

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 943

(Ano XII)

(01/02/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

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.

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O Acordo de Não Persecução Penal: possibilidade vinculada à observância da Constituição Federal

29/01/2020 | Adel El Tasse.....04

ARTIGOS

Inaplicabilidade de licitação à luz da Lei das Estatais: Rol exemplificativo ou taxativo?

31/01/2020 | Alexandre Santos Sampaio 11

Inteligência Policial: A gestão do conhecimento como arma contra o crime organizado

31/01/2020 | Nivaldo Rodrigues de Souza 29

A Defensoria Pública e a legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo na defesa dos direitos difusos

31/01/2020 | Thiago Alexander Amaral e Silva68

Os limites do cabimento do habeas corpus no Brasil contemporâneo

30/01/2020 | Giovani Neves95

Inteligência artificial: aliada ou adversária no combate ao cybercrime

30/01/2020 | Rodrigo Otávio Xavier de Paiva 108

Responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo na relação paterno-filial

30/01/2020 | Alessandra Moura Rodrigues da Silva 115

Imunidade das entidades religiosas: abrangência e análise crítica

29/01/2020 | Eloá de Oliveira 188

O acesso à informação pública em Secretarias municipais de saúde como um dos fatores determinantes sociais de saúde

29/01/2020 | Reinaldo Pereira de Aguiar 193

As mudanças na legislação penal e processual penal com o pacote anticrime

29/01/2020 | Benigno Núñez Novo211

A prova na revisão criminal

28/01/2020 | *Sylvio Henrique Lorena Duque Estrada*220

Aborto: entre o Supremo e o Congresso

28/01/2020 | *Atos Henrique Fernandes*224

Ministério Público: aspectos gerais e princípios institucionais

27/01/2020 | *Kelvyn Luiz Neves*235

Análise jurídico-cultural sobre o discurso de Roberto Alvim: houve apologia ao nazismo?

27/01/2020 | *João Bosco de Almeida Rezende*248

Unificação das penas em razão de nova condenação criminal e alteração da data base na execução penal

27/01/2020 | *Sylvio Henrique Lorena Duque Estrada*264

O Caso dos Irmãos Naves: Análise Crítica do Filme Baseado em Fatos Reais

27/01/2020 | *Marcus Vinicius da Costa Paiva*270

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: POSSIBILIDADE VINCULADA À OBSERVÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ADEL EL TASSE: Advogado em Curitiba (PR). Procurador Federal. Professor de Direito Penal, em cursos de graduação e pós-graduação, em diferentes instituições de ensino superior. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor no Curso CERS. Mestre em Direito Penal. Coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Coordenador Geral do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.

Importante inovação trazida ao sistema brasileiro pela lei nº Lei 13.964/2019, é a medida despenalizadora do acordo de não persecução penal. Vale destacar que esta medida não integrava a proposta anticrime, remetida pelo atual Ministro da Justiça ao Congresso Nacional, mas foi incluída no trabalho parlamentar de unificação de propostas legislativas em trâmite no parlamento.

Nesse aspecto, elogiável o trabalho desenvolvido pelo Congresso Nacional, pois, ao passo que a proposta anticrime do Ministério da Justiça era centrada fundamentalmente na continuidade do processo de prisionalização, em clara contraposição aos movimentos internacionais de redução do poder punitivo e substituição das medidas punitivas por outras de natureza restaurativa e conciliatória; fez o parlamento a inserção de regra redutora do poder punitivo que, embora esteja sujeita a críticas e avaliações, evidente que sempre no sentido da melhora do instituto e dos mecanismos de resolução racional dos conflitos sociais, interpretada em acordo com a Constituição Federal, talvez possa ser apontadas como um dos poucos implementos, senão único, nos últimos 20 anos de restabelecimento da marcha da legislação penal no sentido da redução do cárcere.

A ideia já integrava a Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que permitia a celebração de acordo de não-persecução penal, para crimes de menor gravidade. Isso se dá sob forte influência do modelo presente no direito alemão, com objetivo de conceder maior racionalidade ao sistema penal e conduzir a respostas mais rápidas, para as questões consideradas menos graves, possibilitando maior apuração dos fatos, nos processos cuja acusação seja de delitos mais graves, inclusive porque, na Alemanha, este mecanismo surgiu da iniciativa de membros do Ministério Público, independente do detalhamento legislativo, tendo constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional Alemã.

No Brasil a Resolução em questão foi objeto de questionamento por duas ações Diretas de Inconstitucionalidade, as de número 5793 e 5790, as quais debatem a impossibilidade de inovação legislativa ser produzida por meio de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público. Além disso, sobrevieram decisões impedindo a aplicação de qualquer medida disciplinar por deixar o membro do Ministério Público de observar a questão do acordo de não persecução penal, o que, por evidente retirou efetividade da Resolução nº 181/2017-CNMP.

Agora, por força do novo artigo 28-A do Código de Processo Penal há superação do debate sobre a invasão legislativa presente na resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, ao estar o acordo de não persecução penal estruturado em lei em sentido formal, com a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

Os elementos trazidos no *caput* do dispositivo disciplinador do acordo de não persecução criminal são muito importantes, pois conjuntamente :a) deve haver confissão formal e circunstanciada da infração penal; b) não pode haver emprego de violência ou grave ameaça na prática do ilícito penal; c) a pena mínima deve ser inferior a 4 (quatro) anos.

Assim sendo, o primeiro requisito é que o acusado na sua oitiva formal confesse a prática da infração penal, declinando os elementos circunstanciados de sua participação nela, sendo muito importante observar que a celebração do acordo de não persecução penal prescinde que a pessoa aponte coatores ou partícipes ou que colabore com as investigações, sendo suficiente a confissão de sua participação, declinando as circunstância nas quais sua participação ocorreu, de sorte que, ainda que a infração penal tenha ocorrido com concurso de agentes e o acusado opte por não declinar os nomes dos coatores, isso não é fator impeditivo da celebração do acordo de não persecução penal.

Nesse sentido, muito importante que não se confunda, uma coisa é delação, ou se prefira, colaboração premiada, outra é a confissão circunstanciada, pela qual a pessoa somente tem a obrigação de tratar de sua participação específica

na infração penal, podendo deixar de declinar a atuação de qualquer outra pessoa ou simplesmente optar por omitir a indicação dos demais agentes do delito.

Reestabelecendo o eixo central do sistema, dentro dos ditames internacionalmente reconhecidos, desde as “Regras de Tóquio”, lançadas no VIII Congresso das Nações Unidas, foi proclamada a separação entre infrações penais com e sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, centralizando novamente o sistema na importância da vida e dos bens jurídicos a ela relacionados.

Nesse sentido, o segundo requisito para o acordo de não persecução penal é ser a infração sem emprego de violência ou grave ameaça a pessoa, deixando manifesto que a utilização dos meios agressivos para a prática do delito o torna mais grave e, portanto, impedem a utilização dos mecanismos despenalizadores existentes no sistema.

A lei 13.964/2019 inovou em relação a pena a ser considerada, pois a disciplina anterior, surgida da Lei nº 9714/1998 considerava a pena máxima para estabelecer a incidência de penas ou medidas alternativas, enquanto a nova lei trabalhou, em relação ao acordo de não persecução penal, com a pena mínima, exigindo que ela seja inferior a 04 anos, consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, o que representa grande parte dos tipos penais criminalizadores existente no Brasil, de sorte que não é exagerado afirmar se estar diante de uma das maiores alterações do modelo de persecução criminal da história brasileira recente, pois um percentual sensível dos tipos penais existentes passam a permitir a celebração do acordo de não persecução penal, desde, claro sejam observadas as premissas anteriores da confissão circunstanciada e não emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

Essa medida produz impacto em toda estrutura de funcionamento da justiça penal, pois deve haver condições próprias para a efetividade do instituto, estando os sujeitos do processo preparados adequadamente para sua operacionalização, o que envolve mudança de posturas, tanto do órgão ministerial, quanto dos defensores.

Não se pode deixar de registrar que ao estruturar o acordo de não persecução criminal a legislação utiliza a frase “*o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal*”, conduzindo à falsa perspectiva de que pode ser negado o acordo, caso satisfeitos os requisitos presentes em lei, a depender da vontade do agente ministerial.

Realmente não parece ser possível a linha interpretativa declinada acima, pois dentro da racionalidade sistemática do direito penal brasileiro, há muito está estruturado o conceito de que a regra que fixa requisitos para o acusado, uma vez

ele os satisfazendo, passa a estabelecer a titularidade de um direito subjetivo, não se encontrando fundamentos para que em relação ao acordo de não persecução penal seja diferente, até porque, a interpretação distinta importaria em ferimento à exigência do mínimo de logicidade do sistema.

Destarte, satisfeitos os requisitos legais pela pessoa, tem ela direito a que lhe seja proposto o acordo de não persecução penal, sendo que a omissão na proposição e a continuidade de medidas processuais contra ela, pode, em tese, caracterizar a hipótese do artigo 30 da Lei nº 13.869/2019 (abuso de autoridade).

Ademais, e sem prejuízo do anterior, pode o investigado requerer a remessa ao órgão superior do Ministério Público, para que formule a proposta.

Além dos requisitos gerais do *caput*, o artigo 28-A traz em seus incisos requisitos específicos, a começar pela exigência de reparação do dano ou restituição da coisa à vítima. Evidente que a fim de impedir que esta regra bloqueie a aplicação do instituto às pessoas carentes de recursos financeiros, tornando-o simples mecanismo de seletividade econômica no sistema punitivo, é que a demonstração da impossibilidade da reparação do dano não impede a celebração do acordo de não persecução penal.

Também se promove uma antecipação da perda dos bens provenientes do crime, pois para a celebração do acordo de não persecução penal, a pessoa deve renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

Não se deve descuidar, em atenção ao princípio do contraditório constitucionalmente contemplado que, pode a pessoa validamente questionar a indicação de bens realizada pelo Ministério Público e demonstrar que a origem, de algum ou de todos eles, foi lícita, fazendo com que a não renúncia a estes bens não lhe retire o direito ao acordo de não persecução penal, caso contrário se constituiria em medida de confisco expressamente vedada pela Carta Maior, igualmente estaria a se se impor perda de bens sem o devido processo legal.

Dessa forma, a única interpretação possível, em conformidade à Constituição Federal, é a que estabelece ser a indicação de bens pelo Ministério Público preliminar, podendo contar com imediata concordância da pessoa investigada ou não, e na hipótese dela discordar, pode demonstrar a licitude em sua aquisição, situação em que a não renúncia aos bens não impede a aplicação do acordo de não persecução penal.

Como punição alternativa, a pessoa deverá prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas, por período correspondente à pena mínima cominada ao

delito imputado, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução e pagar prestação pecuniária, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

A lei estabelece uma alternatividade entre a prestação pecuniária (inciso IV) e outra condição indicada pelo Ministério Público (inciso V). A hipótese do inciso V do artigo 28-A do Código de Processo Penal é de clara inconstitucionalidade, por afronta direta ao princípio da legalidade penal em seu aspecto de taxatividade, de sorte que a previsão de *“cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”* é inaplicável, ficando as penas alternativas adstritas as previsões dos incisos III e IV, ou seja, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Os limites da prestação pecuniária são os gerais do artigo 45 do Código Penal, em seu parágrafo 1º, nem inferior a 1 (um) salário mínimo, nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Há vedação expressa da celebração do acordo de não persecução penal em quatro hipóteses, quais sejam: 1) cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; 2) ser o investigado reincidente ou estarem presentes elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais anteriores; 3) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; 4) ser crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Essas vedações são justificáveis dentro da estruturação sistemática da legislação penal, pois, a prevalência da transação penal em relação ao acordo de não persecução penal decorre de ser a transação penal instituto despenalizador mais benéfico, com menos requisitos e menores consequências, por incidir nas infrações de pequeno potencial ofensivo, dentro da disciplina da Lei dos Juizados Especiais, de sorte que a sobreposição do acordo de não persecução, às regras despenalizadoras dos Juizados Especiais, representaria odiosa imposição da medida mais gravosa ao investigado, desconsiderando marcos legislativos importantes que estruturam as infrações de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido é possível verificar que hoje o sistema atua com infrações de pequeno potencial ofensivo, sendo elas as sem emprego de violência ou grave ameaça a pessoa, com pena máxima de até 02 (anos); de médio potencial ofensivo,

quando diante de infrações sem emprego de violência ou grave ameaça a pessoa e pena mínima inferior a quatro anos e crimes de grave potencial ofensivo, quando ocorrer emprego de violência ou grave ameaça a pessoa ou a pena mínima for a partir de quatro anos.

A reincidência, ao passo que na opinião do autor, não poderia servir para agravar a pena, por representar emprego de *bis in idem*, pode ser utilizada como meio de verificação da adequação da pena ou medida alternativa a determinada pessoa, neste sentido, não havendo problema na vedação do acordo de não persecução penal, caso a pessoa seja reincidente. Igualmente a habitualidade e reiteração delitiva justificam a não concessão do benefício, porém estas não podem ser embasadas em simples afirmações retóricas ou dados genéricos, devendo contar com indícios probatórios dotados de idoneidade, para serem consideradas.

A vedação do instituto da não persecução penal a quem, no prazo de 05 anos anteriores ao cometimento da infração, já foi beneficiado com acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, prende-se a uma aceitável presença de indícios de que as medidas despenalizadoras não sejam suficientes para punição do agente.

Por fim, o sistema claramente tem se estruturado no sentido de vedar os benefícios despenalizadores, quando praticada infração no âmbito doméstico ou familiar ou contra a mulher por razões de gênero, sendo que impedir o acordo de não persecução penal nestas hipóteses, caminha no sentido linear do que já vem sendo construído pela legislação e pela jurisprudência, para tentar equacionar a grave situação do ataque ainda sofrido reiteradamente às mulheres na sociedade brasileira.

O acordo de não persecução penal deve ser homologado pelo juiz em audiência própria, na qual serão verificados seus termos e adequação a lei e sua razoabilidade, em relação a infração previamente imputada.

Dessa forma, o Brasil ingressa, no sistema da oportunidade regrada, em que o órgão acusatório pode deixar de oferecer a inicial criminal, contra alguém sobre quem recaiam indícios de autoria e materialidade da prática de infração penal, porém, não tem liberdade plena nesta decisão, pois são fixados requisitos legais estritos, para que possa deixar de dar início ao processo criminal.

Por outro lado, a validade constitucional do acordo de não persecução penal depende de que, estando preenchidos os requisitos, a sua proposição seja um direito subjetivo do investigado, de sorte que ao Ministério Público compete avaliar as condições e propor dentro do rol estabelecido em lei as condições, lembrando que a prevista no inciso V do artigo 28-A é de toda ofensiva ao princípio

da legalidade penal, de sorte que inaplicável, como também o é, a não admissão de que possa o investigado exercer contraditório em relação a bens apontados como provenientes do ilícito penal, na medida em que deve se desenvolver na legislação infraconstitucional interpretação conforme ao texto maior e este veda o confisco, a perda de bens sem processo e evidente proclama o contraditório e ampla defesa.

A partir da exegese do acordo de não persecução penal em conformidade à Constituição Federal, o sistema penal brasileiro passa a contar com um importante instrumento redutor do poder punitivo, capaz de auxiliar na maior celeridade, pelo afastamento do processo para as infrações de médio potencial ofensivo.

INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO À LUZ DA LEI DAS ESTATAIS: ROL EXEMPLIFICATIVO OU TAXATIVO?

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO: Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. *Especialista* em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

RESUMO: O objetivo deste artigo é expor e avaliar se o rol existente na Lei 13.303/2016, denominada Lei das Estatais, para a não incidência, também chamada de inaplicabilidade, do regramento licitatório é exemplificativo ou taxativo, vale dizer, busca-se verificar se somente pode afastar o regramento licitatório nos casos expressos em lei ou se o caso concreto, ainda que não se enquadre ao comando legal, pode levar a inaplicabilidade das regras atinentes à licitação. É visto, valendo-se de doutrinas e jurisprudências sobre o tema, que as empresas estatais não mais estão submetidas à Lei 8.666/93 possuindo regramento de licitação próprio, qual seja, o artigo 28 e seguintes da Lei 13.303/2016. Com efeito, após a Emenda Constitucional nº 19/98, ocorreu uma salutar cisão entre a Administração Pública direta e as empresas estatais que exploram atividade econômica. Estas se submetem ao regramento privado e devem ser competitivas no mercado, apesar de, em regra, precisem licitar para contratar com terceiros. Bem por isso, previu-se na Lei das Estatais hipóteses de inaplicabilidade de licitação, quais sejam, venda de produtos ou prestação de serviços e parcerias empresárias. Contudo, observou-se que a complexidade empresarial nem sempre se adequa com perfeição a estas previsões legais, porém a licitação é um óbice para o atingimento empresarial. E assim sendo, concluiu-se que o rol deve ser entendido como exemplificativo, a despeito da leitura rasa da lei expressar o contrário, pois o contexto fático pode ser incompatível com a licitação.

Palavras-chave: Licitação. Lei das Estatais. Inaplicabilidade. Parceria. Atividade-fim. Exemplificativo.

ABSTRACT: The purpose of this article is to expose and evaluate if the existing list in Law 13.303 / 2016, called State Law, for the non-incidence, also called inapplicability, of the bidding rule is exemplary or exhaustive, that is, it seeks to verify if only It may rule out the bidding rules in the cases expressed by law or if the specific case, even if it does not fit the legal command, may lead to the

inapplicability of the rules related to the bidding. It is seen, using doctrines and jurisprudence on the subject, that state-owned companies are no longer subject to Law 8.666 / 93 having their own bidding rules, namely Article 28 et seq. Of Law 13.303 / 2016. In fact, after Constitutional Amendment No. 19/98, there was a healthy split between direct public administration and state-owned enterprises that exploit economic activity. These are subject to private regulation and must be competitive in the market, although, as a rule, they must bid to contract with third parties. For this reason, it was foreseen in the State Law hypothesis of inapplicability of bidding, that is, sale of products or rendering of services and business partnerships. However, it has been observed that business complexity does not always perfectly match these legal provisions, but bidding is an obstacle to business achievement. Therefore, it was concluded that the role should be understood as exemplary, despite the shallow reading of the law expressing the opposite, because the factual context may be incompatible with the bidding.

Keywords: Bidding. State Law. Inapplicability. Partnership. End activity. Exemplary

Introdução

O propósito deste trabalho é expor e avaliar se o rol existente na Lei 13.303/2016 para a não incidência, também chamada de inaplicabilidade, do regramento licitatório é exemplificativo ou taxativo, vale dizer, busca-se verificar se somente pode afastar o regramento licitatório nos casos expressos em lei ou se o caso concreto, ainda que não se enquadre ao comando legal, pode levar a inaplicabilidade das regras atinentes à licitação.

Após a Emenda Constitucional nº 19/98 e a promulgação da Lei das Estatais, ocorrida somente em 2016, finalmente as empresas estais conseguiram regramento próprio, distinto da Administração Pública direta. Este regramento, que veio a disciplinar o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, inovou ao prever hipóteses de inaplicabilidade de licitação.

Essa inovação foi importante, porquanto ao mesmo tempo que as empresas públicas e sociedades de economia mista precisam obedecer às regras sobre prévia licitação, elas precisam também atuar na atividade econômica em competição com empresas privadas, em mercado, por vezes, bastante acirrado.

A Lei 13.303/2016 apresentou duas possibilidades: a prestação de serviços e a venda de produtos e as parcerias empresariais. Contudo, o mercado empresarial é bastante dinâmico e complexo e nem sempre o caso concreto se enquadra nas hipóteses legais.

Nesse cenário, procura-se responder a seguinte indagação: afinal, o rol exposto na Lei das Estatais é taxativo ou exemplificativo?

1 Do contexto normativo vigente

De início, cabe lembrar que, para contratar com terceiros, empresas públicas e sociedades de economia mista, devem licitar para contratar com terceiros, conforme preconiza o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal – CF, que com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, separou o regime jurídico atinente à licitação da administração direta, autárquica e fundacional, do regime das empresas estatais, sujeitando estas às regras próprias da iniciativa privada.

Bem por isso, as empresas estatais estão subordinadas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, por comando constitucional, conforme art. 173 da CF. E, por isto, apesar das estatais devam obediência aos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, nos termos do art. 37, caput, da CF, a hermenêutica deve ser guiada para a necessária divisão entre o regime público, próprio da Administração Pública direta, do regime privado, no qual está inserida as estatais.

Marçal Justen Filho (2016, p. 285), ao comentar a cisão constitucional promovida pela EC 19/98, pondera:

A disciplina do art. 173, § 1º, III, é claramente distinta daquela prevista no art. 37, XXI. As empresas públicas e sociedades de economia mista são sujeitas aos “princípios da Administração Pública”, tal como definidos numa lei específica. Já a Administração Pública direta, autárquica e fundacional se subordina a um regime muito mais severo. (...)

Mais importante do que o argumento relacionado com a alteração da redação é o reconhecimento da inviabilidade da incidência de um regime jurídico único e uniforme para licitações e contratações para a integralidade da Administração Pública.

Na mesma toada, a interpretação deve privilegiar a realidade do mercado em que a empresa estatal está inserida, a prática empresarial, para possibilitar a necessária igualdade de condições entre os competidores.

