposição da ordem jurídica sempre possuem um alicerce comum, como será visto item concernente à natureza jurídica das sanções cominadas aos atos de improbidade. De forma correlata, será igualmente aplicável a segunda parte do art. 5º, XL, da Constituição, que consagra a retroatividade da lei mais benéfica. Assim, violado o preceito proibitivo previsto, de forma implícita ou explícita, na norma, estará o agente sujeito à sanção cominada, cujo conteúdo e intensidade sempre estarão sujeitos aos influxos sociais. Verificada a severidade de determinada sanção e optando o legislador por atenuá-la, aqueles que praticaram atos de improbidade sob a

égide da lei antiga haverão de ser alcançados pela alteração legislativa.
314

Essa concepção já era adotada pelo STJ:

“As sanções da Lei de Ação Popular, da Lei de Ação Civil Pública e da Lei de Improbidade Administrativa não têm caráter penal, mas formam o arcabouço do direito administrativo sancionador, de cunho eminentemente punitivo, fato que autoriza trazermos à baila a lógica do Direito Penal, ainda que com *granus salis*. É razoável pensar, pois, que pelo menos os princípios relacionados a direitos fundamentais que informem o Direito Penal devam, igualmente, informar a aplicação de outras leis de cunho sancionatório.

(...)

De acordo com essa linha de argumentação, um princípio norteador do Direito Penal que, em minha opinião, deve ter plena aplicação no campo do Direito Administrativo sancionador é o princípio da culpabilidade (...)” (STJ REsp 765212/AC).

No STF, prevaleceu o entendimento do ministro Alexandre de Moraes, de que a LIA está no âmbito do direito administrativo sancionador, e não do direito penal. Portanto, a nova norma, mesmo sendo mais benéfica para o réu, não retroage nos casos já transitados em julgado.³¹⁵

3. Irretroatividade da modalidade culposa do ato de improbidade para as sentenças transitadas em julgado

A partir a Lei nº 14.230/2021 (26/10/2021), deixou de existir, no ordenamento jurídico, a tipificação para atos culposos de improbidade administrativa. Contudo, essa alteração não retroage para absolver pessoas que já tenham sido condenadas com trânsito em julgado em respeito à coisa julgada.

Por força do art. 5º, XXXVI, da CF/88, a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, promovida pela Lei nº

³¹⁴ EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES. Improbidade Administrativa”, 7ª edição, Saraiva, 2013, p. 277.

³¹⁵ STF decide que mudanças na lei de improbidade não retroagem para condenações definitivas. STF, 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=492606&ori=1>>. Acesso em: 28/02/2023.

14.230/2021, é irretroativa, de modo que os seus efeitos não têm incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem durante o processo de execução das penas e seus incidentes. STF. Plenário. ARE 843989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/8/2022 (Repercussão Geral – Tema 1199) (Info 1065).

No caso, não é possível aplicar a retroatividade da lei penal mais benéfica. Esse princípio não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal.³¹⁶

Conforme o professor Márcio André Lopes Cavalcante, a regra, no ordenamento jurídico, é a irretroatividade das leis para não atingir situações transitadas em julgado. A retroatividade da lei penal mais benéfica é uma exceção que, como tal, deve ser interpretada restritivamente, prestigiando-se a regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos, especialmente porque, no âmbito da jurisdição civil, prevalece o princípio *tempus regit actum*.

Assim, a Lei nº 14.230/2021 não irá retroagir para absolver aquele que já foi condenado por sentença transitada em julgado.

4. Retroatividade da modalidade culposa do ato de improbidade para as ações em curso

Situação diversa ocorre se o processo ainda estiver em curso. Retroage a Lei nº 14.230/2021 em relação aos atos de improbidade administrativa culposos cujos processos não transitaram em julgado.

Não será mais admitida a condenação por crime culposo de improbidade administrativa, mas somente na modalidade dolosa. É o que prevê o art. 1º, § 3º da lei em estudo:

Art. 1º

(...)

³¹⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. As mudanças promovidas pela Lei 14.230/2021 no elemento subjetivo e na prescrição da improbidade administrativa retroagem? Dizer o Direito, 2022. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2022/11/as-mudancas-promovidas-pela-lei.html#:~:text=Com%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.230,culpa%20para%20configura%C3%A7%C3%A3o%20da%20improbidade>>. Acesso em: 28/02/2023.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Contudo, destaca-se que em respeito ao princípio da cooperação, antes de extinguir os processos de improbidade administrativa que tramitam apenas para apuração da modalidade culposa, deve o magistrado abrir vistas para oportunizar que o Ministério Público promova as adequações legais.

Essa medida é necessária porque, na vigência da Lei nº 8.429/1992, como não se exigia a definição de dolo ou culpa, muitas vezes a imputação era feita de modo genérico, sem especificar qual era o elemento subjetivo do tipo. Até então, todos os atos processuais até então praticados são válidos.

5. Conclusão

Conclui-se que as inovações legislativas atinentes aos atos de improbidade administrativa e de suas sanções, aplica-se aos atos praticados antes de sua vigência, se para beneficiar o réu e desde que não tenha havido o trânsito em julgado.

Assim, decidiram os ministros do STF que a nova lei somente se aplica a atos culposos praticados na vigência da norma anterior se a ação ainda não tiver decisão definitiva. Segundo a decisão, tomada no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 843989, como o texto anterior que não considerava a vontade do agente para os atos de improbidade foi expressamente revogado, não é possível a continuidade da ação em andamento por esses atos.

6. Considerações Finais

O presente estudo analisa detalhadamente a retroatividade das alterações promovidas pela lei 14.230/2021, instituto novo, mas objeto de grande discussão jurídica nos âmbitos judicial, doutrinário e acadêmico.

7. Bibliografia

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 2 de junho de 1992.

BRASIL. Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 25 de outubro de 2021.

CAVALCANTE. Márcio André Lopes. As mudanças promovidas pela Lei 14.230/2021 no elemento subjetivo e na prescrição da improbidade administrativa retroagem? Dizer o Direito, 2022. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2022/11/as-mudancas-promovidas-pela-lei.html#:~:text=Com%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.230,culpa%20para%20configura%C3%A7%C3%A3o%20da%20improbidade>>. Acesso em: 28/02/2023.

EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES. Improbidade Administrativa”, 7ª edição, Saraiva, 2013, p. 277.

MEDINA, José Miguel Garcia. A nova Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada retroativamente? Conjur, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/processo-lei-improbidade-aplicada-retroativamente>>. Acesso em: 28/02/2023.

STF decide que mudanças na lei de improbidade não retroagem para condenações definitivas. STF, 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=492606&ori=1>>. Acesso em: 28/02/2023.

STF. Plenário. ARE 843989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/8/2022.

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS NO LUCRO PRESUMIDO: ABORDAGEM CRÍTICA DA LEGISLAÇÃO E PRÁTICA FISCAL

BETINA CANÇADO: Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil aposentada. Bacharela em Ciência da Computação pela UFMG. Bacharela em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Atuou como Analista de Sistema na IBM Brasil e Agente de Tributos Estaduais da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais.³¹⁷

Resumo: O presente artigo analisa a distribuição de lucros isentos que está prevista para empresas que declaram suas receitas utilizando a modalidade do lucro presumido, e que, além de optarem por esta modalidade, distribuem lucros em valor superior ao que serviu de base de cálculo do tributo na empresa. Desta forma temos uma renda empresarial que escapa da tributação tanto na pessoa jurídica quanto na pessoa física, pois o sócio da empresa que recebe estes rendimentos os declara como rendimentos isentos.

Palavras-chave: Distribuição de Lucros; Lucro Presumido; Escrituração Contábil; Tributação.

Sumário: Introdução. 1. Tributação do Lucro Presumido. 1.1. Quem Pode Optar. 1.2. O Cálculo do Lucro Presumido. 2. O Tratamento Tributário na Pessoa Física. 3. A prática das Autoridades Fiscais. 4. A Natureza Jurídica do Lucro Líquido Não Tributado. 5. A jurisprudência. 5.1. Jurisprudência Administrativa. 5.1.1. 1º Caso. 5.1.2. 2º Caso. 5.1.3. 3º Caso. 5.2. Jurisprudência Judicial. 5.2.1. 1º Caso. 5.2.2. 2º Caso. 5.2.3. 3º Caso. Conclusão.

PROFIT DISTRIBUTION IN COMPANIES THAT ELECTED PRESUMED PROFIT TAXATION

Abstract: This article analyzes the distribution of untaxed profits for companies that declare their revenues using the presumed profit modality, and that, in addition to electing this modality, distribute profits in an amount higher than that used in the calculation of the tax in the company. Thus, we have a corporate income that escapes taxation both in the company and in the individual, since the member of the company that receives these distributed profits declares them as not subject to taxation.

Keywords: Profit Distribution; Accounting Bookkeeping; Taxation.

317 E-mail: betinacancado@hotmail.com

Introdução

O tema abordado está inserido no campo do direito tributário, mais especificamente imposto de renda pessoa física, a escolha do tema se deu em razão da relevância no impacto social e controvérsia sobre o assunto. Os bens jurídicos em conflito são a segurança fiscal e a justiça social.

Será abordada a distribuição de lucros de sociedades empresárias para seus sócios sem incidência do imposto de renda na pessoa jurídica que produz o lucro e sem incidência do imposto de renda na pessoa física que recebe os lucros, o que ocorre sob amparo de legislação tributária bastante benéfica para sociedades optantes pelo lucro presumido.

As autoridades fiscais, no entanto, mal acatando a vontade do legislador, impõem exigências acessórias bastante rígidas para dificultar o usufruto de tal benefício garantido pela legislação de regência. Porém a prática das autoridades, ainda que busquem aumentar a arrecadação para promover a justiça social, resultam na insegurança fiscal, vez que os autos de infração lavrados são contestados e o resultado de tais autuações, em geral, não chega aos cofres públicos e ainda gera considerável discussão que contribui para sobrecarregar as instâncias administrativas e judiciais.

Vale ressaltar que não é pretensão do presente artigo o questionamento do dever de ofício ou a orientação da dinâmica de trabalho dos órgãos e autoridades fiscalizadoras porém há que se respeitar a vontade do legislador ainda que sua intenção, não raro, seja buscar atendimento dos interesses de grupos organizados em detrimento da massa populacional vulnerável e ignorante que não participa de decisões que irão afetar sua qualidade de vida ao reduzir o volume arrecadado e, conseqüentemente, a parcela de renda destinada aos programas sociais, saúde e educação.

Serão apresentados os conceitos envolvidos, a situação em que ocorre a apropriação de renda pela pessoa física sem que haja qualquer forma de incidência do imposto de renda, as variações sofridas pela legislação de regência, o comportamento das autoridades fiscalizadoras e a jurisprudência administrativa e judicial atinentes à matéria.

– Tributação do Lucro Presumido

A tributação do lucro presumido, muito utilizada por todos os países desenvolvidos até os séculos XIX e XX, consiste na aplicação de um percentual, aqui denominado “índice de lucratividade”, sobre as receitas da empresa sendo o resultado da aplicação deste índice admitido como o lucro da empresa a ser oferecido à tributação.

Atualmente os países desenvolvidos reduziram ou abandonaram os métodos de tributação presumida, migrando para a tributação da renda real. Os países em desenvolvimento, no entanto, continuam a utilizar largamente métodos de presunção em razão da simplicidade administrativa e da facilidade de apuração que acabam por provocar uma redução na evasão fiscal de setores tradicionalmente difíceis de tributar como pequenos negócios, agricultura e prestadores de serviços.

1.1 – Quem Pode Optar

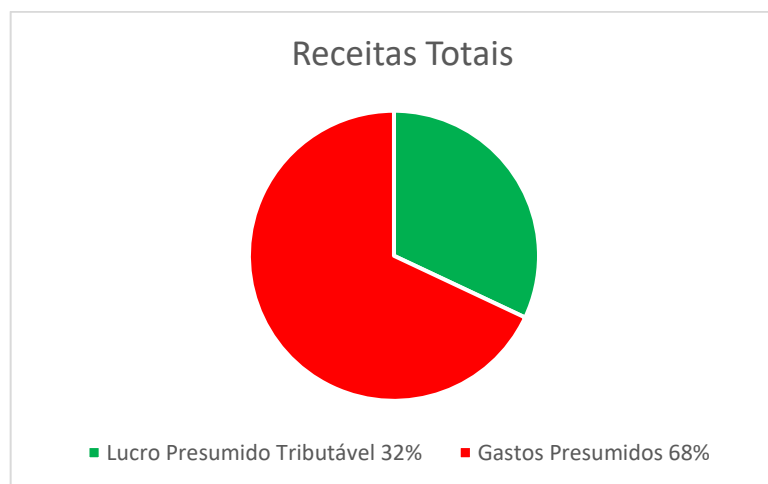
Podem optar as pessoas jurídicas:

- a) cuja receita total no ano anterior tenha sido igual ou inferior a R\$78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais).
- b) que não estejam obrigadas à tributação pelo lucro real em função da atividade exercida, da sua constituição societária ou natureza jurídica.

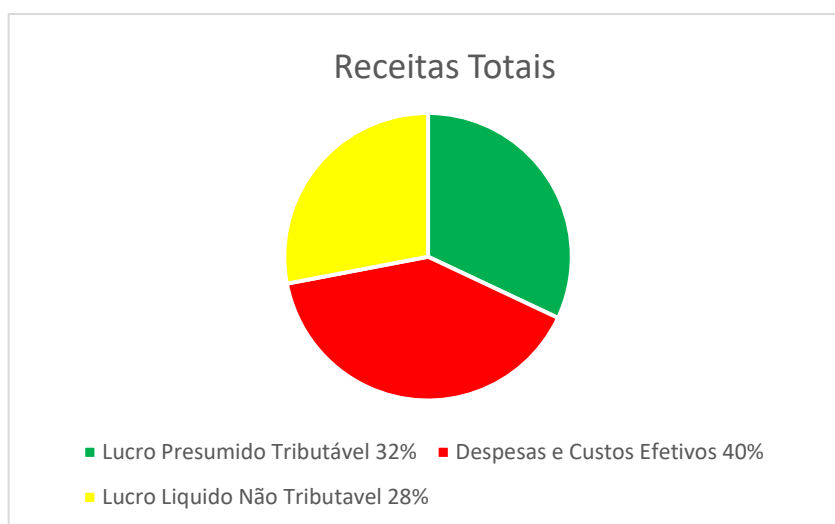
1.2 – O Cálculo do Lucro Presumido

O índice de lucratividade geral é de 8%, porém ramos de atuação específicos possuem índices próprios na intenção de aproximar a presunção da realidade, assim, para os postos de gasolina, por exemplo, os quais possuem margens de lucro mais estreitas e é necessário girar o estoque com velocidade para obter lucro o índice é de 1,6%, ao passo que para empresas de administração de imóveis e prestação de serviços o percentual chega a 32%. Este índice é estabelecido por norma tributária divulgada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Importante compreender que, quando o índice de produtividade é de 32%, por exemplo, significa que, do total das receitas, 32% presumem-se lucro “Lucro Presumido Tributado” e, conseqüentemente, 68% (resultado da diferença entre 100 e 32) presume-se que sejam despesas e custos vinculados ao esforço da empresa para gerar as receitas, vamos denominá-los por “Gastos Presumidos”. Em uma representação gráfica ter-se-á algo assim:



Porém se a empresa for eficiente ou, por sua natureza, possuir uma estrutura de custos e despesas mais enxuta e estas não alcançarem o patamar de 68%, o que é bastante comum, haverá uma parte das receitas que não é Lucro Presumido Tributado e nem Custos e Despesas é, sim, uma parcela de lucro que não estará sujeito à tributação. Prosseguindo com o exemplo dado, uma representação gráfica de uma empresa sujeita ao índice de lucratividade de 32%, que possua, por hipótese, uma matriz de custos e despesas de 40% da receita bruta, seria a seguinte:



Vê-se claramente que, na modalidade de tributação pelo Lucro Presumido, sempre que os custos e despesas efetivos forem inferiores aos Gastos Presumidos uma parcela da receita irá escapar da tributação na empresa, ou seja, não será tributada na pessoa jurídica, vamos denominá-la "Lucro Líquido Não Tributado".

Resta analisar o que ocorre quando os lucros forem distribuídos para a pessoa física. Haverá tributação? Na fonte ou na declaração?

2 – O Tratamento Tributário na Pessoa Física

A legislação acerca da distribuição de lucros no Lucro Presumido sofreu diversas modificações, Vejamos:

- Lei nº 8.541 de 23/12/1992 – Estabelecia, conforme artigo 20, transcrito a seguir, que o excesso não tributado pelo lucro presumido, teria tratamento semelhante à salário ou pró-labore, pois estaria sujeito à retenção na fonte, relativa à distribuição, e depois tributação na pessoa física quando da declaração anual do imposto de renda e ainda estabeleceu obrigação de manter documentação de suporte para as operações bem como livro caixa ou escrituração contábil conforme legislação comercial, o que inclui autenticação na junta comercial:

Art. 20. Os rendimentos, efetivamente pagos a sócios ou titular de empresa individual e escriturados nos livros indicados no art. 18, inciso I, desta lei, que ultrapassem o valor do lucro presumido deduzido do imposto sobre a renda correspondente serão tributados na fonte e na declaração anual dos referidos beneficiários. (grifou-se).

- Lei nº 8.981 de 20/01/1995 – Manteve a tributação conforme Lei anterior, apenas mudou a redação:

Art. 46. Estão isentos do Imposto de Renda os lucros e dividendos efetivamente pagos a sócios, acionistas ou titular de empresa individual, que não ultrapassem o valor que serviu de base de cálculo do Imposto de Renda da pessoa jurídica (art. 33) deduzido do imposto correspondente. (grifou-se).

- Lei nº 9.249, de 26/12/1995 – Deixou de tributar completamente a distribuição de lucros e revogou expressamente o art. 46:

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do

beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior. (grifou-se).

Art. 36. Ficam revogadas as disposições em contrário, especialmente:

(...) V – (...)arts. 46, 48 e 54, e o inciso II do art. 60, todos da Lei nº 8.981(...)

Diante da legislação exposta cabe indagar sobre a interpretação que os órgãos fiscalizadores vêm adotando.

3- A prática das Autoridades Fiscais

Na prática a Secretaria da Receita Federal do Brasil adota interpretação bem restritiva e, para distribuição do Lucro Líquido não tributado com isenção de imposto de renda, o órgão exige rigorosa demonstração contábil, qual seja:

- Até o ano-calendário de 2014 a exibição dos livros fiscais com autenticação pela Junta Comercial anterior ao início da fiscalização;
- A partir do ano-calendário de 2014, a entrega da ECF, escrituração contábil fiscal, em meio digital.

Sem atendimento destas exigências o sócio que receber os lucros e declará-los como isentos pode ser tributado em auto de infração em razão de omissão de rendimentos tributáveis e a empresa sofre cobrança de multa pela falta da retenção do imposto de renda retido na fonte sempre que ocorrer a distribuição acima do lucro presumido, ou seja, distribuição do Lucro Líquido Não Tributado.

Além da demonstração contábil, os seguintes requisitos são analisados: (1) Se o contribuinte é sócio da empresa; (2) Se a distribuição foi feita de acordo com o contrato social; (3) Se a empresa possui débitos fiscais no momento da distribuição; e (4) Qual é a composição do lucro distribuído.

Para confirmar basta verificar a resposta à pergunta número 26 do compêndio “Perguntas e Respostas IRPJ 2022”³¹⁸:

026- As pessoas jurídicas optantes pelo lucro presumido estão obrigadas à escrituração contábil ou à manutenção de livros fiscais?

³¹⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf/PeRPJ2022v1.pdf>. Acesso em 26/04/2023.

A pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido fica obrigada a adotar a Escrituração Contábil Digital - ECD, nos termos do Decreto nº 6.022, de 2007, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014, se distribuírem, a título de lucro, sem incidência do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte, parcelas do lucro ou dividendos superiores ao valor da base de cálculo do Imposto, diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita. Além disto, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2016, passa a ser também obrigatório o envio da ECD caso a pessoa jurídica optante pelo lucro presumido não se utilize da prerrogativa prevista no parágrafo único do art. 45 da Lei nº 8.981, de 1995 (escrituração do livro caixa). (Grifou-se).

Para concluir sobre a adequação da restritiva interpretação adotada pelo órgão fiscalizador, faz-se necessário analisar a natureza jurídica do Lucro Líquido Não Tributado.

4 – A Natureza Jurídica do Lucro Líquido Não Tributado

Conforme foi ilustrado nos gráficos a parcela não tributado do lucro é resultado de um esforço da empresa para manter os custos em patamares inferiores aos Gastos Presumidos, ela é resultado da atuação bem-sucedida da empresa, sua origem não é diferente do restante do lucro pois todas as receitas aferidas se referem à mesma atividade geradora de receitas, portanto todo o lucro advindo da atividade possui a mesma natureza jurídica e não há sentido no estabelecimento de normas especiais para distribuição a partir de determinado montante.

Em razão da interpretação restritiva adotada pelo órgão fiscalizador, tem-se lavrado muitos autos de infração que geram discussões administrativas e judiciais, conforme demonstramos nos próximos tópicos.

5 – A jurisprudência

Um contribuinte fiscalizado que é autuado pode recorrer às vias administrativas e/ou judiciais. A seguir está exposta, resumidamente, a dinâmica de cada via e as partes consideradas mais importantes nos julgados selecionados.

5.1 – Jurisprudência Administrativa

Na via administrativa o primeiro recurso é a “Impugnação” que é dirigida à Delegacia de Julgamento, no prazo de 30 dias, instância que faz parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A decisão da Delegacia de Julgamento vem por meio de acórdão. Caso o acórdão mantenha o auto de infração o contribuinte indignado pode protocolar o “Recurso Voluntário” que será dirigido ao CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. O CARF é um órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recursos, composta por turmas que mesclam 4 representantes da Fazenda Nacional e 4 representantes dos Contribuintes.

Na pesquisa efetuada na via administrativa constatou-se que a administração tributária tem obtido mais vitórias, que derrotas. Portanto colacionamos 3 decisões do CARF319 em que a Fazenda Nacional saiu vencedora.

5.1.1- 1º Caso:

Ministério da Economia

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

Processo nº 10437.720129/2014-75

Recurso Voluntário

Acórdão nº 2301-007.126–2ª Seção de Julgamento /3ª Câmara /1ª Turma Ordinária

Sessão de 04 de março de 2020

Recorrente HERCILIO DE LOURENZI

Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Exercício: 2010

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. TRIBUTAÇÃO DOS VALORES EXCEDENTES AO LUCRO PRESUMIDO.

No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido, a parcela dos lucros que exceder o valor da base de cálculo do imposto, diminuída de todos os tributos a que estiver sujeita a pessoa jurídica, sofrerá tributação, se a empresa não possuir escrituração

319 Inteiro teor das decisões administrativas disponível em [//carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf](http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf).

Acesso em 26/04/2023.

contábil feita com observância da lei comercial, que demonstre que o lucro efetivo é maior que o determinado segundo as normas para apuração da base de cálculo do imposto pela qual houver optado, ou seja, o lucro presumido.

ESCRITURAÇÃO DO LIVRO DIÁRIO. REGISTRO E AUTENTICAÇÃO.

A escrituração do livro Diário, autenticado em data posterior ao movimento das operações nele lançadas, poderá ser aceita pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, desde que o registro e autenticação tenham sido promovidos até a data prevista para a entrega tempestiva da declaração de rendimentos do correspondente exercício financeiro.

Relatório (...) A DRJ Rio de Janeiro(...)

O Livro Diário da empresa Dibra Editora e Distribuidora de Livros Ltda somente foi registrado na Junta Comercial na data de 10/12/13, conforme fl. 339, ou seja, após o início do procedimento fiscal que se deu em 23/04/12, de acordo com as fls. 53 e 54. Do mesmo modo, o Livro Diário da firma Escala Empresa de Comunicação Integrada Ltda apenas foi registrado na Junta Comercial na data de 31/10/12, conforme fl. 354, concluindo-se que também foi praticado após o início do procedimento fiscal ocorrido em 23/04/12, como dito acima.

A obrigação de autenticação do Livro Diário no Órgão competente está prevista no art. 71, da Lei nº 3.470/58. Tal autenticação é o que confere idoneidade à contabilidade apresentada, evitando assim que se possa ter dúvida quanto a efetiva data dos lançamentos contábeis lá escriturados.

Voto: (...)

Em suma, a empresa enquadrada no regime de Lucro Presumido está autorizada a distribuir lucros excedentes à base de cálculo do imposto, diminuído dos impostos e contribuições devidas, desde que demonstrado, através de escrituração contábil com observância das normas legais, que o lucro efetivo é maior. Artigo 10 da Lei nº 9.249/05 e art. 51, §2º, da IN SRF nº 11/1996 c/c art. 48, §2º, da IN nº 93/1997.

Assim, entendo que não merece ser acatado o pleito em questão.

5.1.2- 2º Caso:

Ministério da Economia

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

Processo 12898.000971/2009-28

nº

Recurso Voluntário

Acórdão nº 2301-008.939 2ª Seção de Julgamento/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária

Sessão de 11 de março de 2021

Recorrente FRANCISCO SOARES ALVES CUNHA

Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Exercício: 2006

IRPF. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. EMPRESA TRIBUTADA PELO LUCRO PRESUMIDO.

Na ausência de escrituração contábil feita com observância da lei comercial apta a demonstra que o lucro efetivo é superior ao determinado segundo a normas para apuração da base de cálculo do lucro para o qual houver optado a distribuição de lucros com isenção do Imposto de Renda Pessoa Física fica limitada à diferença entre o lucro presumido e os valores correspondentes aos tributos a que estiver sujeita a pessoa jurídica.

Relatório:(...)

Quanto ao mérito, procedo a um recorte da lide a ser enfrentada nestes autos: os lucros excedentes ao lucro presumido da empresa Sique Engenharia Ltda. estão provados por escrituração contábil regular, com observância da lei comercial. É que na ausência de escrituração contábil feita com observância da lei comercial, a distribuição de lucros isenta limita-se ao valor da base de cálculo do imposto (lucro presumido), diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita a pessoa jurídica.

(...)

Para efeitos de apuração do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, o dispositivo ora transcrito trata das formalidades intrínsecas e extrínsecas de escrituração do Livro Diário. Quanto ao limite temporal à autenticação do Livro Diário, esse se encontra regulamentado pela Instrução Normativa SRF nº 16, de 10 de março de 1984, que assim determina:

Para fins de apuração do lucro real, poderá ser aceita, pelos Órgãos da Secretaria da Receita Federal, a escrituração do livro "Diário" autenticado em data posterior ao movimento das operações nele lançadas, desde que o registro e a autenticação tenham sido promovidos até a data prevista para a entrega tempestiva da declaração de rendimentos do correspondente exercício financeiro.