Em suma, as empresas estatais, ainda que integrantes da Administração Pública, não podem ser tratadas como autarquia ou fundação pública, pois

efetivamente não são. Deve-se ponderar que empresas estatais que atuam em regime de competição necessitam funcionar com agilidade e eficiência, visando, também, o lucro. Por conta disso, possuem lei própria que deve se adequar a sua realidade sendo interpretada de maneira mais flexível.

2 Distinção entre dispensa, inexigibilidade e inaplicabilidade

Com efeito, não se pode olvidar que as empresas estatais devem licitar para contratar terceiros, conforme dicção do art. 28, caput, da Lei das Estatais. Exceção a essa regra são os casos de dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade da Lei.

Nunca é demais explicar, ante a confusão de conceitos, a diferença entre os institutos acima que guardam, indubitavelmente, semelhanças, mas possuem diferenças significativas.

As hipóteses de dispensa (art. 29) e de inexigibilidade de licitação (art. 30) da Lei das Estatais, praticamente, com alguns ajustes, repetem as da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), de modo que o que a doutrina e a jurisprudência manifestam sobre essas figuras no regime da Lei de Licitações tem aplicação, guardadas as devidas proporções, no âmbito da Lei das Estatais.

A dispensa de licitação possui rol taxativo, expresso em casos específicos, e que não cabe expansões interpretativas. Já a inexigibilidade possui rol exemplificativo, pois a inviabilidade de competição pode surgir na casuística.

A dispensa de licitação é cabível nas situações em que, embora viável a competição, o certame, em tese, afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa (JUSTEN FILHO, 2014, p. 468). Ou seja, nos casos de dispensa, a licitação, em princípio, seria possível, todavia algumas razões justificam que se deixe de efetuá-la em nome de outros interesses públicos.

De outra banda, Marçal Justen Filho (2014, p. 575), em comentários ao art. 25 da Lei 8.666/93 — que permanecem válidos para as contratações diretas no regime da Lei das Estatais — ensina:

A inviabilidade de competição também se verificará nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas segundo um critério objetivo ou quando o critério da vantajosidade for incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida. (...) Mas todas essas abordagens são meramente exemplificativas, eis que extraídas do exame das diversas hipóteses contidas nos incisos do art. 25, sendo

imperioso reconhecer que nelas não se esgotam as possibilidades de configuração dos pressupostos de contratação direta por inexigibilidade de licitação. (...) Seguindo essa orientação, existem diversas decisões do TCU reconhecendo a inviabilidade de competição mesmo em hipóteses que não se enquadram precisamente nos incisos do art. 25. Reconhece-se a existência de circunstâncias que tornam incompatível a seleção de uma proposta de contratação mediante um procedimento licitatório padrão.

A inaplicabilidade da lei, por sua vez, tem origem em entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado ainda quando as Empresas Estatais se subordinavam à Lei 8.666/93, segundo o qual admite-se o afastamento ou a não incidência das normas licitatórias em situações que, em resumo, a aplicação da lei constitui óbice intransponível à satisfação da necessidade do contratante, especialmente quando a contratação visa o cumprimento eficiente da atividade finalística da empresa.

Desse modo, a inaplicabilidade de licitação possui fundamento, em princípio, no binômio: atividade finalística e óbice intransponível para o atingimento da satisfação da necessidade almejada. Se a licitação for óbice ao atingimento do objeto desejado e este estiver atrelado ao negócio da estatal, é possível juridicamente sustentar o afastamento das regras atinentes à licitação. É a prevalência do direito privado sobre o público, com a observância da prática empresarial.

No âmbito da doutrina, Marçal Justen Filho (2014, p. 38), um dos mais respeitados doutrinadores sobre licitações e contratos, assim se manifesta sobre a figura da inaplicabilidade da lei:

(...) A questão não se relaciona propriamente à configuração de algo como atividade-fim ou atividade-meio, mas com a submissão da atividade desempenhada pela entidade integrante da Administração indireta à lógica do mercado e a certos princípios da competição econômica.

O desenvolvimento de atividades econômicas impõe adoção de práticas uniformes e padronizadas, desenvolvidas segundo os usos da atividade empresarial. (...)

Em suma, quando o Estado se dispuser a atuar no mercado, deverá submeter-se a exigências próprias e características do setor. Um dos pontos fundamentais da organização

empresarial, indispensável à obtenção do sucesso econômico, reside na autonomia para organização dos fatores da produção. Essa autonomia pode exigir, em alguns casos, a adoção de práticas informacionais para seleção da melhor alternativa. Na maior parte dos casos, isso ocorre com as atividades-fim, mas isso não pode ser estabelecido como regra absoluta. Pode haver atividades-fim que comportam contratação mediante prévia licitação, tanto como pode existir atividade-meio que exija solução imediata e destituída de formalidade.

A ausência de licitação derivará, então, da impossibilidade de obter sucesso na atividade empresarial se for aplicada a licitação, eis que isso eliminará margens de autonomia indispensáveis e inerentes à atuação no mercado. (...)

E da jurisprudência sobre o afastamento da licitação, reproduzem-se os seguintes julgados paradigmáticos do Tribunal de Contas da União (TCU, Acórdão nº 2571/2010, Plenário):

9.1. conhecer da presente Consulta, formulada pelo Exmo. Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, Sr. Eduardo Campos, por atender aos requisitos de admissibilidade de que tratam os arts. 1o, XVII, da Lei n. 8.443/92 e 264 do Regimento Interno/TCU, para responder ao consulente que, enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório;

(...) julgo que (...) não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse

procedimento constituem óbice intransponível à atividade comercial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência. (...).

Dessa forma, a jurisprudência deste Tribunal sobre a não incidência das normas de licitação (...) deve ser aplicada de forma cautelosa, porque constitui premissa lógica dessas decisões, ainda que não mencionadas expressamente, a existência de óbices intransponíveis para a realização das atividades comerciais, em função do procedimento licitatório.

Assim sendo, sempre que a realização da licitação não trazer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação.

Exceção a essa regra dar-se-á apenas nos casos em que a observância à legislação mencionada acarrete óbice intransponível à atividade-fim da empresa, hipótese em que poderá ser afastado o seu cumprimento, conforme entendimentos firmados por esta Corte em julgados anteriores, a exemplo da Decisão 663/2002 e dos Acórdãos 1268/2003, 1581/2003 e 403/2004, proferidos pelo Plenário.

É dentro desse cenário que a Lei 13.303/2016 veio, finalmente, a inovar no ordenamento jurídico ao prever situações que o regramento licitatório deve ser afastado:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Apesar de o § 3º do art. 28 aludir a “dispensadas da observância”, anote-se que o dispositivo não cuida, em verdade, de hipótese de dispensa de licitação, tratada no art. 29 da Lei 13.303/2016. Esse § 3º trata de situações que a lei afasta a sua incidência, ou seja, são situações de inaplicabilidade da lei das estatais.

Como acima se vê, o § 3º do art. 28 positivou apenas, de maneira comedida, duas hipóteses de inaplicabilidade da lei.

A primeira hipótese legal é relativa a comercialização de produtos, a obras ou a prestação de serviços pelas empresas estatais relacionadas ao objeto societário. Neste caso, se a empresa estatal estiver atuando diretamente na atividade econômica, de acordo com o seu objeto social, não há que se falar em licitação para prestar serviços ou vender produtos. Neste caso, a lei das estatais autoriza a desnecessidade de licitação.

A outra situação que a Lei das Estatais autoriza também a inaplicabilidade da licitação é quando ocorrer parcerias empresariais, em especial quando a escolha do parceiro estiver associada a uma oportunidade de negócios.

Vê-se que a última hipótese, parcerias, é bem ampla, abarcando uma ampla gama de possibilidades para afastamento do regramento licitatório, contando que o negócio esteja atrelado a oportunidades de negócio e haja justificativa para a inviabilidade de procedimento competitivo.

Porém, e se o caso concreto não se enquadrar no comando legal do art. 28, § 3º? Estaria a Empresa Estatal obrigada a observar a integralidade do regramento licitatório?

3 O rol exemplificativo da Lei das Estatais

De fato, uma leitura rasa do art. 28, § 3º, levaria o interprete a entender que somente existem duas situações para o afastamento do regramento licitatório: no exercício de atividades finalísticas e nas parcerias.

Isso se deve, pois, a literalidade do comando legal traz a expressão “nas seguintes situações”. Não há margem no texto, como faz a hipótese de inexigibilidade de licitação ao mencionar “em especial na hipótese de”, para outras situações de inaplicabilidade.

Sobre a interpretação literal, é necessário expor as lições de Carlos Maximiliano (1993, p. 112-166) acerca da hermenêutica jurídica:

A exegese filológica atinge, apenas, o caso típico, principal; o núcleo, explícito, lúcido, é cercado por uma zona de transição; cabe ao intérprete ultrapassar esse limite para chegar ao campo circunvizinho, mais vasto, e rico de aplicações práticas. (...) porque a linguagem, embora perfeita na aparência, pode ser inexata; não raro, aplicados a um texto, lúcido à primeira vista, outros elementos de interpretação, conduzem a resultado diverso do obtido com o só emprego filológico. (...) Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Dentro dessa visão interpretativa, se o caso concreto não for compatível com a licitação, parece possível sustentar o afastamento do regramento licitatório, pois cabe ao interprete ir além do comando legal quando estiver numa zona cinzenta, tal como é os casos que tratam sobre inaplicabilidade de licitação.

Dessarte, será que os exemplos, inovadores na legislação pátria para a atividade empresarial, ao conferir maior segurança jurídica nas relações empresariais, são suficientes para abarcar todas as situações em que a licitação não se traduz no melhor caminho para a satisfação de uma necessidade da estatal? Em outros, termos será o rol taxativo ou meramente exemplificativo?

Endente-se que a lei ao não abarcar todas as situações que levem ao afastamento do regramento licitatório deve ser entendida como meramente exemplificativa. Isso porque a dinâmica de mercado ou outras peculiaridades do trato a ser firmado, com nítida característica privada, por exemplo, pode dar azo ao afastamento dos ditames licitatórios da contratação.

Um dos exemplos é o comodato, disciplinado pelo art. 579 e seguintes do Código Civil, outra hipótese, além das postas na Lei das Estatais, que pode viabilizar o afastamento licitatório. Se uma empresa estatal realiza um empréstimo gratuito não fungível de um bem para terceiro, não há que se falar em licitação.

A não incidência licitatória se dá, pois, neste tipo de empréstimo gratuito não é, a rigor, tratado no regramento licitatório, pois não se está diante de uma locação nem alienação, tampouco a implementação de um ônus real, tal qual tratado na Lei das Estatais. Não há previsão no Estatuto Jurídico acerca do comodato. E como não há, não se aplica a legislação em comento (SAMPAIO, 2018, p. 86).

Ventila-se, por oportuno, também a hipótese de contratações realizadas no exterior que devem observar a lei estrangeira, diante do disposto no art. 9.º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) que determina que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

Ora, se a empresa estatal irá contratar no estrangeiro, sem bens ou serviços prestados no Brasil, dentro de normas alienígenas que regem obrigações naquele outro país, resta evidenciada a inviabilidade fática e jurídica em se aplicar a legislação brasileira à contratação no exterior, revelando-se, desse modo, outra situação que dá azo à inaplicabilidade das normas da lei 13.303/2016.

Na lei 8.666/93 existe o art. 123 que preceitua que “em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei”, o que denota o afastamento do regramento licitatório se as regras da licitação forem incompatíveis com as peculiaridades locais. Cabe anotar que a Lei 13.303/2016 não reproduziu este comando em seu texto, mas isto não afasta o fato de que no estrangeiro, muitas vezes, não há como impor a outra parte observar as regras sobre licitação.

Nessa linha, o TCU (Acórdão nº 2177/2011, Plenário) já emitiu decisão:

Ademais, cumpre frisar que, com relação à aquisição de bens e a contratação de serviços efetuados no exterior, segundo as regras de Direito Internacional, e, ante o que dispõe os arts.

8º e 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicam-se as leis do país em que foram constituídas essas relações obrigacionais, o que, por óbvio, pode não corresponder aos ditames previstos no estatuto pátrio.

De igual modo, as práticas de mercado podem impor, com vistas a observar a economicidade e melhores técnicas do mercado, o afastamento completo das normas atinentes à licitação.

O TCU já enfrentou o tema em um caso da Petrobras que as práticas do mercado em âmbito internacional, em um setor com alto grau de complexidade e vultosos valores envolvidos, impuseram um caminho próprio para contratação, consagrado internacionalmente, diferente de uma típica licitação.

Em razão disso, o Ministro Relator Benjamin Zymler consignou que a prática de mercado “parece encontrar amparo no inciso II do art. 173 da Constituição Federal, o qual estabelece que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas”.

Nessa toada, a não incidência de licitação pode ocorrer, outrossim, em contratações realizadas no exterior por entes integrantes do conglomerado empresarial estatal com sede em outro país. É necessário, neste tipo de caso, observar as peculiaridades e ritos do local da contratação, sob pena de frustrar o objetivo pretendido. A antiga legislação, como dito, trazia uma previsão que trazia uma flexibilidade maior nas contratações, mas a Lei das Estatais foi omissa sobre tais tipos de contratações. Apesar desse lapso legislativo, nada obsta que o caso concreto, com suas especificidades, leve a uma situação que seja incompatível a observância do regramento da licitação.

Ensina o doutrinador Marçal Justen Filho (2014, p. 34-35) sobre a necessidade de afastar a licitação para aplicação dos procedimentos próprios do mercado:

Reputa-se que as empresas estatais que atuem em condições competitivas com o setor privado – seja no desempenho de serviços públicos, seja na exploração de atividade econômica – não se sujeitam ao regime licitatório de direito público. Devem adotar procedimentos específicos e diferenciados, como decorrência da sua atuação em condições de competição.

Assim sendo, em caso de união de esforços em prol da eficiência do setor bancário, situação que, a rigor, não se enquadra no comando literal da Lei das Estatais, o TCU (Acórdão nº 544/2010, Plenário), em contratação, à época sujeita à lei 8.666/93, entendeu que a hipótese analisada era de inaplicabilidade de licitação:

a) não haveria necessidade de deflagração de certame licitatório nos termos da Lei nº 8.666/93 para a escolha da FEBRABAN como representante para contratar empresas para efetuarem o serviço de TCM, isso porque se trataria de mero procedimento de adesão das instituições bancárias ao sistema de Transporte Compartilhado de Malotes, gerenciado por aquela entidade; b) não seria exigível o atendimento à Lei nº 8.666/93 para contratação de empresa de transporte pela FEBRABAN, na medida em que se trata de entidade privada; c) não há necessidade de procedimento licitatório para o caso, na medida em que não há comercialização de serviços de transporte de malotes, isso porque o papel da FEBRABAN se restringe à administração do serviço em nome das instituições filiadas.

Desse modo, é observável que, ainda que uma hipótese não esteja explicitamente disciplinada pela Lei das Estatais, como é o caso do comodato e das práticas do mercado, nacionais e internacionais, dentre outras situações que possam surgir dentro da complexidade empresarial diária, atendidos certos requisitos, a não incidência de licitação pode e deve ocorrer em prol da liberdade empresarial.

Com efeito, na esteira da jurisprudência do TCU e da doutrina, quando a atividade finalística estiver em mira e existir óbice ao atingimento dos objetivos esperados, por conta da licitação, esta deve ser afastada em prol da atuação empresarial da estatal em igualdade de condições com os demais concorrentes do mercado.

A despeito de leitura apressada dos dispositivos legais em análise, com uma interpretação literal, levar a crer que as hipóteses de afastamento da lei 13.303/2016 serem taxativas, principalmente pelo texto legal conter a expressão “nas seguintes hipóteses”, nem sempre o legislador pode prever todas as situações que a observância do regramento licitatório seja inconveniente e inoportuna.

Nessa linha, embora sob a égide da Lei 8.666/93 e, por consequência, fora das hipóteses legais da Lei das Estatais, o TCU (Acórdão n. 1390/2004, Plenário) já decidiu:

(...) julgo que só o fato de tratar-se de atividade-fim não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse procedimento constituem óbice intransponível à atividade comercial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência. (...).

Dessa forma, a jurisprudência deste Tribunal sobre a não incidência das normas de licitação à atividade-fim das empresas estatais (...) deve ser aplicada de forma cautelosa, porque constitui premissa lógica dessas decisões, ainda que não mencionadas expressamente, a existência de óbices intransponíveis para a realização das atividades comerciais, em função do procedimento licitatório.

Assim sendo, sempre que a realização da licitação não trazer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação.

Exceção a essa regra dar-se-á apenas nos casos em que a observância à legislação mencionada acarrete óbice intransponível à atividade-fim da empresa, hipótese em que poderá ser afastado o seu cumprimento, conforme entendimentos firmados por esta Corte em julgados anteriores, a exemplo da Decisão 663/2002 e dos Acórdãos 1268/2003, 1581/2003 e 403/2004, proferidos pelo Plenário.

A conclusão, portanto, no tocante à aplicação da Lei nº 8.666/93 na celebração dos contratos de comissão mercantil para contratação de operadores para postos próprios da BR Distribuidora, é no sentido de que não há óbices intransponíveis à atividade comercial da empresa, devendo ser observados os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, conforme caput do art. 37 da Constituição Federal.

Como acima se vê, além do entendimento jurisprudencial e doutrinário que autorizam a inaplicabilidade de licitação, o § 3º do art. 28 positivou duas hipóteses de inaplicabilidade da lei que viabilizam, em determinados casos, o afastamento das regras da lei das estatais atinentes à licitação.

Dessarte, entende-se que as hipóteses legalmente explícitas não podem e não devem ser interpretadas como taxativas, mas meramente exemplificativas.

Tomando de empréstimo os ensinamentos do jurista Marçal Justen Filho (2016, p. 305), ao tratar sobre parcerias empresariais, o óbice da licitação reside na busca por solução satisfatória, aquela que satisfaz plenamente às necessidades da Empresa Estatal, o que leva a escolha através de critérios variáveis e, não raro, a imposições unilaterais, à vista das circunstâncias da contratação almejada.

Se a solução almejada não se enquadra, necessariamente, no art. 28, § 3º, mas com a licitação é incompatível, é razoável defender o afastamento das normas atinentes à licitação em prol da atividade empresarial.

Em outros termos, deve-se ter em mira assegurar o funcionamento e a competitividade das empresas estatais, afastando a licitação para garantir o pleno exercício das atividades econômicas (GUIMARÃES; SANTOS, 2017, p. 43).

Portanto, é possível também que determinado caso concreto, diante de suas características e peculiaridades, ainda que não se subsuma ao comando da lei das estatais, em seus estritos termos, seja enquadrado como hipótese de não incidência da licitação.

Dito de outro modo, a situação concreta e a natural complexidade do mundo empresarial podem levar a outros casos que exijam como solução jurídica o afastamento da órbita gravitacional da lei das estatais.

Não se pode esquecer que a licitação, e todo o seu emaranhado, por vezes burocrático, de procedimentos, é um meio para o atingimento de uma finalidade, e não um fim em si mesmo. Se a licitação com o objetivo pretendido é incompatível, cabe afastar este meio para que a finalidade seja alcançada.

Discorda-se em parte, neste ponto, de Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres (2018, p. 94) quando dizem:

Pode-se identificar, no art. 28 da Lei 13.303, diversas hipóteses de não observância das regras licitatórias. Obviamente, elas não permitem o afastamento integral de preceitos de direito público.

A estatal, certamente, mesmo quando afaste a incidência das regras licitatórias relacionadas à fase interna ou externa, estará impelida a estabelecer procedimentos de controle, mesmo que a posteriori, com vistas a resguardar o erário e demonstrar o respeito a princípios como a moralidade, a isonomia e a economicidade.

Primeiro, porque, como visto, as empresas estatais não se sujeitam ao regime de direito público, mas sim de direito privado. Segundo, convênios, patrocínios e termos de cooperação, por exemplo, não são hipóteses de inaplicabilidade de licitação, mas de incidência das regras de licitação limitada, visto que observam, no que couber, as normas de licitação e contratos da Lei das Estatais. São, pois, institutos jurídicos distintos de uma parceria ou da venda direta pela estatal de produtos ou serviços.

Quando se vem a falar em inaplicabilidade, repise-se, estar-se-á falando em liberdade empresarial, própria das empresas privadas, em prol da sobrevivência da estatal em um mercado, não raro, extremamente competitivo.

Não obstante a isso, cabe aqui um alerta: quando se fala, e defende, afastar normas licitatórias para conferir liberdade ao gestor de escolher a melhor solução empresarial para atender à empresa estatal, em situações complexas e de difícil amoldamento à uma licitação convencional, isso não significa arbitrariedade, mas paridade de armas frente aos demais concorrentes do mercado. Ademais, de qualquer modo, lembra-se que a empresa estatal continua obrigada a observar os princípios que regem a Administração Pública (art. 37, caput, da Constituição Federal), tais como moralidade, impessoalidade, vantajosidade e eficiência.

Em suma, ainda que a situação leve à inaplicabilidade de licitação, não é dado ao gestor realizar escolhas arbitrárias, despidas de fundamentos e justificativas que demonstrem que a contratação, ou qualquer que seja o negócio, foi o melhor, em termos técnicos ou econômicos, para o sucesso empresarial da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Conclusão

Diante do exposto, observou-se que a Lei das Estatais possui como regra a necessidade de licitação, em regra, se a empresa estatal pretender contratar com terceiros. Exceção a esta regra são as hipóteses de dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade de licitação.