A exigência de autenticação do Livro Diário também consta do Código Civil:

Art. 1.181. Salvo disposição especial de lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso, devem ser autenticadas no Registro Público de Empresas Mercantis.

(...)

Ante ao exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, voto por negar provimento ao recurso. (grifou-se).

5.1.3- 3º Caso:

Ministério da Economia

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

Processo nº 13116.720649/2012-37

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 2402-007.517 2ª Seção de Julgamento/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária

Sessão de 7 de agosto de 2019

Recorrente JOSÉ FRANCISCO FERREIRA DE SENA

Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2007, 2008

LUCROS DISTRIBUÍDOS. DISTRIBUIÇÃO EXCEDENTE AO LUCRO PRESUMIDO.

Valores excedentes ao lucro presumido do período somente podem ser distribuídos com isenção do imposto de renda quando se comprovar, por meio de demonstrativos contábeis com observância da legislação comercial, que o lucro contábil foi superior ao presumido.

ESCRITURAÇÃO DO LIVRO DIÁRIO. REGISTRO E AUTENTICAÇÃO.

A escrituração do livro Diário, autenticado em data posterior ao movimento das operações nele lançadas, poderá ser aceita pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, desde que o registro e autenticação tenham sido promovidos até a data prevista para a entrega tempestiva da declaração de rendimentos do correspondente exercício financeiro.

(...)

Voto:

(...)

A decisão recorrida, por sua vez, em face a tais alegações, esclarece que para distribuir lucros excedentes, a empresa deve demonstrar, mediante escrituração contábil, que o lucro efetivo é maior que o lucro presumido (Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997), bem como que a apuração do lucro efetivo deve seguir as mesmas regras para apuração do lucro real, o que importa na observância às formalidades exigidas em relação aos livros obrigatórios.

Nesse particular, a decisão em comento aponta que um dos livros exigidos é o Livro Diário (art. 258, § 4º, do Decreto 3.000/99, vigente ao tempo dos fatos) e que deve ser autenticado no órgão competente, no prazo estabelecido pela Instrução Normativa nº 16, de 1984, mas que tal formalidade não teria sido realizada no tempo certo, afastando da escrituração contida nos Livros Diário o “condão de fazer prova da apuração do lucro efetivo da pessoa jurídica”, razão pela qual manteve o lançamento fiscal.

Logo, independentemente da existência de lucros e da sua suficiência para cobrir os montantes distribuídos, segundo alegado pelo Recorrente (tanto na impugnação quanto no recurso), a não incidência do Imposto de Renda sobre tais lucros depende da sua apuração com base em livros contábeis que guardem rigorosa

observância às formalidades exigidas, o que não ocorreu no caso em análise. (...) Portanto, não vemos retoques a se fazer na decisão recorrida.

(...)

Isso posto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

5.2 – Jurisprudência Judicial

O acesso à via judicial não é determinado por prazo curto como o é a via administrativa. O contribuinte pode propor, no prazo de 5 anos, a ação anulatória de lançamento fiscal, ou embargos à execução quando já estiver sendo executado. Observou-se na pesquisa que outro instrumento utilizado é o Mandado de Segurança contra ato da Autoridade Fazendária.

A pesquisa jurisprudencial foi efetuada no site de Supremo Tribunal Federal - STF, Superior Tribunal de Justiça -STJ, Conselho de Justiça Federal, que unifica a jurisprudência dos Tribunais Regionais, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Seção Judiciária de São Paulo.

Verificou-se existência de poucos julgados com tema exatamente igual. No STF não foi encontrada nenhuma decisão, o que se justifica posto que o tema está inserido no Direito Tributário e apenas indiretamente no Direito Constitucional. Já no STJ, visualizou-se 23 decisões monocráticas e nenhum acórdão ao pesquisar as palavras chave TRIBUTARIO "LUCRO PRESUMIDO" "DISTRIBUIÇÃO DE LUCRO".

Enfim, plagiando os pescadores, "muita água e pouco peixe".

Ainda assim contatou-se uma leve tendência de ganho para o contribuinte, os julgadores entendendo que a exigência da autenticação do livro fiscal seria por demais rigorosa indo além da intenção do legislador. Isto posto, passa-se aos casos selecionados, todos três com ganho para o contribuinte.

5.2.1- 1º Caso³²⁰:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO Subsecretaria da 3ª Turma Acórdão 25195/2018

³²⁰ Disponível em <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6968914>. Acesso em 26/04/2023.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022660-11.2014.4.03.6100/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO

APELANTE : União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO

: SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO(A): JOSE OSVALDO PEREIRA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO

: SP267303 THIAGO GONÇALVES BUENO e outro(a)

No. ORIG. : 00226601120144036100 6 Vara SAO PAULO/SP

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RENDIMENTOS PESSOA JURÍDICA. IRPJ. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. SÓCIO. LIVROS CONTÁBEIS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

I. O impetrante qualificado como sócio das pessoas jurídicas Osvaldo Pereira Sociedade de Advogados e JOPE Gestão de Bens e Participações Societárias, tributadas com base no lucro presumido, sustentou que recebeu distribuição dos lucros de referidas empresas, sem a incidência de impostos, com fundamento no art. 51, §2º IN/SRF nº 11, de 21.02.1996, e assim, declarou mencionada verba, na sua declaração de ajuste anual, como rendimento isento e não tributável. O impetrante sustenta que foi fiscalizado pela Receita Federal do Brasil, com o objetivo principal de verificar sua variação patrimonial, não resultando apurada a existência de valores que pudessem caracterizar o acréscimo patrimonial a descoberto, a serem considerados como rendimentos obtidos.

II. Entendeu a autoridade fazendária que referida verba tinha natureza tributável, uma vez que os livros diários das citadas empresas teriam sido apresentados a destempo. Assim, foi lavrado o auto de infração em desfavor do impetrante por dedução indevida de despesas médicas e por omissão de rendimentos recebidos a título de lucro distribuído, em valor excedente ao lucro presumido, relativamente ao ano-calendário 2009. Todavia, a isenção foi criada como incentivo ao investimento na empresa pelos acionistas. Observe-se, que a isenção foi criada para prestigiar os acionistas, como instrumento de política fiscal.

III. A interpretação restritiva é mandamento do Código de Tributário Nacional, que determina em seu artigo 111, inciso II, que

"interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção". Além disso, o caput do artigo em questão fala da possibilidade de o beneficiário ser pessoa física ou jurídica. A figura do acionista realmente pode ser a de uma pessoa física ou a de uma pessoa jurídica e, ainda, podemos observar que o parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249/95 fez expressa referência ao sócio e ao acionista da empresa.

IV. O impetrante declarou como não tributáveis, na sua declaração de ajuste anual do ano calendário de 2009, rendimentos recebidos de pessoas jurídicas, relativos à distribuição de lucros excedentes àquele apurados para o fim da tributação pelo regime do lucro presumido.

V. As pessoas jurídicas estão obrigadas a manter escrituração contábil de acordo com a lei, conforme o disposto no artigo 45 da Lei nº 8.981/95 e artigo 527 do Decreto nº 3000/99. Além disso, os livros precisam conter termos de abertura e encerramento e autenticação no órgão competente. Para a escrituração dos mencionados livros, a lei não

Firefox
<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?n...1 of 2 07/05/2021 16:13> prevê qualquer prazo. A escrituração contábil das pessoas jurídicas obedece, observadas eventuais exigências previstas em lei especial, aos critérios estabelecidos no Código Civil (art. 1179 ss.) e no Decreto-Lei nº 486/69.

VI. Conforme a fundamentação da r. sentença, a legislação comercial, assim como a Instrução Normativa MDICE/SCS/DNRC nº 102/06 (que dispõe sobre a autenticação de instrumentos de escrituração dos empresários e sociedades empresárias), não prevê qualquer prazo para que os livros sejam autenticados ou penalidade decorrente do atraso.

VII. Assim, a escrituração dos livros a destempo não configura argumento para fundamentar autuação fiscal.

VIII. Apelação e remessa oficial tida por interposta não providas. (Grifou-se).

Acórdão:

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa

oficial tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (Grifou-se).

5.2.2- 2º Caso³²¹:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Apelação Cível N. 2004.41.00.001545-0/RO

RELATOR(A): DES. FEDERAL MARIADO CARMO CARDOSO

APELANTE: LUIZ CARLOS LYRA

ADVOGADO: GILBERTO PISELO DO NASCIMENTO

APELADO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: JOSE LUIZ GOMES ROLO

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTOS DE INFRAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. LEI 9.249/1995, ART. 10. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. LIVRO-CAIXA. ART. 45, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.981/1995. PERÍCIA CONTÁBIL NA DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS. ART. 130 DO CPC.

I. Aplicável ao caso em tela o disposto no art. 10 da Lei 9.249/1995: Os lucros e dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

II. Ainda que o contribuinte tenha declarado não possuir a escrituração contábil conforme as leis comerciais, esse fato não enseja o cálculo como omissão de rendimentos e o lançamento de ofício pela autoridade fiscal, que, considerando o parágrafo único do art. 45 da Lei 8.981/1995, deve proceder à nova intimação para que a empresa apresente o livro-caixa.

III. Tendo em vista a previsão contida no art. 130 do CPC, cabe ao magistrado determinar a realização da prova necessária à

³²¹ Disponível em

<https://portal.trf1.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C908248371A1B1C01371CE8F81E457F>.

Acesso em 26/04/2023.

instrução do processo. Impõe-se a realização de perícia contábil na documentação acostada aos autos para se constatar a origem dos rendimentos declarados isentos pelo apelante, se efetivamente correspondem aos lucros dos exercícios de 1995 e 1996.

IV. Apelação a que se dá provimento, anulando-se a sentença e determinando o retorno dos autos à origem para realização de perícia contábil. (grifou-se)

ACÓRDÃO

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora.

5.2.3- 3º Caso³²²:

Justiça Federal da 4ª Região

Apelação Cível N. 2005.71.15.002319-6/RS

RELATOR : Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK
APELANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional
APELADO : ALFREDO FREDERICO OLSSON E CIA/ LTDA/
ADVOGADO : Luiz Carlos Pachla
REMETENTE : JUÍZO SUBSTITUTO DA VF e JEF DE SANTA ROSA

Relatório:

Trata-se de ação ordinária movida por ALFREDO FREDERICO OLSSON & CIA LTDA. em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando a anulação de débito fiscal, consubstanciado nas NFLD's nº 35.574.095-8 e 35.574.096-6, bem como a restituição de valores já recolhidos a este título. Afirmou que o réu equivocou-se ao classificar distribuição de lucros aos seus sócios (escrituradas em Livro Caixa, com base em recibos individualizados) como pró-labore indireto; e também ao exigir-lhe escrituração contábil (Livros Diário e Razão), já

322 Disponível em

que, na condição de sociedade tributada pelo lucro presumido, não está obrigada a mantê-los. Causa valorada em R\$ 19.273,83, em junho de 2005. O MM. Juízo *a quo*, às fls. 225/9, julgou procedente o pedido, declarando a nulidade das aludidas NFLD's e extinguindo o crédito tributário respectivo. Da mesma forma, condenou o INSS a restituir os valores recolhidos, segundo os índices da taxa SELIC, e a pagar honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Em suas razões de apelo, de fls. 238/43, a Autarquia Previdenciária sustenta que a autora não apresentou Livro Diário e Livro Caixa durante os trabalhos de auditoria fiscal, nem Balanços Patrimoniais ou Demonstrações dos Resultados dos exercícios abrangidos pela fiscalização. Defende, neste passo, que a ausência de demonstração contábil das distribuições de lucro referidas na exordial induz à conclusão de que, em verdade, retratam remuneração paga aos sócios, daí caracterizando-se o chamado *pro-labore indireto*. Requer, ao fim, a inversão do ônus sucumbenciais ou, sucessivamente, caso mantido o mérito da sentença, a redução da verba honorária. (Grifou-se).

Voto:

(...)

DA CONTABILIDADE POR LUCRO PRESUMIDO

Analisando os autos, verifico que foram pagas pela autora parcelas aos sócios a título de distribuição de lucros, consideradas pelo Fisco como pró-labore, sobre o qual incide contribuição previdenciária, objeto da cobrança em questão. A Fiscalização procedeu à autuação tendo em vista que a empresa não mantinha escrituração contábil regular que comprovasse a real existência de lucros a ensejar a distribuição. Ou seja, o INSS entendeu que não se configuraria efetiva distribuição de lucros pois não restava comprovada a apuração desses lucros, já que a empresa não mantinha escrituração contábil regular.

Por sua vez, sustenta a autora que não estava obrigada a manter tal escrituração, tendo em vista que é contribuinte tributada pelo lucro presumido. Com razão a parte autora: como se sabe, o contribuinte que sofre tributação pelo lucro presumido não está obrigado à

manutenção de escrita contábil, mas tão-somente de Livro Caixa. (Grifou-se).

(...)

PRÓ-LABORE E DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS

Assim, uma vez que não está obrigado o contribuinte por lei a manter escrituração contábil, mas apenas Livro Caixa, o qual, de fato, foi apresentado pela autora, não é possível que justamente a ausência dessa escrituração fundamente a autuação fiscal. Aos sujeitos privados é dado fazer tudo que a lei não proíbe, pelo que não é possível que se exija do contribuinte que faça algo de que a lei expressamente o dispensa, sujeitando-o, caso contrário, à autuação e tributação.

Dessa forma, uma vez que valores recebidos a título de distribuição de lucros não configuram pagamento de natureza salarial, é ilegítima a incidência da contribuição social sobre esses valores. E, para a verificação da natureza desses valores lançados, basta que o contribuinte mantenha Livro Caixa discriminando contabilmente os lançamentos decorrentes do trabalho (pró-labore), sobre os quais incide a contribuição previdenciária, e os lançamentos referentes à distribuição dos lucros, tal como se verifica in casu (recibos de fls. 112/22). (...)

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao apelo e à remessa oficial. (Grifou-se).

Conclusão

Conforme anunciado na introdução o tema possui relevância e complexidade que justificam a reflexão.

No recorte de pesquisa realizado constatou-se produção legislativa benéfica às sociedades empresarias que optam pela tributação do lucro presumido e atuação dos órgãos de fiscalização no sentido inverso, emitindo autos de infração contestáveis administrativamente e judicialmente, sendo que as decisões na esfera administrativa tem sido favoráveis à União enquanto na via judicial observa-se o oposto.

A justiça fiscal é a base de uma sociedade que pretende fazer valer o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. E toda a sociedade deve se mobilizar nesta direção.

As instituições vinculadas à fiscalização e arrecadação de impostos tem papel muito importante e devem atuar sem descanso na busca deste precioso bem jurídico, sem qualquer viés político, exercendo sua função institucional que vai além da realização de suas tarefas técnicas com zelo e observância legal, para abarcar também o contato com a população, como um todo, disceminando informação sobre este assunto tão árido e maçante, fazendo a todos reconhecer sua importância na distribuição de renda e bem estar da população.

O envolvimento da sociedade organizada e informada é fundamental pois pressiona o legislador no sentido das suas necessidades, haja visto os avanços para coibir a corrupção motivados pelas manifestações de 2013.

No entanto, é importante conciliar interesses conflitantes, pois, na mesma medida de importância da arrecadação e distribuição de renda, está a necessidade da criação e fomento de um ambiente propício ao empreendedorismo que instimule o surgimento de empresas e negócios de pequeno e médio porte. Deve-se dar chance de sucesso e proteção à quem se dispõe a tal iniciativa, oxigenar o ambiente ao invés de sufocar com excesso de exação.

De todo o exposto há que se perseguir ambos bens jurídicos, segurança fiscal e justiça social, assim, buscar expansão do setor produtivo com aplicação de regras tributárias claras e ao mesmo tempo arrecadar parte da renda produzida, de forma justa, conforme legislação, para, posteriormente, permitir ao poder público devolvê-la à sociedade em forma de benefícios sociais aos nacionais de baixa renda, a fim de alcançar a paz social ao permitir o acesso, a todos os cidadãos, à moradia, alimentação, educação, cultura, justiça dentre outras necessidades.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Aloísio Flávio F. e WASILEWSKI, Luís Fernando. **II Seminário de Política Tributária**, Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminarioii/p03tributacaodarendadapessoajuridica.pdf>. Acesso em 04/05/2021.

SILVA, Fabio Pereira; PINTO, Alexandre Evaristo, **Gestão de Tributos Sobre o Lucro (IRPJ e CSLL) - Lucro Presumido e Arbitrado**. Editora Atlas, 1ª edição, 9 de janeiro de 2023.

SANTOS, José Luiz; SCHMIDT, Paulo. **Imposto de Renda das Empresas com Base no Lucro Presumido e Arbitrado - INTERPRETAÇÃO E PRÁTICA**. Editora Reader, 1ª edição, 24 de abril de 2020.

Conhecendo Planejamento Tributário – E-Book Sebrae. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi7gPHkILHwAhXyGLkGHeQxCHUQFjAAegQIAxAD&url=https%3A%2F%2Fwww.sebrae.com.br%2FSebrae%2FPortal%2520Sebrae%2FUFs%2FTO%2FAnexos%2F%5BeBook%2520SebraeBA%5D%2520Pagando%2520muitos%2520impostos%2520Conhecendo%2520Planejamento%2520Tribut%25C3%25A1rio.pdf&usg=AOvVaw0QVoiRdnEbQXI9VS83yG1r>. Acesso em 01/11/2022.

Perguntas e Respostas Pessoa Jurídica 2020 -IRPJ - Lucro Presumido. Disponível em <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf/perguntas-e-respostas-pessoa-juridica-2021-arquivos/capitulo-xiii-irpj-lucro-presumido-2021.pdf>. Acesso em 01/11/2022.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL

ITALO VALÉRIO AMÉRICO:

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG .

GLEIDY BRAGA RIBEIRO^[1]

(orientadora)

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 consagra o direito social à moradia, aí positivado em face da marcha desordenada que se deu, no país, do campo para as cidades, principalmente no século XX, que levou à inevitável degradação da *urbe* brasileira. Nesse cenário, adentrou-se no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da regularização fundiária urbana, normatizado pelas normas, Lei nº 13.465/17 e Decreto nº 9.310/18, que institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana. Essa regularização, dentre outras finalidades, tem impactado o aspecto econômico do país. Por conta disso, esse estudo teve o objetivo de analisar o impacto que a regularização fundiária possui para o desenvolvimento econômico regional. No campo metodológico, tratou-se de pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos e na legislação brasileira. Nos resultados, ficou constatado que se conclui que a Regularização Fundiária é um passo fundamental para o desenvolvimento da nação como um todo, permitindo o equilíbrio entre população ordenada e meio ambiente.

Palavras-chave: Imóveis urbanos. Regularização. Economia. Direito.

URBAN LAND REGULARIZATION AND REGIONAL ECONOMIC DEVELOPMENT

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 enshrines the social right to housing, positively in the face of the disorderly march that took place in the country, from the countryside to the cities, especially in the twentieth century, which led to the inevitable degradation of the Brazilian city. In this scenario, the Institute of Urban Land Regularization, normatized by the rules, Law No. 13.465/17 and Decree No. 9,310/18, which establishes the general rules and the procedures applicable to urban land regularization, was entering the Brazilian legal system. This regularization, among other purposes, has impacted the economic aspect of the country. Because of this, this study aimed to analyze the impact that land regularization has on regional economic development. In the methodological field, it was bibliographic research, based on books, scientific articles and Brazilian law. In the results, it was found that it concludes that land regularization is a fundamental step towards the development of the nation as a whole, allowing the balance between ordained population and the environment.

Keywords: Urban properties. Regularization. Economy. Right.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito à moradia. 3. Regularização fundiária: aspectos gerais. 4. Regularização fundiária e seus reflexos na economia. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A principal norma do Brasil – Constituição Federal de 1988 – traz em seu art. 6º, o direito social à moradia, consectário de seus fundamentos relativos à cidadania e à dignidade da pessoa humana, inscritos em seu art. 1, incs. II e III. A concretização deste direito, todavia, não é realizada de forma satisfatória. A urbanização do país se deu de forma desorganizada.

Malheiros e Duarte (2019) acentuam que em razão de políticas públicas que não conseguiram alcançar as mudanças sociais e populacional, aliado ao crescimento de irregularidades (loteamento clandestinos, invasão de áreas públicas e privadas, etc.) fizeram com que o cenário de urbanização se tornasse um caos. Na tentativa de resolver esse cenário, foi editada a Lei nº 10.257/2001, denominada de Estatuto da Cidade, que dentre outros aspectos, regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição. Com isso, verificava-se o intuito de se fixar diretrizes gerais de política urbana, a fim de corrigir problemas decorrentes da urbanização desordenada.

Dentre as diretrizes do EC, figura em seu art. 2º, inc. XIV, a da efetivação da regularização fundiária. A regularização fundiária é uma forma de Organização Habitacional diretamente envolvida no meio político, que envolve um procedimento administrativo de caráter técnico a qual abrange as medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, conforme o texto constitucional e o Decreto Lei nº 9.310/18 (BRASIL, 2018).

Uma das principais questões sociais a serem abordadas abrangem as problemáticas sociais relatadas nos últimos 30 anos no Brasil como desenvolvimento e economia tendo em vista que a Regularização Fundiária é um grande passo para o recolhimento de impostos e tributos, tais como Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e Imposto Predial sobre Território Urbano (IPTU).

Atualmente por volta de 50% dos imóveis no Brasil se encontram em situação irregular, previamente o Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR)¹, levantou dados e constatou essa grande problemática social. Estimasse que dos 60 milhões de domicílios populacionais do país, 30 milhões não possuem registro imobiliário, abrangendo todos os

tipos de classes sociais desde as classes de baixa renda até as de classe alta (MACEDO, 2020).

Neste diapasão, é necessário a intervenção do poder público para ter a iniciativa de regularização, visto que, é de responsabilidade da administração pública zelar por direitos fundamentais dos cidadãos, dado que tal adequação é importante para um melhor crescimento econômico regional e até mesmo estadual.

Diante disso, esse estudo teve o objetivo de analisar o impacto que a regularização fundiária possui na economia regional. Buscou-se nessa pesquisa relatar a influência que uma situação irregular pode afetar drasticamente a economia de uma região, além de citar medidas de solução.

2. O DIREITO À MORADIA

A moradia é sem dúvida um dos bens mais tutelados pelo cidadão, pois representa uma aspiração legítima inerente a qualquer pessoa. Além disso, a moradia não é apenas um direito garantido por lei, mas uma proteção social, dando ao indivíduo dignidade e soberania sobre a própria vida.

Desse modo, falar sobre moradia é falar sobre o ser humano. É uma extensão da sua vida íntima e social. É o que dá a ele uma base para convivência humana e para a sua sobrevivência.

Por ser tão importante para o homem, é preciso compreender o que seja uma moradia. Em termos conceituais, a moradia pode ser entendida, dentro de um aspecto social, como qualquer lugar em que o ser humano possa habitar, ou seja, um local onde o indivíduo se instala e 'vive' (ROUSSEAN, 2017).

Nas palavras de Freitas (2014, p. 02) moradia representa um direito a um padrão de vida digna e adequada. Não "se resume a apenas um teto e quatro paredes, mas ao direito de toda pessoa ter acesso a um lar e a uma comunidade, seguros para viver em paz, com saúde física e mental".

No aspecto jurídico, nos dizeres de Diniz (2022, p. 21) a moradia não deveria ser apenas o local de habitação não eventual do ser humano, mas um local em que "além de satisfazer suas necessidades básicas, fosse possível construir uma vida digna, ou seja, é preciso que o "lar, doce lar" seja efetivamente doce, não apenas um lar acridoce ou amargo."

Ainda sobre o seu conceito, Schreiber (2022) afirma que a moradia é vista de acordo com classes sociais distintas. Essa autora, explica, por exemplo, que para a classe baixa a

moradia representa um abrigo, um local onde se possa dormir e satisfazer suas necessidades básicas em geral.

Para a classe média, “a moradia está ligada a uma conquista a longo prazo, enquanto para a classe alta, mais especificamente, a habitação representa aplicação de capital, como materialização da riqueza e como um divisor de classes” (PINTO, 2016, p. 12).

Para se falar de moradia também é necessário discorrer a respeito de propriedade, pois ambos estão interligados e possuem como objeto o imóvel imobiliário, bem este bastante valorizado pelo cidadão, conforme já explicitado. Historicamente, a propriedade sempre esteve presente no cenário jurídico. Durante muito tempo era visto como um direito real mais amplo, podendo se estender no sentido de buscar, gozar e de dispor da coisa, de maneira absoluta, exclusiva e perpétua (GONÇALVES, 2019).

Com o passar dos tempos, a propriedade foi evoluindo “no sentido individual para o social. Antes, a “propriedade” e “individual” andavam lado a lado, conjuntamente identificando-se, mas com o correr dos tempos, a “propriedade” perdeu seu traço individualista e se torna social” (DINIZ, 2022, p. 28).

Conceitualmente, o direito de propriedade “foi concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível” (SILVA, 2015, p. 11). O seu conceito foi se desenvolvendo e evoluindo, chegando ao entendimento de ser uma “relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o que tem o dever de respeitá-lo”. (SILVA, 2015, p. 11).

O direito à propriedade apresenta, como seus elementos constitutivos o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar, conforme dispõe o art. 1.228, *caput*, do Código Civil de 2002. O direito de usar possibilita o proprietário a utilizar a coisa como queira, sem a interferência de terceiros, desde que respeite a limitação da norma.

Quanto ao direito de gozar ou usufruir (*jus fruendi*), que, de acordo com Tartuce (2022, p. 701) relaciona-se ao “direito de auferir os frutos da coisa, que podem ser naturais, industriais ou civis, este último entendido como os rendimentos”. O elemento dispor da coisa (*jus abutendi*) é a faculdade do proprietário em transferir a coisa, gravar ônus ou vendê-la a qualquer título, observando a função social da propriedade.

E por fim, tem-se o direito de reaver (*rei vindicatio*) que está ligado “à proteção jurídica dada ao domínio da coisa, o que confere ao proprietário reavê-la de terceiro que injustamente a detenha” (TARTUCE, 2022, p. 96).

Ainda dentro do assunto referente à propriedade é importante mencionar a sua função social. No texto constitucional, a função social da propriedade pode ser vista nos seguintes artigos: art. 5º, inciso XXIII, art. 170, inciso III, art. 182, § 2º, art. 184 e art. 186. Essa função social da propriedade remete-se a ideia de que o seu exercício não é mais visto apenas como algo particular de um indivíduo, mas sim na atenção aos interesses gerais da coletividade em detrimento dos interesses particulares. Dessa forma, a propriedade funcionalizou-se socialmente (PINTO, 2016).

Paralelo ao surgimento do direito da propriedade emergiu no âmbito jurídico o direito à moradia. Consagrado o direito à propriedade (um bem imóvel), era necessário reconhecer o direito à moradia dessa propriedade.

O direito à moradia tem em seu processo histórico a raiz nos direitos sociais. Como descreve Gonçalves (2019, p. 33) “os direitos sociais, conhecidos como os direitos de segunda geração, foram consagrados como direitos fundamentais, na passagem do Estado Liberal”.

Desse modo, o direito à moradia é um direito humano protegido não só pela Carta Magna como também por diversos Instrumentos Internacionais do qual o Brasil é parte. Primeiramente, encontra-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXV estabelece que todo indivíduo tem direito a “um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis” (ONU, 1948).

Passados esses elementos históricos e legislativos a respeito da moradia, dentro da sua matéria existe uma situação particular que também se encontra lecionada e que é o tema central deste estudo: a regularização fundiária. E é sobre esse tema que será analisado no tópico seguinte.

3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: ASPECTOS GERAIS

Para melhor entendimento sobre esse instituto é preciso conceitua-lo. Inicialmente o termo regularização deriva do verbo regularizar e que significa organizar. Desse modo, entende-se que regularização denota a ideia de desenvolvimento de organizar algo. Como explica Diniz (2022) a regularização é uma forma de organizar algo que por algum motivo se encontra em desconformidade com as normas e regras que as regulamentam.

Já o termo fundiário, se trata de um vocábulo que agrupa terras, lotes, loteamentos, latifúndios, minifúndios dentre outros. Na junção dos dois termos, Silva (2015) afirma que se tem então a concepção de Regularização Fundiária, que irá abranger a devida adequação de terrenos irregulares às normas de urbanização sendo ela urbana ou rural.

Em suas palavras, Tartuce (2022) nos explica que a regularização fundiária se baseia em um conjunto de procedimentos administrativos ligados diretamente a administração pública, pois geralmente é o poder público municipal que dá o passo inicial para que o devido procedimento de organização populacional.

Em um conceito mais amplo, cita-se:

Regularização fundiária é um processo conduzido em parceria pelo Poder público e população beneficiária, envolvendo as dimensões jurídica, urbanística e social de uma intervenção que, prioritariamente, objetiva legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e, acessoriamente, promove melhorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento, bem como incentiva o pleno exercício da cidadania pela comunidade sujeito do projeto (MALHEIROS; DUARTE, 2019, p. 05).

No ordenamento jurídico, primeiramente é preciso mencionar o Estatuto da Cidade que é um emaranhado conjunto de normas jurídicas que está diretamente ligada sobre a função social da propriedade (em novo entendimento do princípio individualista disposto no código civilista) e da gestão democrática, outro princípio da Carta Magna (PINTO, 2016).

A promulgação do Estatuto da Cidade, em termo legislativo, se deu propriamente em 2001, ou seja, 13 anos após a Constituição que o trouxe no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 10.257/2001 é a que traz todas as regras e normativas referentes ao Estatuto da Cidade, apresentando os seus principais aspectos.

De acordo com Medeiros et al. (2020), o maior destaque ocorrido pela entrada em vigor desse Estatuto, para o campo do Direito Administrativo foi o agrupamento de instrumentos de gestão que auxiliam a manutenção da ordem pública, especialmente no aspecto da urbanização, em alinhamento com as diretrizes constitucionais.

O Estatuto da Cidade prevê alguns instrumentos destinados à regularização fundiária de imóveis e regiões, para cumprimento das diretrizes e objetivos expressos nos seus artigos iniciais. Para melhor entendimento desse instrumento, destaca-se a seguir os principais instrumentos dentre aqueles trazidos pela norma.

QUADRO 1 – Instrumentos de regularização fundiária

INSTRUMENTO	DESCRIÇÃO
Zonas especiais de interesse social	<p>Conforme autorizado pelo Estatuto da Cidade (artigo 4º, inciso V, alínea "f"), os Municípios podem criar, para atender à sua Política Urbana, zonas especiais de interesse social (ZEIS). Têm como principal objetivo garantir o direito de habitação regular. Só podem ser implementadas em localidades nas quais, de acordo com o conjunto das normas de política urbana dos municípios, é permitida a moradia. As regras de uso, ocupação do solo e de obras nessas regiões são específicas, diferentes das regras gerais do município.</p>
Direito Real de Uso	<p>O Poder Público Municipal concede a certa comunidade, que já ocupa terras públicas, o direito real de uso daquele espaço. Ou seja, a fim de garantir a habitação social regular e digna, bem como a atração de infraestrutura e melhorias colaterais, o Município pode firmar com determinado grupo de pessoas a cessão do uso do terreno público ocupado.</p>
Usucapião especial de imóvel urbano e usucapião coletiva	<p>A usucapião especial visa à garantia da moradia digna, de interesse social. Por isso, há uma flexibilização dos requisitos nessa modalidade e ela incide sobre imóveis menores e posseiros também em condições de vida mais simples. Na usucapião urbana coletiva, a área será adquirida pela coletividade, mas será mantida em condomínio, com a designação, pelo juiz, de iguais frações ideais do terreno a cada condômino,</p>

	<p>independentemente da parcela que, realmente, cada um deles ocupar do terreno.</p>
<p>Limitações administrativas, servidões administrativas, tombamento e desapropriação</p>	<p>As limitações administrativas são restrições gerais, significando imposições unilaterais e gratuitas da Administração sobre um particular, ou um grupo de particulares, que restringem o pleno exercício da propriedade sobre bens (normalmente imóveis). A desapropriação é a mais drástica das medidas, que é a apropriação de bem particular, pelo Poder Público, a partir da declaração prévia de que aquele bem tem certa utilidade pública. A servidão administrativa, o Poder Público impõe o ônus real da servidão em algum imóvel particular, isto é, impõe alguma restrição ao pleno exercício da propriedade nesse bem, para que seja assegurada realização de obra, serviço público ou utilidade pública, de maneira geral. O tombamento visa à conservação do patrimônio histórico e artístico nacional. Geralmente são tombadas construções como casas, prédios, igrejas, ruas, esculturas, monumentos públicos e outros, quer sejam culturais, artísticos e/ou históricos, compondo a identidade de um povo ou lugar.</p>
<p>Unidades de conservação</p>	<p>A partir da instituição de zonas de conservação, o município delimita áreas verdes que devem ser protegidas e que terão, tal como ocorre nas zonas especiais de interesse social, regras de uso e ocupação do solo diferenciadas.</p>

--	--

Fonte: Brasil (2001)

Posteriormente, teve-se a Lei nº 11.977, de 2009, que possui o mérito de concretizar previsão genérica do Estatuto da Cidade, tornando-se modo efetivo de acesso ao direito à cidade e à moradia, delimitando os tipos de assentamentos a serem regularizados e disponibilizando novos instrumentos para a regularização considerada de interesse social (BRASIL, 2009).

No entanto, em 2016, teve-se a MPV nº 759, que revogou o Capítulo III da Lei nº 11.977, de 2009. Ao cabo de estudos de prós e contras da MPV, esta foi convertida na Lei nº 13.465, de 2017. Atualmente, a regularização fundiária também se encontra normatizada pela Lei nº 9.310/2018.

Conforme o art. 1º, ficam instituídos as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana - Reurb, a qual abrange as medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação dos seus ocupantes (BRASIL, 2018).

Aurélio e Silva (2021) acentua que a regularização fundiária é um assunto amplo e aberto, multidisciplinar, que comporta muita reflexão. A autora acredita que as novidades introduzidas pela Lei nº 11.977/09 e que agora avançam com a Lei nº 13.465/17 e Decreto nº 9.310/18 certamente contribuirão para minimizar parte do problema existente sobre as irregularidades fundiárias.

4. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E SEUS REFLEXOS NA ECONOMIA

É notável que a falta de regularização de imóveis traz consigo fatores críticos sociais, tais como a falta de valorização do imóvel e até mesmo do próprio bairro, a precariedade de saneamento básico, e até mesmo a segurança pública (SILVA, 2018).

Destaca-se também nesse cenário, que o Desenvolvimento Social também está amplamente conectado com a regularização fundiária, tendo em vista a sua conexão direta relacionada ao crescimento econômico. Silva (2018) afirma que o desenvolvimento social é um conjunto de fatores amplamente conectados, fatores estes já previstos em Lei Federal, e que para a devida efetivação do desenvolvimento é imprescindível a regularização fundiária tendo em vista a impossibilidade de investimentos públicos e privados sem a devida segurança jurídica.

Importante mencionar, que ligado ao Desenvolvimento Social, a Lei nº 13.465/2017 em seu art. 9º §1º, traz os princípios ligados a regularização fundiária que está diretamente

ligada ao desenvolvimento econômico. No primeiro princípio, tem-se a sustentabilidade econômica.

Ao discorrer sobre esse princípio, Amanajás (2018) explica que a igualdade quanto aos núcleos urbanos informais, faz-se a realocação dos moradores de classe baixa aos grandes núcleos formais, de tal forma que a população de baixa renda não seja obrigada a encontrar moradia em favelas e loteamentos irregulares e de grande risco, evitando assim o desequilíbrio socioeconômico.

Adiante a conseqüente economia regional atual, a Regularização Fundiária não pode apenas ser vista com o exclusivo escopo de garantir segura moradia para os menos favorecidos. Ela se mostra como instrumento fundamental para o desenvolvimento econômico da nação como um todo, prevenindo diretamente o crescimento desordenado (AMANAJÁS, 2018).

Outro princípio encontrado é a ordenação territorial. Neste, compete a União elaborar projetos de ordenação territorial. No caso, trata-se do Plano Diretor Municipal, que deverá ser um projeto obrigatório para centros urbanos com mais de 20 mil habitantes (distrito de aproximadamente 5 mil habitantes também se faz necessário) evitando problemáticas sociais (MACEDO, 2020).

Após a aprovação do plano diretor e devidamente colocado em prática e que a propriedade urbana cumpre sua função social, atendendo de fato às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressamente descritas no plano diretor, incluindo o núcleo informal no trilho do desenvolvimento econômico e social (MACEDO, 2020).

Tem-se também o princípio da ocupação eficiente do solo. Esse princípio compreende alguns interesses, tais como desenvolvimento sustentável, econômico, e parcelamento adequado do solo e também busca relaciona-se com interesses públicos e privados, como por exemplo a utilização de forma harmônica de recursos naturais, como vegetação nativa, córregos, nascentes e rios (AMANAJÁS, 2018).

Novamente o plano diretor se destaca, pois é quesito importante para ocupação eficiente do solo, instrumento básico da política urbana dos municípios, tendo por função promover o adequado ordenamento territorial, bem como o eficaz desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, de acordo com o planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo.

Vale ressaltar que é de total responsabilidade do município criar a legislação para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices

urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, nos termos do § 1º Art. 4º da Lei Federal 6.766/79 que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

Como em praticamente todas as áreas sociais, a economia está totalmente interligada, na Regularização Fundiária. Nesse ponto, vários estados Brasileiros após adotar o sistema de regularização REURB (Regularização Fundiária Urbana) notaram de fato o desenvolvimento financeiro regional (VIEIRA; KEMPFER, 2021).

O estado de Minas Gerais, por exemplo, motivada pela Lei nº 13.465/17 superou as próprias metas com a implantação da REURB, com o investimento de aproximadamente R\$ 60 milhões de reais que foram destinados diretamente aos municípios que tiveram interesse na regularização (VIEIRA; KEMPFER, 2021).

A exemplo disso, cita-se a conclusão trazida pelo Banco do Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG (2022):

A atual gestão tem se destacado na atração de investimentos e na criação de empregos. De 2019 até junho de 2022 foram atraídos R\$236 bilhões em investimento, valor referente à atração de 474 projetos que estão sendo instalados em 137 municípios mineiros. O montante atraído até o momento ultrapassou em 57% a meta estipulada, que era de R\$150 bilhões para os quatro anos de gestão (BDMG, 2022).

Como destacado o trecho acima, o investimento de R\$ 60 milhões proporcional grandes resultados no estado, com retornos acima do esperado pelo governo, estima-se que o desenvolvimento nessas regiões tende a melhorar ainda mais com o passar dos anos.

Outro quesito importante é o recolhimento de impostos e tributos municipais, que contribui ainda mais para o avanço econômico, como o ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis). Este imposto só se deve a Imóveis regulares que possuem registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca, diferente do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) que independe de registro imobiliário, mas que é um tributo que financia o desenvolvimento estatal (VIEIRA; KEMPFER, 2021).

Continuando, justifica-se que segurança jurídica (e não o contrário) será gerada pela RF por permitir a quem alcança a propriedade ter uma representação confiável da sua condição (matrícula expedida pelo Registro de Imóveis), passando a ter disponível melhores condições de exercer seus direitos (maior disponibilidade de bens no mercado formal contribuirá para a diminuição da especulação imobiliária (quanto maior a oferta,

menor o custo dos imóveis), maior acesso ao crédito, mais arrecadação etc. (MALHEIROS; DUARTE, 2019).

Ademais, em que pese a realidade estabelecida, é preciso sempre buscar o cumprimento e a observância dos meios normais (ordinários) de se alcançar a formalidade jurídica (loteamentos, incorporações etc.).

É preciso focar na prevenção, concentrando esforços para viabilizar as regularizações ordinárias e evitar a propagação de situações clandestinas. Isso envolve uma efetiva fiscalização direta pelo Poder Público Municipal, Ministério Público e por toda a sociedade, denunciando casos de desrespeito ao regramento vigente, e indireta pelos serviços notariais e registrais, através da qualificação dos títulos apresentados.

Com efeito, o caminho da normalidade é o que deve ser perseguido com o escopo de que as regularizações extraordinárias não se tornem a regra.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A moradia representa um dos grandes alicerces para o equilíbrio psicológico, mental e social do indivíduo, pois desde os primórdios da humanidade, representa uma necessidade fundamental para aqueles que possuem baixa renda – que é a grande maioria.

O grande problema da falta de moradia para tantos cidadãos, além de proceder de um passado histórico, é fruto não só de ausência de políticas públicas, mas, também de uma política que sempre esteve voltada para os interesses individuais, deixando de lado os menos favorecidos, burlando, assim, todos os tratados internacionais e os direitos sociais garantidos pela Carta Magna.

O direito à moradia digna foi reconhecido e implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, foi recepcionado e propagado na Constituição Federal de 1988, por advento da Emenda Constitucional nº 26/00, em seu artigo 6º, caput. Integra-se à moradia ao rol de direitos sociais fundamentais, legitimando uma aspiração natural de todo indivíduo.

Dentro dessa seara, o presente trabalho buscou discorrer sobre um aspecto do direito de moradia: a regularização fundiária. Quando se percebeu a real importância da titulação da terra no Brasil, legislações foram adaptadas para a recepção do fenômeno social que permitiu que muitos cidadãos ficassem à margem do sistema; a Regularização Fundiária sempre pretendeu alterar este panorama, reincorporando-os.

A dignidade da pessoa humana não autoriza mais que parcela significativa da população seja mantida na clandestinidade, na incerteza. A regularização fundiária traz ainda como benefício, o de mitigar a manipulação da população envolvida, retirando dela a opção de escolher, pela sua própria vontade, o seu destino. A titulação e o alcance da propriedade oportuniza maior liberdade aos cidadãos beneficiados.

O espírito da lei é o de agregar, de trazer, de recepcionar, de aceitar, de permitir que o cidadão que já tem sua moradia possa alcançar o status de ser proprietário. Contratações já ocorriam no mercado informal (sem respaldo algum do Estado e permitindo toda ordem de problemas), mas agora elas poderão acessar o sistema jurídico adequado para alcançarem a proteção esperada.

A respeito da discussão central deste estudo, o estudo desse tema demonstrou brevemente em números o quanto a regularização ainda está serena em nosso território, mas ao mesmo tempo demonstrando a evolução do Estado de Minas Gerais, faz-se necessário o olhar mais atencioso dos Legisladores em criar normas que de fato podem ser alcançadas por todos de forma simples e econômica para a população em geral, e quanto ao executivo pôr em prática a lei atual criando um plano diretor para todos os núcleos urbanizados, sanando várias problemáticas sociais que tanto afeta a população.

Os princípios que regem o assunto são bem claros quanto a importância de tal organização social, os princípios elucidam a economia, desenvolvimento social e qualidade de vida.

Portanto, conclui-se que a Regularização Fundiária é um passo fundamental para o desenvolvimento da nação como um todo, permitindo o equilíbrio entre população ordenada e meio ambiente.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMANAJÁS, Roberta. **Direito à cidade, cidades para todos e estrutura sociocultural urbana**. Trabalho entregue ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Brasil, 2018.

AURÉLIO, Bruno; SILVA, Renan. **Sustentabilidade Econômica e Social** In: POZZO, Augusto. O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021.

Banco do Desenvolvimento de Minas Gerais (BDMG). **60 milhões para municípios realizarem regularização fundiária**. 2022. Disponível em: <https://www.bdmg.mg.gov.br/bdmg-reurb-r-60-milhoes-para-municipios-realizarem-regularizacao-fundiaria/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993; [...] a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.310, de 15 de março de 2018**. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm. Acesso em; 25 abr. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. 4º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

FREITAS, Helder. **Direitos sociais: Direito à moradia**. 2014. Disponível em: <https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitossociaisdireitoamoradia> Acesso em: 27 abr. 2023. Jur

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 1: Parte geral**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MACEDO, Paola. **Princípios e Objetivos da Regularização Fundiária**. In: MACEDO, Paola. Regularização Fundiária Urbana e Seus Mecanismos de Titulação de Ocupantes. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020.

MALHEIROS, Rafael Taranto; DUARTE, Clarice Seixas. **A dimensão jurídico-institucional da política pública da regularização fundiária urbana de interesse social e a busca de sua efetividade**. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 5(3), 1093–1115; 2019.

MEDEIROS, Sandra Batista; GONÇALVES, Luciana Márcia; MONTEIRO, Luzia Cristina; PORTES, Filipe Augusto. **Os efeitos da extinção do ministério das cidades sobre a política urbana no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Urbanístico | RBDU, Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 10, p. 401–412, 2020.

PINTO, Cristiano Vieira Sobra. **Direito Civil**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROUSSEAN, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Leme: Edijur, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. 5º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2022.

NOTA:

[1] Doutora em Direito Constitucional; Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: gleidy.braga@unirg.edu.br.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL NO DIREITO DE IMAGEM

RICARDO LUCAS RODRIGUES:
Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG³²³.

VANUZA PIRES DA COSTA³²⁴

(orientadora)

RESUMO: No Direito, o direito de imagem está consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos X e XXIII, alínea 'a', e está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, também está previsto no Código Civil em seu artigo 11 e seguintes. Tal direito se caracteriza como uma projeção da personalidade física do indivíduo no mundo exterior. Quando há uma violação ao direito de imagem, como ocorre no caso de uma autorização para a veiculação da imagem não for permitida, ou não sendo feita de forma apropriada, há o direito de indenização pelo uso de imagem alheia sem a devida autorização. Nesse caso, cabe adentrar no Judiciário através do dano moral, que representa a humilhação e a ofensa ao indivíduo que tem sua imagem arranhada. Frente a esse cenário, o presente estudo teve como objetivo analisar os principais assuntos concernentes ao direito de imagem e ao dano moral. Assim, com base nesse tema foram abordados aspectos à imagem, como seu conceito, sua normatização, suas características e os posicionamentos jurisprudenciais a respeito do seu tema. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, pode-se afirmar que quando a imagem de terceiro é prejudicada, é plenamente possível a aplicação do instituto do dano moral.

Palavras-chave: Dano Moral. Direito de Imagem. Possibilidade.

THE POSSIBILITY OF APPLICATION OF THE INSTITUTE OF MORAL DAMAGE TO THE RIGHT OF IMAGE

ABSTRACT: The crime of money laundering is understood as the conduct of the criminal to hide or conceal the product of the crime. Nowadays it is a crime widely committed,

323 E-mail: ricardolucas802@gmail.com

324 Mestra em Direito. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG e Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: vanuzapires.adv@gmail.com.

especially by politicians, by great entrepreneurs and gangs. This crime is based on Law No. 9,613/98 being partially amended by the current Law No. 12,683/12. In recent years, various ways of combating the practice of this crime has been discussed, among which the award-winning denunciation stands out. Given this, the present study aimed to discuss the effectiveness of the award-winning denunciation in combating the crime of money laundering. This theme was sought to establish the impact that the award-winning denunciation can lead to the identification and development of this crime. In the methodology, it was a literature review. Data collection took place in the search for database, such as Google Academic, Scielo, among others; between March and April 2023. In the inclusion criteria, we sought to find scientific works that would discuss the respective theme. In the results, it was understood that after the edition of Law nº. 12.683/2012, there was a reformulation of the awarded denunciation in the crime of money laundering, since notably the award was stipulated as a possibility to be determined according to the discretion of the judge, and not with the certainty of the applicability of some benefit to the employee. Notably, such a modification gives greater strength to the agreement with the whistleblower, in such a way that it ends up being required better efficiency of the denunciation.

Keywords: Moral damage. Image rights. Possibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito de imagem: aspectos gerais. 3. O dano moral: síntese geral. 4. O dano moral no direito de imagem: possibilidade jurídica. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A imagem de um indivíduo é um dos direitos mais tutelados por ele, pois o ser humano tende a se identificar perante a sociedade por meio da sua imagem. Desse modo, estudar a imagem é tão importante quanto estudar a personalidade, uma vez que ambos estejam interligados e constitui a formação do ser humano enquanto um ser de direitos.

Incluído no rol dos Direito da Personalidade, o direito à imagem vem insculpido na Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso X, que assegura não só a inviolabilidade à honra e imagem como, também, prevê o direito de indenização face à sua violação (BRASIL, 1988).

No entanto, quando essa imagem não representa aquilo que o indivíduo espera ou que fere a sua dignidade surge no direito o dano moral. O Dano Moral vem a ser todo e qualquer prejuízo causado indevidamente ao indivíduo. Tal instituto já se encontra consagrado no regimento pátrio (COELHO, 2018).

O direito de imagem nas últimas décadas foi revestido de grande importância, principalmente, pela atribuição econômica que lhe foi conferida. Nesse sentido o próprio Superior Tribunal de Justiça, em outubro de 2009, editou a súmula nº 403 que trata da indenização pela publicação não autorizada, onde aduz que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

No decorrer de sua análise procurou-se responder: qual o enquadramento do dano moral no âmbito do Direito de Imagem? Desse modo, o presente estudo teve por objetivo explorar o direito de imagem, e se há a possibilidade de cabimento de Dano Moral no caso de violação a este direito.

A abordagem foi bibliográfica, com abordagem doutrinária de autores conceituados para a fundamentação dos posicionamentos.

2. O DIREITO DE IMAGEM: ASPECTOS GERAIS

Um dos bens mais tutelados pelo indivíduo é a imagem. Como acentua Loureiro (2015) a imagem de uma pessoa representa não apenas a sua concepção física, mas a sua personalidade, a sua autoestima, o reflexo que se quer passar para si e para outros.

Conceitualmente imagem é um termo oriundo do latim *imāgo* e que se refere à figura, representação, semelhança ou aparência de algo. É ainda um aspecto particular pelo qual um ser ou um objeto é percebido; cena, quadro (AFFONSO, 2021).

Tepedino e Silva (2020) destaca que a imagem é um agrupamento de coisas, não ligada necessariamente apenas a roupas ou estilo. A construção da imagem envolve tanto os aspectos estéticos, como a aparência física, o corte de cabelo, estilo de se vestir, etc., como também aspectos comportamentais, que envolve desde a comunicação verbal, como também a comunicação não-verbal (a forma de se gesticular, nos comportamos, etc.).

Schreiber (2022) por sua vez afirma que a imagem fala por si só. Ela comunica o tempo todo quem é e o que se quer. Quando utilizada corretamente, acaba por representar um aspecto positivo para somar as competências e habilidades de cada indivíduo.

Sendo assim, a imagem é de enorme importância para um indivíduo. Palmeira (2014 apud AZEVEDO, 2019, p. 12) em sua obra *Etiqueta Empresarial e Marketing Pessoal*, afirma que quando se constrói a imagem com charme e inteligência, ganha-se segurança e com isso pode-se comunicar melhor com outras pessoas. O que o autor deixa claro é que a imagem é tão importante para o aspecto pessoal quanto profissional. No mercado de trabalho, por exemplo, a imagem traz um diferencial para identificar um profissional.

Tão importante a imagem para um indivíduo que o Direito a considera como uma garantia de proteção, justamente por fazer parte da integridade e dignidade de cada um. Inicialmente, o Direito de Imagem é ligado sobretudo, a algo privado, particular. Essa concepção, como explica Azevedo (2019) se deu somente no século XIX, em razão dos avanços técnicos oriundos dos processos fotográficos, que ajudaram a reprodução das imagens.

Loureiro (2015) cita que o surgimento da fotografia em 1829 por Nicéphore Niepce, aperfeiçoada por Luís Jacobo Mandé Daguerre, foi um marco decisivo para essa temática, uma vez que para se retratar uma pessoa, presumia-se que ela consentisse. Com isso surgiram as primeiras normativas sobre a tutela da imagem. O autor menciona como exemplo, a Lei alemã de Fotografia de 10.1.1876, a Lei belga de Direito do Autor de 22.3.1886 e a Lei japonesa de Direito Autoral de 4.3.1899.

No campo brasileiro, o marco inicial legislativo sobre a garantia e proteção da imagem se deu pela Lei Eleitoral nº 496/1898, no qual estava ligada diretamente ao direito do autor. No seu texto, mais precisamente no art. 22, tinha-se os limites a esse direito, ao conferir ao retratado, direitos mais fortes do que os reservados ao retratista (AZEVEDO, 2019).

No Direito Civil, no Código de 1916, também se encontrava do direito de autor (art. 666, X). Ao explicar sobre o texto normativo dessa Lei, Gagliano e Filho (2022) afirmam que a tutela era destinada ao autor do retrato, cabendo oposição da pessoa retratada ou de seus sucessores à reprodução ou exposição pública.

Posteriormente, no Código Civil de 2002 trouxe uma noção de autorização, por meio do seu art. 20. Tartuce (2022) exemplifica o presente artigo dizendo que só a captação já é o suficiente para poder ter o consentimento do seu titular, haja vista que se teria uma *presumptio hominis* de que a fixação fotográfica da imagem se destina à posterior reprodução. Por essa razão, é necessário que se tenha o direito de autorizar, e negar, a captação de sua imagem. A divulgação ou reprodução constitui extensão de uma lesão já ocorrida.