Ademais, verificou-se que a lei das estatais inovou no ordenamento legal ao prever explicitamente duas hipóteses de inaplicabilidade de licitação, a despeito

da jurisprudência do TCU e a doutrina já terem admitido afastar a licitação em diversas situações, mesmo sem previsão legal, com fundamento no óbice intransponível gerado pela licitação para a atividade finalística da empresa estatal.

Uma das hipóteses de não incidência da licitação é a prestação de serviços e venda de produtos diretamente pela estatal, com fulcro no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016. Nesta senda, se a empresa estatal está atuando diretamente na atividade econômica, produzindo produtos e serviços para o mercado, dentro do seu objeto social, a lei das estatais autoriza que ela não observe as regras atinentes à licitação.

A outra é a formação de parcerias empresariais, com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016. Para tanto, atualmente, de acordo com a Lei 13.303/2016, é necessário que estejam presentes alguns requisitos na parceria empresarial para a não incidência do regramento licitatório da Lei das estatais, quais sejam: i) a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, ii) vinculada a oportunidades de negócio, iii) justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Analizou-se que as hipóteses legais são relevantes para a atividade empresarial da estatal, mas, a rigor, é possível que não abarque todas as situações em que a licitação deve ser afastada. A realidade de mercado, naturalmente complexa por sua própria natureza, e as peculiaridades do negócio pretendido, podem levar ao afastamento da licitação, mesmo quando não há comando legal autorizativo para tanto, principalmente quando a licitação se tornar um obstáculo, acima da natural dificuldade de uma licitação, para a plena atividade econômica da estatal, sua lucratividade e eficiência no mercado competitivo em que atua.

Em resumo, conclui-se que as hipóteses legais de inaplicabilidade de licitação devem ser entendidas como exemplificativas e não taxativas, podendo as práticas de mercado e o caso concreto estabelecerem outras situações de afastamento das regras acerca de licitação da Lei 13.303/2016.

Frise-se: inaplicabilidade de licitação não se confunde com arbitrariedade, mas sim liberdade para que o gestor possa escolher a melhor solução para o sucesso empresarial da empresa estatal.

Referências

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1390/2004, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-16054/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2177/2011, Plenário, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2177%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=d22e84f0-cb5a-11e9-9a3f-597ed1b232cd. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2488/2018, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=647761>. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 544/2010, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo. Disponível em: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1390/2004, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-16054/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso em: 25/08/2019. Acesso em: 30/08/2019.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Leis das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas Empresas Estatais. In Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª. Ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Fórum, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 13ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

SAMPAIO, Alexandre Santos. A Não Incidência da Licitação nas Empresas Estatais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SAMPAIO, Alexandre Santos. Inaplicabilidade de licitação nas parcerias empresariais das empresas estatais Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 ago 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52347/inaplicabilidade-de-licitacao-nas-parcerias-empresariais-das-empresas-estatais>. Acesso em: 30 ago 2019.

INTELIGÊNCIA POLICIAL: A GESTÃO DO CONHECIMENTO COMO ARMA CONTRA O CRIME ORGANIZADO

NIVALDO RODRIGUES DE SOUZA: Perito Judicial na área grafotécnica, falsidade documental, vistoria e avaliação de imóveis. - Consultor de TI, com experiência no mercado há mais de 30 anos - Graduando em Gestão de Negócios Imobiliários (2019/2021); - Pós-graduando em DIREITO IMOBILIÁRIO (2019/2020); - MBA – CSI – Crime Scene Investigation – Criminalística; - MBA – Contabilidade Forense e Investigação de Fraudes pela Faculdade UnYLeYa; - Pós-graduado em Gerencia de Projetos pela Universidade Estácio de Sá; - Pós-graduado em Gestão Estratégica de RH pela Universidade Estácio de Sá; - Graduação em Administração de Empresas pelas Faculdades Integradas Anglo-americano; - Graduação em Análise de Sistemas pelas Faculdades Integradas Anglo-americano; - Regularmente inscrito no CRA-RJ sob o nº 20.88452; - Cadastrado no Conselho Nacional dos Peritos Judiciais – CONPEJ/RJ sob o nº 01.00.2307; - Dentre diversos outros.

RESUMO: INTELIGENCIA POLICIAL: A gestão do conhecimento como arma contra o crime organizado. Analisar a gestão do conhecimento como arma da inteligência policial contra o crime organizado. Demonstrar detalhes de como perseguir criminosos ou suspeitos. Demonstrar qual o papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública. Mostrar quais mecanismos são empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência. Trata-se de um estudo exploratório, dedutivo e qualitativo onde se privilegia os dados qualitativos das informações disponíveis, e são valorizados as citações das pessoas a respeito de suas experiências, as descrições detalhadas de fenômenos e comportamentos, as transcrições de trechos de documentos, correspondências, registros variados e as gravações ou transcrições de entrevistas e discursos e Interações entre indivíduos, grupos e organizações. Através de pesquisar nas publicações, como base teórica, procurou-se valorizá-los, buscando respostas para alguns questionamentos, deixou-se lacunas, sem respostas para o leitor. Algumas respostas foram encontradas nas literaturas JALKH (2016), VIEIRA (2016), REPORTERMT (2013), DANTAS (2007), JORGE (2016), BRISO (2015), SIEDSCHLAG e CRUZ (2014), RODRIGUES (2010), LOCATELLI e VIEIRA (2013), RORATTO (2005) e MENEZES (2011), com descrições detalhadas de fenômenos e comportamentos para alguns dos

questionamentos, outras não, carecendo-se de bibliografias ou literaturas que esclareçam essas evidências. Por fim, aquelas respostas não encontradas na mídia tradicional (web) foram elas alertadas, ao leitor, para que eles deem continuidade na pesquisa em busca de soluções para aqueles problemas observados e não respondidos no referido estudo científico. Conclui-se que a análise da gestão do conhecimento como arma da inteligência policial contra o crime organizado, foi dessa forma, plenamente atendida no presente trabalho acadêmico, sendo que a pesquisa aqui abordada não se esgota, devendo ser aprofundada a partir das literaturas aqui apresentadas somando-se a outras de iniciativa do leitor.

Palavras-chaves: gestão, conhecimento, crime organizado, inteligencia, sociais

Abstract: POLITICAL INTELLIGENCE: The management of knowledge as a weapon against organized crime. Analyze knowledge management as a weapon of police intelligence against organized crime. Demonstrate details of how to prosecute criminals or suspects. Demonstrate the role of public security intelligence in monitoring social movements for the preservation of public order. Show which mechanisms are used in observation as a data source for intelligence activity. It is an exploratory, deductive and qualitative study where the qualitative data of the available information is privileged, and the people's quotations regarding their experiences, the detailed descriptions of phenomena and behaviors, the transcriptions of excerpts of documents, correspondences, Varied records and the recordings or transcriptions of interviews and speeches and Interactions between individuals, groups and organizations. Through research in the publications, as a theoretical basis, it was sought to value them, seeking answers to some questions, left gaps, without answers to the reader. Some responses have been found in the literatures JALKH (2016), VIEIRA (2016), REPORTERMT (2013), DANTAS (2007), JORGE (2016), BRISO (2015), SIEDSCHLAG and CRUZ (2014), RODRIGUES (2010), LOCATELLI VIEIRA (2013), RORATTO (2005) and MENEZES (2011), with detailed descriptions of phenomena and behaviors for some of the questions, others not, lacking bibliographies or literature to clarify these evidences. Finally, those answers not found in the traditional media (web) were alerted to the reader so that they continue the research in search of solutions to those problems observed and not answered in said scientific study. It is concluded that the analysis of knowledge management as a weapon of police intelligence against organized crime, was thus fully addressed in this academic work, and the research here is not exhaustive, and should be deepened from the literature presented here In addition to other initiatives of the reader.

Keywords: management, knowledge, organized crime, intelligence, social

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 1.1 TEMA. 1.2 PROBLEMA DE PESQUISA. 1.2.1 Como perseguir criminosos ou suspeitos? 1.2.2 Qual o papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública? 1.2.3 Quais mecanismos são empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência? 1.3 OBJETIVO GERAL. 1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS. 1.4.1 Demonstrar detalhes de como perseguir criminosos ou suspeitos. 1.4.2 Demonstrar qual o papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública. 1.4.3 Mostrar quais mecanismos são empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência. 1.5 JUSTIFICATIVA. 1.6 METODOLOGIA. 2 REFERENCIAL TEORICO. 2.1 Como perseguir criminosos ou suspeitos. 2.2 O papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública. 2.3 Mecanismos empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência. 3 DESENVOLVIMENTO. Capítulo 3.1 Como perseguir criminosos ou suspeitos. Capítulo 3.2 O Papel da Atividade de Inteligência de Segurança Pública no Monitoramento dos Movimentos Sociais para a Preservação da Ordem Pública. 3.2.1 A Atuação dos Movimentos Sociais Urbanos. 3.2.2 A Competência da Polícia Militar na Preservação da Ordem. Capítulo 3.3 Mecanismos empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência. 3.3.1 A observação e a pesquisa social. 3.3.2 O método de pesquisa na observação. 3.3.3 Procedimentos de amostra. 3.3.4 Atributos do pesquisador. 3.3.5 Treinamento do observador. 3.3.6 Coleta de dados. 3.3.7 Métodos de registros. 3.3.8 Eventos. 3.3.9 Codificação. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Bechara Jalkh é uma lenda da crônica policial carioca. Ficou muito conhecido por quem viveu no Rio dos anos 50, 60 e 70. Sua fama lhe rendeu o apelido de “Sherlock Holmes brasileiro”, mas ele acha isso uma grande bobagem. Inteligente e destemido, discreto e ao mesmo tempo midiático, Jalkh era uma estrela. Sempre vestindo ternos de bom corte e equipado com os mais modernos aparelhos — coisas como gravata com microfone, relógio que filma, chaveiro que fotografa —, manteve-se longe do mercado de infidelidade conjugal e solucionou uma série de casos de comoção nacional. Virou notícia no exterior ao descobrir os assassinos de Humprey Wallace Toomey, vice-presidente da Pan American Airways, e do nazista francês Jacques de Bernonville, morto na Lapa em 1972. BRISO(2015).

Todas as respostas que buscamos a respeito dessa literatura, serão respondidos através de JALKH (2016), mas algumas ficarão para o leitor pesquisar e chegar a sua própria conclusão. VIEIRA (2016), JORGE (2016), DANTAS (2007) e REPORTERMT (2013) corroboram elucidando alguns dos questionamentos.

Visando propiciar melhor resposta da polícia militar na garantia da ordem pública frente aos desdobramentos provocados pelos movimentos sociais na busca pela alteração ou manutenção das condições da sociedade é que se faz necessário entender a importância da atividade de inteligência de segurança pública no levantamento de informações inerentes a esses fenômenos, bem como de seus líderes, porquanto cabe a estes últimos a orientação e condução do fenômeno e a possível integração dos movimentos com outras espécies de organizações, tais como sindicatos, partidos políticos e até mesmo facções criminosas, aponta SIEDSCHLAG e CRUZ(2014).

Com base nas características destas ações, pode-se evitá-las ou inibi-las caso sejam neutralizadas pela antecipação do emprego do policiamento que executará de modo mais rápido e com maior segurança para ambos os atores sociais o que torna importante para os tomadores de decisão essa pesquisa.

A observação é um dos mais antigos métodos da pesquisa nos diferentes campos da ação humana, nos seus aspectos político, econômico, social, militar, entre outros, relata RORATTO(2005, pag. 73). A evolução histórica nos fornece exemplos de como a observação foi utilizada para atender anseios de um dirigente em obter dados a respeito de um determinado povo ou Estado em situações críticas, de guerra e de paz. Na literatura pesquisada, o leitor terá respostas para os questionamentos aqui abordado.

Para responder aos questionamentos dos problemas de pesquisa apresentado, dividimos o presente trabalho onde no Capítulo 1 serão respondidos Como perseguir criminosos ou suspeitos, no Capítulo 2 qual O papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública e por último no Capítulo 3 mostraremos quais os Mecanismos empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência.

1.1 TEMA

INTELEGENCIA POLICIAL: A gestão do conhecimento como arma contra o crime organizado.

1.2 PROBLEMA DE PESQUISA

1.2.1 Como perseguir criminosos ou suspeitos?

1.2.2 Qual o papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública?

1.2.3 Quais mecanismos são empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência?

1.3 OBJETIVO GERAL

Analisar a gestão do conhecimento como arma da inteligência policial contra o crime organizado.

1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.4.1 Demonstrar detalhes de como perseguir criminosos ou suspeitos.

1.4.2 Demonstrar qual o papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública.

1.4.3 Mostrar quais mecanismos são empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência.

1.5 JUSTIFICATIVA

A motivação para a escolha do tema chamou a atenção, por estar bastante aderente ao curso de especialização e por ter uma vasta bibliografia que aborda as questões suscitadas, com riquezas de detalhes, que vem de encontro a minha recente formação como detetive profissional pelo Instituto Bechara Jalkh (IBJ) e minha, também, especialização em contabilidade forense e investigação de fraudes, em andamento, tendo a certeza que todo esse conhecimento estão bastante coeso entre si e muito acrescentará na minha carreira profissional.

Acreditamos que o material uma vez compilado e publicado servirá de consulta e apoio para os profissionais da área de segurança pública, detetives, investigadores, pesquisadores, estudantes, universitários, organizações públicas e privadas que lidam com gestão de segurança ou querem conhecer a matéria em questão.

1.6 METODOLOGIA

Trata-se de um estudo exploratório, dedutivo e qualitativo onde se privilegia os dados qualitativos das informações disponíveis, e são valorizados as citações das pessoas a respeito de suas experiências, as descrições detalhadas de fenômenos e comportamentos, as transcrições de trechos de documentos, correspondências, registros variados e as gravações ou transcrições de entrevistas e discursos e Interações entre indivíduos, grupos e organizações.

Através de pesquisar nas publicações, como base teórica, procurou-se valorizá-los, buscando respostas para alguns questionamentos, deixou-se lacunas, sem respostas para o leitor. Algumas respostas foram encontradas nas literaturas JALKH (2016), VIEIRA (2016), REPORTERMT (2013), DANTAS (2007), *JORGE (2016)*, BRISO (2015), SIEDSCHLAG e CRUZ (2014), RODRIGUES (2010), LOCATELLI e VIEIRA (2013), RORATTO (2005) e MENEZES (2011), com descrições detalhadas de fenômenos e comportamentos para alguns dos questionamentos, outras não, carecendo-se de bibliografias ou literaturas que esclareçam essas evidências.

Por fim, aquelas respostas não encontradas na mídia tradicional (web) foram elas alertadas, ao leitor, para que eles deem continuidade na pesquisa em busca de soluções para aqueles problemas observados e não respondidos no referido estudo científico.

2 REFERENCIAL TEORICO

2.1 Como perseguir criminosos ou suspeitos.

2.2 O papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública.

2.3 Mecanismos empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência.

3 DESENVOLVIMENTO

Capítulo 3.1 Como perseguir criminosos ou suspeitos.

A leitura apresentada por Jalkh (2016) carece, dentre outras coisas, da explicação de como o investigador deverá proceder caso perceba que está sendo investigado ou campanado. Pesquisando outras literaturas descobriu-se que a campana também é fortemente utilizada pelos criminosos e também contratada pelo campanado, para saber se está sendo investigado e por quem. Tem-se daí duas situações que requer atenção do investigador. Uma delas é quando ele está sendo campanado por criminosos, que, provavelmente procuram o momento ideal para praticar o crime planejado, que o investigado precisa saber do que se trata, o que ele(s) quer(em), se eliminá-lo, sequestrá-lo, torturá-lo, assaltá-lo, dá somente um susto, ou qual outro motivo. A segunda delas é quando o investigador está sendo campanado pelo campanado, o que *Jorge (2016)* chamou de contra-campana ou contra-investigação. Mostraremos adiante como se safar nesses casos.

Jorge (2016, 22 de julho de 2011 às 14:48, 25 de julho de 2011 às 09:49 , 27 de julho de 2011 às 11:38, 5 de agosto de 2011 às 11:51, 8 de agosto de 2011 às 16:01 , 18 de agosto de 2011 às 11:44) explica com detalhes o que é a contra-investigação, como e em que momento devemos utilizá-la e como se defender dela, caso o alvo de investigação sejamos nós. Para ilustrar o seu mecanismo de defesa, segue abaixo, a técnica apresentada por ele, alertando que convém ler todo o material por ele apresentado no referido blog.

[...]Se por algum motivo for despertado em você a suspeita de que está sendo ACAMPANADO ou ESPIONADO e, que tais suspeitas não são oriundas de TENSÃO NERVOSA, ADIE sua MISSÃO imediatamente e, comece a ACAMPANAR a CAMPANA voltada contra você (mantenha sempre a NATURALIDADE e a DISCRIÇÃO). Para isso utilize as Técnicas Operacionais de Contra-Campana descritas a seguir, com CONSTANTE ALERTA e CONHECIMENTO DETALHADO DO LOCAL.

TÉCNICAS OPERACIONAIS:

1. Exploração de Crenças (convicções): explore a crença do ESPIÃO (ou equipe de espiões), fazendo-o acreditar que está no controle da situação, que está no caminho certo, fazendo tudo direitinho sem levantar suspeitas. Então, use essa convicção contra ele, agindo com naturalidade e discrição, fazendo se de "anjinho", fazendo contatos com pessoas desconhecidas, como se elas fossem suas amigas ou conhecidas, ou seja, criando falsas ligações para fazer o ESPIÃO perder tempo com tais ligações.

2. Escolta: utilize uma terceira pessoa (ou equipe de amigos), que o ESPIÃO (ou equipe de espiões) não conhece, para acompanhá-lo a uma distância segura e do outro lado da rua. A escolta (terceira pessoa ou equipe de amigos) então ira observar atentamente tudo o que ocorre ao seu redor, quando você entra e sai de um lugar, quando você fica parado em algum ponto, quem está seguindo você, como eles se comunicam, enfim, a escolta poderá inclusive filmar ou fotografar os espiões. Se você utilizar uma equipe como escolta, você poderá espalhá-los nos dois lados da rua a distâncias seguras. Combine sinais visuais com sua equipe ou escolta, pois vocês deverão fingir que não se conhecem e deverão se comunicar por canais sigilosos. Não utilize sinais que aludem a comportamento instintivo, como coçar orelhas, bocejar, espreguiçar, piscar olhos, dentre outros, pois sua equipe poderá fazer tais

sinais de forma instintiva e comprometer a operação. Prefira sinais mais discretos como, camiseta para dentro ou para fora da calça, jaqueta aberta ou fechada, caminhar rápido ou devagar, celular no bolso ou na mão ou na mesa, caminhar próximo ao meio-fio (paralelepípedo) ou próximo as paredes das edificações, ficar em pé ou sentado, parar em determinados tipos de estabelecimentos, manusear determinados tipos de objetos nos estabelecimentos (revista ou jornal ou brinquedo ou roupa ou calçado, dentre outros códigos) etc...3. Espelhos: utilize tudo que reflete o ambiente, como vidros de lojas; vidros de cartazes de cinemas; vidros de molduras de fotografias; vidros de janelas de veículos; reflexo da lataria de veículos; reflexo dos óculos da namorada ou namorado; espelhos escondidos dentro de livros ou revistas ou jornais, atrás da página que você finge ler e com um pequeno furo no formato de uma janela, para observar tudo que acontece à sua retaguarda; superfícies polidas como copos, grampeadores, caixas de guardanapo, saleiros; líquidos; dentre outros. Utilize tais espelhos quando você está em movimento ou parado, evitando olhar o ESPIÃO (ou equipe de espiões) diretamente.

4. Isolamento: atraia o ESPIÃO para locais onde ele fica isolado e exposto, como esquina de ruas, ruas com pouca movimentação, áreas de pouca movimentação, escadas rolantes, elevadores, filas de agências bancárias, determinados tipos de estacionamentos, dentre outras.

Neste primeiro comentário deixarei apenas estas quatro TÉCNICAS para reflexão, das DEZENAS que existem, para que vocês possam digeri-las. Depois irei apresentando as outras aos poucos (de oito em oito por exemplo).

Um grande abraço a todos e até a próxima discussão.

Detetive Sérgio Jorge (INVESTIG/IPR).

A literatura de Jalkh (2016) nos faz compreender que as provas adquiridas, através de fotos digitais, numa campana ou qualquer investigação delituosa, são provas cabais aceitas pela justiça. No entanto pesquisando a matéria encontram-se contradições sobre essa afirmativa, e mostrando inclusive os institutos legais que tratam da questão. Até mesmo as fotografias analógicas mais recomendáveis pelos tribunais, por ter os seus negativos, tem os seus questionamentos legais, haja vista também poderem ser adulteradas com facilidades, como as digitais, através de programas como o photoshop e muitos outros. Essencial na investigação de crimes, a "fotografia investigativa" registra vestígios que ajudam a reconstituir o que os olhos nunca conseguiriam desvendar. Vieira (2016) na sua publicação, logo na introdução, diz o seguinte "Essencial na investigação de crimes, a "fotografia

investigativa” registra vestígios que ajudam a reconstituir o que os olhos nunca conseguiriam desvendar. Não há mistério. A aplicação da fotografia na investigação de crimes é simples. Na maioria dos casos, o fotógrafo da polícia científica não precisa utilizar nenhum equipamento ou técnica especial para registrar a cena de um crime. A imagem fala por si mesma.”. Mostraremos adiante as doutrinas que defende e que é contra essa tese.