Desse modo, atualmente, o Direito à imagem se dá antes mesmo de qualquer divulgação, sendo protegida já na mera captação da imagem. A tutela deste direito, conforme palavras de Tartuce (2022) cairia na possibilidade de um indivíduo se opor à exposição de retrato ou fotografia de sua própria imagem sem a devida autorização. Somente o indivíduo é que pode decidir autorizar ou não a sua própria imagem por e para terceiros.

No entanto, salienta Silveira (2022) que há exceção a esse direito. No próprio texto do art. 20 do códex civilista, traz a abertura de uso de imagem de uma pessoa nas situações

onde se configurar necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Em outra exceção, tem-se o chamado consentimento tácito ou presumido, que nos dizeres de Silveira (2022) esse tipo de consentimento se traduz na prática que uma pessoa realiza a um ato incompatível com o desejo de recusa. Em outras palavras, o seu comportamento leva o interlocutor a crer que se permite a concretização daquele ato.

Silveira (2022) aponta por exemplo, o consentimento tácito quando uma pessoa comparece em público em companhia de uma pessoa ilustre ou famosa. Com esse ato, esse indivíduo sofre uma limitação do seu direito à imagem decorrente de sua notoriedade.

De toda forma, é imperioso assegurar que independentemente do nível de fama ou popularidade de uma pessoa, ela possui o direito de ter protegida a sua imagem de acordo com sua convicção. O direito de imagem nesses casos, não tem base a nenhuma restrição pessoal, ou seja, não se vale de sua condição social ou financeira para ser requerido e protegido.

Continuando, no campo legislativo encontra-se a Constituição Federal de 1988. No texto constitucional, em seu art. 5º inciso X tem-se: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Com base nesse trecho, destaca-se o termo violação. Schreiber (2022) aponta que a proteção da imagem nasce através de uma violação. Por conta disso, o autor enfatiza que o consentimento é o elemento principal quando se fala em imagem e direito.

A violação nesses casos está ligada a um fato que venha a desabonar um indivíduo. É o desrespeito máximo da dignidade e personalidade de uma pessoa. Quando a imagem é utilizada para prejudicar um terceiro, emerge para o campo jurídico o direito a reparação. E isso se dá através do instituto do Dano Moral, que será explicado a seguir.

3. O DANO MORAL: SÍNTESE GERAL

A dor psicológica (ou até mesmo física) gerada em pela ação de um terceiro é também tutelado pelo Direito brasileiro. Nesse sentido, qualquer pessoa que venha a sofrer um abalo emocional em decorrência de um prejuízo causado por outrem, tem no campo jurídico, o direito a ser ressarcido. Nesse cenário, estar-se a falar de Dano Moral.

Nas palavras de Gomes (2020) o dano moral remete a ideia de prejuízo, de injustiça. É a ofensa aos interesses particulares (e não patrimoniais) de uma pessoa, atingindo-o de

tal forma que não se vislumbra outra alternativa que não seja a busca por justiça e reparação.

Para Franceschet (2019) o dano moral fere a integridade e dignidade do ofendido, não lesando seu patrimônio, mas atingindo os direitos da personalidade, como a honra, intimidade, a imagem, o bom nome, etc. Tal ato é tão grave que gera ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Do mesmo modo, Vieira e Marques (2022) acrescentam que com a conduta delituosa de terceiro, há o surgimento de prejuízos morais à vítima, face à violação de direitos inerentes à sua personalidade, tais como dignidade, autoestima, imagem e integridade psíquica, suficientes para configurar dano moral, a ser indenizado em valor compatível com a gravidade de sua conduta e a repercussão dos danos sofridos pela vítima.

Nota-se que o dano moral sempre estará ligado a um estado psíquico da pessoa, causando-lhe muita dor e sofrimento além de depressão, angústia, tristeza profunda, amargura, humilhação, vergonha pública, dentre outros sentimentos.

Cabe lembrar, que assim como a imagem, a honra (subjetiva ou objetiva), a dignidade e a integridade física são direitos da personalidade que, ao serem lesionados, ensejam reparação pecuniária, independentemente de prova de sofrimento, sendo as provas aptas capazes de comprovar o nexo de causalidade entre as condutas em comento do réu e o dano delas decorrente (VIEIRA; MARQUES, 2022).

Demétrio e Bensusan (2019) informam que o valor fixado, a título de dano moral, deve levar em conta o dano e a sua extensão, a situação do ofendido e a capacidade econômica do ofensor, sem que se torne causa de enriquecimento ilícito do ofendido, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Cordeiro (2017) explica que sucede que os danos materiais, devem ser medidos pela extensão dos danos, nos termos do art. 944, caput, do Código Civil. Para a valoração do dano moral devem ser considerados os danos sofridos em decorrência da conduta reprovável, bem como a condição econômico-financeira do agente causador do dano.

Corroborando com o supracitado autor, Schreiber, Tartuce e Simão (2021) afirmam que o valor indenizatório deve trazer a vítima algum alento no seu sofrimento, bem como repreender a conduta do seu ofensor. Logo, a soma não pode ser tão grande que se converta em fonte de aumento patrimonial indevido ao lesado, nem inexpressiva a ponto de não servir ao seu fim pedagógico.

É o que assegura a seguinte jurisprudência:

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.** CANCELAMENTO INDEVIDO DE CONTRATO. CONTA DA REDE SOCIAL INSTAGRAM. UTILIZAÇÃO PARA FINS PROFISSIONAIS. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. **No arbitramento do valor da indenização para compensar os danos morais devem ser observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a função punitiva e pedagógica da condenação e o potencial econômico do ofensor.** 2. Nos termos da Súmula nº 326 do colendo Superior Tribunal de Justiça, "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca." 3. Apelação conhecida e parcialmente provida. Unânime. (07065852920228070020 - (0706585-29.2022.8.07.0020 - Res. 65 CNJ). TJDF. 3º Turma Cível. Relatora: FÁTIMA RAFAEL. Data de Julgamento: 12/04/2023. Publicado no DJE: 19/04/2023). (grifo meu)

Importante destacar que no campo do dano moral, a simples lesão à honra não se traduz automaticamente na tutela jurídica, mas sim, o dano que a ofensa tenha causado ao espírito do ofendido, ou seja, a gravidade e o resultado da lesão que permite buscar o direito à indenização por danos morais (TARTUCE, 2022).

No campo legislativo, esse instituto pode ser encontrado principalmente na Constituição Federal de 1988 que em seu art. 5º, nos incisos V e X, deixa claro que é assegurando o direito de resposta, similar ao dano, e ainda o direito a indenização por prejuízo material, moral ou à imagem. No inciso X, o constituinte deixa claro que a imagem das pessoas é um direito inviolável, assegurando-lhes o direito a indenização pelo dano moral em razão de sua violação (BRASIL, 1988).

Já o Código Civil Brasileiro (2002) no seu art. 186 traz a previsão legal do dano moral. Além deste, tem-se o já citado art. 944 que normatiza que a indenização é medida pela extensão do dano.

Frente ao exposto, nota-se que o dano moral está ligado a qualquer lesão que venha causar dor e sofrimento à vítima em razão de uma lesão sofrida por um terceiro. Em alguns casos ele pode ser aplicado, como em outros não. A respeito da sua ligação com o Direito a imagem, discute-se no tópico seguinte.

4. O DANO MORAL NO DIREITO DE IMAGEM: POSSIBILIDADE JURÍDICA

O Direito de imagem está ligado à personalidade de uma pessoa. No entanto, esse direito pode ser violado. Conforme explana Azevedo (2019) ocorre a violação do direito de imagem quando há o uso não autorizado, e está previsto em lei quando ocorre em duas situações: o uso não voluntário e o uso não voluntário para motivos torpes, sendo ambas as situações passíveis de sanções graves.

Lucena (2019) menciona que “sabe-se que aos veículos de informação é resguardado o direito de divulgar fatos ocorridos no cotidiano, emoldurando a vida em sociedade, sem que daí derive qualquer ofensa aos envolvidos”, se não se identifica abuso no direito de imagem.

Em razão disso, Moncau (2020) assegura que o uso indevido de imagem alheia dá lugar ao dano moral se e quando esta for utilizada de forma humilhante, vexatória, desrespeitosa, acarretando dor, vergonha e sofrimento a seu titular ou a seus familiares.

Portanto, respondendo à questão norteadora dessa pesquisa, é plenamente possível a aplicação do instituto do Dano Moral nos casos onde a imagem de um indivíduo seja prejudicada. Essa possibilidade é baseada tanto na legislação brasileira (já mencionada no tópico anterior) como nos julgados dos tribunais.

Todavia, para que o dano moral seja aplicado a esses casos é preciso que o caso concreto traga elementos que comprovem o dano lesivo não patrimonial da vítima. Ou seja, não basta apenas compreender que a imagem de alguém seja prejudicada, é preciso que esse ato lhe traga desconforto, humilhação e sofrimento.

Nesse entendimento, traz-se o seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. ALEGAÇÃO DE OFENSA. FILMAGEM DOS AUTORES EM REPORTAGEM JORNALÍSTICA POR ALGUNS SEGUNDOS. MATÉRIA QUE NÃO DENEGRIU SUA IMAGEM OU HONRA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Responsabilidade civil. Alegação de ofensa a direito de imagem. Inocorrência. Matéria jornalística veiculada pela ré em que os autores foram filmados por alguns poucos segundos e sem identificação. Ausência de ofensa à sua imagem ou honra. O foco da matéria era, evidentemente, pessoa condenada por grave crime, de conhecimento nacional. Dano moral não configurado. Improcedência mantida. Recurso não provido. (TJ-SP - AC: 10018800820188260025 SP 1001880-08.2018.8.26.0025, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 30/08/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/08/2020).

No caso acima, embora tenha havido a divulgação da imagem do apelante, extrai-se do vídeo que não houve o dano aludido, pois tal vídeo em momento algum fere a honra, a imagem, o nome, a intimidade e a privacidade do apelante, de modo que não está configurado qualquer ilícito ou abuso de direito, mostrando-se descabida a pretensão reparatória.

Na hipótese, não há evidências de que a divulgação do vídeo foi efetuada com a finalidade de ofender a honra do autor, sua credibilidade e imagem ou em forma de denúncia como se estivesse fazendo algo ilegal.

O magistrado entendeu que a configuração do dano moral pressupõe a ofensa dos direitos da personalidade, o que não ocorreu no presente caso. Em reprodução de imagem de pessoa em que inexistente publicidade vexatória ou ofensiva e sem qualquer efeito depreciativo, não há danos morais a serem indenizados.

Um dos debates que mais recaem nessa questão é quando se assemelha o direito de imagem ao direito da liberdade de imprensa e livre manifestação do pensamento. Há uma linha tênue entre esses direitos que quando confrontados pode gerar possíveis danos ou não.

A jurisprudência diante desse cenário tem julgado de modo a observar cada caso concreto. Dessa forma, não há uma regra geral aplicada a todos os casos. As características de cada caso e os meios probatórios é que vai delimitar a aplicação ou não de dano moral.

A título de exemplo, cita-se o seguinte julgado:

RECURSO INOMINADO. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA E LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. 1 - Pretensão: condenação à obrigação de fazer consistindo em retirar matéria de circulação publicada no jornal O Estadão que especifica; condenação à obrigação de pagar quantia certa a título de reparação por dano moral. 2 - Direito de Informação. Liberdade de Imprensa. **A divulgação de matéria jornalística de interesse público insere-se no âmbito do direito de informação previsto no art. 220 da Constituição Federal:** "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". 3 - Responsabilidade civil. **Danos Morais. Inexistência de violação dos direitos de imagem.** A liberdade de imprensa

consectário do direito constitucional de informação respalda a atuação dos réus, recorridos, jornalistas do Jornal O Estadão, na publicação da matéria intitulada "*Ministro direcionou emenda para comprar caminhão de lixo de amiga que frequenta seu gabinete*". Não se vislumbra o alegado abuso na reportagem. Os fatos noticiados, ainda que contundentes, não ultrapassaram o exercício da liberdade de imprensa, revelando, ainda, interesse público, pois a questão envolve discussão sobre o emprego de recursos públicos. Das alegações na contestação, assim como dos documentos juntados, é possível verificar que houve um levantamento prévio de dados. [...] (07333366520228070016 - (0733336-65.2022.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). TJDFT. Primeira Turma Recursal. Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA. Data de Julgamento: 24/03/2023. Publicado no DJE: 19/04/2023). (grifo meu)

No caso acima, o julgador entendeu que não há porque aplicar-se o dano moral, uma vez que não se evidenciou de falseamento da verdade com o intuito de atingir a honra do autor. Nesse quadro, não se verificou que a reportagem teve o condão de atingir a imagem e a honra do autor, não cabendo, portanto, a aplicação do presente instituto.

Por outro lado, o direito da liberdade de imprensa não é absoluto, possuindo determinadas limitações, principalmente quando fere a imagem e dignidade de outrem.

Nesse ponto, Gahyva (2022) esclarece que não obstante o direito à informação e à liberdade de imprensa, tais direitos devem ser exercidos com bom-senso e cautela, a fim de não provocarem danos à imagem ou à dignidade de terceiros, sob pena de os autores da matéria jornalística veiculada responderem civil e até mesmo criminalmente pelos danos provocados, nos termos do contido no art. 1º e 49 da Lei 5.250/67 (Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação), bem como segundo o estatuído no Código Civil, arts. 186, 187 e 927.

Portanto, fica claro que constatar que os danos morais só são aceitos quando de fato há configurado uma lesão à imagem do indivíduo. Quando se tem um prejuízo substancial e claro na medida em que se pode verificar algum abalo psíquico e moral.

É com esse entendimento que os tribunais brasileiros vêm aplicando tal instituto nos casos onde de fato há essa comprovação de dano à imagem. Como exemplo, traz-se a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VEICULAÇÃO DE IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. ARTIGO 5, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO

CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. **O direito de imagem é protegido pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal**, que o inseriu no rol dos direitos e garantias fundamentais, prevendo indenização para o caso de sua violação. 2. **A veiculação da imagem do autor, sem sua prévia autorização, importa violação ao direito à imagem e, conseqüentemente, no dever de indenizar, pois fere direito à personalidade.** 3. **O dever de indenizar decorre, além da utilização indevida do uso da imagem, também pelos transtornos e constrangimentos sofridos.** 4. Tem-se a Súmula 403 do STJ "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais". 5. A indenização por dano moral deve ser fixada em montante que não onere em demasia o ofensor, mas, por outro lado, atenda à finalidade para a qual foi concedida, compensando o sofrimento da vítima e desencorajando a parte quanto a outros procedimentos de igual natureza. Entendo que deve ser fixado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais. 6. Recurso conhecido e parcialmente provido para condenar a TELEVISÃO RIO FORMOSO LTDA ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizado desta decisão com juros de mora da primeira veiculação no jornal (Súmula n. 54, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça). Inverto os ônus sucumbenciais, devendo a parte ré/apelada arcar com os honorários advocatícios fixados na sentença e o pagamento das custas processuais. (TJTO, Apelação Cível, 0003094-47.2019.8.27.2722, Rel. JOSÉ RIBAMAR MENDES JÚNIOR, 2ª TURMA DA 1ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/10/2022, DJe 24/10/2022). (grifo meu)

No caso dos autos, a morte de um ex-vereador da cidade de Formoso do Araguaia foi atribuída indevidamente ao apelante através da divulgação de matérias indicando que o declarante seria suspeito do crime, bem como estaria preso em decorrência do fato.

Ocorre que o autor/declarante não foi denunciado e tampouco chegou a ser indiciado pelo crime, sendo que os verdadeiros acusados foram identificados e respondem pelo delito.

Dessa forma, não restou dúvida acerca do uso indevido da imagem do autor, conforme consta dos autos do processo, já que a empresa não conseguiu comprovar a autorização do autor/apelante, seja prévia ou posterior.

Conforme já citado anteriormente, não é, nem será, qualquer angústia ou constrangimento que acarretará a indenização, mas àquele sofrimento que fuja a normalidade, como no julgado acima destacado.

Crianças e adolescentes possuem proteção especial nesses casos, onde a legislação não permite, em toda situação, que se vincule imagens públicas desses indivíduos. No que tange ao direito de imagem, tal está devidamente regulamentado nos artigos 17, 100, V, e 247, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Bioni (2019) esclarece que com o Estatuto, a proteção da imagem da criança e do adolescente foram devidamente contempladas, de acordo com a sua natureza e peculiaridades. Aqui, o legislador implicitamente reconhece que é inadequado colocar, sob uma mesma medida, a proteção da imagem de uma criança e de um adulto, visto que possuem diferenças importantes, tanto no campo social, quanto no psicológico.

A proteção à imagem dada pelos artigos 17 a 20 do Código Civil, portanto, ao se tratar dos direitos da personalidade, deve ser caráter supletivo, ou seja, só sendo aplicado nos casos em que as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente se tornarem insuficientes (BIONI, 2019).

Como exemplo de caso concreto, cita-se o julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - USO INDEVIDO DE IMAGEM - DIVULGAÇÃO INDEVIDA DO NOME COMPLETO DA MENOR - ILICITUDE CONFIGURADA - DANO MORAL - CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - MANUTENÇÃO DO VALOR ARBITRADO - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. A justificativa de que o processo não tramitava em segredo de justiça, não abona o lapso referente a publicação de matéria envolvendo menor. **Nos termos do art. 143, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é vedada a divulgação de matérias atribuindo a autoria de atos infracionais a crianças e adolescentes.** A fixação do valor da indenização deve ficar ao prudente arbítrio do Juiz da causa, que deve evitar aviltar o sofrimento do lesado e onerar excessivamente o agente. Sentença mantida. (Apelação Cível 0021107-49.2018.8.27.0000, Rel. EURÍPEDES LAMOUNIER, GAB. DO DES. EURÍPEDES LAMOUNIER, julgado em 12/08/2020, DJe 20/08/2020). (grifo meu)

Também é importante mencionar que o dano moral ligado à imagem também atinge a pessoa jurídica. Sobre o tema, primeiramente, que é entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral. É o que pode ser extraído da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

Contudo, o dano moral que vitimiza a pessoa jurídica não é exatamente o mesmo que é imputado à pessoa natural. Somente a pessoa natural possui atributos biopsíquicos, enquanto o dano moral que envolve a pessoa jurídica deve afetar a sua boa imagem, fama, honra, reputação, que são bens que integram o seu patrimônio (GONÇALVES, 2017).

A despeito do teor da súmula 227 do STJ, Souza e Teffé (2018) entendem que é necessário que o dano atinja seu nome e tradição no mercado, com necessária repercussão econômica, ainda que indireta. Embora titulares de direitos e obrigações, as pessoas jurídicas não têm sentimentos, não sofrem dissabores, tampouco experimentam dor de espécie alguma.

É o que acentua o julgado abaixo:

APELAÇÕES CÍVEIS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA À HONRA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. 1. É entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais, inclusive do STJ, a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral (Súmula 227/STJ). Contudo, o dano moral que vitimiza a pessoa jurídica não é exatamente o mesmo que é imputado à pessoa natural, haja vista que somente a pessoa natural possui atributos biopsíquicos, enquanto o dano moral que envolve a pessoa jurídica deve afetar a sua boa imagem, fama, honra, reputação, que são bens que integram o seu patrimônio. 2. [...]. (TJTO, Apelação Cível, 0007234-90.2020.8.27.2722, Rel. MAYSA VENDRAMINI ROSAL, 4ª TURMA DA 1ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 09/06/2021, DJe 18/06/2021). (grifo meu)

No que se refere a fixação do valor a ser indenizado, Gagliano e Filho (2022) entendem que deve ser seguido o equivalente apropriado, ou em outras palavras, deve-se atender ao binômio - compensação à vítima e punição ao ofensor, a fim de reprimir a conduta lesiva.

Gahyva (2022) pontua que é indispensável necessidade de serem consideradas as condições econômicas e sociais do agressor, bem como a gravidade da falta cometida, consoante um critério de aferição subjetivo. De outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano sofrido, objetivando a reparação do abuso experimentado.

Diante do exposto, fica claro constatar que a imagem afetada gera dano moral, pois fere a dignidade da pessoa humana que também está inteiramente ligada ao dano moral. A vítima quando se depara com a sua imagem 'arranhada' sofre todos os tipos de dissabores e humilhações, resultando assim num dano que deve ser ressarcido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano sempre se preocupa com a sua imagem. É através dela que ele se mostra à sociedade e é também por meio dela que ele tenciona ser visto. Devido a essa importância a imagem é tão fundamental ao indivíduo quanto a roupa, a liberdade de expressão e de pensamento, dentre outras garantias constitucionais.

No entanto quando essa imagem não representa aquilo que o indivíduo espera ou que fere a sua dignidade surge no direito o dano moral. O Dano Moral vem a ser todo e qualquer prejuízo causado indevidamente ao indivíduo. Tal instituto já se encontra consagrado no regimento pátrio.

O dano moral está inserido em toda prática que atinja os direitos fundamentais da personalidade, trazida no sentimento de sofrimento íntimo da pessoa ofendida, suficiente para produzir alterações psíquicas ou prejuízos tanto na parte social e afetiva de seu patrimônio moral e, dependendo da situação, prescinde a sua demonstração em juízo (*in re ipsa*).

Entende-se para o Direito e para a sociedade que a imagem é de enorme importância para qualquer pessoa. Devida a sua relevância, ao se sentir ferido ou ludibriado por uma veiculação errônea e dolosa, faz com que seja objeto de uma futura ação judicial, ocasionando um dano moral.

Nos resultados apresentados por essa pesquisa ficou claro que a imagem de alguém pode se resultar numa ofensa a dignidade de uma pessoa, principalmente se esta imagem não representar a essência humana. Isso acarreta inúmeros desdobramentos para o indivíduo.

Assim, existem situações em que as consequências das ações refletem diretamente ao indivíduo, causando-lhe um impacto tão forte que desestrutura toda a sua ordem mental, psíquica ou física. São ações que ocorrem por meio da sua imagem, quando veiculada de forma errônea e delituosa.

Em ocorrência a esses fatos, existe a possibilidade de requerer que o ressarcimento desse prejuízo causado ao ofendido. Está a se falar no Dano Moral. Este instituto nada mais busca o senso de justiça, fazendo que o gerador do dano moral e da integridade individual pague pelo ato praticado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, Filipe José Medon. **O direito à imagem na era das *deep fakes***. Revista Brasileira De Direito Civil, 27(01), 251; 2021.

AZEVEDO, Álvaro V. **Curso de direito civil**. Editora Saraiva, 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 15 abr. 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: 15 abr. 2023.

COELHO, Maria da Conceição. **A Possibilidade da Indenização por Danos Morais decorrentes do procedimento de Desapropriação pelo Poder Público**. Monografia apresentada à Universidade Vale do Rio Doce. Governador Valadares/MG: 2018.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil**. 4. ed. rev. e atual., com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2017.

DEMÉTRIO, Fran; BENSUSAN, Hillan Nissior. **O conhecimento dos outros: a defesa dos direitos humanos epistêmicos**. Revista Do CEAM, 5(1), 110–124; 2019.

FRANCESCHET, Júlio César. **Direitos da personalidade: a indissociabilidade dos elementos morais e patrimoniais**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 20. ano 6. p. 33-61. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2019.

GAHYVA, Raphaele Aquino Castrillo Reiners. **Direito de imagem: atuação do judiciário diante da violação desse direito.** 2022. 84 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil.** 6º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

GOMES, Marcelo Afonso da Silva Barros. **O dano moral e o mero aborrecimento.** Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito do Campus do Pantanal, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Corumbá, 2020.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet comentado.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LUCENA, Marina Giovanetti Lili. **Direito ao esquecimento no Brasil: conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Direito ao esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LOUREIRO, Henrique Vergueiro. **Direito à imagem.** Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). **O direito civil na era da inteligência artificial.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 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.

SILVEIRA, Beatriz S. **Da exploração econômica do Direito à imagem sob a ótica do consentimento.** Dissertação – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2022.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Liberdade de Expressão e o Marco Civil da internet.** Pesquisa TIC Domicílios, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** v.4. Grupo GEN, 2022.

VIEIRA, Luísa Soares; MARQUES, Roberto Lins. **O direito de imagem da criança e do adolescente e a exposição nas redes sociais pelos pais ou responsáveis.** Dissertação - Universidade de Uberaba. São Paulo: 2022.

DEVER DE ATUALIDADE NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

LUIZ HENRIQUE ALVES BERTOLDI:

Mestrando em direito administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.³²⁵

Resumo: Análise do dever de atualidade das Concessionárias na prestação do serviço público adequado e o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Palavras-Chave: Dever de atualidade. Contrato de Concessão. Reequilíbrio econômico-financeiro.

Abstract: Analysis of the current duty of the Concessionaires in the provision of adequate public service and the right to the economic-financial rebalancing of the Concession Agreement.

Keywords: Current Duty. Concession contract. Economic-financial rebalancing.

Sumário: 1. Introdução; 2. Dever de atualidade 3. Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão. 4. Dever de Atualidade e Reequilíbrio Econômico-Financeiro. 5. Casos Concretos. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, a Concessionária de serviço público tem a obrigação de prestar adequadamente o serviço concedido. Tal obrigação é repetida na Lei 8.987/95, especificamente em seu artigo 6º, que complementa a disposição constitucional ao definir que serviço adequado é aquele que *“satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”*

325 E-mail: lhbertoldi@gmail.com

Pela análise do dispositivo acima transcrito, nota-se que um dos requisitos que define a prestação adequada do serviço concedido é a obrigação de que a concessionária atualize as práticas relacionadas à execução contratual.

A divergência que se verifica acerca do tema é se a Concessionária, no cumprimento da sua obrigação de manter o serviço atualizado, de acordo com as inovações tecnológica verificadas, possui direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ou, por se tratar de obrigação constitucional e legal, deve executar o contrato sem contrapartida de qualquer espécie.

Haveria a assunção do risco integral da Concessionária ao celebrar o contrato administrativo pela atualização das práticas empregadas na sua execução, independente do impacto que a solução a ser empregada pode gerar na equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato? Não haveria limites para que o Poder Concedente exija determinada atualização na prestação do serviço sem conferir o reequilíbrio do contrato de concessão? No caso de o dever de atualidade da Concessionária obstar o reequilíbrio do contrato de concessão, qual é o impacto na atratividade para o setor privado, principalmente em setores em que se verifica constantes evoluções tecnológicas (*v.g.* telecom)? Até que ponto o dever de atualizar não representa reinvestimentos (REPEX)?

Considerando os inúmeros questionamentos que o tema apresenta, principalmente acerca dos riscos que as concessionárias assumem, bem como os inúmeros pedidos de reequilíbrio apresentados por elas, o Governo do Estado de São Paulo, nas recentes licitações promovidas, previu cláusula que cuida do dever de atualidade e as hipóteses de reequilíbrio.

Com efeito, tanto no contrato de concessão das linhas 8 e 9 da CPTM, quanto naquele decorrente da concorrência internacional nº 01/2019, cujo objeto era a operação, conservação, manutenção e realização de investimentos no sistema rodoviário composto do lote denominado Piracicaba-Panorama (PIPA), o Governo do Estado de São Paulo previu cláusula em que busca estabelecer mecanismos objetivos para preservar a atualidade na prestação dos serviços e a incorporação de novas tecnologias.

Contudo, pela análise das referidas cláusulas, conclui-se, em um primeiro momento, que os problemas não foram adequadamente solucionados. Parece-nos que foi a forma encontrada pelo Governo do Estado de São Paulo para legitimar a observância do dever de atualidade pelas Concessionárias sem que o contrato seja reequilibrado nos casos em que se constate o direito delas.

Afinal, de quem é o risco pelo dever de atualidade? A depender da inovação tecnológica e o alto custo envolvido, pode-se caracterizar novos investimentos? Caso o

privado não tenha direito ao reequilíbrio, haverá impacto na atratividade do certame ou violação ao princípio da modicidade tarifária, uma vez que o risco será considerado no plano de negócios do licitante?

Pretende-se com o presente artigo analisar as previsões legais que cuidam do tema, bem como as cláusulas contratuais que buscaram esclarecer as questões que ele insurge, debruçando-se, ainda, sobre casos concretos em que o dever de atualidade trouxe impactos consideráveis às Concessionárias³²⁶.

2. Dever de Atualidade

Segundo o Artigo 6º, XXX, da Lei 8.987/1995, o serviço público concedido deve ser executado de forma adequada, assim entendido como aquele que *“satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”*, donde se extrai que a Concessionária tem o dever de, dentre outras obrigações, prestar o serviço de forma atualizada, em conformidade com as melhores práticas e técnicas mercadológicas, a fim de garantir a prestação adequada do serviço que lhe foi concedido.

O dever de atualidade se desdobra em 4 (quatro) vertentes, quais sejam: (i) modernidade; (ii) conservação; (iii) melhoria; e (iv) expansão, como leciona Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano³²⁷:

“Já o § 2º do artigo 6º da Lei nº 8.987/1995 apresenta quatro ângulos nos quais se desdobra a atualidade do serviço: (i) modernidade (inovação das técnicas, do equipamento e das instalações); (ii) conservação (manutenção dos benefícios adquiridos); (iii) melhoria (constante aperfeiçoamento); (iv) expansão (incremento do número de pessoas beneficiadas e aumento de vantagens de serviço dele mesmo).”

Tal dever decorre da incompletude e dinamicidade dos contratos de concessão, considerando as diferentes variáveis que o circundam, tais como o prazo de vigência e a sensibilidade do seu escopo, impedindo que o Poder Público antecipe todos os eventos e necessidades que surgirão da execução contratual.

³²⁶ Substituição de defensas metálicas por terminais de absorção de impacto e a alteração dos parâmetros de retrorefletância pela ABNT.

³²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann, MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 174.

Não se trata de falhas na modelagem realizada, mas da impossibilidade, por mais minucioso e detalhista que seja a fase anterior à contratação, de se prever todos os eventos que ocorrerão, decorrentes da evolução tecnológica e social nos anos que sucederão a celebração do Contrato de Concessão.

E mais, ainda que fosse possível se antever todos os eventos que possam surgir, não é possível precisar quando (e se de fato ocorrerá o evento) e de que forma eles impactarão nas obrigações assumidas pelo Concessionário, razão pela qual antecipar tais eventos quando da licitação pode aumentar os valores das propostas, em prejuízo à modicidade tarifária, haja vista que o retorno financeiro almejado pelo particular é diretamente proporcional aos riscos que por ele assumidos quando da elaboração do plano de negócio e da avaliação da viabilidade técnica e financeira do certame³²⁸.

Até por esta razão que Egon Bockmann Moreira e Célio Luca Milano³²⁹ defendem que a análise do Contrato de Concessão não pode se ater à interpretação das suas cláusulas. Eles entendem que o termo adequado na análise das obrigações e dos riscos assumidos pelos contratantes originalmente pactuados deve ser realizado por meio de construção contratual – ato dinâmico e que verifica, *pari passu*, os eventos que impactam na contratação realizada – ao invés de interpretação contratual.

Os Contratos de Concessão, na verdade, são contratos abertos, dinâmicos, evolutivos³³⁰ e não fechados, estáticos e exaustivos como são a maioria dos contratos regidos pela Lei 8.666/93, em que os prazos são mais exíguos, os escopos são delimitados com maior facilidade e as dificuldades verificadas ao longo da sua execução são diminutas e podem ser solucionadas de forma mais simples.

Trata-se, na verdade, da adoção da mutabilidade como solução econômica e de planejamento que melhor atende as intempéries de diferentes espécies que podem surgir

³²⁸ Marçal Justen Filho, em parecer acerca do tema, ao tratar do aumento do custo quando se antecipa riscos de difícil mensuração econômica e temporal, exemplifica com a execução de um viaduto, em que o Poder Público, na tentativa de evitar riscos futuros, ainda que remotos, exige que a obra de determinado viaduto considere os impactos estruturais de um terremoto. Para executar a obra considerando a possibilidade de ocorrência de um fenômeno dessa natureza, os custos serão excessivamente majorados, mesmo diante de evento que remotamente ocorrerá.

³²⁹ Op. Cit. p. 176

³³⁰ "O que se defende é a compreensão do contrato de concessão como um negócio jurídico dinâmico, que foi celebrado em determinado contexto histórico (e assim, como não poderia deixar de ser, circunscrito à sua própria historicidade objetiva), impondo-se a respectiva adaptação às alterações supervenientes, anormais e imprevisíveis, relativas à sua base objetiva." (MOREIRA, Egon Bockmann, MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 175.)

ao longo da execução do Contrato de Concessão, a fim de assegurar a prestação do serviço adequado, inclusive sob o aspecto da atualidade.

Mesmo diante dessa dinamicidade do Contrato de Concessão, importante ressaltar que as alterações não podem ser realizadas de forma indiscriminada, sob pena de desfiguração do objeto licitado, em franca violação a princípios norteadores das contratações públicas, tais como vinculação ao edital, isonomia entre os licitantes que participaram do certame, dentre outros. O que pode ser alterado é a forma de cumprimento das obrigações, uma vez constatado que a utilização de determinado método, inexistente à época da celebração do Contrato de Concessão, manterá o serviço sendo prestado de forma adequada e, conseqüentemente, atenderá o interesse público que ensejou a sua contratação pelo Poder Público³³¹.

O dever de atualidade do serviço público também está umbilicalmente relacionado ao princípio da eficiência³³², uma vez que a não adoção de novas técnicas acabará por diminuir a eficiência na prestação do serviço público. Qualquer atualização e evolução da forma de execução da obrigação contratual acaba por agregar benefícios em relação à metodologia anterior, trazendo melhores resultados aos envolvidos (Poder Concedente, Concessionária e usuário). Isso significa que, quanto mais tempo retarda-se a implantação da nova tecnologia, maior defasagem metodológica será verificada e, conseqüentemente, piores resultados serão obtidos. Em outras palavras: a atualização é diretamente

³³¹ Nesse sentido destacam-se os ensinamentos de Mauro Roberto Gomes de Mattos. "Nesse conceito (serviço adequado), também [inclui-se] a necessidade de modernização das técnicas, dos equipamentos e das instalações, bem como a melhoria e a expansão do serviço (art. 6º, § 2º). A expansão do serviço em determinados casos é imperioso, pois a atualidade e modernidade não permitem a estagnação do serviço, que com o passar do tempo tem que se adequar às necessidades dos usuários. É claro que a expansão não poderá desnaturar a concessão obtida através da concorrência pública, ou seja, ela não poderá revelar um serviço novo, que deveria ser submetido a nova licitação. Note-se que a expansão do serviço deverá ser implementada sempre que houve necessidade e previsão do edital e no contrato formado." (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O contrato administrativo. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 19)

³³² "Atualidade relaciona-se com outro ângulo do conceito de eficiência. Dentro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno. As necessidades dos usuários podem ser atendidas satisfatoriamente por meio de serviços prestados segundo técnicas ultrapassadas pela evolução científica. Mas a manutenção das técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência. O progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público. Mais ainda, de novas técnicas significa desatender às necessidades a ela relacionadas." (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.15, jul/st. 2006. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público – Cópia da versão digital. Dialética, 2003. p. 306.

proporcional à eficiência. Quando a primeira é adotada, a tendência é que a segunda seja verificada³³³.

A atualidade não gera apenas eficiência, como cria novas demandas, o que impõe que o serviço público seja prestado em observância às novas técnicas e tecnológicas desvendadas pela ciência, isto é, *“o serviço público deve ser adequado inclusive na acepção de sua atualidade.”*³³⁴

Contudo, a atualidade do serviço público encontra obstáculo em outro princípio norteador das concessões, qual seja: o princípio da modicidade tarifária. Apesar da atualidade ser um dos vetores da prestação do serviço adequado, ela não pode ser adotada de forma indiscriminada, sob pena de aumentar de forma significativa os custos do serviço, o que pode impactar na tarifa cobrada do usuário. Isso significa que a atualidade deve ser analisada de forma razoável e ponderada, bem como estar contemplada dentro da realidade financeira em que o Contrato de Concessão se encontra inserido³³⁵, sob pena

333 Nesse sentido, Marça Justen Filho aduz que “a atualidade significa a adoção de soluções, procedimentos, mecanismos e equipamentos compatíveis com a evolução da técnica e da ciência. Essa exigência reflete o postulado de que a evolução permanente do conhecimento técnico-científico acarreta a obsolescência de soluções reputadas como satisfatórias num determinado momento temporal. Isso significa que o passar do tempo produz a tendência à redução da atualidade de um serviço concedido segundo a modelagem originalmente adotada.(...) a manutenção de técnicas ultrapassadas, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência. O progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público” (*Parecer sobre a responsabilidade por custos relativos à atualidade do serviço público em contrato de concessão*, p.18)

334 JUSTEN FILHO, Marçal, *Parecer sobre a responsabilidade por custos relativos à atualidade do serviço público em contrato de concessão*, 2016, p. 18.

335 Cesar Pereira é taxativo ao afirmar que, em decorrência da limitação de recursos, a decisão que determinar pela adoção de determinada atualidade “deve ponderar as necessidades sociais, as comodidades sociais, os custos envolvidos e a capacidade (do Poder Público e dos usuários) de cobrir tais custos.” e conclui que o Poder Público decidirá pela qualidade que será adotada diante do custo suportável.” (Administração Pública e Direito do Consumidor. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 351-402.)

de violação aos princípios da modicidade tarifária³³⁶ e da universalização do serviço público³³⁷.

Dessa forma, conclui-se que o serviço público deve ser prestado de forma atual, não apenas por decorrer de expressa determinação legal, mas por garantir o atingimento do interesse público que ensejou a sua concessão com a máxima eficiência, considerando-se, contudo, que a imposição da atualidade deve ser proporcional, a fim de garantir a modicidade tarifária e a universalização do serviço público.

3. Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão

A Equação econômico-financeiro pode ser definida como a relação entre encargos e receitas especificada na proposta tida como vencedora do certame licitatório³³⁸, a qual é intangível ao longo de toda a execução do Contrato de Concessão, ou seja, não pode ser alterada de forma unilateral, devendo-se ser reequilibrada sempre³³⁹ que um evento altere as condições que a compuseram originalmente, isto é, as cláusulas econômicas não podem ser alteradas sem a adequada revisão do Contrato de Concessão.

336 "A relação custo-benefício decorrente da atualização do serviço deve ser avaliada, pois poderá, inclusive, conduzir à encampação do serviço concedido. Na medida em que tais custos serão arcados pela comunidade e não pelo concessionário, corre-se o risco de inviabilizar a fruição do serviço por uma considerável parcela dos usuários em função de uma elevação exagerada de tarifas. Assim sendo, pode-se até cogitar da possibilidade da ausência de atualidade como contraponto de uma modicidade de tarifa. A determinação de qual opção mais benéfica ao usuário deve ser precedida de uma análise comparativa entre os reflexos (inclusive econômicos) decorrentes da promoção da atualidade do serviço e os reais benefícios que daí advirão para a comunidade." (MUSSETTI GROTTI, Dinorá, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 296)

337 "Essa circunstância impõe que seja adotada um serviço suficientemente adequado. É indispensável assegurar que o serviço seja apto a satisfazer a necessidade. Mas isso não deve resultar em tarifas muito elevadas, que dificultem a realização da exigência da universalização do serviço público." (JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Parecer sobre a responsabilidade por custos relativos à atualidade do serviço público em contrato de concessão*, 2016, p. 20.

338 "A expressão equilíbrio econômico-financeiro indica que o conjunto dos "encargos" é a contrapartida do conjunto de "vantagens", de molde a caracterizar uma "equação". Essa relação é estabelecida no momento original da contratação, a partir das determinações contidas no ato convocatório e das ofertas constantes da proposta selecionada como vencedora da licitação. (JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Parecer sobre a responsabilidade por custos relativos à atualidade do serviço público em contrato de concessão*, 2016, p. 13)

339 Exclui-se da hipótese de reequilíbrio os eventos que estão inseridos no risco assumido pelo Concessionário, o que a doutrina convencionou de denominar de álea ordinária.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴⁰, *“há uma necessária relação entre os encargos fixados no ato concessivo e o lucro então ensejado ao concessionário. Uns e outro, segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos da balança, fixam uma igualdade de equilíbrio. É este equilíbrio que o Estado não só não pode romper unilateralmente, mas deve, ainda, procurar preservar.”*

O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão encontra previsão constitucional no artigo 37, inciso XXI, que garante aos licitantes a manutenção das condições efetivas da proposta apresentada.

No âmbito infraconstitucional, o reequilíbrio é assegurado por meio dos artigos 9º, parágrafo 4º, da Lei 8.987/95, que determina que deverá ser restabelecido o equilíbrio da equação econômico-financeiro quando verificadas causas que o afetem, bem como no artigo da referida Lei, ao dispor que *“sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”*

No ponto, dois aspectos devem ser ressaltados: (i) a intangibilidade da equação econômico-financeiro do Contrato de Concessão não significa que os riscos comerciais assumidos pelo particular estarão eliminados; e (ii) o reequilíbrio do Contrato de Concessão possui procedimento próprio, considerando as complexas características que o permeiam, tal como o seu longo prazo de vigência.

Em relação ao primeiro aspecto – ausência de eliminação dos riscos assumidos pelo particular quando da apresentação da proposta -, é correto afirmar que nem todo evento que impacte nas receitas projetadas pelo licitante ensejará o reequilíbrio do Contrato de Concessão. Na verdade, a equação econômico-financeiro somente será reequilibrada quando verificados eventos não previstos no edital ou no Contrato de Concessão (*v.g.* inclusão unilateral de qualquer encargo pelo Poder Público) ou previstos, mas cujos efeitos transbordam a álea ordinária assumida pelo licitante, impactando sobremaneira nos custos que este havia se comprometido por meio da sua proposta.

Isso decorre do fato de que o direito do Concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão não alcança os riscos inerentes a qualquer empreendimento econômico³⁴¹. Não é porque estamos a tratar de uma contratação com

340 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 30ª Edição, Editora Malheiros, p. 754.

341 “A intangibilidade não implica a eliminação dos riscos das partes – especialmente do particular contratado. Trata-se de uma solução jurídica orientada a neutralizar os efeitos de eventos não suscetíveis de controle pelas partes, que escapem da previsibilidade ou dos riscos inerentes ao negócio” (JUSTEN

o Poder Público que é garantido ao empresário privado o retorno do lucro previsto em sua proposta comercial, sem a incidência de riscos de qualquer natureza. Pelo contrário, cabe ao privado agir com a diligência e o comprometimento que teria se estivesse atuando no setor privado, com os riscos advindos de sua atividade.

De fato, o equilíbrio econômico-financeiro somente é restaurado nos casos em que se transborda a alea ordinária assumida pelo Concessionário, isto é, somente nos casos em que constatada a ocorrência de alea extraordinária é que este faz jus à recomposição do *status quo ante*.

Em relação ao segundo aspecto – complexidade do procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro -, deve-se pontuar, como exposto no item anterior, que o Contrato de Concessão destoa das demais contratações públicas, eis que possui particularidades que tornam o seu objeto e sua execução complexos.

Isso decorre do fato de que os Contratos de Concessão, em regra, possuem prazos de vigência elásticos (10, 15, 30 anos), diferente das contratações regidas pela Lei nº 8.666/93, considerando a complexidade de seus objetos, os altos investimentos previstos e a necessidade de garantir suas amortizações, o que não seria possível se os prazos fossem diminutos.

Além deste aspecto, e já entrando no que realmente importa ao presente artigo, o serviço público deve ser prestado de forma adequada, o que importa, dentre outros aspectos, à necessidade de que a sua execução seja realizada de forma atual, considerando as técnicas mais inovadoras e as novas tecnologias que surjam durante sua vigência.

Nesse sentido, imperioso trazer, mais uma vez, os ensinamentos de Egon Bockmann Moreira³⁴³, que assevera que *“a dinamicidade da equação econômico-financeira dos contratos de concessão está a exigir soluções igualmente ativas: ágeis na detecção de suas peculiaridades, adaptáveis às mudanças de métodos e instituidoras de perspectivas de contratos de longo prazo junto à estabilidade da (re)composição.”*

FILHO, MARÇAL, *Parecer sobre a responsabilidade por custos relativos à atualidade do serviço público em contrato de concessão*, 2016, p. 15.)

342 Até por esta razão que o reequilíbrio nos Contratos de Concessão é diferente dos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, como ensina Rafael Véras ao afirmar que “O equilíbrio econômico-financeiro das concessões não é composto por uma singela operação envolvendo encargos e receitas – a exemplo do que ocorre nos tradicionais contratos de empreitada, regidos pela Lei nº 8.666/93.” (FREITAS, Rafael Véras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 211.)

343 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços públicos*. São Paulo. Malheiros, 2010. P. 402.

Realizadas essas considerações acerca do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro, trazendo seu conceito e suas vicissitudes quando aplicado ao Contrato de Concessão, passemos a analisá-lo sob o prisma do dever de atualidade que recai sobre os Concessionários, como exposto no tópico anterior, o que faremos no tópico seguinte.

4. Dever de Atualidade e Reequilíbrio Econômico-Financeiro.

Como expostos nos tópicos anteriores, o Concessionário, ao passo que possui o dever de prestar serviço atualizado, também possui o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

A questão que se coloca, a qual o presente artigo busca responder, é se e em quais hipóteses o cumprimento de atualização do serviço público, com a aplicação das novas técnicas e tecnologias na execução do Contrato de Concessão enseja o direito do Concessionário ao reequilíbrio da equação econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Afinal, o Concessionário assume risco integral de atualizar a prestação do serviço público, decorrente da determinação legal prevista na Lei 8.987/95, sem que seu Contrato de Concessão seja reequilibrado?

A resposta é negativa, pois não se pode imputar risco integral à Concessionária, em detrimento do direito da mesma de manutenção da equação econômico-financeiro do Contrato de Concessão. Esse questionamento deve ser respondido a partir das disposições contidas no Contrato de Concessão e na matriz de risco nele estabelecida, ou seja, dependerá da análise do caso concreto, a fim de determinar se a atualização da prestação do serviço enseja ou não o seu reequilíbrio. Mas não é só. Mesmo nos casos em que o dever de atualidade esteja expresso no Contrato de Concessão, deverá ser constatado qual o impacto do encargo em sua equação econômico-financeira, pois os efeitos, a despeito da sua previsibilidade, podem ser incalculáveis, sobrecarregando sobremaneira o Concessionário e, conseqüentemente, desequilibrando o contrato.

Não é porque a Concessionária possui o dever de atualizar o serviço público prestado é que ela abdica ao direito ao reequilíbrio da equação econômico-financeiro do Contrato de Concessão. Não se trata da assunção integral de risco pela Concessionária³⁴⁴,

344 "A exploração do serviço concedido mediante a cobrança de tarifas não significa a atribuição de risco integral ao concessionário" (JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Parecer sobre a responsabilidade por custos relativos à atualidade do serviço público em contrato de concessão*, 2016, p. 11.)

ainda que a obrigação esteja disposta na legislação que cuida do tema (Lei 8.987/95) e contenha previsão no Contrato de Concessão.

Nesse sentido, deve-se verificar os encargos que recaem sobre a Concessionária, podendo os mesmos serem divididos, na definição dos professores Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara³⁴⁵, em (i) *encargos programados*, e (ii) *encargos adicionais*. A essa classificação acrescentaria duas outras, quais sejam: (a) *encargos programados, mas com efeitos econômicos imprevisíveis*; e (b) *encargos realizados pela Concessionária, mas que demandam atualização incisiva*.

Os primeiros – encargos programados –, previstos no Artigo 23, inciso V da Lei 8.987/95, são aqueles previstos no edital e no Contrato de Concessão e, por tal razão, foram considerados pelos licitantes e pela Concessionária que se sagrou vencedora no certame em suas propostas comerciais. Apenas a título exemplificativo pode-se citar a obrigação da Concessionária de duplicar a rodovia concedida em determinado ano ou quando atingido determinado nível de serviço.

Já os segundos encargos, denominados adicionais, previstos no Artigo 9º, § 4º, da Lei 8.987/95, são aqueles que não encontram previsão no edital e no Contrato de Concessão. São os encargos que são incluídos, unilateralmente, pelo Poder Concedente, verificada determinada necessidade para a melhor prestação do serviço concedido.

Em relação à terceira categoria – encargos programados com efeitos econômicos imprevisíveis, que seria uma espécie da primeira categoria – encargos programados –, seriam aqueles que, como a própria denominação indica, a despeito de estarem previstos no edital e no Contrato de Concessão, a mensuração dos custos que serão despendidos pelo Concessionário destoa demasiadamente do custo efetivamente realizado quando da implementação de tal encargo.

A título exemplificativo podemos mencionar a obrigação das delegatárias de serviços públicos de transporte coletivo sobre pneus de substituírem suas frotas após transcorrido determinado lapso temporal. Trata-se de encargo programado, cujo custo deveria estar contemplado na proposta comercial da Concessionária. Por esta razão, a mera substituição da frota não ensejaria o reequilíbrio do contrato de Concessão. Contudo, supondo que, a fim de conter as emissões de gás carbono e buscar maior preservação do meio ambiente, o Poder Concedente determina que os ônibus, a partir de determinado ano, deverão ser todos elétricos, ou seja, deixarão de ser movidos por combustão e passarão a ser movidos por bateria elétrica. Ocorre que o custo de um ônibus elétrico é

345 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

muito superior ao ônibus convencional, o que impactará, sobremaneira, nos custos originalmente assumidos pelas concessionárias.

Quanto à quarta e última categoria - *encargos realizados pela Concessionária, mas que demandam atualização incisiva* – seriam aqueles que encontram expressão previsão contratual (encargos programados), são implementados pela Concessionária, mas, pouco tempo depois, alguma inovação tecnológica ou inovação demanda que todo o encargo seja realizado novamente, sem o aproveitamento das medidas até então adotadas. Trata-se, pelo menos ao nosso ver, de reinvestimento da Concessionária (REPEX).

Apenas para exemplificar a quarta categoria, imaginemos que determinada Concessionária de rodovia tenha obrigação (encargo programado) de implementar sistema eletrônico de cobrança, com base em determinada tecnologia, até o término do 1º ano da celebração do Contrato de Concessão. No segundo ano surge uma tecnologia que substitui integralmente a anterior, não reaproveitando nenhum investimento até o momento realizado. Ao exigir a substituição de um sistema de cobrança por outro, o Poder Concedente, mais do que exercer o direito de impor o cumprimento do dever de atualidade, está exigindo reinvestimento (REPEX) por parte da Concessionária.

Com essas definições, podemos definir se e em quais hipóteses o dever de atualidade da Concessionária enseja o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Em relação aos *encargos programados* não há que se falar em reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, haja vista que a obrigação e os custos decorrentes de sua obrigação já estariam contemplados na proposta comercial apresentada pela Concessionária. O mesmo não é possível dizer em relação aos *encargos adicionais, aos programados com efeitos econômicos imprevisíveis e aos realizados pela Concessionária, mas que demandam atualização incisiva*.

Portanto, o que define o direito da Concessionária ao reequilíbrio da equação econômico-financeira são os termos previstos no edital e entabulados no contrato, tanto é assim que o Artigo 10 da Lei 8.987/95 determina que, mantida as condições do contrato, presume-se equilibrado o contrato de concessão, razão pela qual deve-se analisar a matriz de risco estabelecida no mesmo, definindo se determinado evento enseja o desequilíbrio do contrato.

Não havendo determinação do risco, mas tão somente estipulações genéricas, abstratas, como é o caso do dever de atualidade, não é possível atribuir ao contratado o risco de determinada demanda, sem o devido reequilíbrio do contrato de concessão. Caso contrário, estar-se-ia diante da assunção integral de risco da Concessionária e um

verdadeiro permissivo à Administração de alterar os encargos do contrato sem que aquela faça jus à contraprestação financeira correspondente, o que impactaria, inclusive, na atratividade do setor privado em participar da licitação.

Com efeito, a despeito do ordenamento jurídico determinar que o serviço deva ser prestado de forma adequada, inclusive com a adoção de técnicas e tecnologias que surjam ao longo da execução contratual, isso não significa, por si só, que o risco e o custo devem recair sobre as Concessionárias, sem o devido reequilíbrio contratual, que nunca é demais ressaltar, também possui previsão constitucional e legal.

Para que a adoção de determinada técnica e tecnologia seja adotada, a fim de atendimento ao dever de atualidade, sem o correspondente reequilíbrio, é necessário que a obrigação esteja expressamente prevista no contrato (encargos programados) e, ainda, que os efeitos de tal implementação não sejam incalculáveis, a ponto de onerar desproporcionalmente o Concessionário. É dizer: não basta apenas que os encargos estejam previstos no contrato e alocados à Concessionária, o custo advindo da sua implantação deve ser relativamente previsível, a ponto de ter sido considerado na proposta original, ainda que de forma presumida. Isso porque, além da inserção de novos encargos, caracterizados pela alteração unilateral pela Administração, também enseja reequilíbrio a determinação que certo encargo seja realizado pela Concessionária, cujos efeitos sejam demasiadamente impactantes, sem a previsão adequada no momento da licitação³⁴⁶.

É o caso da substituição da frota pelas Concessionárias de transporte coletivo sobre pneus, conforme exposto acima. No cenário descrito é inconcebível que seja denegado o reequilíbrio do Contrato de Concessão sob a alegação de que a obrigação relacionada à substituição da frota continha previsão contratual e que a Concessionária tem o dever de atualizar o serviço.