Os institutos que tratam do uso legal da fotografia, como prova judicial, seguem abaixo, apresentado por Dantas (2007).

Com espeque no artigo 383 do Código de Ritos, qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de qualquer outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Se for impugnada a autenticidade da reprodução mecânica o juiz ordenará a realização de exame pericial, nos termos do art. 383, parágrafo único, do mesmo Código.

Em se tratando de fotografias, o CPC dispõe que esta deverá ser acompanhada pelo respectivo filme negativo, conforme se infere do art. 385, § 1º, *in verbis*:

Art. 393 (...)

§ 1º. *Quando se tratar de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo”.*

Diante desse instituto legal, o leitor poderá concluir que as fotografias digitais não são aceitas como provas judiciais. No entanto adiante veremos que a resposta é sim e não. Pois é sabido que as provas acrescentadas no processo têm o objetivo de ajudar ao juiz ao seu convencimento, subjetivo, para proceder e embasar a sua decisão. Desta assertiva veremos que as fotos digitais ajudam nesse convencimento, do meritíssimo, em suas decisões processuais. Importante observação de Dantas (2007) em relação a apresentação ou não dos negativos seguem *in verbis*.

Não obstante, impende asseverar que a juntada dos negativos não é requisito de admissibilidade da prova, conquanto o supracitado dispositivo legal gere essa impressão. Porém, apenas na hipótese de impugnação da autenticidade a ausência do negativo impede o aproveitamento da prova, uma vez que se estaria criando obstáculos à conferência com o original, bem como para a realização de uma perícia. Como admoesta Antonio Carlos Macarto, pode ocorrer que

a parte que se vale da fotografia nem mesmo os tenha (e não seria razoável privá-la de antemão da possibilidade de prova por esse meio); sendo desde logo admitida a conformidade da foto, nos termos do art. 383, caput, do CPC, ficará superada a necessidade de apresentação (...). Mas, surgindo impugnação razoável à autenticidade da reprodução, não há como deixar de considerar a ausência dos negativos, impedindo a conferência (ou a própria perícia que se faça necessária), será do mesmo modo óbice ao aproveitamento da prova ^[07].

Assim exposto veremos que tanto as fotos analógicas como as digitais são passíveis de adulterações. As analógicas podem ser alteradas por programas, tipo photoshop, e os seus negativos podem ser reproduzidos como garante Dantas (2007) adiante "[...]Embora justificável e ainda hodierna a cautela do legislador, mormente em função dos avanços tecnológicos e das possibilidades de manipulação do conteúdo das fotos, não se pode olvidar *que em muitos casos tende a ser inócua a preocupação, já que atualmente possível a obtenção de negativos a partir das próprias fotos, em processo inverso ao da revelação* ^[06]".

Diante dessa polêmica em aceitar somente fotos analógicas e uma vez constatado que ambas podem ser adulteradas, o legislador incluiu no Código Civil de 2002 o art. 225 com comentário de Dantas (2007) in verbis.

O Código Civil de 2002, ao que nos parece, veio a dar uma solução parcial a esta celeuma, na exata medida em que proclama, em seu art. 225, que as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

[...] Como se vê, o CC/02 abordou de forma genérica a utilização da fotografia, englobando tanto as obtidas por métodos tradicionais, como as extraídas por meios digitais.

Portanto, parece-nos que a foto digital, com arrimo no art. 225 do CC/02, servirá como meio de prova desde que à parte ex-adversa não a impugne com exatidão.

Não obstante, como bem asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *o Código Civil novo não auxilia muito, já que, embora preveja tal espécie de documento (art. 225), exige, para seu valor probante, a ausência de impugnação de exatidão pela parte contra quem seja utilizado* ^[09].

Vieira (2016, p. 27 e 28) acrescenta "Hoje existem programas de computador que detectam se a fotografia foi adulterada ou não", lembra o diretor do IC, José Domingos Moreira das Eiras, que já realizou mais de 10 mil perícias em 30 anos de ofício. A fotografia digital é bastante utilizada na comparação de micro indícios (pequenos rastros que podem comprovar um fato). Na investigação de DNA, por exemplo, a identificação visual da pessoa é feita pela fotografia digital. A captura digital da imagem também é realizada no confronto balístico (comparação de balas e armas de fogo usado num crime). O equipamento, um sistema computadorizado integrado de comparação de projéteis e estojos, possibilita reconhecer, em tempo mínimo, que arma foi usada num crime e chegar à sua autoria. As imagens de dois projeteis são capturadas por um microscópio e ampliadas lado a lado num monitor colorido. Análise da foto – Este ano, o departamento de fotografia e recursos visuais do IC, que utiliza com frequência máquinas analógicas (Pentax, Yashica e Mavica) e filmes de 100 e 400 asas, adquiriu 15 câmeras digitais. Elas também agilizam os casos que exigem laudos urgentes, como vistorias de veículos. "A vantagem da fotografia digital hoje é a imediatez. O IML (Instituto Médico Legal) de São Paulo fotografa, digitalmente, cadáveres de pessoas desaparecidas (sem documentos) e envia a imagem por e-mail para a delegacia. A vantagem é poder ampliar, retocar, tratar a imagem. Pode-se até realçar uma mancha de sangue", diz Eiras."

Por outro lado, veja o que diz o art. 131 do CPC, segundo Dantas (2007) "O CPC, em seu art. 131, estabelece que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes. Todavia, ao prolatar a sentença deverá indicar os motivos que lhe formaram o convencimento.". Dessa forma o juiz tem a sua disposição todos os elementos para formar a sua convicção como descreve Dantas "[...] Portanto, se a foto digital for impugnada e não for possível a juntada do meio físico (negativos, memória removível ou o smartfone - grifo meu) em que foi registrada (para a realização da perícia), o órgão julgador apreciará, de forma ampla tal prova, podendo aceitá-la ou, simplesmente rejeitá-la, consoante o seu convencimento. No entanto, aceitando ou não esse meio de prova, o juiz deverá fundamentar, motivar, isto é, explicitar os fundamentos de fato e de Direito que o levaram a determinada conclusão."

A revisão literária requer várias outras pesquisas bibliográficas, onde muitas delas não foram encontradas. E devido ao escopo desse trabalho não serão esgotados todos os questionamentos apresentados ao trabalho de Jalkh. Segue abaixo esses questionamentos, indicando as fontes onde foram encontradas, para que o leitor faça a sua busca, analise e reflita sobre cada um deles em relação aos procedimentos de campana.

E se o campanado se dirigiu a um ancoradouro de barcos (Pier) e sai em um barco veloz a motor, o que fazer?

E se o campanado entra em um edifício garagem e sai em uma moto mil cilindradas, o que fazer?

Criminosos também fazem campana? (Jorge, 2016; ReporterMT, do R7, 2013)

Fotografias digitais são aceitas como provas? (Dantas, 2007)

E se ele reverter a situação, passando de caça para caçador, o que fazer? E se ele sacar uma arma de fogo e render o investigador e descobrir a sua identidade de investigador, o que fazer? E se ao sacar a arma ele, arisco, dispara contra o investigador o que fazer?

Como é feito um grampo telefônico? (Vieira, 2016, p. 115 a 126)

Como é feito a escuta telefônica ou de ambiente? (Vieira, 2016, 134 a 136). E como prevenir contra esses aparelhos? (Vieira, 2016, p. 136 a 139)

Ao disparar a câmera fotográfica a noite, contra o investigado, eu devo utilizar o flash? E se o flash chamar a atenção do campanado e ele resolver verificar e questionar a ação, o que fazer?

E se o campanado descobrir que foi plantado um GPS, dentro do seu carro, para monitorá-lo, o que fazer? E se ele não demonstrar que sabe que tem um GPS em seu carro e ficar atento para descobrir toda trama, como se safar dessa?

E se o campanado resolver parar e questionar os investigadores do porque estão o seguindo, o que fazer?

E se o criminoso se esconder dentro de uma comunidade perigosa, como proceder?

E se o criminoso pertencer a um grupo de extermínio ou paramilitares, o que fazer?

Porque é importante a investigação pregressa da vida do criminoso? (Vieira, 2016, p. 30 a 32). Qual levantamento, da vida pregressa do criminoso, deve investigar e registrar no seu dossiê? (Vieira, 2016, p. 32 a 34). Como proceder para fazer levantamento da vida do criminoso? (Vieira, 2016, p. 86 a 88).

O detetive particular tem prerrogativas legal para fazer investigação criminal? (Vieira, 2016, p. 100 a 112).

Descreveremos no capítulo 3 os mecanismos empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência.

Capítulo 3.2 O Papel da Atividade de Inteligência de Segurança Pública no Monitoramento dos Movimentos Sociais para a Preservação da Ordem Pública.

3.2.1 A Atuação dos Movimentos Sociais Urbanos

Desde o princípio das manifestações de rua no dia 6 de junho de 2013 em São Paulo contra o aumento nas passagens de ônibus, muito ficou por ser entendido. Seria a carestia a motivação dos protestos que cruzaram a barreira de 1 milhão de pessoas em todo o Brasil ou o esgotamento do sistema político? E os manifestantes, eram jovens anarquistas sem partido ou seriam necessários novos conceitos para dar conta de tantas vozes? De todas as perguntas, a que mais intrigou o País segue sem resposta clara: em meio ao mar de cabeças e punhos em riste, quem eram e o que queriam aqueles jovens de preto dispostos a destruir bancos e lojas e enfrentar a polícia com as próprias mãos? Foram estes questionamentos que os editores LOCATELLI e VIEIRA(2013) do jornal Carta Capital deixaram-nos sem resposta até o presente momento.

Queiramos ou não precisamos entender que o homem é um ser social e como tal possui a necessidade de conviver em grupo. Partindo-se dessa premissa, são incontáveis os fatos ocorridos na história que demonstram a influência que os grupos possuem na sociedade e nos indivíduos, comentam SIEDSCHLAG e CRUZ (2014). A partir dessa constante participação mútua é que ocorrem as mudanças. Importante nesse momento inicial é explicitar o entendimento do que vêm a ser determinadas formas coletivas de organização para que se possa obter uma visão mais cristalina daquilo que se pretende destacar quanto aos movimentos sociais propriamente ditos, conclui.

Prosseguem dizendo que para tanto, destaca-se que a associação de duas ou mais pessoas que se identificam e interagem umas com as outras é denominado grupo social. Apud (GIL, 2011). Os grupos sociais surgem a partir da existência de

relações estáveis visando objetivos e interesses comuns, associado ao desenvolvimento do sentimento de identidade grupal, complementam SIEDSCHLAG e CRUZ (2014) apud (RIBEIRO, 2014).

Para RODRIGUES (2010) apud Avritzer (1994), os movimentos sociais constituem naquela parte da realidade social na qual as relações sociais ainda não estão cristalizadas em estruturas sociais, onde a ação é a portadora imediata da tessitura relacional da sociedade e do seu sentido. Eles não constituem um simples objeto social e sim uma lente por intermédio dos problemas mais gerais que podem ser abordados. Ainda segundo o autor, a influência dos movimentos sociais vai muito além dos efeitos políticos produzidos por eles, pois suas ações determinam a modificação de comportamentos e de regras por parte do sistema político. E, além do mais, há uma dimensão simbólica muito mais complexa, a qual os movimentos sociais exercem grande impacto que é a transformação social. Hoje, a partir destas novas mobilizações, os cidadãos e as sociedades conjugam a gramática da igualdade de gênero, preocupações com a conservação do meio ambiente, direito a moradia e outras questões sociais, complementa.

“O que nos motiva é a insatisfação com o sistema político e econômico”, diz Roberto (nome fictício), 26 anos e três de Black Blocs na bagagem. Ele não se identifica por razões óbvias: o que faz é ilegal, relata LOCATELLI e VIEIRA (2013). Roberto já havia ido às ruas contra a alta da tarifa, sem depredar nada. Conheceu a tática e decidiu pelas vias de fato. “Nossa sociedade vive permeada por símbolos. Participar de um Black Bloc é fazer uso deles para quebrar preconceitos, não só do alvo atacado, mas da ideia de vandalismo”, diz. As ações de depredação não seriam violentas por não serem contra pessoas. “Não há violência. Há performance.” Roberto confia em coletivos como o MPL e a Marcha das Vadias. Mas não em partidos políticos. “Não me sinto representado por partidos. Não sou a favor de democracia representativa e, sim, de uma democracia direta.”, testemunharam LOCATELLI e VIEIRA(2013).

Como testemunhamos acima o Black Blocs é um perfil de movimento social que até agora os entes de inteligência e segurança pública devem se preocupar em tê-los sob controle e vigilância, pois é difícil monitorá-los mesmo em fontes abertas como redes sociais, pois as respostas para os 3xQ's (Quem, Quando e Que) e 1POC (Porque, Onde e Como) não estão bem disseminadas até agora em relação ao grupo.

Quem são os líderes? Quando agirão? Que motivação eles tem? Porque agem dessa forma? Onde atacarão novamente? Como farão o serviço? Algumas dessas respostas estão em aberto para o aparelho de Segurança de Estado poder se antecipar e prevenir com um plano de ação.

Para RODRIGUES (2010) apud Correia (2001), a sociedade civil serve-se dos movimentos sociais para conquistar direitos negados ou não disponibilizados pelo Estado. É nesse contexto de carências, de exclusão e necessidades sociais, que se situam as práticas cotidianas de movimentos sociais, que ainda com certas limitações, são meios potencializadores de novas formas de se fazer política, de participação social, de construção do processo democrático e de transformação social. Presume-se que os movimentos sociais são tentativas coletivas e organizadas que tem a finalidade de buscar determinadas mudanças ou até mesmo estipular a possibilidade de construção de uma nova ordem social.

No Brasil nas últimas décadas após o processo de transição política, diversos acontecimentos passaram a ser relevantes para a sociedade, principalmente, no âmbito das conquistas sociais. Um bom exemplo disso, a experiência do Plano Anual de Ação Governamental (PPAG) em Belo Horizonte e demais programas sociais que são desenvolvidas pela PBH (**Prefeitura de BH – grifo meu**) demonstra um maior investimento no setor de políticas públicas e sociais. Em linhas gerais, o PPAG é um instrumento de planejamento estratégico da Prefeitura, avaliado, complementado e aprovado pela Câmara dos Vereadores, com diretrizes, objetivos, ações, programas e metas a serem atingidas pelo Governo Municipal, avalia RODRIGUES (2010).

Para ampliar a consciência de um grupo em oposição às questões de administração governamental, faz-se necessária a formação de uma rede de movimentos sociais que envolvam também os movimentos urbanos, acredita RODRIGUES (2010). Assim, os movimentos que lutam por moradia, como o caso do MTST (Movimento dos Trabalhadores Sem Teto), e as Brigadas Populares e demais movimentos como o estudantil, os ambientalistas e outros, todos apesar de suas especificidades acreditam que teriam mais organização para enfrentar o poder econômico que domina os espaços da via política sobres às questões sociais, conclui ele.

Dessa premissa constata-se que existem tipos de movimentos sociais, os quais são importantes para a compreensão do próprio significado dessa forma coletiva de ação. Nesse peculiar, transcreve-se a classificação elaborada por SIEDSCHLAG e CRUZ (2014) apud Maria da Glória Gohn referenciada por Gil: (2011, p. 241):

»» **Movimentos construídos a partir da origem social da instituição que apoia ou abriga seus mandatários.** Como exemplos desses tipos de movimento, estão os religiosos, os político-partidários, os sindicais, os das corporações de estudantes, professores, funcionários de uma categoria ou de uma instituição.

»» **Movimentos sociais construídos a partir de características da natureza humana.** Nesta categoria estão movimentos como o das mulheres, índios, dos negros, dos idosos, etc.

»»» **Movimentos sociais constituídos a partir de determinados problemas sociais.** Nesta categoria estão os movimentos em busca de solução ou criação de equipamentos coletivos de consumo, como transportes, creches e escolas, e os movimentos pela preservação do meio ambiente.

»»» **Movimentos sociais constituídos em função de questão de conjuntura das políticas de uma nação.** Nesta categoria estão movimentos registrados historicamente como sublevações, insurreições, revoltas, motins e revoluções.

»»» **Movimentos sociais construídos a partir de ideologias.** São movimentos constituídos por ideologias que negam o instituído e propõem um novo paradigma para o pensamento e para a ação. O cristianismo, o socialismo e o anarquismo, por exemplo, são ideologias com forças motoras próprias que foram e ainda são capazes de mobilizar grandes contingentes de pessoas.

Dessa forma temos o grupo denominado “Via Campesina”, que segundo RODRIGUES (2010) apud Alegria (2004), é uma organização internacional de trabalhadores, composta por vários países, de todos os continentes, que luta contra a apropriação e a subordinação do processo de trabalho pelo capital. Esta organização, luta contra o projeto neoliberal, propondo a radicalização do acesso aos direitos. Surgem num contexto marcado pelo domínio das empresas transnacionais no processo produtivo, cujo objetivo é a apropriação e a subordinação cada vez maior do processo de trabalho pelo capital, que tem como expressão o controle da produção desde a semente até o consumo.

Este grupo, em aliança com o MST elege como objetivo, a construção de promoção da igualdade de gênero, questões relacionadas sobre o crescimento da pobreza e da miséria, a privatização dos recursos naturais, à migração e o desemprego. Tomou como bandeira de luta a soberania alimentar, a luta contra as organizações internacionais que defendem os interesses do capital (Organização Mundial do Comércio (OMC), Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial), a defesa de uma agricultura sustentável e a luta pelo direito a terra, constata RODRIGUES (2010).

Para atingirem seus objetivos a Via Campesina tem como propósito fortalecer a aliança com os vários movimentos sociais que compõe, integrando suas estratégias e ações em âmbito internacional, para fortalecer trabalho com as organizações nacionais, formarem dirigentes, estimular a participação das mulheres

e dos jovens, adverte RODRIGUES (2010). Fortalecer a organização da classe trabalhadora, na luta pela redefinição do papel do Estado, garantindo assim as suas reivindicações, através das políticas sociais públicas, acrescenta. Apesar de que a organização também apresentar ações radicais conforme citação abaixo:

No dia 08 de março de 2006, Dia Internacional da Mulher, quase duas mil mulheres da Via Campesina ocuparam um laboratório da Aracruz Celulose, no Rio Grande do Sul. Destruíram em torno de 1 milhão de mudas de eucalipto e interromperam estudos que fortaleceriam a monocultura do eucalipto. (DIAS E PEREIRA, 2008, p.165).

LOCATELLI e VIEIRA (2013) nos informam que “Black Blocs” foi o termo surgido de forma confusa na imprensa nacional. Seriam jovens anarquistas anticapitalistas e antiglobalização, cujo lema passa por destruir a propriedade de grandes corporações e enfrentar a polícia. Nas capas de jornais e na boca dos âncoras televisivos, eram “a minoria baderneira” em meio a “protestos que começaram pacíficos e ordeiros”. Uma abordagem simplista diante de um fenômeno complexo. Além da ameaça à propriedade e às regras do cotidiano (como atrapalhar o trânsito e a visita oficial do papa), as atuações explicitaram a emergência de uma faceta dos movimentos sociais, de cunho anarquista e autonomista, que vão do Movimento Passe Livre (MPL) e outros coletivos até a face extrema dos encapuzados. Corretos ou não, a tática Black Bloc forçou a discussão sobre o uso da desobediência civil e da ação direta, do questionamento da mobilização pelo próprio sistema representativo. Ignorá-los não resolve a questão: o que faz um jovem se juntar a desconhecidos para atacar o patrimônio de empresas privadas sob risco de apanhar da polícia?

Fundada em março de 2008 em Belo Horizonte, a organização Brigada Popular desencadeou uma invasão urbana na região do Bairro Céu Azul que ficou conhecida como Ocupação Dandara. Suas ideias fazem parte de uma política autônoma, que possui como objetivo estratégico a construção do Poder Popular no Brasil, pesquisou RODRIGUES (2010). Suas práticas ideológicas retomam as antigas práticas, voltadas para o marxismo. Para os brigadistas o marxismo que remontam é uma obra atual e em construção permanente, e sua ampliação será fruto da luta política da classe trabalhadora e do esforço elaborativo das suas organizações políticas e intelectuais orgânicos da classe trabalhadora, conclui.

De acordo com seus ideais, as Brigada Populares assumem o materialismo histórico e dialético como marco teórico, método de interpretação e “práxis” revolucionária à luta pela emancipação do ser humano e a superação da ordem capitalista. Reconhecem que as relações sociais, constituídas na experiência discursiva, dependem do atendimento às suas condições de possibilidade,

consubstanciadas em relações materiais que assegurem a todos o reconhecimento como sujeito de linguagem, de razão e de liberdade, declara RODRIGUES (2010).

RODRIGUES (2010) nos esclarece que para as Brigadas Populares, as cidades são os principais cenários das contradições advindas do Modo de Produção Capitalista, em razão da acumulação de riquezas. E por assumirem enquanto uma organização política urbana o compromisso de contribuir na construção da teoria da luta urbana, as suas especificidades, desvendando as contradições deste meio e elaborando propostas para sua superação e autonomia. Fica, portanto claro os ideais da (BP), que os grupos desta natureza e outros grupos ditos de esquerdas podem ser capazes de se organizarem autonomamente contra a manutenção da ordem conforme o ponto de vista do Estado, conclui.