Ao que nos parece, o mesmo se aplica nos casos em que resta caracterizado reinvestimento (REPEX) por parte da Concessionária, eis que o cumprimento em duplicidade do encargo programado, ainda que seja para cumprir o dever de atualidade que sobre ela paira, impactará na equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, o que demanda o seu reequilíbrio.

Em hipóteses, tais como as descritas acima, a Concessionária faria jus ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, não podendo arcar com todos

³⁴⁶ "Justamente por isso, a recomposição da equação econômico-financeira será imposta nos casos em que ocorrerem fatos imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequência incalculáveis, que se enquadrem como "álea econômica extraordinária e extracontratual". As ocorrências normais, usuais de um negócio, devem ser absolvidas pelas partes, configurando risco a cargo de cada qual" (JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Parecer sobre a responsabilidade por custos relativos à atualidade do serviço público em contrato de concessão*, 2016, p. 16.)

os custos inseridos posteriormente à celebração do Contrato de Concessão, sem a devida compensação econômica.

Portanto, o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro pelo cumprimento do dever de atualidade decorre das previsões contidas no edital e no Contrato de Concessão. Havendo previsão (*encargo programado*), a Concessionária não fará jus ao reequilíbrio. Caso contrário, ou seja, tratando-se de *encargo adicional*, o reequilíbrio do Contrato de Concessão é medida que se impõe. No mesmo sentido, enseja o reequilíbrio os encargos programados que, a despeito da sua previsão, impactam demasiadamente nos riscos assumidos pela Concessionária quando da elaboração da sua proposta, bem como nos casos em que se verifica o reinvestimento por parte da Concessionária (REPEX).

5.Casos Concretos – Contrato de Concessão das Linhas 8 e 9 do Metrô / Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário Denominado Piracicaba-Panorama (PIPA)

Como visto, o que define se o dever de atualidade enseja o reequilíbrio econômico-financeiro são as disposições contidas no edital e no Contrato de Concessão, não bastando estipulações genéricas, abstratas, para negar eventual pedido pela Concessionária.

Na tentativa de objetivar o dever de atualidade das Concessionárias e as hipóteses que tal evento enseja o reequilíbrio econômico-financeiro, o Estado de São Paulo, tanto no contrato de concessão das linhas 8 e 9 da CPTM, quanto naquele decorrente da concorrência internacional nº 01/2019, cujo objeto era a operação, conservação, manutenção e realização de investimentos no sistema rodoviário composto do lote denominado Piracicaba-Panorama (PIPA), previu cláusulas – cláusula 16º347 no Contrato

347 16. CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – MECANISMOS PARA PRESERVAÇÃO DA ATUALIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E INCORPORAÇÃO DE CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 01/2020 PROCESSO STM Nº 2907444/2019 Concessão das Linhas 8 - Diamante e 9 - Esmeralda 58 NOVAS TECNOLOGIAS 16.1 A CONCESSIONÁRIA deverá observar a atualidade tecnológica na execução das obras e serviços objeto deste CONTRATO, assim caracterizada pela preservação da modernidade e atualização dos equipamentos, das instalações e, observado o disposto na Cláusula 16.14, também das técnicas da prestação do SERVIÇO CONCEDIDO, desde que a atualidade tecnológica seja necessária diante da (i) obsolescência dos BENS INTEGRANTES da CONCESSÃO previstos na Cláusula 9.1 ou (ii) necessidade de cumprimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais exigências estabelecidas no CONTRATO e ANEXOS. 16.2 A CONCESSIONÁRIA deverá implantar, independentemente de determinação do PODER CONCEDENTE, todas as medidas necessárias para o cumprimento de suas obrigações contratuais, inclusive em relação aos INDICADORES DE DESEMPENHO, observado o disposto neste CONTRATO e seus ANEXOS. 16.3 A CONCESSIONÁRIA deverá levar em consideração a vida útil dos BENS INTEGRANTES da CONCESSÃO e o seu adequado aproveitamento e funcionamento, devendo, quando necessário, proceder à sua substituição por outros bens e equipamentos que apresentem atualidade tecnológica e condições de operação e

funcionamento idênticas ou superiores às dos substituídos. 16.4 Estão compreendidas no conceito de obrigação de atualidade tecnológica as situações nas quais a CONCESSIONÁRIA, observado o disposto na Cláusula 16.3, com a finalidade de atender aos INDICADORES DE DESEMPENHO e as demais exigências estabelecidas no CONTRATO e seus ANEXOS, realizar atualizações e melhorias dos BENS INTEGRANTES da CONCESSÃO quando disponibilizadas pelos respectivos fabricantes. 16.5 Será caracterizada a obsolescência tecnológica dos BENS INTEGRANTES da CONCESSÃO quando constatada, no decorrer do PRAZO DA CONCESSÃO, a perda relevante de suas funções iniciais ou, ainda, sua incapacidade para atendimento aos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais exigências estabelecidas no CONTRATO e nos ANEXOS. 16.6 Exclui-se do disposto na Cláusula 16.5 a hipótese de má conservação ou ausência de manutenção, pela CONCESSIONÁRIA, dos BENS INTEGRANTES da CONCESSÃO, regendo-se tais situações pelas regras específicas previstas neste CONTRATO e nos ANEXOS. 16.7 As despesas e investimentos da CONCESSIONÁRIA que tenham sido realizadas com o objetivo de garantir a atualidade da CONCESSÃO, incluindo o CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 01/2020 PROCESSO STM Nº 2907444/2019 Concessão das Linhas 8 - Diamante e 9 - Esmeralda 59 atendimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais exigências estabelecidas no CONTRATO e nos ANEXOS, deverão estar amortizadas dentro do PRAZO DA CONCESSÃO, não fazendo a CONCESSIONÁRIA jus a qualquer direito de indenização ou reequilíbrio econômico-financeiro. 16.8 O disposto nas Cláusulas 16.1 a 16.7 deste CONTRATO não se confunde com a possibilidade de adoção e incorporação de inovações tecnológicas pela CONCESSIONÁRIA, a seu critério ou por determinação do PODER CONCEDENTE. 16.9 São consideradas inovações tecnológicas, para os fins do CONTRATO, as tecnologias que, à época de sua eventual adoção e incorporação pela CONCESSIONÁRIA, constituam o estado da arte tecnológica e não tenham uso difundido no setor de infraestrutura metroferroviária, e cuja utilização, não obstante tenha potencial de proporcionar ganhos de eficiência e produtividade no âmbito da CONCESSÃO, seja prescindível para o atendimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais elementos inicialmente previstos no CONTRATO e respectivos ANEXOS. 16.10 A CONCESSIONÁRIA terá ampla liberdade para incorporar, ao longo da CONCESSÃO e por mera liberalidade, inovações tecnológicas no âmbito do desenvolvimento dos SERVIÇOS CONCEDIDOS, observado o disposto nesta CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – MECANISMOS PARA PRESERVAÇÃO DA ATUALIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS, sem que assista à CONCESSIONÁRIA qualquer direito a reequilíbrio econômico-financeiro. 16.11 A incorporação de inovações tecnológicas pela CONCESSIONÁRIA, quando por determinação do PODER CONCEDENTE, ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, conforme a metodologia do Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da Cláusula 37.537.4, observado o disposto na Cláusula 16.14. 16.12 Na hipótese prevista na Cláusula 16.11, os INDICADORES DE DESEMPENHO deverão ser atualizados pelo PODER CONCEDENTE de modo a contemplar as melhorias de performance, caso existentes, relacionadas à incorporação da inovação tecnológica determinada. 16.13 A incorporação de inovações tecnológicas por determinação do PODER CONCEDENTE, em qualquer hipótese e observado o disposto na Cláusula 16.11, somente poderá ocorrer no âmbito das REVISÕES ORDINÁRIAS, ou, excepcionalmente, em REVISÃO EXTRAORDINÁRIA, nos termos da CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA PRIMEIRA – REVISÃO ORDINÁRIA DO CONTRATO e CLÁUSULA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 01/2020 PROCESSO STM Nº 2907444/2019 Concessão das Linhas 8 - Diamante e 9 - Esmeralda 60 QUADRAGÉSIMA SEGUNDA – REVISÕES EXTRAORDINÁRIAS DO CONTRATO ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO. 16.14 O disposto nesta CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – MECANISMOS PARA PRESERVAÇÃO DA ATUALIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS não afasta a obrigação da CONCESSIONÁRIA de adotar, implementar e custear toda e qualquer medida procedimental e/ou operacional, inclusive aquelas de natureza tributária, trabalhista e/ou ambiental, determinadas por agentes fiscalizadores distintos do PODER CONCEDENTE, não fazendo a CONCESSIONÁRIA jus a qualquer direito de indenização ou reequilíbrio econômico-financeiro, em razão de tais medidas, se tais

de Concessão das linhas 8 e 9 da CPTM e 15º348 do Contrato de Concessão da PIPA - em que busca estabelecer mecanismos objetivos para preservar a atualidade na prestação dos serviços e a incorporação de novas tecnologias.

determinações não representem fator de risco ou responsabilidade do PODER CONCEDENTE, nos termos deste CONTRATO.

348 CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – DOS MECANISMOS PARA PRESERVAÇÃO DA ATUALIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS 15.1. A CONCESSIONÁRIA deverá observar a atualidade tecnológica na execução das obras e serviços objeto deste CONTRATO, assim caracterizada pela preservação da modernidade e atualização dos equipamentos, das instalações e, observado o disposto na subcláusula 15.14, também das técnicas da prestação dos serviços de operação e manutenção do SISTEMA RODOVIÁRIO, desde que a atualidade tecnológica seja necessária diante da (i) obsolescência dos bens da CONCESSÃO previstos na Cláusula Décima Segunda ou (ii) necessidade de cumprimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais exigências estabelecidas no CONTRATO e ANEXOS. 15.2. A CONCESSIONÁRIA deverá implantar, independentemente de determinação do PODER CONCEDENTE e/ou da ARTESP, todas as medidas necessárias para o cumprimento de suas obrigações contratuais, inclusive em relação aos INDICADORES DE DESEMPENHO, observado o disposto neste CONTRATO e seus ANEXOS. 15.3. A CONCESSIONÁRIA deverá levar em consideração a vida útil dos bens da CONCESSÃO e o seu adequado aproveitamento e funcionamento, devendo, quando necessário, proceder à sua substituição por outros bens e equipamentos que apresentem atualidade tecnológica e condições de operação e funcionamento idênticas ou superiores às dos substituídos. 15.4. Estão compreendidas no conceito de obrigação de atualidade tecnológica as situações nas quais a CONCESSIONÁRIA, observado o disposto na subcláusula 15.3, com a finalidade de atender aos INDICADORES DE DESEMPENHO e as demais exigências estabelecidas no CONTRATO e seus ANEXOS, realizar atualizações e melhorias dos bens da CONCESSÃO quando disponibilizadas pelos respectivos fabricantes. 15.5. Será caracterizada a obsolescência tecnológica dos bens da CONCESSÃO quando constatada, no decorrer do PRAZO DA CONCESSÃO, a perda relevante de suas funções iniciais ou, ainda, sua incapacidade para atendimento aos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais exigências estabelecidas no Contrato e nos ANEXOS. 15.6. Exclui-se do disposto na subcláusula 15.5 a hipótese de má conservação ou ausência de manutenção, pela CONCESSIONÁRIA, dos BENS DA CONCESSÃO, regendo-se tais situações pelas regras específicas previstas neste CONTRATO e seus ANEXOS. 15.7. As despesas e investimentos da CONCESSIONÁRIA que tenham sido realizadas com o objetivo de garantir a atualidade da CONCESSÃO, incluindo o atendimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais exigências estabelecidas no CONTRATO e nos ANEXOS deverão estar amortizadas dentro do PRAZO DA CONCESSÃO, não fazendo a CONCESSIONÁRIA jus a qualquer direito de indenização ou reequilíbrio econômico-financeiro. 15.8. O disposto nas subcláusulas 15.1 a 15.77 deste CONTRATO não se confunde com a possibilidade de adoção e incorporação de inovações tecnológicas pela CONCESSIONÁRIA, a seu critério ou por determinação do PODER CONCEDENTE e/ou da ARTESP. 15.9. Observado o disposto na Cláusula Décima Nona, são consideradas inovações tecnológicas, para os fins do CONTRATO, as tecnologias que, à época de sua eventual adoção e incorporação pela CONCESSIONÁRIA, constituam o estado da arte tecnológica e não tenham uso difundido no setor de infraestrutura rodoviária nacional, e cuja utilização, não obstante tenha potencial de proporcionar ganhos de eficiência e produtividade no âmbito da CONCESSÃO, seja prescindível para o atendimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais elementos inicialmente previstos no CONTRATO e respectivos ANEXOS. 36 15.10. A CONCESSIONÁRIA terá ampla liberdade para incorporar, ao longo da CONCESSÃO, inovações tecnológicas no âmbito do

Analisando tais Cláusulas, entendemos que a problemática subsiste, permanecendo a dificuldade das partes de definirem em quais hipóteses a Concessionária fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão ao cumprir o dever que possui de atualizar a prestação do serviço a ela concedido.

Isso porque, nos termos da Cláusula 15.7 e 16.7 dos Contratos de Concessão acima mencionados, verificamos disposição que impõe que as Concessionárias atualizem o serviço, mas exclui, expressamente, o direito delas de reequilibrar a equação econômico-financeiro do Contrato de Concessão, devendo as despesas e investimentos estarem amortizados ao longo da sua vigência. Vejamos:

“15.7. As despesas e investimentos da CONCESSIONÁRIA que tenham sido realizadas com o objetivo de garantir a atualidade da CONCESSÃO, incluindo o atendimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais exigências estabelecidas no CONTRATO e nos ANEXOS deverão estar amortizadas dentro do PRAZO DA CONCESSÃO, não fazendo a CONCESSIONÁRIA jus a qualquer direito de indenização ou reequilíbrio econômico-financeiro.”

“16.7 As despesas e investimentos da CONCESSIONÁRIA que tenham sido realizadas com o objetivo de garantir a atualidade da CONCESSÃO, incluindo o CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 01/2020 PROCESSO STM Nº 2907444/2019 Concessão das Linhas 8 -

desenvolvimento do objeto, observado o disposto nesta Cláusula e na alocação de riscos deste CONTRATO prevista na Cláusula Décima Nona. 15.11. A incorporação de inovações tecnológicas pela CONCESSIONÁRIA quando por determinação da ARTESP ou PODER CONCEDENTE ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO, conforme a metodologia do Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da subcláusula 22.3.2, observado o disposto na subcláusula 15.14. 15.11.1. Na hipótese prevista na subcláusula 15.11, os INDICADORES DE DESEMPENHO deverão ser atualizados pela ARTESP de modo a contemplar as melhorias de performance relacionadas à incorporação da inovação tecnológica determinada. 15.12. A incorporação de inovações tecnológicas por determinação da ARTESP ou do PODER CONCEDENTE, em qualquer hipótese e observado o disposto na subcláusula 15.10, somente poderá ocorrer no âmbito das revisões ordinárias ou extraordinárias, nos termos das Cláusulas Vigésima Quarta e Vigésima Quinta, e ensejará a prévia recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO. 15.13. Caberá à CONCESSIONÁRIA a implantação de todos os sistemas digitais de gerenciamento de projetos e monitoramento das condições do SISTEMA RODOVIÁRIO, conforme especificado especialmente nos ANEXOS 6, 7, APÊNDICE H e Cláusula 16.1, mantendo a compatibilidade com as tecnologias empregadas pela ARTESP, de forma a permitir o compartilhamento das informações e dados gerados com a ARTESP, viabilizando as atividades de regulação e fiscalização que devem ser por essa desempenhadas. 15.14. O disposto nesta Cláusula não afasta a obrigação da CONCESSIONÁRIA em adotar, implementar e custear toda e qualquer medida procedimental e/ou operacional, inclusive aquelas de natureza tributária, trabalhista e/ou ambiental determinadas por agentes fiscalizadores distintos da ARTESP, não fazendo a CONCESSIONÁRIA jus a qualquer direito de indenização ou reequilíbrio econômico-financeiro.

Diamante e 9 - Esmeralda 59 atendimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO e demais exigências estabelecidas no CONTRATO e nos ANEXOS, deverão estar amortizadas dentro do PRAZO DA CONCESSÃO, não fazendo a CONCESSIONÁRIA jus a qualquer direito de indenização ou reequilíbrio econômico-financeiro.”

Verifica-se que o Estado de São Paulo excluiu o direito das Concessionárias ao reequilíbrio dos Contratos de Concessão, quando os investimentos para atualizar os serviços tiverem o propósito de atender aos indicadores de desempenho e as obrigações previamente estabelecidas entre as partes. Trata-se dos encargos programados que, como visto acima, não ensejaria, a princípio, o direito das Concessionárias ao reequilíbrio contratual.

Contudo, como ficam os casos em que os investimentos estejam programados, mas suas implementações onerem de forma demasiada o Concessionário, como é o exemplo da substituição da frota de ônibus movido por combustão por veículos elétricos?

Em tais casos, como já defendido no tópico anterior, a Concessionária faria jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, vez que não contemplou – e nem poderia contemplar – em sua proposta comercial a majoração dos encargos que teria com o cumprimento das obrigações previamente estabelecidas.

A novidade que se pode registrar em tais Contratos de Concessão é a previsão expressa, especificamente nas Cláusulas 15.11 e 16.11, do direito das Concessionários ao reequilíbrio econômico-financeiro nos casos em que o dever de atualidade decorrer de imposição unilateral do Poder Concedente ou da Agência regulamenta e fiscaliza o serviço. Vejamos:

“15.11. A incorporação de inovações tecnológicas pela CONCESSIONÁRIA quando por determinação da ARTESP ou PODER CONCEDENTE ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO, conforme a metodologia do Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da subcláusula 22.3.2, observado o disposto na subcláusula 15.14.”

“16.11 A incorporação de inovações tecnológicas pela CONCESSIONÁRIA, quando por determinação do PODER CONCEDENTE, ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, conforme a metodologia do Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da Cláusula 37.537.4, observado o disposto na Cláusula 16.14.”

Mesmo com esse avanço, pelo menos no que tange o reconhecimento do direito ao reequilíbrio das Concessionárias nas hipóteses em que o dever de atualidade seja imposto de forma unilateral, tal medida se apresenta demasiadamente tímida, o que acaba por não encerrar a discussão acerca do eventual direito ao reequilíbrio da Concessionária no cumprimento do seu dever de prestar o serviço de forma atual.

Essa ausência de previsibilidade pode, inclusive, impactar na atratividade do certame, eis que não é possível se antecipar quais são os riscos que o licitante estará submetido caso vença a licitação e tenha que atualizar o serviço a ele concedido. Dito de outra forma: a falta de previsibilidade dos riscos que o dever de atualidade irá impor ao licitante vencedor pode afastar eventuais interessados em participar do certame.

Não seria o caso de estabelecer uma matriz de risco para a atualização do serviço concedido, em que o particular assumiria os custos até determinado ponto e, atingido esse limite, as partes compartilhariam o excesso? Nesse caso, a Concessionária teria maior previsibilidade dos riscos assumidos e faria jus ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão no que tange essa diferença entre o limite estabelecido e o custo realmente despendido.

Apenas para exemplificar o quanto exposto, imaginemos que as normas técnicas relacionadas às sinalizações verticais sejam alteradas pela ABNT, a fim de tornar tais elementos mais efetivos na segurança para os usuários de determinada rodovia. O Concessionário, com a celebração do Contrato de Concessão, se obrigou a prestar o serviço de forma adequada, inclusive sob a vertente da atualidade, o que demandaria a substituição dos componentes de sinalização. Em sua proposta ele previu gastar "X", mas, em decorrência das inovações tecnológicas determinadas pela ABNT, acabou por gastar "X+100", ou seja, houve um acréscimo exponencial nos custos considerados em sua proposta. Nesse caso, o que se sugere é que a Concessionária assuma o risco até determinado limite (*v.g.* "X+40") e o custo acima desse limite ("X+60") seja dividido entre ela e o Poder Concedente.

Essa proposta, pelo menos a princípio, mitiga o risco das Concessionárias no cumprimento do seu dever de prestar o serviço de forma atualizada, bem como fomenta a atratividade do certame.

Parece-nos, assim, que a tentativa do Estado de São Paulo em estabelecer parâmetros objetivos em relação ao dever de atualidade das Concessionárias, buscando determinar os casos em que estas fazem jus ao reequilíbrio não atingiu o seu objetivo, vez que as dúvidas ainda permanecem.

6. Conclusão

Conclui-se, portanto, o que define o direito da Concessionária ao reequilíbrio da equação econômico-financeira são os termos previstos no edital e entabulados no contrato, tanto é assim que o Artigo 10 da Lei 8.987/95 determina que, mantida as condições do contrato, presume-se equilibrado o contrato de concessão, razão pela qual deve-se analisar a matriz de risco estabelecida no mesmo, definindo se determinado evento enseja o desequilíbrio do contrato.

Não havendo determinação do risco, mas tão somente estipulações genéricas, abstratas, como é o caso do dever de atualidade, não é possível atribuir ao contratado o risco de determinada demanda, sem o devido reequilíbrio do contrato de concessão. Caso contrário, estar-se-ia diante da assunção integral de risco da Concessionária e um verdadeiro permissivo à Administração de alterar os encargos do contrato sem que aquela faça jus à contraprestação financeira correspondente, o que impactaria, inclusive, na atratividade do setor privado em participar da licitação.

Portanto, o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro pelo cumprimento do dever de atualidade decorre das previsões contidas no edital e no Contrato de Concessão. Havendo previsão (*encargo programado*), a Concessionária não fará jus ao reequilíbrio. Caso contrário, ou seja, tratando-se de *encargo adicional*, o reequilíbrio do Contrato de Concessão é medida que se impõe. No mesmo sentido, enseja o reequilíbrio os encargos programados que, a despeito da sua previsão, impactam demasiadamente nos riscos assumidos pela Concessionária quando da elaboração da sua proposta, bem como nos casos em que se verifica o reinvestimento por parte da Concessionária (REPEX).

Referências Bibliográficas

FREITAS, Rafael Vêras de. *Algumas propostas para a interpretação das fontes de receitas alternativas nas concessões*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 151-164, set. 2014/fev. 2015.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 199-227, jan./mar. 2016.

JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Parecer sobre a responsabilidade por custos relativos à atualidade do serviço público em contrato de concessão*, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. *Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171/183, abr./jun. 2011.

MUSETTI GROTTI, Dinorá, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003

PEREIRA, Cesar, *Administração Pública e Direito do Consumidor*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 351-402.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

A CIDADANIA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E A (IN) EFICIÊNCIA DA POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA.

FABIANE JUVENAL DE LIMA RODRIGUES:
pós-graduanda Legalle virtual.

RESUMO: A cidadania é um dos principais fundamentos previstos na Constituição Federal de 1988, em suas primeiras linhas, a saber, artigo 1º, inciso II. Ao lado da dignidade da pessoa humana balizam as normas que devem prevalecer em respeito aos direitos e garantias fundamentais. Avançando na leitura constitucional, observa-se que o artigo 5º da Carta Magna, expõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. Dessa forma, ao menos no plano normativo, as pessoas têm direitos tutelados de forma isonômica. É neste contexto que o legislador originário estabeleceu que os direitos sociais são essenciais à vida do ser humano, de igual forma, enfatizou que as pessoas em vulnerabilidade social terão um amparo do estado em caso de necessidade. Apesar das previsões constitucionais de proteção, amparo e direitos e garantias fundamentais, há determinada parcela da população que não possuem acesso ao mínimo para sobrevivência. É o caso das pessoas em situação de rua, uma camada em hipervulnerabilidade. Esse artigo tem a intenção de destacar os possíveis avanços e retrocessos perpassados por essa normativos de amparo às pessoas em situação de rua, em especial o decreto 7.053 de 23/12/2009.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Decreto lei nº 7.053/09. 3. (in) eficiência da PNPSR. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1.INTRODUÇÃO

A situação da pessoas em situação de rua sempre foi um desafio a ser enfrentado pela sociedade. Uma vez que essa decisão de se alijar de seus familiares tem origens por vezes desconhecidas e por vezes incuráveis. O estudo de Silva (2009) enfatiza que há dois componentes permanentes: a extrema pobreza vivenciada por essas pessoas e os vínculos familiares rompidos ou fragilizados.

Mas, conforme previsão constitucional, o Estado tem o dever de amparar essa pessoas e prestar-lhe o que é digno para a vida. Na realidade existe um paradoxo entre as conquistas dos direitos sociais e a sua concretização na prática.

Observa-se que nas ruas das diversas cidades do Brasil, a cidadania dessas pessoas que fazem da rua o seu lar é praticamente inexistente. O acesso à saúde, educação, moradia, dentre tantos direitos elencados na Carta Magna é algo inacessível para pessoas que perderam a noção da sua qualidade de cidadão e de dignidade.

2. DECRETO LEI Nº 7.053/09 – POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

A conceituação utilizada para população em situação de rua, artigo 1º, parágrafo único:

o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Acrescenta-se que alguns autores descrevem as pessoas em situação de rua como pessoas de origem, interesses, vinculações sociais e perfis socioeconômicos diversificados e por isso não é um grupo populacional homogêneo e sim heterogêneo.

Borin (2003), ressalta que a população em situação de rua é heterogênea pelas seguintes características:

A multiplicidade de características pessoais, que esse segmento social apresenta, dificulta a utilização de uma definição unidimensional. A variedade de soluções dadas à subsistência e formas de abrigo, tempo de permanência na rua, a trajetória interior a situação de rua, a herança cultural e social [...], o tempo de rua e as formas de rompimento dos vínculos familiares, os tipos de socialização que se consolidam na rua, a rotina espacial, o uso de substâncias químicas (álcool e/ou drogas) e o seu grau de comprometimento, as condições de autoestima, sexo, a idade, a escolaridade e as formas de reintegração que almejam, são fatores que dificultam uma conceituação que não seja reducionista ou mesmo unifocal e nos conduz a uma tipologia dentro dos moradores de rua na cidade.

O decreto expõe em seu artigo 5º os princípios Política Nacional para a População em Situação de Rua, além da igualdade e equidade:

- I - respeito à dignidade da pessoa humana;
- II - direito à convivência familiar e comunitária;
- III - valorização e respeito à vida e à cidadania;

IV - atendimento humanizado e universalizado; e

V - respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

O decreto enfatiza o direito à cidadania e a dignidade da pessoa humana, tais são fundamentos basilares da Constituição Federal. Há ainda a previsão no artigo 6º das diretrizes da Política Nacional para a População em Situação de Rua, bem como no artigo Art. 7º os seus objetivos a serem atingidos. Em termos normativos o documento traduz de forma satisfatória a pretensão da população em situação de rua.