De acordo com os Brigadistas, constatou RODRIGUES (2010), o movimento e a construção do poder popular faz parte do processo de emancipação política, econômica, social e ideológica da classe trabalhadora que se concretiza por via da Revolução Brasileira. Assim, o ponto de vista da organização nos faz entender que ambos acreditam que as Brigadas Populares são uma contribuição na organização, formação e mobilização do povo brasileiro, que acreditam que a construção do poder popular passa pela participação direta na política pelas camadas populares e das suas organizações: sindicatos, associações, grêmios, movimentos sociais e organizações políticas comprometidas com a emancipação da classe trabalhadora.

Nas últimas décadas, RODRIGUES (2010) nos adverte que tivemos na América latina o fenômeno da Teologia da Libertação, um movimento religioso muito vinculado às lutas populares e que buscou nas análises socialistas, especialmente no marxismo, o escopo material para as suas análises sociais e econômicas. Esse movimento ganhou força nas organizações populares no campo e esteve na origem do mais importante movimento social do Brasil nos últimos vinte anos: o MST. Para Frei Gilvander, em texto publicado no livro *Cidadania e Inclusão Social* (2008), o autor nos relata várias ações desenvolvidas por integrantes da Via Campesina, Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) e outros grupos ligados a integrantes da CPT (Comissão da Pastoral da Terra).

Segundo as concepções do Frei, pesquisado por RODRIGUES (2010), as ações destes grupos fazem parte dos novos desafios que estão sendo alcançados pelos movimentos sociais que irão definir os objetivos e as ações dos movimentos sociais a longo, médio e curto prazo. O autor destaca em seu artigo algumas características sobre a relação de um bom cristão e militante. Segundo Frei Gilvander (2008), o militante cristão conhece bem o desafio que é defender um projeto ao longo de toda a sua história. A coerência deve ser também política, moral e espiritual, vale

ainda ressaltar que nas Palavras de Gilvander mudar os valores não significa abandonar princípios, pois estes permanecem válidos.

Segundo RODRIGUES (2010), o artigo **de Frei Gilvander (grifo meu)** também ressalta algumas das ações que foram desenvolvidas ao longo dos anos pelo MST:

Um bom exemplo disso são as ações do MST. Inicialmente, as primeiras perplexidades produtivas foram o latifúndio e o coronelismo. Os trabalhadores sem-terra não podiam permanecer inertes vendo tanta terra em tão poucas mãos, gerando riquezas para pouquíssimos proprietários, enquanto a maioria da população do campo não tinha acesso à terra para trabalhar, sobrevivia na miséria, amargando toda sorte de violência patrocinada pelos donos da terra e do poder e, por fim, sendo enxotadas para as atuais senzalas, que são as favelas nas periferias das médias e grandes cidades, no comboio do êxodo rural que, somente nas últimas quatro décadas, expulsou mais de 40 milhões de pessoas do campo. O primeiro desafio foi então romper as cercas do latifúndio para exigir a realização da reforma agrária, democratizando o acesso à terra. Era preciso mudar a face da mais iníqua estrutura fundiária do mundo. (DIAS e FERREIR, 2008, p.156).

RODRIGUES (2010) nos relata que a comunidade denominada Dandara surgiu a partir do dia 9 de abril de 2009, quando cerca de 140 famílias sem-casa, influenciadas pela ação da Brigada Popular, MST e fórum do Barreiro, invadiram um imóvel abandonado há quatro décadas, no bairro Céu Azul, região da Nova Pampulha, em Belo Horizonte. Uma vez invadido, realizou a limpeza de todo o terreno, cercando a área necessária para a ocupação. Isto feito as famílias passaram a morar em barracos de lona enquanto gradualmente providenciavam a construção de moradias.

Hoje residem na comunidade Dandara cerca de 870 famílias. A comunidade Dandara está dividida em nove grandes grupos e cada grupo tem dois ou três coordenadores, além dos apoiadores que são dos movimentos sociais, religiosos, dentre outros. Durante a semana cada grupo se reúne para organizar, planejar as tarefas e partilhar a vida. Uma vez por semana toda a ocupação se reúne em uma grande assembléia onde oferecem os informes e se discute as urgências e prioridades, relata RODRIGUES (2010).

Após diversos embates judiciais pela posse do local, finalmente a última decisão acima referida, no julgamento do Mandado de Segurança, autoriza o despejo das famílias, descreve RODRIGUES (2010). Segundo informações obtidas atualmente existem aproximadamente 981 barracos cadastrados e numerados. Estima-se a presença de mais de 4 mil pessoas que permanece mobilizada pelas

lideranças do grupo. A partir dos fatos descritos o movimento social Brigada Popular, aliados a outros movimentos sociais como MST, Fórum de Moradia do Barreiro passaram a lutar e desenvolver várias manifestações pela cidade de Belo Horizonte, com intuito de chamar a atenção de apoiadores dos diversos segmentos sociais como: religião, instituições, e comunidade para que assim possam criar um consenso de negociação entre o poder público e os invasores, conclui.

Dessa forma, sem que se pretenda esgotar esse tema com o presente ensaio, pode-se extrair das posições doutrinárias apresentadas que o conceito de movimento social está associado a uma das formas de ação coletiva que busca alterar ou manter os valores e crenças da sociedade, sendo influenciados, ainda, conforme o contexto em que estão inseridos asseguram SIEDSCHLAG e CRUZ (2014). Têm como características a organização, o caráter duradouro e o relacionamento em rede objetivando determinado resultado, conclui.

3.2.2 A Competência da Polícia Militar na Preservação da Ordem

O movimento social é importante ferramenta para alternância das condições sociais. Como anteriormente visto, destacam SIEDSCHLAG e CRUZ(2014), prestam-se não apenas para a mudança como para a preservação de crenças e valores da sociedade. Porém, essa mobilização só é possível se o Estado assegure condições mínimas para tanto. Desse modo, esclarece convenientes são as lições de Scherer-Warren (2012, p. 116) no que tange à possibilidade da construção de direitos de acordo com o grau democrático do Estado em que se postula essa geração:

Partimos da premissa de que as maiores ou menores possibilidades de geração de novos direitos em uma sociedade estará relacionada à existência ou não de um Estado democrático de direito que permita a sociedade civil se expressar com liberdade de voz, manifestar seus conflitos sociais e equacionar demandas materiais e simbólicas, através de movimentos sociais, grupos de pressão institucional e/ou de representantes na própria esfera estatal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, estabelece, entre outros, um rol de direitos e garantias fundamentais, especificamente dos direitos e deveres individuais e coletivos, garantidos aos brasileiros, estrangeiros residentes ou de passagem pelo país, reafirmam SIEDSCHLAG e CRUZ(2014) apud (LENZA, 2009). Desta feita, sendo o Brasil um Estado democrático de direito, o qual, entre outras previsões, estabeleceu um sistema de Segurança Pública, inafastável é a análise da missão da polícia militar enquanto órgão desse sistema, cuja competência constitucional e legal interfere

diretamente na preservação da ordem pública e, com isso, assegura o direito de manifestação dos movimentos, como, também, a geração de novos direitos conclui.

SIEDSCHLAG e CRUZ(2014) nos informa que a polícia militar é um dos membros que compõem os Sistema de Segurança Pública brasileiro e, segundo dispõe o art. 144, §5º, da Constituição Federal⁴, tem por dever exercer a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. Complementa a premissa constitucional o Decreto Federal nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, o qual aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares (R-200), trazendo a definição de ordem pública em seu art. 2º, item 21:

Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum. (BRASIL, 1983).

Para SIEDSCHLAG e CRUZ(2014) apud Moreira Neto (1987, p. 138) igualmente conceituam ordem pública, afirmando ser “a situação de convivência pacífica e harmoniosa da população, fundada nos princípios éticos vigentes na sociedade”. Arremata Lazzarini (1999, p. 53) **vem (grifo meu)** sustentando que a ordem pública “é uma situação de fato oposta à desordem, sendo, portanto, essencialmente de natureza material e exterior [...]”. Para esse autor, comentam SIEDSCHLAG e CRUZ(2014), no conceito de ordem pública está inserida a tranquilidade pública, a segurança pública e a salubridade pública. Apud (LAZZARINI, 1999). O conceito de ordem pública, após a Constituição Federal de 1988, deve ser visto como “tudo aquilo que venha a quebrar a harmonia da sociedade, sendo que a sua garantia, especialmente por ações preventivas, contribui para o desejado e almejado bem comum”, apud (TEZA, 2011, p. 77), conclui.

Partindo do pressuposto que este trabalho está pautado na importância da inteligência desenvolvida pela Policial Militar em acompanhar os movimentos populares urbanos, **em especial (grifo meu)**, que atuam em Belo Horizonte e região Metropolitana. Vale ressaltar que ao referirmos a *movimentos* urbanos, é necessário lembrar que eles são comumente designados como *populares*, afirma RODRIGUES (2010). Não que seja unicamente popular, mas esta é a referência fundamental que caracteriza a maioria dos movimentos reivindicatórios urbanos. Conclui dizendo que o caráter da organização popular é político apud (GOHN, 1991), já que a mobilização é de enfrentamento ao *status-quo*, diferentemente de outros movimentos reivindicatórios que envolvem outras classes ou camadas mais abastadas da população.

Para RODRIGUES (2010) apud Antunes (2010) a atividade de inteligência interna está vinculada ao processo de informação relativo ao indivíduo, grupos ou organizações, cuja ação configure em delitos federais que representam risco significativo para a segurança interior do país. É utilizada de acordo com os contornos institucionais definidos para a área de segurança pública / interna em observância do princípio da proporcionalidade. Desta forma, será possível distinguir o papel da atividade de inteligência policial, que está relacionada ao apoio para as atividades de investigação por ser considerada mais uma das ferramentas de uso cotidiano policial para auxiliar no combate ao crime comum e organizado.

Logo, não devem pairar dúvidas que os movimentos sociais possuem liberdade para expor suas ideologias, podendo, inclusive, promover reuniões públicas, com a aglomeração de pessoas. Para a promoção de tal evento os seus organizadores deverão informar as autoridades competentes, que, conforme visto, uma delas é a polícia militar em razão da competência para a preservação da ordem pública, enfatizam SIEDSCHLAG e CRUZ(2014). A polícia militar irá garantir a realização pacífica do ato, a proteção dos manifestantes e também assegurar o direito daqueles que do evento não participam. Apud (D'URSO, 2001). Com isso, a complexidade da atuação policial militar é flagrante, uma vez que deve assegurar a legalidade da manifestação ao mesmo tempo em que deve manter íntegra a ordem pública e, corolário, garantir os direitos de terceiros não envolvidos diretamente em tais atos, conclui.

RODRIGUES (2010) registra que a atuação dos grupos como, por exemplo: Frente Popular, Brigada Popular, sob as orientações do MST e de outros, que lutam em favor para defender seus ideais merecem atenção por parte do emprego de policiamento, justamente porque em muitas das vezes suas reivindicações ocorrem na forma de invasões, fechamentos de vias, até mesmo de depredações de prédios públicos. Nesse sentido, o acompanhamento de caráter preventivo das instituições policiais se torna relevante para o cumprimento do controle e manutenção da ordem pública. Como podemos perceber na citação de Dias e Pereira:

Dessa análise concluímos, preliminarmente, que os movimentos sociais agem para exigir o cumprimento das leis. Às vezes, são necessárias ações de desobediência civil para que a voz dos pobres que lutam de forma organizada seja ouvida. "Se não quebrar nada, não ocupar nada, só com abaixo-assinados, passeatas pacíficas e insistência em negociar com as autoridades, não conquistamos nada. Veja o caso da CEMIG.(Companhia Energética de Minas Gerais) Só conseguimos colocar na pauta de discussão o modelo energético e as altíssimas tarifas de energia da CEMIG, após a quebra de alguns vidros na sede da empresa," pondera um dos integrantes do MAB - movimento dos Atingidos por Barragens. (DIAS e PEREIRA, 2008,p.157)

Para RODRIGUES (2010) apud Cepik (2003) o caráter da informação antecipada sempre foi e, é uma variante importante para definição do sucesso ou fracasso de qualquer ação militar ou do Estado. Assim, conforme, já dito, os sistemas governamentais de inteligência consistem em organizações permanentes de atividades especializadas na coleta, análise e disseminação de informações dos problemas e alvos relevantes para a política externa, a defesa nacional e a garantia da ordem pública de um país.

Ainda na visão do autor, os serviços de inteligência são órgãos que servem para assessoramento do Poder Executivo que trabalham prioritariamente para os chefes de Estado e de governo e, dependendo de cada ordenamento constitucional, para outras autoridades da administração pública e mesmo do Parlamento. Apud (CEPIK,2003,p.85). Mais do que isto, o autor também ressalta que os serviços de inteligência não podem ser entendidos como meros instrumentos passivos da política de um decisor político, pois antes de tudo, devemos entender as várias conseqüências deste tipo de serviço para o Estado Democrático de Direito.

A polícia militar irá garantir a realização pacífica do ato, a proteção dos manifestantes e também assegurar o direito daqueles que do evento não participam. (D'URSO, 2001). Com isso, a complexidade da atuação policial militar é flagrante, uma vez que deve assegurar a legalidade da manifestação ao mesmo tempo em que deve manter íntegra a ordem pública e, corolário, garantir os direitos de terceiros não envolvidos diretamente em tais atos, asseveram SIEDSCHLAG e CRUZ(2014). Para o cumprimento dessa missão a polícia militar poderá empregar diversas ferramenta e estratégias, mas, devendo sempre e especialmente, preocupar-se com a prevenção, evitando que o ato público ganhe conotações contrárias à ordem pública. Uma dessas formas e que garante o planejamento antecipado de ações em razão da possibilidade de produção de conhecimento para apoio da decisão do gestor é a atividade de inteligência de segurança pública, conclui.

Segundo RODRIGUES (2010), a inteligência também apresenta problemas de questões internas, pois o trabalho da Inteligência está sempre voltado para um indivíduo específico, que solicitará as informações sobre um dado ou um fato específico. Na Polícia Militar estas solicitações, geralmente, partem de um superior hierárquico. Vale ressaltar que a Inteligência, não toma decisões, apenas cumpre um pedido, seguido de um plano pré-estabelecido e seguindo um padrão de atuação pré-determinado por meio de uma doutrina.

Assim, na visão de RODRIGUES (2010) apud Gonçalves (2008) mesmo após ter decorrido todos os ciclos de produção de conhecimento, o ciclo da inteligência só terminara após a utilização do usuário. Ao receber o conhecimento produzido, o

usuário poderá utilizá-lo em seu processo decisório e também fazer novas demandas a inteligência, por mais que pareçam relevantes os relatórios produzidos pelos analistas. Isso se dá dentro de uma prática de inteligência relacionada ao desenvolvimento de “resistência a frustrações” apud (GONÇALVES, 2008, p.192).

A atividade de inteligência, portanto, detém grande importância não só para a repressão, mas, especialmente, no que tange à prevenção, com emprego útil no planejamento de estratégias de ação das autoridades no contexto da segurança pública. (GONÇALVES, 2010). Por conseguinte, mister que se evidencie a forma como o conhecimento deve ser produzido pela atividade de inteligência, evitando-se eventuais amadorismos e inconsistências que possam interferir na tomada de decisão e no gerenciamento da segurança pública, relatam SIEDSCHLAG e CRUZ(2014).

Nessa esteira produzir conhecimento, relatam SIEDSCHLAG e CRUZ(2014), é a transformação de “dados e/ou conhecimento avaliados, significativos, úteis, oportunos e seguros, de acordo com metodologia própria e científica”. Apud (ARAÚJO, 2009, p. 108). Completa esse pensamento as conclusões de Lima (2004, p. 24):

Inteligência é produção de conhecimento para auxiliar a decisão. É quase como uma assessoria administrativa. Ela não é uma instância executora. Levanta dados, informes, produz um conhecimento e pára. Alguém, em nível mais elevado de hierarquia, tomará, ou não, determinada decisão ou ação. Ela possui um ciclo próprio: demanda – planejamento – reunião – coleta – busca – análise – avaliação – produção – difusão – feedback. Não estamos seguindo aqui nenhum autor em especial; cada um apresentará variações deste ciclo, que pode ser entendido, grosso modo, como: demanda – o decisor quer saber algo; busca – a Inteligência vai atrás da informação; produção – a Inteligência transforma a informação em conhecimento e feedback – o decisor diz se o conhecimento é suficiente para a sua decisão ou se necessita de um maior aprofundamento ou mesmo de redirecionamento.

Esse processo de inteligência possui algumas etapas, segundo SIEDSCHLAG e CRUZ(2014), as quais podem variar conforme a doutrina verificada. Porém, é conveniente que se avaliem as principais partes desse ciclo, isto é: orientação, planejamento, produção e difusão. A orientação constitui-se das necessidades do cliente da inteligência. Apud (GONÇALVES, 2010). O planejamento pode ser caracterizado como a fase na qual são ordenadas as etapas a serem desenvolvidas no trabalho. (BRASIL, 2009). A fase de produção é a reunião de dados e conhecimentos e finalizada com o processamento do resultado obtido, posteriormente sendo compartilhados na fase de difusão, qual seja, a entrega do

conhecimento produzido para servir de suporte e apoio ao decisor. Apud (GONÇALVES, 2010).

Segundo SIEDSCHLAG e CRUZ(2014), a Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (BRASIL, 2009) reconhece como as principais técnicas operacionais de inteligência os Processos de Identificação de Pessoas; Observação, Memorização e Descrição; Estória-Cobertura; Disfarce; Comunicações Sigilosas; Leitura da Fala; Análise de Veracidade; Emprego de Meios Eletrônicos; e Foto-Interpretação.

A técnica de estória cobertura (EC) é uma técnica bastante tradicional, segundo RODRIGUES (2010), na coleta de informação tendo em vista que o ser humano é a maior fonte de informações e que não existe atividade de inteligência sem o uso de comunicações. A técnica (EC) consiste no momento em que o agente de busca ou de informação procura o dado almejado, sem que a pessoa a ser investigada perceba a intenção e a finalidade de tal informação. Por meio do diálogo o agente cria-se uma empatia entre os comunicantes e um envolvimento de modo que a pessoa conduza a conversa no sentido de extrair a informação sem levantar suspeição. Entre as diversas formas de estória cobertura o agente pode se apresentar como um: jornalista, empresário, viajante, estudante, e outras identificações, variando de acordo com as habilidades do agente.

De acordo com RODRIGUES (2010) apud Cepik (2003) os serviços de inteligência requerem características específicas de informações para que a atividade se diferencie da atividade de espionagem. Nesse sentido a atividade de inteligência por meio de características tecnológicas contemporânea opera de acordo com o que chamamos de ciclos da inteligência. Que segundo o autor é um processo especializado para obter as informações seguindo um estágio de análise das informações obtidas a partir de diversas fontes. Uma vez produzida às análises das informações estas serão disseminadas para os diversos usuários finais em que geralmente são os tomadores de decisão e os responsáveis pelos planejamentos de uma política ou ação.

Os meios de obtenção de informação por meio do uso de equipamentos eletrônicos utilizados pelo agente de informação variam desde uma simples fotografia ou filmagens ou até um monitoramento de ambiente que podem ocorrer a pé ou motorizado. Estas técnicas, também podem ser aplicadas para outras finalidades, ou seja, voltadas para o levantamento de dados, não da própria pessoa-alvo, mas daqueles que estão diretamente ligados ao alvo; ou nos dois casos, respectivamente. A inteligência de imagens é desenvolvida pela disciplina Imint (Imagery Intelligence). As imagens obtidas a partir das filmagens ou fotografias permitem ao agente de inteligência detectar formas, movimentos ou situações de

ricos em detalhes que serão importantes para auxiliar no monitoramento dos alvos, relata RODRIGUES (2010).

Nada obstante, advertem SIEDSCHLAG e CRUZ(2014), ainda como indicação de ferramenta de grande valia às agências de Inteligência é o emprego da interceptação de sinais e dados, que, muitas vezes, se reveste como única alternativa ao agente de inteligência, face à tamanha organização que os movimentos sociais empregam, dificultando o acesso às informações relativas ao grupo. Dessa forma, desde copiar a mesma frequência de rádios portáteis utilizados pelos ativistas, até a quebra do sigilo telefônico são meios de empregar a interceptação de sinais e de dados como fonte captadora de informações relativas aos movimentos sociais em prol da preservação da ordem pública.

Saber com quem os membros dos movimentos sociais trocam informações, que tipo de postura adotam e saber a real intenção de seus atos auxilia à polícia militar a planejar ações diferenciadas para cada tipo de manifestação do grupo. Esse monitoramento faz com que se crie uma espécie de banco de dados a respeito do movimento e de suas lideranças, formando um histórico das tendências que o movimento pode assumir a partir de mobilizações anteriores, afastando o anonimato que pode motivar os líderes na promoção de atos de desordem e criminosos, podendo-se até mesmo promover uma negociação prévia entre esses líderes do movimento, a polícia militar e demais órgãos afetos aos ideais do grupo, evitando-se a quebra da ordem pública, conclui SIEDSCHLAG e CRUZ(2014) apud (SEVERINO, 2008).

Capítulo 3.3 Mecanismos empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência.

3.3.1 A observação e a pesquisa social

A observação é um dos mais antigos métodos da pesquisa nos diferentes campos da ação humana, nos seus aspectos político, econômico, social, militar, entre outros. Na pesquisa social, a observação foi inicialmente empregada por antropologistas sociais e etnologistas, que obtinham seus dados por meio da visão e de outras técnicas, como entrevista, pesquisa documental e estudo de casos. Como colocado no início, embora o foco da observação seja pessoas, tal processo pode ser dirigido também para objetos, produtos da ação humana ou parte de ambientes físicos. Normalmente, a observação se apoia em recursos audiovisuais, que têm evoluído com as novas tecnologias de observação, que vão desde aparelhos tradicionais e micro aparelhos até rede integrada de satélites e órgãos governamentais que controlam quase toda a vida humana, nos apresenta RORATTO (2005, p. 73).

A observação, quanto ao relacionamento do pesquisador com o grupo a ser pesquisado e de acordo com o objetivo ou a tradição da pesquisa, pode ser participante ou não participante. Na primeira, os pesquisadores se juntam ao grupo que pretendem pesquisar e observar. Como membros dos grupos, eles podem pesquisar, entre outras coisas, sua estrutura, processo, problemas e atitudes, ambos diretamente e como experiência de membro do grupo. Na observação não participante, os pesquisadores estudam seus assuntos externamente aos membros do grupo a ser observado. Dependendo da forma como a pesquisa é concebida, a observação pode ser estruturada ou não estruturada, assevera RORATTO (2005, p. 73).

A observação estruturada emprega procedimentos formais estritamente organizados com um conjunto de bem definidas categorias observáveis e são sujeitas a altos níveis de controle e padronização. É organizada e planejada antes do estudo começar, momento em que o pesquisador detalha o que vai observar, o que isso significa para os objetivos da pesquisa e como os resultados da observação serão registrados, conclui ele.

Neste contexto se insere a observação na coleta de informações por órgãos de inteligência do estado, onde segundo MENEZES (2015), o art. 1º, §2º, do Decreto 4.376/2002, que regulamentou a Lei 9.883/1999, inteligência é a atividade de obtenção e análise de dados e informações e de produção e difusão de conhecimentos, dentro e fora do território nacional, relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado, que deverá ser observado segundo ele.

RORATTO (2005, p. 73) continua dizendo que a observação não estruturada é organizada com folgas e seu processo é em grande parte deixado de lado pelo observador. Existe a possibilidade de a observação ser semi-estruturada, ou seja: ela pode ser estruturada em sua abordagem e não estruturada em seu contexto. São relativamente comuns na pesquisa social e combinam as vantagens (e limitações) de ambas as técnicas.

3.3.2 O método de pesquisa na observação

O investigador irá decidir sobre a seleção da unidade de observação, isto é, se a observação focaliza uma ação, uma fala, atitudes ou comportamentos, pois não se inicia uma pesquisa sem uma firme ideia do que será estudado. Além da identificação da unidade de estudo, os pesquisadores geralmente traçam um esboço das estruturas lógicas e normativas do estudo. Nos estudos quantitativos e na observação estruturada, o tópico é definido assim que os observadores

estiverem bem conscientes dos elementos específicos do objeto a ser observado. Além disso, categorias específicas serão desenvolvidas, as quais irão ajudar o observador a categorizar o material (comportamentos, relacionamentos,...). Essas categorias serão operacionalizadas pela identificação dos critérios que indicarão suas presenças, por exemplo, o tipo de linguagem, o tipo de fala, o tom de voz, a expressão facial etc é o que nos ensina RORATTO (2005, p. 73).

Destarte tal definição, MENEZES (2015) nos aponta que diversos autores definem a Atividade de Inteligência como sendo a obtenção de dados, a análise de informações e a disseminação de conhecimento, que auxilia no direcionamento das ações estratégicas, táticas e operacionais. A Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (DNISP), publicada em 2010, pela Coordenação-Geral de Inteligência – CGI, subordinada à Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP-MJ), é elemento constituinte do Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP), aponta ele. É, portanto, a CGI, a Agência Central do SISP, conforme preconiza o Decreto 3.695, de 21/12/2000, §1º, do artigo 2º c/c §2º do artigo 1º da Resolução nº 01/2009, de 15/07/2009, da SENASP. Tal Doutrina conceitua a Inteligência de Segurança Pública (ISP), e afirma que são necessárias 03 (três) estruturas básicas para o órgão de inteligência exercer a atividade: inteligência propriamente dita, contra-inteligência, e, setor de Operações. A primeira produz o conhecimento; a segunda, salvaguarda os dados e documentos de inteligência; o último, é o responsável pelas ações de busca que, ocasionalmente, envolve ações de coleta.

Durante essa etapa de pesquisa, os pesquisadores irão escolher o formato teórico e metodológico e, portanto, o tipo de observação: estruturada ou não estruturada, participante ou não participante. Com respeito ao tipo de observação, o investigador irá também determinar o papel do observador no cenário. Na observação estruturada, não há flexibilidade no papel do observador; aqui o observador será certamente mais formal e objetivo. Na observação participante, existem mais opções disponíveis. Por exemplo, uma participação completa (sendo um participante pleno), onde os participantes são inteiramente absorvidos no grupo de estudo; uma participação e observação parcial (sendo um participante e um observador parcial) e uma observação completa (sendo puramente um observador), relata RORATTO (2005, p. 73).

3.3.3 Procedimentos de amostra

Havendo estabelecido os tópicos e as unidades de observação, bem como os parâmetros metodológicos do estudo, os pesquisadores voltam-se para os aspectos mais práticos do projeto, destaca RORATTO (2005, p. 73). A próxima tarefa a ser empreendida é a escolha dos sujeitos. Onde um estrito desenho quantitativo

é empregado, a seleção dos respondentes em grande parte é feita por meio de amostras prováveis. Com relação ao desenho qualitativo, por exemplo, onde a observação não estruturada ou a observação participante é empregada, os sujeitos são geralmente escolhidos de forma intencional ou por uma amostra teórica, conclui e nos apresentando a seguir as unidades de observação que influem na metodologia:

Tempo

Os pesquisadores devem decidir quando a observação será realizada. Isto é mais significativo no caso da observação participante, pois o tempo pode oferecer diferentes ambientes e experiências e implicar no tipo, na qualidade e na quantidade de informação obtida. O observador estruturado não necessariamente precisa cumprir com tais requisitos, pois é esperado que as observações sejam realizadas sob condições controladas (incluindo o tempo).

Duração

Após a decisão do tempo, os pesquisadores irão considerar sua duração. Isto supõe primeiramente o tamanho de cada sessão (uma hora durante o almoço) e depois a amplitude do estudo (todo o dia por três meses). Portanto, a duração do estudo é: uma hora durante o dia, no horário do almoço, por três meses. O começo do estudo irá determinar quando considerar o tempo.

Lugar

A amostra também se refere ao lugar na qual a observação será conduzida. Se escola, hospital, clubes, e onde esses sistemas de observação irão acontecer, isto é, em qual sala, ambiente ou localização específica.

Tipo de evento

O tipo de evento que será estudado tem que ser determinado; o pesquisador irá observar tudo, alguns eventos, eventos rotineiros, eventos inesperados ou eventos especiais?

Preparativos

O pesquisador deve decidir sobre os preparativos para ingressar no cenário e obter dados. A entrada no cenário é relevante para os

observadores participantes e é um aspecto muito importante da observação. Ela envolve principalmente obter a permissão para entrar no ambiente em questão, o que não é um problema simples. Enquanto isso pode ser relativamente simples, como observar crianças em um jardim público, é mais difícil obter permissão para entrar numa escola, prisão, clube gay ou em certos órgãos governamentais. Os preparativos devem ser concluídos antes do processo de observação começar.

O observador

Como em qualquer outro método de pesquisa, o pesquisador deverá decidir sobre quais e quantas pessoas irão coletar os dados. Além disso, o pesquisador irá avaliar a natureza da observação e, por causa disso, os atributos do observador. Essa decisão indicará se o observador tem os atributos necessários para a observação.

Nos adverte MENEZES (2015) que para fins de informação acadêmica e melhor compreensão deste estudo, a DNISP pontua as características da atividade de Inteligência de Segurança Pública, como sendo as seguintes: produção de conhecimento; assessoria; verdade com significado; busca de dados protegidos; ações especializadas; economia de meios; iniciativa; abrangência; dinâmica; e, segurança. Já de acordo com a Doutrina, os princípios da Atividade de ISP são a amplitude; a interação; a objetividade; a oportunidade; a permanência; a precisão; a simplicidade; a imparcialidade; a compartimentação; o controle; e, o sigilo. Assim, os preceitos éticos e valores morais, sociais e cívicos da Atividade de Inteligência não podem fugir ao disposto nos artigos 1º e 37, da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à sua liberdade, observando a ética dos direitos e garantias individuais e sociais e o Estado Democrático de Direito, conclui ela.

3.3.4 Atributos do pesquisador

A qualidade do observador é geralmente mais significativa no contexto da observação que outras formas de coletar dados. É porque a observação, particularmente a observação participante, depende muito dos atributos do pesquisador para obter informações em quantidade e qualidade. Por essa razão, os observadores devem ser cuidadosamente escolhidos, pois suas qualidades podem variar dependendo do tipo de observação requerida, quando algumas qualidades e atributos são mais valorizados do que outros, aponta RORATTO (2005, p.

73). Aqui, diz ele, estão alguns exemplos de qualidades requeridas dentro do paradigma da pesquisa quantitativa:

- pessoal geralmente habilitado em termos de percepção e memória;
- conhecimento do campo de pesquisa e da (sub)cultura do cenário;
- conhecimento específico para aquele assunto;
- experiência prévia de observação em outras pesquisas;
- habilidade para gerenciar situações de crise;
- flexibilidade e adaptabilidade;
- respeito aos limites entre observador e observado;
- habilidade para sentir a cultura na vida diária;
- honestidade e confiabilidade;
- consciência e respeito aos padrões éticos.

MENEZES (2015) nos posiciona que tudo isso vai de encontro a alguns dos empecilhos ao SISBIN (**Sistema Brasileiro de Informações - grifo meu**) que são: falta de mandato claro e distribuição de competências para os distintos Órgãos; Ausência de autoridade central que coordene os diversos segmentos; falta legislação estabelecendo mecanismos/protocolos de cooperação; ausência de legislação que dê respaldo à atividade e ao pessoal de Inteligência; questões relacionadas a orçamento; ausência de mecanismos efetivos de controle, particularmente de controle externo; ausência de cultura de inteligência e de conhecimento sobre a atividade, dentre outros. Por fim, entende-se que a ISP é o fluxo interativo de informações e conhecimento que sejam úteis para ações de segurança, e será realizada pelas Agências de Inteligência, em consonância com a destinação constitucional de cada uma das instituições que compõem o SISIP. Dos citados, o mais pertinente à pesquisa é, sem dúvidas, o princípio da legalidade, e neste palco devem participar, além dos atores principais (analistas e agentes de operações de inteligência), os representantes da Polícia Judiciária, que, além de produzir conhecimentos, permitirão melhor entendimento acerca da evolução dos acontecimentos sociais contrários à ordem pública, conclui ela.

Dessa forma, os atributos do observador podem variar de caso para caso, dependendo particularmente do contexto teórico e metodológico do projeto. Os observadores participantes trabalhando dentro de um contexto quantitativo têm atributos que podem ser diferentes daqueles requeridos para pesquisar dentro de um contexto qualitativo, conclui RORATTO (2005, p. 73).

3.3.5 Treinamento do observador

Em muitos casos, a natureza da investigação requer que o pesquisador trabalhe sozinho, particularmente na observação participante, na pesquisa qualitativa e nos estudos de caso, diz RORATTO (2005, p. 73). Em outras situações, mais de um observador pode ser empregado. Múltiplos observadores geralmente observam seus grupos separadamente e produzem dados que serão incluídos na análise final. O uso de múltiplos observadores acelera a coleta de dados, mas também podem causar problemas, especialmente relacionados com a variabilidade de observações. Quando um ou mais observadores são empregados e não se dispõe de princípios como Moisés, o treinamento torna-se essencial e se concentra naquelas questões que são centrais para o estudo, nas que requerem novas explanações e, mais ainda, no aprimoramento dos atributos técnicos de observação para corrigir possíveis fontes de distorção. O que observar, quando e como, são questões com a qual o observador deve estar muito familiarizado. A extensão do seu envolvimento também é um aspecto a ser considerado. Tornar-se um genuíno observador participante é uma tarefa difícil e raramente alcança esse estágio, completa ele.

Desse modo, diz RORATTO (2005, p. 73), os pontos apresentados abaixo, pensados por vários escritores, podem ser úteis no treinamento do observador:

- profundo entendimento do tópico da pesquisa;
- conhecimento das peculiaridades da população;
- entendimento de áreas problemáticas do estudo;
- familiarização com as categorias (quando apropriadas) e seu efetivo uso;
- maneiras de superar conflitos e problemas inesperados;
- habilidade para seguir adequadamente as instruções e adaptar-se a elas sem causar preconceitos ou distorções dos dados;
- adaptabilidade e flexibilidade;

- habilidade para observar vários assuntos e categorias ao mesmo tempo.

MENEZES (2015) nos esclarece que para melhor compreensão, convém destacar que existe distinção entre a Investigação Criminal e a Atividade de Inteligência, enunciada, inclusive, pela DNISP, qual seja: enquanto a primeira é conduzida pelo modelo de persecução penal previsto e regulamentada na norma processual própria, visando a produção de provas; a segunda tem como objetivo a produção de conhecimento e, apenas ocasionalmente, subvenciona na produção de provas. Bom repetir, ocasionalmente! Tal inteligência é o múnus da Polícia Federal e das Polícias Estaduais, Civas e Militares, e é por meio dela que se possibilita levantar indícios e tipologias que orientam o trabalho da Polícia Judiciária, do Ministério Público, e, quiçá, até a própria Inteligência Governamental, conclui ela.

3.3.6 Coleta de dados

Os deveres iniciais do observador são preparar e apresentar o cenário adequado e oferecer as instruções adequadas. Mais particularmente na observação estruturada, o observador se aproxima dos sujeitos da pesquisa e os convida ao laboratório, explicando suas tarefas com detalhes. Se uma observação estruturada ocorre no cenário natural, a aproximação é similar. Em circunstâncias normais, os sujeitos não são informados da observação e os preparativos não serão feitos, respeitando o cenário. Os observadores visitam os sujeitos e os observam, sem eles começarem a ser informados disso, assevera RORATTO (2005, p. 73).

Na observação qualitativa, observação participante, por exemplo, a escolha dos respondentes e o início do estudo são um pouco diferentes. Os observadores entram em campo, procuram se tornar invisíveis e não afetar a estrutura e o funcionamento do cenário, aponta RORATTO (2005, p. 73). Em particular, do observador se espera respeito pelo observado, ser compreensivo e tolerante, e ser familiar com o estilo de vida do observado. A relação observador-observado é fechada, baseada na cooperação, no entendimento e na crença mútua, conclui.

Na observação participante, os dados são coletados após o ingresso no cenário. Quando o arcabouço é qualitativo, a coleta e a análise dos dados geralmente ocorrem simultaneamente, aponta RORATTO (2005, p. 73). A observação focaliza a unidade de pesquisa depois de fixado o período de tempo. Nesse sentido, conclui ele que, a coleta de dados pode relatar vários espaços de tempo, além de focalizar diferentes estruturas, gerando diferentes tipos de coleta de dados, por exemplo:

- Observações contínuas. Na sua forma mais comum, a observação é contínua - isso significa registrar as ocorrências durante todo o tempo do evento.
- Observação time-point. A coleta de dados poderá focar também um ponto específico (time-point). A observação timepoint produz dados 'snap-shot', como uma fotografia, separada do contexto ou do tempo estruturado.
- Observação time-interval. Entre a observação contínua e o time-point está a observação time-interval. Aqui a coleta de dados é focada no que acontece entre um intervalo de tempo para registrar tudo que é significativo.
- Observação evento. Esta forma de coleta de dados relata o comportamento que ocorre como resultado de outro comportamento ou evento.

Porem MENEZES (2015) adverte que no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, preceitua que a Administração Pública "obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". Desta feita, no caso da investigação criminal, por ser de natureza estritamente administrativa, terá validade tão somente se praticada pelo órgão legitimado pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais vigentes. Cabe às Polícias Judiciárias, Federal ou Civil, a promoção da investigação criminal, esclarece ela.

3.3.7 Métodos de registros

O registro dos dados é uma questão importante durante a fase do planejamento da pesquisa, três questões são significantes aqui: o que irá ser registrado, quando e como. Isso se refere ao método de registro, aos eventos a serem registrados e ao método de codificação. O método de registro varia de uma observação para outra, de acordo com o tipo de evento estudado, com a densidade das informações e com o tipo do grupo, relata RORATTO (2005, p. 73). Os métodos mais comuns de registro são: escrever literalmente a informação, fazer um sumário de palavras-chave, gravar as conversas, filmar os eventos e tirar fotografias, conclui.

Tomar notas é o mais comum dos métodos, mas nem sempre isso é possível. Por exemplo, diz RORATTO (2005, p. 73), a informação a ser registrada pode ser muito densa ou talvez existir várias fontes para serem anotadas ou ainda o observador pode não querer que os sujeitos sejam informados do estudo. A parte disso, ficar anotando pode desviar a atenção dos observadores da cena, causando

perda de parte do que acontece no grupo. Se as circunstâncias não permitem anotações, o observador poderá escrever palavras-chave ou frases como guias e completar as notas depois da observação ou deixar a cena brevemente e escrever as notas importantes, conclui.

Gravadores e vídeos são mais fáceis e certamente mais eficientes. As gravações podem ser ouvidas várias vezes se necessário e pode-se usar mais de um observador na degravação, se for o caso, e assim produzir registros mais acurados ou mais válidos, aponta RORATTO (2005, p. 73). Entretanto, há casos onde a gravação não é possível ou os respondentes não permitem isso e limitam o seu uso. Mesmo assim, as gravações ajudam o trabalho do observador – a tarefa de escrever as notas é posterior e muitas das informações gravadas geralmente não são usadas. Tirar fotografias pode ser importante, mas de uso limitado, conclui.

3.3.8 Eventos

A observação pode focar um conteúdo de discussões, sentimentos, expressões faciais, agressões, padrões de comunicação e comportamentos ou problemas gerais e itens definidos por meio do processo de operacionalização. Nos estudos qualitativos, observadores podem inicialmente registrar qualquer acontecimento que observem e manter registros precisos, detalhados e notas completas. Descrição do cenário, das pessoas, das discussões, dos relacionamentos etc: é a regra. Durante o curso do tempo, o conhecimento sobre o cenário aumenta e com isso pode-se perceber os acontecimentos que são relevantes para o tópico da pesquisa. Isto conduz para o estabelecimento de mecanismos de exames, que permitem ao observador tornar-se mais focado e seletivo, relata RORATTO (2005, p. 73).

3.3.9 Codificação

Quando categorias de observação são desenvolvidas e seus itens de observação são claros, específicos e conhecidos a priori, códigos podem ser usados para registrar os dados. Códigos são símbolos, um registro taquigráfico, onde ações e comportamentos são identificados por numerais ou palavras-chave. Isso torna os registros mais fáceis, particularmente quando são muitos os itens para serem registrados e muitas as pessoas para serem observadas, ensina RORATTO (2005, p. 73). Se as categorias são distintas e facilmente identificáveis, um aparelho mecânico pode ser usado para registrar os dados observados, conclui.

Na pesquisa qualitativa, aponta RORATTO (2005, p. 73), os códigos são o resultado de cuidadosas operações e da definição criteriosa dos indicadores. Esse processo especifica cuidadosamente os aspectos de comportamento que necessitam ser observados na ordem, para que o objeto de estudo seja identificado

e avaliado. Códigos dizem para o observador o que deve ser procurado e o que deve ser ignorado, conclui.

4 CONCLUSÃO

O trabalho foi desenvolvido em busca de responder as questões sobre: Como perseguir criminosos ou suspeitos; Qual o papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública e Quais os mecanismos são empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência.

No capítulo 1, Como perseguir criminosos ou suspeitos, foi apresentado as técnicas de Bechara Jalkh denominada campana, onde a *sua fama lhe rendeu o apelido de "Sherlock Holmes brasileiro"*. Descobriu-se que a campana também é fortemente utilizada pelos criminosos e também contratada pelo campanado, para saber se está sendo investigado e por quem. Quando o investigador está sendo campanado pelo campanado, o que *Jorge (2016)* chamou de contra-campana ou contra-investigação, foi mostrado como se safar nesses casos.

Jorge (2016) explicou com detalhes o que é a contra-investigação, como e em que momento devemos utilizá-la e como se defender dela, caso o alvo de investigação sejamos nós. Para ilustrar o seu mecanismo de defesa, ele apresentou ao leitor a sua técnica de atuação, como detetive profissional, alertando que convém ler todo o material por ele apresentado no referido blog.