Mas com objetivo de buscar seus direitos e se apropriar de forma efetiva, um grupo de pessoas em situação de rua se uniram e formaram o Movimento Nacional de Pessoas em Situação de Rua. O MNPSR foi criado num contexto de violência o qual ocorreu na Praça da Sé, em São Paulo, em agosto de 2004, momento em que 15 pessoas em situação de rua foram brutalmente assassinadas.

Assim, como forma de indignação o acontecimento ficou conhecido nacionalmente como “Massacre da Sé” e o dia 19 de agosto ficou registrado como o Dia Nacional de Luta da População em Situação de Rua.

Oposto do que acontece na realidade, sendo que a estigmatização, o preconceito e o desrespeito é muito maior do que se pode imaginar. As pessoas em situação de rua sofrem diariamente com o desprezo e falta de amparo de seus familiares e da sociedade.

Como forma de contextualizar a situação um exemplo a ser demonstrado é o atendimento na rede de saúde e assistência social. Quando um mendigo vai procurar um socorro médico, o mesmo é tratado com ultraje e sempre é “separado” das demais que estão aguardando atendimento. Isso se deve, por vezes em razão da higiene pessoal e a falta da documentação, o que obsta o acesso ao atendimento solicitado.

Assim, conforme expõe Vasconcelos (1999), a existência de um direito, por si só não determina que a população tenha acesso, mas a forma de que é colocado à disposição da sociedade pode reforçá-lo ou torná-lo abstrato.

3.A (IN)EFICIÊNCIA DA PNPSR.

Ao observar que as pessoas em situação de rua não conseguem retornar ao convívio da sua família ou mesmo recuperar a sua cidadania com o trabalho ou livrar-se das drogas, é de se afirmar que a Política Nacional para a População em Situação de Rua não atingiu seus objetivos.

Assim, enfatiza Faleiros (2006), que desenvolvimento da cidadania social:

(...) consiste na obrigação do Estado em garantir condições dignas para todos estruturando através de uma rede de proteção social que articule acesso à saúde, à educação de qualidade, à formação profissional, aos direitos trabalhistas, aos seguros sociais, à habitação e saneamento, à informação e à assistência pública enquanto garantia de renda e de serviços sociais.

De certo que avanços podem ter ocorrido, mas o desrespeito é o fator mais visível desse problema. Isso é percebido ao citar a situação das pessoas em situação de rua que estão na área da Cracolândia em São Paulo.

Rotineiramente a Guarda Municipal e a Polícia Militar fazem operações para dispersar essas pessoas que vão de um lado para o outro com os seus pertences nas mãos, isso somente para demonstrar que o poder público está fazendo alguma coisa para resolver ao problema.

Tais atos são respostas ao clamor desesperado de programas televisivos que cobram uma solução das autoridades, mas não há a resolução do problema, somente mudam de um lugar para o outro.

Nesse contexto não se verifica uma atuação contundente da PNPSR, uma vez que não há mudança de vida e nem resgate da cidadania dos que sofrem diariamente as mazelas da rua.

4.CONCLUSÃO

O presente estudo tem relevância na discussão dos fundamentos e concretização dos Direitos Humanos, principalmente em relação às pessoas em situação de rua. Assim, o assunto é pertinente e envolve o estudo de impacto de um direito já previsto em diversos documentos nacionais, internacionais, mas em grande parte das vezes não é respeitado.

A população destinatária de políticas públicas oriundas do poder público por vezes tem suas pretensões tolhidas em face das limitações imposta sem sobrepesar a situação em que vivem, uma vez que já estão em situação de vulnerabilidade e não são enxergadas pelo poder público.

Assim Silva (2009), enfatiza que para as pessoas em situação de rua, a defesa dos direitos humanos é de fundamental importância, pois expressa o respeito à vida e ao trato humano para quem está em situação de total risco social.

No âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o Art. 5º postula que 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 de seus incisos e parágrafos que, por sua vez, consagram a igualdade material ao promover tratamento igual para os iguais e desiguais.

Apesar de ter delineado de forma objetiva e congruente toda a sua temática assistencialista, ainda tem muito a ser desenvolvido. A pobreza e a desigualdade social são o ponto mais expoente desse problema. Não tem como atacar tal situação sem discutir o assunto com a sociedade do amanhã.

A educação da atual geração é fundamental para mitigar o desrespeito e desprezo que as pessoas em situação de rua sofrem diariamente. Talvez com uma sociedade mais perceptível ao problema do outro possa enxergar que é possível sim essa pessoa que perambula pelas ruas tenha dignidade e cidadania.

Logo, que efetivamente uma pessoa em situação de rua possa mudar a sua vida e sentir orgulho de seu país, uma vez que, na atualidade, não falta normativos regularizando direitos, mas falta de mecanismos para a sua concretização.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BORIN, M.E.S. **Desigualdades e rupturas sociais na Metrópole: os moradores de rua em São Paulo**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito Constitucional**. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Sylvio e BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

SILVA, M.L.L. **Trabalho e população em situação de rua no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2009

VASCONCELOS, A.M. **Serviço Social e prática reflexiva**. Revista da Faculdade de Serviço Social da UERJ, n.10, jul., 1997

POBREZA MENSTRUAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: SITUAÇÃO SOCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA REALIDADE BRASILEIRA

RAPHAELA DA SILVA NASCIMENTO:

Pós-graduada em Direito e Estado.

RESUMO: O termo pobreza menstrual, objeto de estudo deste artigo, é conceituado como sendo aquele que corresponde tanto à falta de condições de realização da higiene menstrual de forma adequada quanto à falta de informações e conhecimento a respeito do tema. Tal mazela social atinge principalmente pessoas em situação de pobreza e vulnerabilidade em suas diversas interseccionalidades. Entre as adolescentes, uma das graves consequências da pobreza menstrual é a evasão escolar. Ademais, a ONU descreve a pobreza menstrual como um problema de não só de saúde física e mental, mas também como uma questão de saúde pública e de direitos humanos. Assim, tal artigo busca investigar a situação social de crianças e adolescentes no Brasil a partir da pobreza menstrual e o avanço de políticas públicas nessa questão, relacionando o debate com o Estatuto da criança e do adolescente, pois torna-se necessário e latente, na nossa sociedade atual, identificar os desafios das políticas públicas na efetivação de soluções para a pobreza menstrual de crianças e adolescentes brasileiras, sob à ótica constitucional de dignidade entrelaçada a uma dimensão dos direitos humanos.

INTRODUÇÃO

A presente proposta de pesquisa tem como objeto de estudo a situação social de crianças e adolescentes no Brasil a partir da problemática da pobreza menstrual frente a ineficácia das políticas públicas existentes para o enfrentamento desse fenômeno; principalmente sob o aspecto da dignidade menstrual como princípio dos direitos humanos vinculado à saúde pública.

Esclarece-se que é importante sinalizar que “Quando falamos de pobreza menstrual, nos deparamos com crises humanitárias, sanitárias e de desigualdades” (SILVA; LOPES; JÚNIOR, 2022, p.4).

Assim, atento a tal fenômeno de exclusão social, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos, diante da realidade concernente à falta de acesso a uma higiene digna, desenvolveu uma recomendação, considerando, principalmente a transversalidade existente entre a pobreza e os respectivos reflexos no dia a dia de mulheres, adolescentes e crianças que menstruam, conforme colacionado abaixo:

Criação de uma Política Nacional de superação da pobreza menstrual, para garantir que itens como absorventes femininos,

tampões íntimos e coletores estejam disponíveis para todas as mulheres e meninas, inclusive as que estejam privadas de liberdade, privilegiando itens que tenham menor impacto ambiental, bem como para que sejam ampliadas ações educativas quanto às medidas de saúde e autocuidado, no sentido de que sejam desenvolvidas relações mais positivas das mulheres e meninas com seu ciclo menstrual (CNDH, 2020, p.2).

Dessa forma, urge pensar que as políticas públicas que estão sendo implantadas hodiernamente afrontam os direitos do gênero feminino, incluindo-se, assim, em tal contexto, crianças e adolescentes que deveriam ser protegidos pelo sistema de direitos e garantias, edificado sob o manto do Estatuto da Criança e do adolescente, principalmente, sob o aspecto do necessário e constitucional acesso à saúde e educação de forma transversal.

Diante disso, pergunta-se como problemática norteadora: como tem avançado as políticas públicas para crianças e adolescentes que menstruam, de forma a considerar a dignidade menstrual como princípio dos direitos humanos?

A PROBREZA MENSTRUAL COMO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:

Quando se pensa em pobreza menstrual, não só existe um debate sobre a problemática que afere a falta de acesso à higiene e educação voltada à direitos sexuais e reprodutivos, mas também como o Estado atua para efetivar direitos e garantir o mínimo de dignidade para meninas e jovens mulheres.

A ONU reconhece o direito à higiene menstrual como um problema de saúde pública, já que são inseridas, em tal contexto, dimensões e reflexões sobre o acesso à água tratada, ao saneamento básico e aos itens de higiene. Assim, um dos fenômenos recorrentes a tais questionamentos referem-se à pobreza menstrual e a conseqüente falta escolar das crianças que menstruam, já que não detém condições financeiras mínimas para obter acesso aos absorventes; além de serem parcas e atrasadas as orientações sobre educação menstrual e assuntos relacionados à direitos sexuais.

Segundo a UNICEF e a UNFPA cerca de 60% de adolescentes e jovens que menstruam acabam não indo à escola ou a outro lugar por causa da menstruação (UNICEF, 2021).

O Estatuto da criança e adolescente em seu artigo 7º dispõe que "A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência". Diante disso, é importante pensar como esse fenômeno

se desdobra no âmbito da infância e da adolescência impactando na realidade dessas meninas e se existem marcos legais para garantir o direito previsto no ECA.

Os obstáculos que impedem a garantia de direitos e a dignidade menstrual para as crianças e adolescentes que menstruam, perpassam não só pela falta de banheiros adequados nas escolas, mas também pela escassez de acesso a absorventes quando vivenciam situações de vulnerabilidade social; ocorrendo, por muita das vezes, a utilização de métodos precários.

Diante disso, revela-se a necessidade de políticas públicas nos âmbitos da saúde e da educação, tendo em vista que a educação menstrual é, sim, uma alarmante lacuna dentro do ambiente escolar.

Além mais, a aproximação com a demanda de mulheres/meninas em situação de vulnerabilidade, torna-se a principal motivação no desenvolvimento do tema por meio deste artigo, já que busca impulsionar e trazer reflexões de estudo sobre tal universo de forma transversal e sensível a tal problemática social humanitária.

POBREZA MENSTRUAL: AS DESIGUALDADES E A BUSCA PELA DIGNIDADE

A reprodução da sociabilidade burguesa se torna possível diante das desigualdades proporcionadas por todas as engrenagens hierarquizantes das relações sociais particulares desse modo de produção, incluindo a desigualdade de gênero que hierarquizam homens e mulheres. A partir dessa totalidade, se pensa como o Estado pensa as vulnerabilidades para a mulher, e os valores humanos que devem ser considerados para ampliar a política de proteção à mulher, já que diversas violências e não garantias surgem como produto do regime de dominação-exploração das mulheres pelos homens, o *patriarcado*.

Isto revela, o quanto ainda é contemporâneo o pensamento de Simone de Beauvoir (1970, p.71) quando esta coloca que as mulheres ainda são consideradas *cidadãs de segunda categoria*. Neste sentido, tal condição não só as destinam para um lugar de inferioridade, mas também interfere diretamente nas condições de vida, adoecimento e morte do gênero feminino.

As mulheres são a maioria no Brasil, mas são aquelas que não detêm os espaços de poder decisório, "Assim, minorias podem ser compreendidas como indivíduos que politicamente (quando não numericamente) se percebem como grupo à parte em comparação com valores e padrões culturalmente pré-estabelecidos e hegemônicos." (NASCIMENTO; ALVES, [S.L] p.363). Dessa forma, tópicos referentes à condição feminina acabam sendo negligenciados e esquecidos pelas políticas públicas. A pobreza menstrual

é uma problemática que cerca o público feminino, diante da desigualdade de classe e gênero que se manifesta em diversos fenômenos:

É denominada “pobreza menstrual” – ou precariedade menstrual – a situação de precariedade e vulnerabilidade econômica e social à qual bilhões de pessoas menstruadas ao redor do mundo estão submetidas por não terem acesso adequado à saneamento básico, banheiros e itens de higiene pessoal, aí incluídos os protetores menstruais (ASSAD, 2021, p.142)

Diante do conceito, é preciso identificar o fenômeno e a relação com a perspectiva do gênero e da pobreza, principalmente, de forma interdisciplinar aos estudos sobre a eficácia das políticas voltadas para o sexo feminino no que tange à questão da menstruação. A precariedade assinalada se reveste de diversos elementos da realidade, que subalternizam a mulher quando desta é retirado o direito de higiene pessoal diante dos parâmetros dessa sociabilidade liberal fincado no lucro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Visto o exposto, o presente artigo lançou luz sobre a pobreza menstrual e a realidade vivenciada por crianças e adolescentes que menstruam, pensando, assim, de uma forma transversal, nas dimensões de saúde e educação que estão envolta dessa problemática. Além disso, tal estudo se debruçou sobre os questionamentos relativos às políticas públicas existentes sobre o tema, bem como buscou trazer reflexões sobre como o direito de menstruar também é pauta dos direitos humanos.

Assim, entender as circunstâncias e apresentar a amplitude dos fatos, propicia e aguça, inclusive, a possibilidade de uma pesquisa coletiva, denotando, assim, as possibilidades de renovação do conhecimento, principalmente com o objetivo de atingir de forma positiva a parcela da população que está inserida no contexto do objeto de estudo.

Dessa feita, pensar de forma holística, fará com que haja a identificação dos problemas, suas incoerências, mas também das potencialidades, servindo, inclusive, de ponte ao desenvolvimento da autonomia, autoestima, empoderamento, valorização das mulheres e principalmente o rompimento da falta de garantia de direitos, que tem deixado marcas e traumas irreversíveis, além de ceifar vidas de inúmeras mulheres cotidianamente, pelo simples fato de serem mulheres.

Diante de todo o exposto, o presente artigo buscou lançar luz quanto à garantia constitucional de acesso aos direitos básicos inerentes à mulher, enquanto ser humano dotado de dignidade; tornando-se, assim, imprescindível potencializar temáticas atuais e

que necessitam de soluções por meio de pesquisa e debates nas arenas decisórias, ainda mais quando se trata de um grupo historicamente subalternizado como o gênero feminino.

REFERÊNCIAS

ASSAD, Beatriz Flügel. Políticas públicas acerca da pobreza menstrual e sua contribuição para o combate à desigualdade de gênero. **Revista Antinomias**, v. 2, n. 1, p. 140-160, 2021.

MARCONI, M. A; LAKATOS, E. V.. **Metodologia científica**. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MAIS de 60% de adolescentes e jovens que menstruam já deixaram de ir à escola ou a outro lugar que gostam por causa da menstruação, alertam UNICEF e UNFPA. UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mais-de-60-porcento-de-adolescentes-e-jovens-que-menstruam-ja-deixaram-de-ir-a-esc>. Acesso em: 23. dez. 2022.

NASCIMENTO, Arthur Ramos; DE BRITO ALVES, Fernando. Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos. **Revista Da Faculdade De Direito Do Sul De Minas**, v. 36, n. 2, 2020

OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. **Metodologia científica**: um manual para a realização de pesquisas em Administração. Catalão: UFG, 2011. 72 p.: il.

RECOMENDAÇÃO no 21, de 11 de dezembro de 2020. **CNDH**. Recomenda ao Presidente da República, ao Presidente da Câmara dos Deputados e ao Presidente do Senado Federal, a criação de um marco legal para superar a pobreza menstrual e a garantia de isenções de impostos de produtos. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/SEI_MDH1638484Recomendacao21.pdfAcesso em: 3. dez. 2022.

SILVA, João Victor Ferreira da; LOPES, Yoanna Danielly Victor. A pobreza menstrual como fator de violação de direitos humanos: um olhar para adolescentes em ambiente escolar. **RUNA - Repositório Universitário da Ânima**. 2022.

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM FAVOR DO ADOLESCENTE ACUSADO DE ATO INFRACIONAL.

JEANDERSON DA SILVA BISPO: Bacharel em direito pela Universidade Salvador, Advogado, OAB\BA 56921, Especialista em Direito Público pela Universidade Salvador e Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade IBRA.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar se a luz da doutrina da proteção integral e considerando a finalidade das medidas socioeducativas, é juridicamente possível o manejo de ação rescisória a fim de desconstituir a coisa julgada absolutória formada em favor de adolescente acusado de cometimento de ato infracional. Como cediço, a constituição Federal de 1988, inspirada nas discussões da Convenção Internacional sobre os direitos da Criança, estabeleceu um novo paradigma na projeção das relações jurídicas entre as crianças\adolescentes e a sociedade, abandonando a doutrina da situação irregular e inaugurando um novo marco normativo: a proteção integral. Nessa senda, o tema proposta será analisado com fulcro nessa nova diretriz constitucional, nas balizas legais que envolvem a matéria e na jurisprudência dos tribunais superiores.

Palavras-chave: Constituição Federal. Crianças e adolescentes. Ato infracional. Medida Socioeducativa. Sentença Abolutatória.

ABSTRACT: This article proposes to analyze whether, in the light of the doctrine of full protection and considering the purpose of socio-educational measures, it is legally possible to manage a rescission action in order to deconstitute the res judicata abolition formed in favor of a teenager accused of committing an act infraction. As it is known, the Federal Constitution of 1988, inspired by the discussions of the International Convention on the Rights of the Child, established a new paradigm in the projection of legal relations between children and adolescents and society, abandoning the doctrine of irregular status and inaugurating a new normative framework: integral protection. In this path, it will be to analyze the proposed theme based on this new constitutional guideline and on the jurisprudence of the national courts.

Keywords: Federal Constitution. Children and teenagers. Offense act. Socio-educational measure. Abolutatory Judgment.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta obra é discutir a possibilidade de desconstituição de sentença absolutória em favor do adolescente acusado de ato infracional.

O artigo nº 227 da Constituição Federal de 1988, estabeleceu a doutrina da proteção integral e como corolário deste comando, o princípio da prioridade absoluta, do melhor interesse e o princípio da situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, nortes que devem guiar a atuação de todos os atores da justiça da infância e juventude.

Nesse contexto, partindo da premissa de que as crianças e adolescentes não podem mais ser tidas como mero objeto de tutela e sim titulares de direito, é notório que, para além da função pedagógica da medida socioeducativa, se faz presente nítido caráter retributivo e sancinador.

Diante deste cenário histórico-jurídico, os tribunais pátrios começaram a se manifestar sobre o tema, ora decidindo pela possibilidade de desconstituição do julgado, ainda que absolutório, ora entendendo pela impossibilidade.

Dessa forma, o presente artigo buscará melhor analisar a questão posta à baila - possibilidade de desconstituição de sentença absolutória em representação que apura ato infracional - à luz da jurisprudência firmada pelos Órgãos Judiciais, em especial, o Superior Tribunal de Justiça.

2 DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Até o advento da constituição federal de 1988, vigorava no ordenamento jurídico a doutrina da situação irregular, cujo escopo era atribuído ao Estado um vies paternalista aos menores em situação de risco. Para tanto, as crianças e adolescentes eram vistas como mero objeto de tutela, e o braço estatal, na figura do juiz de menores, tinha poderes quase absolutos sobre a vida dos intitulados menores.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, há uma ruptura da ordem jurídica anterior e se inaugura um novo arcabouço normativo na análise das crianças e adolescentes, que vai culminar no que a doutrina especializada intitulou de doutrina da proteção integral.

Preciosas são as lições de Guilherme Freire de Melo Barros, sobre a matéria:

Percebe-se que o Código de Menores de há muito já estava em dissonância com a compreensão jurídica e social sobre a forma de tratamento da peculiar situação de crianças e adolescentes. A Constituição da República claramente trilha novo rumo ao mencionar que a infância e a juventude têm de ser tratadas com absoluta

prioridade. A mudança de paradigma da nova Constituição já importava, por si só, a impossibilidade de se recepcionar boa parte das regras do Código de Menores. Nesse contexto moderno, foi necessário editar novo diploma legal no plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Com visão mais humana, a Lei nº 8.069/90 estabelece já em seu artigo 1º: "Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente". Assim, sempre com base forte nos princípios constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente é o principal diploma legal no que se refere à tutela dos direitos infanto-juvenis. Crianças e adolescente hoje são sujeitos de direito. (DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 8ª edição, editora jus podium, 2019).

Aliás, o próprio texto constitucional, em seu artigo nº 227 estabelece o princípio da proteção integral, impondo deveres a família, a sociedade e ao próprio Estado, nos seguintes termos:

Art 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

A propósito, constitui traço de unanimidade na doutrina, o entendimento de que as crianças e adolescentes passaram-se a ser vistas como sujeitos de direito e não mais como mero objeto de tutela estatal.

A partir deste panorama, a Lei nº 8.069 de 1990 que instituiu o Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, traçou os novos parâmetros da doutrina da proteção integral, elevando a criança e adolescentes como sujeitos de uma vasta gama de direitos delineados em seu bojo.

O Artigo 3º do ECA proclama que criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. No seu título II, é estabelecido um rol exemplificativo de direitos fundamentais que as crianças e adolescentes fazem jus.

Sobre o tema, a doutrina especializada ensina que:

A Carta Constitucional de 1988, afastando a doutrina da situação irregular até então vigente, assegurou às crianças e aos

adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los. Regulamentando e buscando dar efetividade à norma constitucional, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, microsistema aberto de regras e princípios, fundado em três pilares básicos: 1) criança e adolescente são sujeitos de direito; 2) afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e, portanto, sujeito a uma legislação especial; 3) prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais. (Curso de direito da criança e do adolescente : aspectos teóricos e práticos / Andréa Rodrigues Amin...[et al.] ; coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019).

Nesse contexto fático jurídico, resta claro que o diploma normativo atual estabeleceu um novo marco regulatório nas relações jurídicas entre crianças e adolescentes e a sociedade em geral, que deve ser pautada pelo primado da proteção integral e da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

3 DO PROCESSO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

As crianças e adolescentes que praticam ato infracional, ficam sujeitas a resposta estatal. Aqueles se sujeitam apenas a aplicação de medidas protetivas, enquanto estes se submetem as medidas socioeducativas.

As medidas socioeducativas, portanto, pode ser entendida como uma resposta estatal a adolescente em conflito com a lei, que praticou ato infracional e, embora essas medidas não ostentem caráter de mera penalidade, ante a exegese de ser educativa, sua aplicação obriga o adolescente infrator ao seu cumprimento., restringindo-lhe de alguns direitos.

Nessa toada, em razão da incidência da doutrina da proteção integral que também irradia seus efeitos no campo do ato infracional, alguns princípios devem ser observados na apuração da conduta contrária ao ordenamento jurídico, dentre os quais destacam-se o da legalidade, excepcionalidade, brevidade e fortalecimento dos vínculos familiares.

Sobre os objetivos da medida socioeducativa, vale registrar a previsão expressa, da lei Lei nº 12.594\2012, que Instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), senão vejamos:

(...) § 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;

II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Nesse cotejo, não se pode perder de vista que as medidas socioeducativas geram restrição a direitos individuais dos adolescentes, acarretando uma série de consequências jurídicas. Não atoa, a norma de regência estabelece a reserva de jurisdição para aplicação das referidas medidas, bem como o devido processual legal para a sua incidência.

Assim, no processo de apuração do ato infracional para fins de aplicação da medida socioeducativa, mister se faz que o órgão acusado, o Parquet, por meio da petição inaugural (a representação) demonstre a materialidade da infração e a autoria delitiva, justa causa necessária a uma "sentença condenatória".

Sobre o tema, cito os ensinamentos do Juiz do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Marcos Bandeira:

O adolescente que for apreendido pela prática de ato infracional deverá ser apresentado, imediatamente, à autoridade policial com atribuições na Comarca para formalizar o procedimento investigatório. Em seguida, constatando que o ato infracional foi praticado com violência ou grave ameaça, lavrará "auto de apreensão", ouvindo-se testemunhas, e por último, o adolescente, apreendendo, ainda, os produtos do ato infracional e os instrumentos utilizados, requisitando-se a realização de exames e perícias indispensáveis para a comprovação da materialidade do ato infracional. A autoridade policial está obrigada a comunicar o fato imediatamente à autoridade judiciária competente – Juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca – bem como aos familiares do adolescente, prioritariamente os pais ou responsáveis. Todavia, se não for possível, por qualquer motivo – falecimento, ausência etc – a autoridade deve comunicar

qualquer pessoa indicada pelo adolescente. Deve o adolescente ser cientificado pela autoridade dos seus direitos, inclusive o direito de permanecer em silêncio e de conhecer os responsáveis pela sua apreensão, nos termos estabelecidos pelo Art. 107, e parágrafo único do Art. 106 do ECA. (ATOS INFRACIONAIS E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: Uma leitura dogmática, crítica e constitucional, pág 32\33, editora da UES, 1ª EDIÇÃO, 2006).

Nessa conjuntura, uma vez não demonstrado a materialidade da infração e autoria delitiva, condição indispensável a procedência da representação, a absolvição do adolescente é medida que se impõe.

Logo, o juízo da vara da infância e da juventude deve estar atento ao acervo probatório, possuindo o poder\dever de afastar as provas ilícitas, tais como aquelas decorrente de reconhecimento pessoal inválido, flagrante preparado, testemunhas indiretas de ouvir dizer e etc.

Se tais provas não podem amparar uma decisão penal condenatória, com maior razão, não tem o condão de ser sustentáculo para aplicação de medida socioeducativa.

Mas indaga-se: concluindo o magistrado pela absolvição do adolescente com sentença transitada em julgado, é possível que o Ministério Público proponha ação rescisória visando desconstituir esse julgado?

É este o cerne deste estudo, que será pormenorizado no capítulo a seguir.

3 DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM FAVOR DO ADOLESCENTE ACUSADO DE ATO INFRACIONAL.

Antes de adentrarmos no objeto deste ensaio, impende aclarar que na seara do processo penal, as vozes doutrinárias são uníssonas no sentido de que, havendo absolvição do acusado, não há possibilidade de desconstituição da sentença penal absolutória, visto que, a revisão criminal é medida idônea apenas para desconstituir a condenação, consoante artigo 621 e 626 do Código de Processo Penal.

Nesse aspecto, resta assente tanto na literatura jurídica, quanto nos tribunais pátrios, que inexistente a revisão criminal em favor da sociedade. A ação de revisão criminal é instrumento jurídico manejado apenas e tão somente pelo Réu, visando desconstituir eventual sentença penal condenatória que lhe tenha sido imposta.