Na literatura de Jalkh (2016) ele nos faz compreender que as provas adquiridas, através de fotos digitais, numa campana ou qualquer investigação delituosa, são provas cabais aceitas pela justiça. No entanto pesquisando a matéria encontrou-se contradições sobre essa afirmativa, e mostrando inclusive os institutos legais que tratam da questão, conforme Dantas (2007) comprovou, haja vista que tanto as fotos analógicas como as digitais são passíveis de adulterações. Dessa forma Vieira (2016) colaborou relatando que "Hoje existem programas de computador que detectam se a fotografia foi adulterada ou não".

No capítulo 1 foi apresentado alguns questionamentos que a revisão literária propõe várias outras pesquisas bibliográficas em busca de respostas, onde muitas delas não foram encontradas, mas o principal questionamento foi plenamente respondido, de forma que o escopo do trabalho não perdesse o foco.

No Capítulo 2, O papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública, foi mostrado como é a Atuação dos Movimentos Sociais Urbanos, detalhando o MST,

Brasil afora, a Brigada Popular, em Belo Horizonte e o Black Bloc como os principais objetos de estudos.

A partir do conhecimento apresentado sobre esses movimentos sociais, foi apresentado efetivamente qual o papel da atividade de inteligência de segurança pública para monitorar esses movimentos preservando a ordem pública.

Dessa forma foi estudado que o papel da inteligência de segurança pública está atrelado em buscar respostas, sobre os movimentos sociais, para as questões do tipo: Quem são os líderes? Quando agirão? Que motivação eles tem? Porque agem dessa forma? Onde atacam novamente? Como farão o serviço? Algumas dessas respostas ficaram em aberto, como no caso do Black Bloc, para que o aparelho de Segurança de Estado possa se antecipar e prevenir com um plano de ação.

No Capítulo 3, Mecanismos empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência, foi apresentado em detalhes: A observação e a pesquisa social; O método de pesquisa na observação; Os procedimentos de amostra; Os atributos do pesquisador; Treinamento do observador; A coleta de dados; Os métodos de registros; Os eventos e codificação dos fatos observados.

MENEZES (2015) colaborou mostrando que a atividade de inteligência está devidamente amparado por lei as quais precisam ser cumpridas pelos agentes públicos ou privados que operam nessa área.

Foi demonstrado detalhes de como perseguir criminosos ou suspeitos, porém com ressalvas que a literatura original de Bechara Jalkh não respondeu, tais como: E se o campanado se dirigiu a um ancoradouro de barcos (Pier) e sai em um barco veloz a motor, o que fazer? E se o campanado entra em um edifício garagem e sai em uma moto mil cilindradas, o que fazer?

Questões como "Criminosos também fazem campana?" Bechara Jalkh nos deixou a desejar, porém encontrou-se respostas em Jorge (2016) e ReporterMT (2013), assim como se fotografias digitais são aceitas como provas, Dantas (2007) foi quem respondeu. E se o campanado reverter a situação, passando de caça para caçador, o que fazer? E se ele sacar uma arma de fogo e render o investigador e descobrir a sua identidade de investigador, o que fazer? E se ao sacar a arma ele, arisco, dispara contra o investigador o que fazer? Esses questionamentos não foram encontrados respostas em nenhuma literatura.

Da mesma forma Bechara Jalkh deixou lacuna para as respostas sobre: Como é feito um grampo telefônico? Como é feito a escuta telefônica ou de ambiente?

E como prevenir contra esses aparelhos ? Vieira (2016) foi quem nos respondeu a esses questionamentos.

Demonstrar qual o papel da atividade de inteligência de segurança pública no monitoramento dos movimentos sociais para a preservação da ordem pública, foi ricamente explorado e respondido. Para tanto foi necessário conhecer os principais movimentos sociais que tem atuado no Brasil, como o MST, a Brigada Popular e o BLaack Bloc, apresentando o modus operandi de cada um deles e a função da inteligência de segurança pública para monitorá-los e prevenir a ordem pública.

Mostrar quais mecanismos são empregados na observação como fonte de dados para a atividade de inteligência, foi plenamente satisfeita. Partiu-se de estudos científicos comprovados que demonstram todas as técnicas de observação, levantamento, coleta de dados e seus registros através da inteligência pública.

Foram ressalvados por MENEZES (2015) que tais procedimentos de observação, levantamento de informações são devidamente previstos e instituídos por legislação específicas, inclusive Constitucional, e que portanto a sua burla torna o procedimento ilegal e passível de sanções penais.

Conclui-se que a análise da gestão do conhecimento como arma da inteligência policial contra o crime organizado, foi dessa forma, plenamente atendida no presente trabalho acadêmico, sendo que a pesquisa aqui abordada não se esgota, devendo ser aprofundada a partir das literaturas aqui apresentadas somando-se a outras de iniciativa do leitor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JALKH, Instituto Bechara."Investigações Cíveis e Criminais - Modulo I". Editora: IBJ. Rio de Janeiro. 2016. on-line, via email.

VIEIRA, Max. 2016. A fascinante profissão de detetive. Google Play Livros. *Disponível em:* <<https://play.google.com/store/books>>. Acessado em: 16/08/2016.

REPORTERMT, do R7, 2013. Em diário do "maníaco das dentistas", polícia encontra lições de curso de detetive e desenhos. *Disponível em:* <<http://www.REPORTERMT.com.br/nacional/em-diario-do-quot-maniaco-das-dentistas-quot-policia-encontra-liceos-de-curso-de-detetive-e-desenhos/27629>>. Acessado em: 17/08/2016.

DANTAS , Rodrigo Tourinho, 2007. A fotografia digital como meio de prova no processo civil e trabalhista. *Disponível em:* <[https://jus.com.br/artigos/9642/a-](https://jus.com.br/artigos/9642/a)

fotografia-digital-como-meio-de-prova-no-processo-civil-e-trabalhista>. Acessado em: 18/08/2016.

JORGE, Sérgio, 2016. Detetive Particular, INVESTIG, CAMPANA. Disponível em: <<http://bloginvestig.institutopadrereus.com/?p=87>>. Acessado em: 18/08/2016.

BRISO, Caio Barretto. 2015. Mais famoso detetive particular do país, Bechara Jalkh se tornou estrela ao resolver série de crimes. Disponível: <<http://oglobo.globo.com/rio/mais-famoso-detetive-particular-do-pais-bechara-jalkh-se-tornou-estrela-ao-resolver-serie-de-crimes-16510493>>. Acessado em: 18/04/2017.

SIEDSCHLAG, Rodrigo Geraldo; CRUZ, Tércia Maria Ferreira da. 2014. O PAPEL DA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO MONITORAMENTO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS PARA A PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. Disponível: <<https://rop.emnuvens.com.br/rop/article/download/74/73>>. Acessado em: 11/04/2017.

RODRIGUES, Marcos Eduardo. Monografia: A importância da atividade de inteligência pública da PMMG no monitoramento dos movimentos sociais urbanos: A ocupação Dandara. UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Belo Horizonte, 2010.

LOCATELLI, Piero; VIEIRA, Willian. 2013. O Black Bloc está na rua. Disponível: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/760/o-black-bloc-esta-na-rua-7083.html>>. Acessado em: 04/05/2017.

RORATTO, João Manoel. A OBSERVAÇÃO COMO FONTE DE DADOS PARA A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA. Revista Brasileira de Inteligência / Agência Brasileira de Inteligência. – n. 6 (abr. 2011) – Brasília : Abin, 2005, pagina 73. Disponível: <<http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2015/08/revista6.pdf>>. Acessado em: 11/04/2017.

MENEZES, Keila Magalhães. 2015. Investigação Criminal versus Inteligência Policial e a atuação da Polícia Militar. Disponível:

<https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14398>. Acessado

A DEFENSORIA PÚBLICA E A LEGITIMIDADE ATIVA PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO NA DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS

THIAGO ALEXANDER AMARAL E SILVA:

Escrevendo no conteúdo jurídico desde:
27/12/2019

RESUMO: Este artigo trata busca analisar possível legitimidade ativa da Defensoria Pública para impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de direitos difusos dos necessitados. Trata-se de tema atual, o qual ganhou ainda mais notoriedade após as mudanças institucionais e estruturais pelas quais passou e vem passando a defensoria nas últimas décadas (com a promulgação da Constituição Federal de 1988), especialmente nos últimos anos (com a edição das emendas constitucionais 45/2004, 6/2012, 74/2013 e 80/2014, assim como em virtude das leis complementares 132/2009 e 80/1994). Como é de conhecimento dos operadores do Direito, a legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo está prevista tanto na Constituição quanto na lei do remédio constitucional (Lei 12.016/2009), sendo restringida apenas aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a organização sindical, entidade de classe e associação (esta constituída há pelo menos um ano da ação). Tal restrição é objeto de crítica tanto na doutrina quanto por parte da jurisprudência nacional. Por se tratar de ação constitucional e de natureza de proteção de direito fundamentais, os críticos afirmam que a norma jurídica não deveria disciplinar os legitimados dessa forma. Além disso, há crítica acerca da restrição do mandado de segurança coletivo apenas na defesa dos direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, excluindo, sem motivo idôneo, os direitos difusos. Diante disso, o artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de a Defensoria Pública (assim como outros órgãos e instituições públicas) impetrar tal ação na defesa dos direitos difusos dos necessitados.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Legitimidade ativa. Mandado de Segurança Coletivo. Direitos Difusos.

SÚMÁRIO: Introdução. 1. A Defensoria Pública E A Legitimidade Ativa Para Impetrar Mandado De Segurança Coletivo Na Defesa Dos Direitos Difusos. 1.1 Defensoria Pública Na Defesa Das Pessoas Necessitadas. 1.2 Mandado De Segurança Coletivo E Direitos Difusos. 1.3 Defensoria Pública E O Mandado De Segurança Coletivo. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi um marco no processo de evolução do direito metaindividual. Aliás, foi a própria Carta Magna responsável por criar e

disciplinar, de forma geral, o mandado de segurança coletivo. E não foi apenas no que refere ao processo coletivo que a Constituição Cidadão inovou. Refere-se aqui à própria instituição da Defensoria Pública em todo território nacional.

Até a promulgação da Constituição não existia a instituição defensoria pública como órgão. A função institucional que lhe cabe hoje (assistência jurídica aos necessitados) era exercida por advogados dativos, contratados, escritórios de advocacia comunitária vinculados a universidades públicas e privadas. A bem da verdade, antes de 1988, o Estado brasileiro não manifestava qualquer interesse político e muito menos jurídico em criar e principalmente desenvolver a defensoria pública.

Após sua criação, com a Lei Complementar 80 de 1994, que disciplina a Defensoria Pública da União e dá normas gerais para as demais defensorias, começou a ganhar corpo, especialmente com a delimitação de suas funções institucionais, direitos, deveres, entre outros temas afins a instituição. Contudo, a verdadeira revolução começou com a conquista da autonomia administrativa, funcional e financeira, que iniciou com a EC 45/2004 para as defensorias estaduais; depois para a Defensoria do DF (EC 69/2012); após, para a União (EC 74/2013) e, por fim, a EC 80/2014, que veio, entre outros pontos, equiparar a defensoria, no que couber, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público (princípio da simetria).

Isso como forma de fortalecer a instituição, a fim de que ela possa exercer com plenitude, eficiência e qualidade seu papel perante os assistidos, às pessoas jurídicas privadas e ao próprio Estado e seus órgãos.

Assim, devido às mudanças normativo-estruturais pelas quais vinham e ainda vem passando tanto o processo coletivo quanto a defensoria pública, fatalmente as funções destes órgãos iriam precisar e afetar as normas de natureza coletiva, que também vinham crescendo ao longo dos anos. É sobre esse tema que o artigo irá se debruçar.

1. A DEFENSORIA PÚBLICA E A LEGITIMIDADE ATIVA PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO NA DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS

Este artigo tem por objetivo analisar e fundamentar o porquê de a Defensoria Pública possuir legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de direitos difusos quando o Estado (ou agente em seu nome) agir de forma a violar direito líquido e certo da coletividade "necessitada".

1.1 DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DAS PESSOAS NECESSITADAS

O primeiro questionamento que se deve fazer é qual o alcance que se pode e deve dar ao termo “necessitados” utilizado pelo texto constitucional do art. 134^[1]. A princípio o entendimento predominante, isso logo após a promulgação da Carta Magna (final dos anos 1980 e início dos anos 1990), era de que “necessitado” consistia em pessoa desprovida de recursos financeiros. Em outras palavras: era o pobre.

Contudo, as mudanças institucionais pelas quais passaram a defensoria pública nas últimas décadas, em especial nos últimos anos, fez com que o significado de pessoa necessitada fosse significativamente ampliado, e não poderia ser diferente.

A compreensão sobre o estado de “necessidade” do ser humano deve ser analisada sob vários aspectos, entre eles sociais, culturais, econômicos, político, histórico e por aí vai. Uma das primeiras doutrinadoras a abordar os possíveis significados dessa palavra foi a professora Ada Pellegrini Grinover^[2]:

Aos necessitados tradicionais que eram – e ainda são – os carentes de recursos econômicos, acrescentam-se os carentes de recursos jurídicos. E assim a assistência

judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes jurídicos. O

primeiro passo nesse sentido foi dado para a defesa penal, quando se tratasse de acusado revel, independentemente de sua capacidade econômica. Mais recentemente, porém, fala-se em uma nova categoria de hipossuficientes, surgida em razão da própria estruturação da sociedade de massa: são os carentes organizacionais, a que se refere Mauro Cappelletti. São carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea. (...) Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.

A célebre autora, já em 1996, começou a identificar que a “necessidade” do ser humano não se circunscrevia tão somente ao fator financeiro. Pelo contrário. O complexo das relações humanas e jurídicas levariam, anos depois, a

confirmar as suspeitas de Pellegrini: a necessidade pode ser várias facetas, técnica, organizacional, econômica, social, entre outras.

Nos tempos mais recentes, pode-se identificar tipos de necessidade jurídica, informacional e até de minorias (índios, quilombolas, ciganos, moradores de rua, menores incapazes, idosos, entre outros). Por óbvio, cabe a defensoria pública, com base da Constituição, a defesa de todos os necessitados, seja em demanda individual, seja em demanda coletiva.

Para o doutrinador Edilson Santana:

A presença (ou indícios dela) de vulneráveis é, portanto, apta a demonstrar a necessidade e legitimidade para atuação da Defensoria. No âmbito de demandas que envolvam coletividades, em razão da hipossuficiência organizacional, mostra-se ainda mais imperiosa a intervenção da instituição, com vistas a garantir que os princípios do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, dentre outros, sejam efetivamente garantidos a todos que, de alguma forma, possam ser atingidos, motivo pelo qual, quando já em juízo a questão, deve a Defensoria Pública ser intimada, quando não tenha ainda intervindo no processo judicial. Isso porque a Defensoria Pública é, a um só tempo, direito e garantia fundamental do cidadão, o qual, por incapacidade organizacional (desconhecendo, muitas vezes, a própria existência do serviço de prestação de assistência jurídica gratuita) fica à mercê da sorte, como se fosse pertencente a uma subcategoria social, detentora de menos direitos que outras^[3].

A jurisprudência também não poderia ficar de fora dessa discussão quanto ao termo "necessitado". Destaque-se aqui julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2015 em que restou caracterizada atribuição da defensoria pública para defender direitos dos "hipervulneráveis", termo este utilizado pela relatora do Recurso Especial nº 1.192.577-RS, Ministra Laurita Vaz.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE IDOSOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE TIDO POR ABUSIVO. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS

HOMOGÊNEOS. DEFESA DE NECESSITADOS, NÃO SÓ OS CARENTES DE RECURSOS ECONÔMICOS, MAS TAMBÉM OS HIPOSSUFICIENTES JURÍDICOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. Controvérsia acerca da legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores idosos, que tiveram seu plano de saúde reajustado, com arguida abusividade, em razão da faixa etária. 2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, **não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal.** 3. No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o direito à saúde. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII ("Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso"): "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida." 4. **"A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado.** Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos

salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minus habentes impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana" (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012). 5. O Supremo Tribunal Federal, a propósito, recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF, em acórdão ainda pendente de publicação, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 ("Art. 5.º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: ... II - a Defensoria Pública"). 6. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento dos embargos infringentes prolatado pelo Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública em questão. (REsp 1192577/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015)⁴¹ Originais sem negrito

A ementa traz a informação de que a discussão central era saber se a defensoria pública seria ou não legítima para ingressar com ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores idosos, que tiveram seu plano de saúde reajustado em razão da idade.

Questionava-se se isso seria abusivo ou não. No caso, entendeu-se que, em razão da debilidade organizacional dos idosos, caberia sim a defensoria defendê-los naquela demanda.

Em outro julgado, de relatoria do Min. Herman Benjamin, entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ART. 13 DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. DEFENSORIA PÚBLICA. LEI 7.347/85. PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA. LEI 11.448/07. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS

HOMOGÊNEOS. 1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública contra regra em edital de processo seletivo de transferência voluntária da UFCSPA, ano 2009, que previu, como condição essencial para inscrição de interessados e critério de cálculo da ordem classificatória, a participação no Enem, exigindo nota média mínima. Sentença e acórdão negaram legitimação para agir à Defensoria. 2. O direito à educação, responsabilidade do Estado e da família (art. 205 da Constituição Federal), é garantia de natureza universal e de resultado, orientada ao "pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade" (art. 13, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 7 de julho de 1992), daí não poder sofrer limitação no plano do exercício, nem da implementação administrativa ou judicial. Ao juiz, mais do que a ninguém, compete zelar pela plena eficácia do direito à educação, sendo incompatível com essa sua essencial, nobre, indeclinável missão interpretar de maneira restritiva as normas que o asseguram nacional e internacionalmente. 3. É sólida a jurisprudência do STJ que admite possam os legitimados para a propositura de Ação Civil Pública proteger interesse individual homogêneo, mormente porque a educação, mote da presente discussão, é da máxima relevância no Estado Social, daí ser integral e incondicionalmente aplicável, nesse campo, o meio processual da Ação Civil Pública, que representa "contraposição à técnica tradicional de solução atomizada" de conflitos (REsp 1.225.010/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.3.2011). 4. A Defensoria Pública, instituição altruísta por natureza, é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, caput, da Constituição Federal. A rigor, mormente em países de grande desigualdade social, em que a largas parcelas da população - aos pobres sobretudo - nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecida de

todos e por todos respeitada, capaz de atender aos necessitados da maneira mais profissional e eficaz possível. 5. O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, **cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo stricto sensu ou difuso, pois sua legitimidade ad causam, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo)**. 6. "É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais" (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2011). 7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública. (REsp 1264116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012)^[5] Originais sem negrito

Mister é retomar parte do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 733.433:

Quanto à missão institucional da Defensoria Pública, não há dúvida de que ela foi criada pela Constituição Federal para realizar, com eficiência, a orientação jurídica e a defesa técnica e jurídica, em todos os graus, de determinado grupo de pessoas, o qual esta Corte chegou a identificar, em alguns de seus julgamentos, como sendo o dos necessitados, carentes, desassistidos, hipossuficientes, menos afortunados ou pertencentes aos estratos mais economicamente débeis da coletividade

(...)

Em todos esses precedentes, não fica qualquer nenhuma de que o necessitado a que se refere o art. 134, caput, da Constituição Federal é aquele que comprovadamente não possui recursos econômicos para arcar sequer com uma defesa jurídica.

(...)

Embora muitos indivíduos possam-se encontrar, a um só tempo, nessa situação e na condição de hipossuficiência econômica, são diversos os grupos – necessitados economicamente e os vulneráveis. Não faz sentido a Defensoria Pública defender interesses de consumidores de classe alta econômica, ainda que os destinatários de serviços sejam crianças ou doentes

(...)

Ausente, na espécie, qualquer inconstitucionalidade no art. 5º, inciso II, da Lei da Ação Civil Pública, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.448/07, ou no art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Orgânica da Defensoria Pública, alterado pela Lei Complementar nº 132/09, nego provimento ao recurso extraordinário, mantendo a decisão objurgada, visto que comprovados os requisitos exigidos para a caracterização da legitimidade ativa. Assento, ademais, a tese de que a legitimidade da Defensoria

Pública para a propositura de ação civil pública existirá nos casos em que, em tese, ela comprovar a pertinência temática e que a defesa do direito difuso vise a beneficiar, em sua essência, os necessitados, os carentes, os desassistidos, os hipossuficientes, os menos afortunados ou as pessoas pertencentes aos estratos mais economicamente débeis da coletividade – em resumo, quando puder beneficiar os economicamente

necessitados^[6].

Ora, não resta dúvida de que o sentido de “necessitado”, conforme visto exaustivamente nos votos dos ministros acima juntados, deve ser aferido em cada

caso concreto, não havendo motivo idôneo, portanto, para que restrinja a legitimidade *ex ante* da defensoria pública nesses casos de direitos coletivos.

Ainda sobre o tema vulnerabilidade/necessidade, tem-se as chamadas “100 Regras de Brasília sobre o Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”^[7]. Conforme consta da ementa do documento:

O presente texto foi elaborado, com o apoio do Projecto Eurosocial Justiça, por um Grupo de Trabalho constituído no seio da Conferência Judicial Ibero-americana, na qual também participaram a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Inter americana de Defensores Públicos (AIDEF), a Federação Iberoamericana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA). As Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que teve lugar em Brasília durante os dias 4 a 6 de Março de 2008. As outras Redes antes citadas iniciaram o processo para as submeter à aprovação dos seus respectivos órgãos de governo.