Visto isto, resta esclarecido que, na seara de apuração criminal, a sentença absolutória faz coisa soberanamente julgada, não podendo ser revista. Mas em sede de processo de

apuração de ato infracional, tendo em vista que a finalidade pedagógica da medida socioeducativa é proteger e educar o menor, é cabível a desconstituição da sentença absolutória?

Pois bem.

Como é de conhecimento jurídico, se aplica o CPP subsidiariamente ao processo de apuração de ato infracional, por expressa previsão capitulada no artigo 152 do ECA.

Assim, as regras capituladas no artigo 621 e 626 do CPP que impedem revisão criminal em face de sentença absolutória, se aplicam para o processo de apuração de ato infracional e pela mesma, *ratio decidendi*, impede a propositura de ação rescisória de julgado absolutório em favor de adolescente infrator.

Nesse salutar de ideias, embora não se perca de vista o caráter pedagógico da medida socioeducativa, ela também se reveste de caráter punitivo e sancionatório. Ora, a depender da medida socioeducativa aplicada o adolescente pode sofrer serias restrições, desde a mais brandas (a exemplo da advertência) como mais gravosas (vide a internação que restringe o direito de liberdade do adolescente).

Por esta razão, a alegação de que a medida educativa se presta a educar e proteger o próprio adolescente, não pode ser sucedâneo a admitir a violação ao devido processo legal, solapando o princípio da legalidade na aplicação da medida socioeducativa, ao lhe conceder tratamento mais gravoso do que o ofertado ao adulto.

Sobre este tema, temos recente e importantíssimo precedente do STJ, 6ª Turma. Processo em segredo de justiça, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22/11/2022, dando azo ao Informativo nº 759.

No caso que foi objeto de decisão da Corte Superior, o juiz da Vara da Infância e da Juventude rejeitou a representação, por falta de justa causa, sob o fundamento de que se cuidava de delito impossível, pela existência de flagrante preparado pela autoridade policial (Súmula 145 do STF), bem como pela falta de materialidade, porque não houve a apreensão de nenhuma droga, decisão que transitou em julgado.

Todavia, o Ministério Público, manejou a ação rescisória contra a sentença absolutória, sob o prisma de que, a medida socioeducativa visaria proteger e educar o menor.

Acerdatamente, o voto da Ministra Relatora foi no sentido de que, não cabe atribuir tratamento mais gravoso ao adolescente infrator, afastando o cabimento da medida jurídica, posto inidônea.

A fundamentação da decisão foi sedimentada nos seguintes termos:

Embora as medidas socioeducativas tenham natureza pedagógica, é inegável que possuem, igualmente, caráter sancionador e punitivo. Tanto é assim, que a sua imposição depende da comprovação da prática de ato infracional, feita por meio de processo judicial, no qual devem ser observadas as garantias do devido processo legal e do contraditório.

A admissão de ação rescisória, proposta pelo Ministério Público, visando à rescisão da coisa julgada absolutória formada no processo de apuração de ato infracional, colocaria o menor em situação mais gravosa do que o adulto, o que não é admitido por esta Corte Superior.

E continua:

Não obstante o Ministério Público afirme que a intenção seria proteger e educar o menor, que é vulnerável, observa-se que o real escopo da ação rescisória é reabrir a discussão acerca da prática do ato infracional e aplicar ao menor, medida socioeducativa por fato em relação ao qual foi definitivamente absolvido, mostrando-se indevida a tentativa de usar a vulnerabilidade do menor em seu próprio desfavor

Assim, embora ainda não haja pacificação da matéria, inexistindo decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, este importante precedente do STJ é consectário com os diplomas normativos internos e internacionais que regulam o tratamento a ser dispensado a criança e adolescente.

Esperamos, com a devida vênia, que a Corte Constitucional, a quem cabe dar a última palavra sobre o direito, não se afasta da doutrina da proteção integral na análise futura desta questão posta em discussão e acompanhe o entendimento do STJ, pacificando a matéria no sentido de que a sentença absolutória em processo de apuração de ato infracional não pode ser objeto de rescisão.

6 CONCLUSÃO

Ao concluir a obra aqui apresentada, torna-se perceptível que no Estado Democrático de Direito, a atuação do legislador infraconstitucional deve se permear nas balizas postas pela Carta Magna. Nesse sentido, não se pode olvidar, as crianças e adolescentes são sujeitos titulares de direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, o artigo nº 227 da Constituição Federal é explícito ao afirmar que as crianças e adolescentes gozam de prioridade absoluta e proteção integral, sendo dever do Estado, da Família e da Sociedade o respeito aos seus direitos.

Dessa forma, conforme amplamente demonstrado neste artigo, a aplicação de medida socioeducativa, embora possua caráter pedagógico, também transmite nítido caráter sancionador, de sorte que, deve ser espeditado o devido processo legal na apuração do ato infracional.

Durante a análise de algumas obras doutrinárias, foi visto que, o princípio da legalidade, veda que seja dispensa ao infrator, tratamento mais gravoso do que aquele recebido pelo réu de infração penal, que uma vez recebendo sentença absolutatória, não cabe revisão criminal para desconstituir o julgado.

Nessa linha de raciocínio, além de ferir a garantia da proteção integral e a segurança jurídica, permitir que o Ministério Público lance mão de ação rescisória visando desconstituir sentença absolutória em favor de adolescente infrator, é ferir de morte o princípio da legalidade, lhe conferindo deveras tratamento mais gravoso.

Nesse interím, o atual entendimento jurisprudencial consignado nos tribunais pátrios, em especial o consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, reforça a supremacia do texto constitucional e a doutrina da proteção integral.

Conforme examinado, no 'Leading Case', ficou sedimentado, com razão, que, não cabe revisão pro societate, e, dada a aplicação subsidiária do CPP aos processos de apuração de ato infracional, não se pode admitir ação rescisória de sentença absolutória em favor de adolescente acusado de prática de ato infracional.

Pensar de outra forma, seria usar a vulnerabilidade do menor e a necessidade de sua proteção contra ele mesmo, rediscutindo a matéria, malferindo a segurança jurídica e a legalidade.

Ao final deste ensaio, conclui-se e espera que os tribunais superiores pacifiquem a matéria em nome da segurança jurídica, firmando o entendimento definitivo de que não cabe a desconstituição de sentença absolutória em favor do adolescente acusado de ato infracional.

REFERÊNCIAS

DE MELO BARROS, GUILHERME FREIRE **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** 8ª edição, Salvador, Jus Podium, 2019.

BRASIL, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA O BRASIL DE 1988** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em: 03/04/2023.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm acesso em 03/04/2023.

Amin, Andréa Rodrigues; **CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE :ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS**, 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE 2012, INSTITUI O SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE).** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm acesso em: 03\04\2023.

BANDEIRA, MARCOS. ATOS INFRACIONAIS E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: UMA LEITURA DOGMÁTICA, CRÍTICA E CONSTITUCIONAL, Ilhéus, 1ª Ed, editora da UES, , 2006.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ROCESSO SOB SEGREDO DE JUSTIÇA, DIREITO PROCESSUAL PENAL, DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO POR ATO INFRACIONAL. REJEIÇÃO POR FALTA DE JUSTA CAUSA. TRÂNSITO EM JULGADO. AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REVISÃO PRO SOCIETATE. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPP.. Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 22/11/2022, DJe 28/11/2022.Disponívelem: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0759.cod>. Acesso em: 03 abril 2023.

DIREITOS DO TRABALHADOR DOMÉSTICO REMUNERADO A PARTIR DA LEI COMPLEMENTAR Nº 150/2015 E DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 72/2013

VINÍCIUS GOMES MORAES: Graduando do curso de Direito da Universidade de Gurupi-TO (UNIRG). 349

PAULO IZÍDIO DA SILVA RESENDE

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho diz respeito à Lei Complementar nº150/2015, a qual dispõe sobre os direitos trabalhistas dos empregados domésticos. Busca-se, através dele, analisar os benefícios trazidos pela lei à categoria e as principais modificações acarretadas à relação de trabalho doméstico remunerado. Para isso, é analisado o contexto histórico e social do emprego doméstico nos Brasil e as máculas culturais decorrentes deste contexto; qual o conceito de empregado e empregador doméstico definidos pela LC nº 150/2015 e pela doutrina jurídica; comparativo do que dispõe a LC nº 150/2015 com os direitos já garantidos aos empregados domésticos pela Emenda Constitucional nº 72/2013; bem como os efeitos práticos de tais legislações, se a garantia de direitos ou a redução do mercado de trabalho formal. Observou-se necessário a explanação sobre o tema, haja vista o desprestígio do trabalho doméstico se comparado às outras formas de relações empregatícias e a falta de amparo do empregado doméstico pelo ordenamento jurídico até o advento da LC nº 150/2015. Por se tratar de grande conquista desta classe trabalhista, é necessário analisar seus efeitos e suas determinações. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica através de análise da legislação correspondente e da literatura. Espera-se, assim, aferir quais os direitos garantidos ao empregado doméstico atualmente e de que forma eles são aplicados à realidade.

Palavras-chave: Direitos Trabalhistas do Empregado Doméstico. Lei Complementar nº 150/2015. Emenda Constitucional nº 72/2013.

1.INTRODUÇÃO

Este estudo trata sobre os direitos trabalhistas dos empregados domésticos, com ênfase nas mudanças trazidas pela Lei Complementar nº 150/2015 e pela Emenda Constitucional nº 72/2013.

Para tanto, é preciso fazer breve relato sobre o desenvolvimento histórico do trabalho doméstico no Brasil. Segundo Costa (2018), inicialmente este tipo de trabalho era

realizado pelas escravas, e estas, eram consideradas privilegiadas por serem tratadas com menor crueldade e por realizarem seu trabalho em condições menos desgastante.

Com o fim do sistema escravocrata no Brasil, tais empregadas continuavam nas casas de seus senhores realizando os mesmos trabalhos e recebendo apenas moradia e alimentação como forma de pagamento. Essa relação era considerado como uma forma de favor prestado para as empregadas domésticas.

Apenas com o processo de urbanização e industrialização, o serviço doméstico passou a ser visto como forma de emprego e a ser exercido por diversos tipos de pessoas, ainda que marcado pelos preconceitos herdados culturalmente, por ter sido um trabalho exercido, em regra, por escravos.

No entanto, este tipo de trabalho não se beneficiou das garantias trabalhistas conquistadas principalmente no governo do presidente Getúlio Vargas. Daí, a importância da Emenda Constitucional nº 72/2013 e da Lei Complementar nº 150/2015, vez que garantem ao trabalhador doméstico direitos já desfrutados pelo trabalhador urbano há mais de meio século.

Artigo único. O parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social." (EC nº 72/2013)

Para a eficácia de tais direitos, a LC 150/2015 foi de extrema importância por delimitar o conceito de empregado doméstico, através dos seguintes requisitos simultaneamente:

- Ser pessoa física;
- Prestar serviço de forma onerosa;
- Prestar serviço de forma pessoal, subordinada;
- Prestar serviço de forma contínua, sendo assim caracterizado, aquele que é

prestado por mais de 2 dias por semana;

- O empregador deve ser pessoa ou família;
- O serviço deve restringir-se ao âmbito residencial, podendo o empregado acompanhar o empregador em viagens, conforme firmado por contrato escrito

É o que dispõe o art. 1º da LC 150/2015:

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei. (BRASIL, 2015)

Desta forma, a lei foi benéfica por amparar como empregados domésticos todos aqueles que preenchem simultaneamente os requisitos apresentados, dentre eles: governantas, cuidadores de crianças e de idosos, lavadeiros, passadeiros, cozinheiros, faxineiros, vigias, motoristas particulares, caseiros. JUSTIFICATIVA

O serviço das escravas domésticas foi a primeira forma de trabalho doméstico no Brasil. Estas escravas eram vistas como privilegiadas, pois a relação com os senhores, em regra, eram caracterizadas pela menor crueldade dos castigos físicos.

Ocorre que o processo de abolição da escravatura aconteceu de forma lenta e burocrática, a maioria dos escravos permaneceram com seus donos, pois não conseguiam alavancar à condição de empregados. Quanto às escravas domésticas, estas permaneceram nas casas de seus senhores, recebendo moradia e comida como forma de pagamento pelos serviços prestados. Essa relação passou a ser vista como uma forma de favor prestado pelos senhores às escravas domésticas.

Segundo COSTA (2018, pag. 19), apenas com o processo de industrialização e de urbanização das cidades brasileiras o trabalho doméstico começou a ser considerado um serviço, e não uma ajuda, e passou a ser exercido por outras pessoas além dos antigos escravos.

No entanto, serviço doméstico continuou carente de reconhecimento social. Em consequência do histórico do serviço social no Brasil, ele carrega de preconceito e desvalorização. Exemplo disto, é que a legislação nunca considerou o trabalho doméstico como um trabalho urbano qualquer.

Antes da Lei 150/2015 e da Emenda Constitucional nº 72/2013, os direitos dos trabalhadores domésticos estavam previstos em leis dispersas. Apenas a partir destas

legislações, os direitos do trabalhador doméstico tornaram-se semelhantes aos direitos do trabalhador urbano, salvo algumas exceções, como piso salarial.

Pelos motivos, entende-se pela necessidade de análise dos direitos garantidos ao empregado doméstico hoje, a fim de averiguar se a legislação atual é suficiente e eficaz para promoção do trabalho digno e pleno.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 AS PRINCIPAIS MUDANÇAS DECORRENTES LEI COMPLEMENTAR 150/2015 – LEI DO EMPREGO DOMÉSTICO

O trabalho em tela busca analisar os efeitos da Lei Complementar nº 150/2015 para os trabalhadores domésticos e se a legislação que atualmente ampara tais trabalhadores é suficiente para a garantia de seus direitos.

É sabido que, embora houvesse grande número de trabalhadores domésticos no Brasil desde a época da escravidão, este tipo de trabalho não era resguardado pela legislação se comparado ao trabalho urbano comum, nem dispunha de reconhecimento social, pelo contrário, era marcado por estigmas preconceituosos e depreciativos.

Assim, a Emenda Constitucional nº 72 de 2013 e a Lei Complementar nº 150 de 2015 foram um marco para os direitos trabalhistas ao amparar também o empregado doméstico.

A partir disto, faz-se necessário analisar as legislações citadas a fim de averiguar quem é o empregado doméstico segundo a lei e de que forma ela o ampara. A partir de tal análise será possível analisar se os direitos do empregado doméstico são suficientes para a promoção de um trabalho digno; se as definições de empregado e empregador doméstico abrangem toda a gama de relações de trabalho doméstico existentes atualmente; e, os efeitos destas legislações para a sociedade.

Mattos (2018), apresenta breve contexto histórico e social sobre o tema, mas é exímio ao detalhar os conceitos e dispositivos trazidos pela legislação em questão. Primeiramente o autor debruça-se sobre a conceituação de empregado doméstico conforme a doutrina e a legislação vigente: empregado doméstico é a pessoa física que, de forma onerosa e juridicamente subordinada, trabalha para pessoa ou família, continuamente, no âmbito residencial e sem fins lucrativos. E detalha o entendimento de subordinação:

“É o estado de sujeição em que o empregado se encontra em relação ao empregador para executar as suas ordens. Deste modo, é

necessário que o empregador doméstico tenha um poder de direção sobre o empregado, pois se assim não for, não será caracterizado o trabalho doméstico, mas trabalho autônomo” (MATTOS, 2018, p. 10)

Também explana sobre o entendimento de continuidade mencionado pela Lei 150/2015, afirmando que deve ser interpretada como não episódica, não eventual. E o requisito da pessoalidade como sendo aquele prestado pela própria pessoa do empregado, salvo situações de excepcionalidade. Assim, traz o seguinte conceito sobre empregado doméstico:

Depreende-se o conceito de empregador doméstico através de dois elementos, quais sejam: o subjetivo e o objetivo, o primeiro é composto pelo fato de ser empregador pessoa ou família a favor do qual são realizados os trabalhos, enquanto que o segundo se entende pelo espaço onde é exercida a atividade doméstica pelo empregado, isto é, âmbito residencial.

[...]

Apesar de a “relação empregatícia ser intuito personae, não está limitado necessariamente o empregado doméstico a trabalhar em apenas um local”. O obreiro pode, desde que obedecidas as regras trabalhistas e tenha tempo para tanto, ter mais de um emprego e por consequência vários empregadores. (MATTOS, 2018, p. 13)

Deve-se ressaltar ainda que a falta de qualquer dos requisitos descaracteriza o trabalhador como empregado doméstico. Ou seja, o empregado não pode prestar o serviço de forma gratuita, seja por afinidade ou altruísmo, nem exercer atividade que tenha fim lucrativo, como fazer alimentos para venda ou limpar cômodo que seja utilizado como consultório. Nestes casos, a atividade doméstica seria convertida em relação trabalhista nos moldes da CLT.

Dispõe ainda sobre a jornada de trabalho determinada pela legislação:

A referida Lei Complementar manteve o texto constitucional no que diz respeito ao limite de 8 (oito) horas diárias, 44 (quarenta e quatro) semanais, e 220 (duzentos e vinte) horas mensais. Além disso, a Lei traz em seu artigo 3º a possibilidade de o empregado doméstico exercer seu trabalho em regime de tempo parcial, de modo que a sua jornada não exceda as 25 (vinte e cinco) horas semanais. O artigo 10 da Lei também permite expressamente ao trabalhador doméstico a jornada de 12 (doze) horas seguidas por 36 (trinta e seis) horas

ininterruptas de descanso, desde que haja acordo escrito entre as partes, devendo-se respeitar os intervalos para repouso e alimentação (MACIEL, et al, 2016, p. 16).

Contudo, dispõe Art. 10 § 5º que embora exista o regime de compensação, as 40 (quarenta) primeiras horas excedentes ao horário normal de trabalho deverão ser pagas com o respectivo adicional de 50% (cinquenta por cento). Deste modo, apenas as horas que ultrapassarem as 40(quarenta) primeiras poderão ser compensadas no período máximo de 1 (um) ano. Caso não sejam compensadas, deverão ser pagas as horas extras (SOUZA, et al, 2015).

Em relação ao horário noturno, assim é considerado aquele realizado entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, tendo a duração de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos, e devendo ser remunerada com acréscimo mínimo de 20%.

O trabalhador também terá direito a:

- Salário-família;
- Licença-maternidade para a gestante por 120 (cento e vinte) sem prejuízo do salário;
- Férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias a cada 12 (doze) meses, com acréscimo de pelo menos 1/3 (um terço) a mais que o salário normal.
- Seguro desemprego de três parcelas no valor de um salário mínimo em caso de dispensa sem justa causa;
- Obrigatoriedade de o empregador doméstico contribuir para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço 16 (FGTS) recolhendo o percentual de 8% para a conta do empregado doméstico;
- Indenização em caso de dispensa sem justa causa custeada mensalmente, no valor de 3,2% do valor do salário do empregado, que substitui a multa de 40% sobre o saldo do FGTS aplicada aos demais trabalhadores.

Ressalta-se, por fim, a criação do Simples Doméstico, programa em que, por meio de um documento único, o Documento de Arrecadação do eSocial (DAE), o empregador recolhe todos os impostos decorrentes da relação trabalhista: INSS do empregador e do

empregado, FGTS, antecipação da multa de 40% do FGTS, seguro acidente de trabalho e imposto de renda, quando houver. Assim, o Estado objetivou simplificar o recolhimento de impostos do empregador e do empregado doméstico.

Segundo consta artigo 34 da Lei, a guia do Simples Doméstico conterá o equivalente a 0,8% referente à contribuição social, 8% relativo ao FGTS, 8 a 11% de contribuição previdenciária - a depender do salário do doméstico -, 8% relativo ao INSS patronal (já existia a previsão de 12%) e 3,2% referente à futura indenização compensatória pela perda do emprego sem justa causa e ou por culpa do empregador (artigo 22 da LC). Sobre este último, ressaltase que se houver extinção do contrato de trabalho por parte do obreiro (art. 22 §1º: dispensa por justa causa, pedido de término do contrato a prazo antes do termo final, aposentadoria ou falecimento), o empregador tem direito de reaver esse montante. Lado outro, caso o sujeito patronal tenha dado cabo ao vínculo empregatício (art. 22, caput: despedida imotivada ou por culpa do empregador), a quantia será devida pelo empregado. Por derradeiro, o §2º do art. em comento afirma que, caso haja culpa recíproca para o fim do vínculo, será movimentado metade dos valores para ambos os pólos (CEGARRA, 2017, p.10).

2.2 REFLEXOS DA EC Nº 72 E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 150 NO TRABALHO DOMÉSTICO REMUNERADO

Além de analisar a atual legislação que rege o empregado doméstico, é preciso analisar a situação dos empregados domésticos no decurso da história brasileira:

A razão para tal estudo está relacionada ao fato de que os empregados domésticos foram excluídos, durante décadas, da proteção jurídica e social garantida aos demais trabalhadores urbanos, amparados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), desde 1943. Sendo esta discriminação, diretamente relacionada a diversas peculiaridades inerentes a categoria e aos fortes traços da herança escravocrata. (COSTA, 2018, p. 4)

Ao analisar o emprego doméstico no período da escravidão e as consequências deste período nos dias atuais, o autor afirma:

Segundo Santos, do ponto de vista da empregabilidade, as escravas domésticas não sentiram grandes impactos com o fim da escravidão, já que foram mantidas nas mesmas funções desempenhadas até

então. (SANTOS 2010, 45-46). Elas permaneceram na casa seus senhores em troca de alimentação e moradia, ou seja, esses quesitos passaram a ser sua forma de pagamento, de modo que para os ex escravos, a situação se assemelhava muito a vivida nos tempos de escravidão. Durante o período escravocrata no Brasil, o serviço doméstico era a principal atividade realizada por pessoas negras, sejam elas homens, crianças ou mulheres. E só se tornou um serviço legalmente "reconhecido", após a industrialização e urbanização da classe média, pois até então, ele era considerado, no máximo, uma ajuda. Já do ponto de vista social, pouco mudou, visto que até os dias de hoje esse tipo de trabalho não é reconhecido socialmente. (COSTA, 2018, p. 19)

Por fim, ao explanar sobre a peculiaridade comumente trazida em pauta quando o assunto é relação de trabalho doméstica, referente aos laços afetivos criados entre empregador e empregado, o autor expõe a visão de que estes laços, na verdade, são formas de camuflar as explorações existentes nesse meio.

Dessa forma, o que se observa, na prática, é que essa relação de afetividade, muitas vezes, é usada para mascarar a relação de trabalho. Para manter maior harmonia no interior das residências. Através deste discurso, a patroa fica em condição mais favorável para pedir favores não remunerados para sua empregada. Entende-se que não há nada de errado em contratar alguém para executar esse tipo de serviço ou até mesmo que haja uma relação de afetividade entre empregado x empregador. O problema surge quando patrões ou patroas tentam usar de alguma justificativa para argumentar que esse trabalho tem as suas especificidades e, portanto, não pode ser considerado um trabalho como outro qualquer. Ou seja, quando esses argumentos são usados para desvalorizar ou descaracterizar o caráter profissional da atividade. (COSTA, 2018, p. 29).

Desta forma, percebe-se que o fato de só em 2015 ter sido editada lei que se decruçasse especificamente sobre o trabalho doméstico não se deve de mera desatenção do legislador, e sim, de um histórico de preconceito em relação a este tipo de trabalho.

Estes fatos evidenciam a importância da nova legislação, por fomentar a formalização do emprego doméstico e, assim, garantir aos empregados domésticos direitos e garantias que atualmente amparam os demais trabalhadores.

3. CONCLUSÃO

A figura do empregado doméstico esteve presente nas sociedades desde tempos primórdios, seja nas sociedades escravocratas, em que muitos deles realizavam os labores domésticos, mas não tinham os direitos que empregados têm atualmente; seja nas sociedades primitivas, em que muitos se juntavam a um grupo pré –constituídos a fim de realizar esses afazeres em troca de moradia, segurança e comida.

Ao observar a situação do empregado doméstico pelo viés histórico, observa-se, que ele possuía maior proximidade com o seio familiar patronal que os demais empregados, em razão da natureza do trabalho realizado, no entanto, o fazia com que tal proximidade fosse vista como favor a tal empregado. Além disso, por ser um trabalho geralmente realizado por aqueles que não tinham força ou capacitação escolar para liderarem os grupos ou por escravos, essa profissão é marcada pelo preconceito até os dias atuais.

Ocorre que, atualmente, os trabalhadores urbanos brasileiros já gozavam de diversos direitos trabalhistas conquistados ainda na década de 1930, entretanto, perto da totalidade dos trabalhadores domésticos laboravam em regime informal.

Neste contexto, a Lei nº 150/2015 foi de extrema importância, por estender direitos dos empregados demais empregados urbanos ao empregado doméstico, e por fomentar que o empregador doméstico regularize tal relação de emprego. Para isso, deve-se destacar a criação do Simples Doméstico, através do qual o empregador recolhe todos os impostos decorrentes desta relação, por meio de um documento único, o Documento de Arrecadação do eSocial (DAE).

Em suma, o que se pode concluir é que após a vigência da Lei nº 150/2015 o número de empregados domésticos com registro formal em carteira de trabalho aumentou exponencialmente, o que dá a esta classe, além dos direitos básicos do trabalhos, como férias, descanso semanal remunerado, entre outros, a garantia de acesso à previdência social e de amparo pelo Estado, em caso de acidente de trabalho ou invalidez. Este também é um importante passo para diminuição do preconceito ao trabalhador doméstico e para o aumento de sua valorização.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 72, de 02 de abril de 2013**. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer igualdade de direitos trabalhistas entre trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos. Brasília: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm

BRASIL. **Lei Complementar nº. 150, de 1º de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº. 8.212, de 24 de julho de 1991, nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº. 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º. da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº. 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, 02 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 02 set. 2022.

COSTA, Letícia da Rocha Queiroz Porciúncula. **Reflexos da EC nº 72 e da Lei Complementar nº 150 no trabalho doméstico remunerado**. Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2018.

MACIEL, JOSIMAR. **Novos Direitos Trabalhistas dos Empregados Domésticos Após a Regulamentação Da Emenda Constitucional Nº. 72/2013 Pela Lei Complementar Nº. 150/2015**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. Centro de Ciências Jurídicas Departamento de Direito. 2016. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/166585/TCC%20_vers%C3%A3o_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 3 de setembro de 2017.

MATTOS, Samyr. **As principais mudanças da Lei Complementar 150/2015 – Lei do Emprego Doméstico**. Faculdade Doctum. Serra-ES, 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. **O novo direito do trabalho doméstico**. São Paulo: Saraiva, 2015