Assim, entre outros pontos, as 100 Regras tratam sobre vulnerabilidade do ser humano e o acesso à justiça. Nesse sentido, logo na Seção 2ª (Beneficiários das Regras), o item 1 traz o conceito das pessoas em situações de vulnerabilidade:

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. (4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o género e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e económico.

Diante disso, não restam dúvidas quanto ao sentido amplo que se deve dar hoje ao conceito de “necessitado”, “vulnerável”, “hipervulnerável”.

Por derradeiro, em razão da autonomia funcional e administrativa da defensoria, a ela e somente a ela caberá dizer se tal pessoa é vulnerável ou não, pelo menos a princípio. Isso significa que ao defensor público cabe analisar o caso concreto para decidir, com base na independência funcional, se o caso proposto a ele é ou não de atribuição da defensoria. Se porventura o magistrado ou a parte contrária entender que não se trata de atribuição da defensoria, deverá manifestar-se de forma fundamentada nos autos. E, em caso de decisão desfavorável à defensoria, deverá garantir o direito ao contraditório e ampla defesa.

1.2 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E OS DIREITOS DIFUSOS

A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXIX) prevê em qual hipótese será cabível a impetração do mandado de segurança.

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não

amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de

atribuições do Poder Público;

Em linhas gerais, o *mandamus* tem por objetivo defender direito líquido e certo quando o responsável pelo ato ilegal ou abuso de poder for autoridade pública ou pessoa pertencente a ente público ou privado no exercício de atribuições do Poder Público. Conquanto o conceito de “direito líquido e certo” não seja unânime, segundo o saudoso professor Hely Lopes direito líquido e certo é “aquele que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”^[8].

Pois bem. No inciso seguinte, a Carta traz quem poderá impetrar mandado de segurança coletivo:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Conforme se nota, o constituinte originário preferiu deixar expresso no texto constitucional que apenas os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as organizações sindicais, entidades de classe e associações se utilizar do *writ* constitucional. Nessa linha, também previu a Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009)

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.^[9]

Pois bem. Conquanto o texto constitucional não faça qualquer restrição quanto ao tipo de direito coletivo a ser protegido por mandado de segurança coletivo, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei 12016/2009, limitou expressamente o conteúdo da segurança coletiva aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos, senão vejamos:

Art. 21.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - **coletivos**, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza

indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - **individuais homogêneos**, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou

situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.^[10] Originais sem negrito

O doutrinador Fredier Didier Jr. e Hermes Janetti Jr., escreveram notável artigo (Editorial 71) exatamente sobre a suposta inconstitucionalidade da lei do mandado de segurança ao restringir, sem fundamento, o objeto do remédio constitucional aos direitos coletivos e individuais homogêneos:

Editorial 71

Questão das mais tormentosas, na aplicação do princípio da atipicidade da tutela coletiva (art.83 do CDC), é ade saber se é possível tutelar direito difuso por meio do mandado de segurança. A CF/88 conferiu ao mandado de segurança o status de direito fundamental individual e coletivo. Prescreve que o mandado de segurança será concedido a "direito líquido e certo não amparável por habeas data ou habeas corpus". Qualquer direito, portanto, pode ser tutelado por mandado de segurança, desde que seus fundamentos fáticos possam ser comprovados documentalmente. A Constituição reconhece expressamente a existência dos direitos e deveres individuais e coletivos como direitos e garantias fundamentais, sendo que o writ do mandado de segurança está previsto exatamente neste capítulo. Ter um direito sem ter uma ação adequada para defendê-lo significa não poder exercê-lo, o que fere de morte a promessa constitucional e a força normativa da Constituição que dela decorre. Seria o equivalente a tornar, bocas sem dentes, as garantias constitucionais. O processo de mandado de segurança tem rito célere e tradição constitucional longeva, que remete a formação da República no Brasil, sendo resultado histórico da antiga luta de Rui Barbosa para Qualquer restrição ao mandado de segurança deve ser compreendida como restrição a um direito fundamental e, como tal, deve ser justificada constitucionalmente. O parágrafo único do art. 21da Lei n. 12.016/2009 restringe, porém, o objeto do mandado de segurança coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos: "Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I-coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas

ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II –individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou da parte dos associados ou membros do impetrante”. A regra é flagrantemente inconstitucional. Trata-se de violação do princípio da inafastabilidade (art.5º, XXXV, CF/88), que garante que nenhum a afirmação de lesão ou de ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário. Esse princípio garante o direito ao processo jurisdicional, que deve ser adequado, efetivo, leal e com duração razoável. O direito ao processo adequado pressupõe o direito a um procedimento adequado, o que nos remete ao mandado de segurança, direito fundamental para a tutela de qualquer situação jurídica lesada ou ameaçada, que garante o direito Afasta-se a possibilidade de o direito difuso ser tutelado por mandado de segurança, um excelente instrumento processual para a proteção de direitos ameaçados ou lesados por atos de poder. Além disso, o texto normativo está em descompasso com a evolução da tutela coletiva no direito brasileiro, especialmente o mandado de segurança coletivo. Muito se discutiu nos primeiros anos de aplicação se o mandado de segurança coletivo deveria tutelar apenas direitos coletivos(interpretação literal), direitos individuais homogêneos (direitos acidentalmente coletivos) ou também direitos difusos. A tese vencedora na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal doutrina lato sensu (difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos). Nesse sentido: “...expresso meu entendimento no sentido de que o mandado de segurança coletivo protege tanto os interesses coletivos e difusos, quanto os direitos subjetivos.” (RE 181.438-1/SP, STF, Tribunal Pleno Min. Carlos Velloso Também neste sentido, o voto da Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184, j. em 27.10.2004: “À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade. Assim, se o partido político entender que determinado direito difusos e encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança

coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes.” (RE196.184, transcrições, Bol. Inf. do STF nº. 372). Uma interpretação literal do art. 21 da Lei n.12.016/2009 implicaria grave retrocesso social, com prejuízo a tutela constitucionalmente adequada (art. 5º,XXXV c/c art. 83 do CDC –princípio da atipicidade das ações coletivas). Cabe ao aplicador dar a interpretação conforme do texto normativo, para adequá-la ao microsistema da tutela coletiva e à Constituição Federal.^[11]

Desse modo, descabe restringir o mandado de segurança coletivo para a defesa unicamente de parte dos direitos coletivos em sentido amplo.

1.3 DEFENSORIA PÚBLICA E O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Após a abordagem do tópico acima, surge o segundo questionamento: sendo legítimo impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de direitos difusos, a Defensoria Pública teria legitimidade ativa para ingressar com a ação? O rol dos legitimados previstos tanto na Constituição quanto na Lei infraconstitucional é taxativo ou exemplificativo?

Para Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr., o rol acima destacado trata de uma garantia constitucional mínima, atribuída aos partidos políticos e entidades de classe^[12]. Sem delongas, ter “legitimidade” significa gozar de capacidade para ingressar com uma ação, seja em nome próprio na defesa de direito próprio (legitimidade ordinária), seja em nome próprio na defesa de direito alheio (legitimidade extraordinária). É a pertinência subjetiva da demanda. Trata-se de instituto relacionado com o direito material e que ainda hoje é considerado uma das condições do processo (antigamente conhecida como “condição da ação”^[13]).

É a partir desse entendimento sobre o que seria legitimidade que surge a primeira crítica quanto à restrição dos legitimados. Didier afirma:

o texto constitucional não cuida, nem poderia cuidar, de legitimidade *ad causam* para o mandado de segurança coletivo. A legitimidade para o mandado de segurança coletivo será aferida a partir da situação litigiosa nela afirmada, ou seja, *ope judicis*. A norma constitucional, na verdade, atribui capacidade processual aos partidos políticos e às entidades de classe para valer-se do procedimento do mandado de segurança (*ope legis*).^[14]

Razão assiste ao autor. Não haveria sentido em afastar legitimidade *ex ante* a legitimidade da Defensoria Pública ou do Ministério Público, sem antes analisar qual o tipo de direito material que se encontra em discussão. Defende-se que, por força do microsistema coletivo, outros legitimados do processo coletivo poderiam sim impetrar segurança coletiva.

Essa linha também é seguida por Edilson Santana Gonçalves Filho em seu livro “Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos”:

o remédio constitucional, ademais, é direito e garantia fundamental, voltado à instrumentalização, inclusive do acesso à justiça. Assim é que, restringir esse direito,

afastando a legitimidade daqueles legitimados para o ajuizamento de outras ações coletivas revela-se contraditório, ferindo o próprio direito ao acesso à justiça. Destarte, qualquer interpretação dos artigo 21 da Lei 12.016/2008 nesse sentido (restritivo) é inconstitucional. Em se tratando de garantias fundamentais. Não se deve admitir interpretações restritivas, mas tão somente ampliativas, visando garantir a melhor carga de eficiência social ao instrumento.^[15]

Segue a doutrina dizendo:

devem ser tidas por legitimadas para a impetração do *mandamus* todas as pessoas autorizadas a defender os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo a legislação vigente, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios e órgãos despersonalizados.^[16]

Não se deve olvidar que o “ms coletivo” é um dos principais instrumentos de natureza constitucional (remédio constitucional) de que se valem partidos políticos e entidades de classes para defenderem seus direitos líquidos e certos quando estes são violados (direito de produzir provas, por exemplo). Em razão disso, ampliar a possibilidade de legitimados iria ao encontro dos valores e objetivos preconizados pela Carta Magna. Ainda mais no que tange ao papel da Defensoria Pública.

Tal instituição lida diretamente com violação de direitos de pessoas “necessitadas”, que, não raras vezes, encontram-se em grupo indeterminável de pessoas, sem, contudo, terem instituído qualquer tipo de associação. Nesse caso, a

defensoria poderia vir a suprir essa falta de legitimação coletiva a fim de resguardar direitos líquido e certos da coletividade.

Essa é a posição de Edilson Santana Gonçalves Filho:

Destarte, a atuação da Defensoria Pública é verdadeira forma de concretização de princípios e valores constitucionalmente estabelecidos, por meio da tutela dos necessitados, o que se encontra diretamente relacionado com a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com vistas a erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Artigo 3º da Constituição Federal). É preciso, portanto, não afastar da Defensoria Pública os instrumentos aptos ao desempenho efetivo da missão constitucional que lhe foi atribuída. Dentro deste cenário, equivocam-se os que insistem em não reconhecer a legitimação ativa *ad causam* da instituição para o que, forçosamente, intentavam obstar a legitimidade para a Ação Civil Pública, inclusive por meio do ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.^[17]

Também é o pensamento de Camilo Zuffelato:

Para tanto é preciso reconhecer a força principiológica contida no interior do chamado microsistema processual coletivo – no caso in concreto relativa à legitimidade ativa *ad causam* – para que se aplique, por meio da intercomunicação entre vários diplomas legislativos de índole coletiva, aquele que mais condiz com a sistemática e principiologia da tutela jurisdicional coletiva (...) Isso porque a Lei da Ação Civil Pública é o instrumento normativo geral, juntamente com alguns aspectos do Código de Defesa do Consumidor (LGL/1990/40) que proteja o denominado microsistema processual coletivo no Brasil. O que há, em verdade, é uma perfeita comunicação entre o art. 5º da 7.347/1985 e o art. 21 da Lei 12.016/2009 (Nova Lei do Mandado de Segurança).^[18]

A título de informação, havia até pouco tempo uma proposta de emenda à Constituição (PEC nº74/2007), cujo conteúdo era exatamente ampliar o rol de

legitimados do mandado de segurança coletivo, estendendo-a ao Ministério Público e a própria Defensoria Pública. Contudo, o projeto foi arquivado no final da legislatura de 2014 por falta de interesse político das autoridades.

A seguir segue notícia veiculada no site do Senado Federal no ano de 2009 a respeito da PEC:

Ministério Público e Defensoria Pública poderão ingressar com mandado de segurança coletivo

Da Redação | 15/07/2009, 11h42 - ATUALIZADO EM 29/01/2015, 19h03 O Ministério Público e a Defensoria Pública poderão conquistar o direito de impetrar mandado de segurança coletivo, já conferido pela Constituição a partido político com representação no Congresso e a entidade de classe ou sindical. Essa possibilidade foi aberta com a aprovação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), de substitutivo do senador Inácio Arruda (PCdoB-CE) a proposta de emenda à Constituição (PEC 74/07) de iniciativa do senador Demóstenes Torres (DEM-GO). Segundo explicou o relator no parecer, a PEC 74/07 abria essa possibilidade apenas ao Ministério Público. Sua extensão para a Defensoria Pública foi estabelecida em emenda apresentada à proposição pela senadora Lúcia Vânia (PSDB-GO), incorporada integralmente no substitutivo. "Estamos certos de que a extensão da legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo ao Ministério Público e à Defensoria Pública dotará esses dois entes de melhores instrumentos para o desempenho de suas nobres atribuições, voltadas para a persecução judicial dos legítimos interesses da sociedade", assinalou Inácio Arruda no parecer. Na impossibilidade regimental de também recomendar a aprovação da PEC 84/07, que tramitava em conjunto com a PEC 74/07, Inácio Arruda decidiu aproveitar seu conteúdo no substitutivo. Dessa forma, defendeu o acolhimento da concessão de gratuidade às ações de mandado de segurança e mandado de injunção, benefício que só deixará de valer em caso de comprovada má fé dos impetrantes, condenados, então, ao pagamento das custas do procedimento. Ao tratar da proposta no parecer, argumentou não se justificar "que dois dos instrumentos de maior relevância para o exercício da cidadania postos ao alcance do cidadão afrontado pelo Poder

Público não contem com as mesmas facilidades já conferidas a instrumentos semelhantes, tais como o *habeas corpus* e o *habeas data*, assim como aos atos em geral necessários ao exercício da cidadania". Ainda durante a discussão da matéria, Demóstenes assinalou que a medida vem adequar o Direito à modernidade das ações coletivas, que têm escopo maior que as individuais. - Agora, o Ministério Público terá legitimidade para abranger o direito de todos que, em tese, forem lesados por ato de violência do Poder Executivo - comentou, comemorando, ainda, a gratuidade na formulação desses mandados. Agência Senado (Reprodução autorizada mediante citação da Agência Senado)^[19]

Em que pese o esforço doutrinário no sentido de defender a legitimidade da defensoria pública no *writ* coletivo, a posição praticamente unânime da jurisprudência nacional é no sentido de que a instituição em comento (e demais órgãos não previstos no ordenamento jurídico) não são legitimados a impetrar o referido remédio constitucional.

Segue abaixo ementas de julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto:

EMENTA Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar.

Referendo. Ato do Poder Executivo do Estado da Paraíba. Redução, no Projeto de Lei Orçamentária de 2014 encaminhado pelo Governador do Estado da Paraíba à Assembleia Legislativa, da proposta orçamentária da Defensoria Pública do Estado. Cabimento da ADPF. Mérito. Violação de preceito fundamental contido no art. 134, § 2º, da Constituição Federal. Autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas estaduais. Medida cautelar confirmada. 1. A Associação Nacional dos Defensores Públicos, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não detém legitimidade ativa para mandado de segurança quando a associação e seus substituídos não são os titulares do direito que pretende proteger. Precedente: MS nº 21.291/DF-AgR-QO, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 20/10/95. Resta à associação a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, único meio capaz de sanar a lesividade alegada. 2. A autonomia

administrativa e financeira da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental, ensejando o cabimento de ADPF, pois constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde. Trata-se de norma estruturante do sistema de direitos e garantias fundamentais, sendo também pertinente à organização do Estado. 3. A arguição dirige-se contra ato do chefe do Poder Executivo estadual praticado no exercício da atribuição conferida constitucionalmente a esse agente político de reunir as propostas orçamentárias dos órgãos dotados de autonomia para consolidação e de encaminhá-las para a análise do Poder Legislativo. Não se cuida de controle preventivo de constitucionalidade de ato do Poder Legislativo, ma, sim, de controle repressivo de constitucionalidade de ato concreto do chefe do Poder Executivo. 4. São inconstitucionais as medidas que resultem em subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, por implicarem violação da autonomia funcional e administrativa da instituição. Precedentes: ADI nº 3965/MG, Tribunal Pleno, Relator a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/3/12; ADI nº 4056/MA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 1/8/12; ADI nº 3569/PE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11/5/07. Nos termos do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, não é dado ao chefe do Poder Executivo estadual, de forma unilateral, reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública quando essa é compatível com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Caberia ao Governador do Estado incorporar ao PLOA a proposta nos exatos termos definidos pela Defensoria, podendo, contudo, pleitear à Assembleia Legislativa a redução pretendida, visto ser o Poder Legislativo a seara adequada para o debate de possíveis alterações no PLOA. A inserção da Defensoria Pública em capítulo destinado à proposta orçamentária do Poder Executivo, juntamente com as Secretarias de Estado, constitui desrespeito à autonomia administrativa da instituição, além de ingerência indevida no estabelecimento de sua programação administrativa e financeira. 5. Medida cautelar referendada. (ADPF 307 MC-Ref, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2014 PUBLIC 27-03- 2014)

E mais:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FALTA DE LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. IMPETRAÇÃO GENÉRICA. DECLARAÇÃO DE DIREITO EM TESE. SEGURANÇA NORMATIVA. NÃO CABIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O rol dos legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo previsto no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, assim como no art. 21 da Lei nº 12.016/2009, não elenca a Defensoria Pública. 2. Considerando que a impetração se deu em nome próprio, como sustentado pela Defensoria Pública neste recurso, incabível o mandamus porquanto a pretensão consubstancia pedido de declaração, em tese, do direito, finalidade para a qual não se presta o writ. 3. Desse modo, é incabível o writ porque a Defensoria Pública não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo e também porque não se admite mandado de segurança normativo. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 49.257/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015)^[20]

Como se nota, a posição dos tribunais superior é bastante reticente quanto ao tema questão. Nesse caso, cabe tanto a sociedade quanto os próprios juízos e primeiros grau e tribunais de segunda instância começarem a refletir sobre o assunto e, a depender do caso concreto, admitir a atuação da defensoria pública no mandado de segurança coletivo, especialmente quando estiver em jogo direito líquido e certo dos necessitados.

CONCLUSÃO

O surgimento e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico coletivo possuem o desafio quase inatingível de tentar organizar e disciplinar as relações humanas no âmbito coletivo na medida que tais direitos e polêmicas vão surgindo, seja no Poder Judiciário, seja no âmbito privado ou administrativo. Nesse sentido, o direito transindividual deve buscar compatibilizar tanto o direito da sociedade em si quanto de grupos ou classes que lutam por seus direitos. Dentro desse contexto, as espécies de direitos coletivos (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) com certeza continuarão a passar por mudanças nos próximos anos.

Nessa linha, tem-se o papel institucional da defensoria pública na defesa dos necessitados no processo coletivo. Atualmente, não há mais dúvida quanto à legitimidade da defensoria na defesa dos direitos coletivos, sejam eles de quais espécies forem. Também não há dúvidas de que seu papel institucional foi ampliado nos últimos anos, motivo pelo qual sua atuação também irá se fazer sentir nas demandas coletivas.

Conforme exposto, restringir de forma injustificada a legitimidade para se impetrar mandado de segurança coletivo parece soar, hoje em dia, desarrazoado. O direito líquido e certo das pessoas, especialmente dos necessitados (sejam eles quais forem) não podem ser defendidos apenas por organização sindical, entidade de classes e associações, ainda mais quando se tem a possibilidade de tais entes não tiverem interesse político/jurídico em defender violação de direitos dessa natureza.

Em atenção ao processo de empoderamento da defensoria pública, é imperioso que esta instituição, assim como outros mais, tais como o próprio Ministério Público, União, Estados, entre outros, possam ser legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de direitos difuso e de quaisquer direitos de natureza coletiva. Como dito, a Constituição Federal deve ser interpretada no sentido de que ela apenas trouxe a normativa básica e geral acerca do mandado de segurança, não exaurindo, portanto, as possibilidades de legitimidade ativa.

Nesse sentido, conquanto a doutrina seja mais simpática à legitimidade da defensoria pública para ajuizar o writ constitucional, a jurisprudência, conforme se viu ao longo da exposição acima, ainda é reticente quanto à possibilidade de cravar a defensoria como legítima na para impetrar a segurança coletiva. No caso, ao não permitir que a defensoria ingresse com ações desse tipo acaba por se configurar certo contrassenso dos tribunais, já que eles mesmos já assentaram posição no sentido de que a defensoria pública pode e deve defender os direitos coletivos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos de qualquer espécie de pessoa em estado de necessidade.

Pelo exposto, entende-se que a defensoria pública, seja da União, dos Estados ou do Distrito Federal, por tudo que representa hoje no nosso ordenamento jurídico e na sociedade, deve usufruir da legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de direitos difusos dos necessitados. Entender nesse sentido é concretizar os valores e normas previstas na própria Constituição Federal, especialmente garantir a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Vade Mecum – 23ª ed. São Paulo, Ed. Rideel, 2016 – 2º semestre.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 01/10/2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 80*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>, acesso em 02/10/2017.

BRASIL. *Lei nº 7.347/1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>, acesso em 30/09/2017.

BRASIL. *Lei nº 8.429/1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>, acesso em 05/10/2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 31-73; e CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 61.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto* – 2ª ed. Salvador, Editora JusPodvum, 2017.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>, acesso em 02/10/2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 277.

_____. Disponível em: <[ttp://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-71/](http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-71/)>, acesso em 04/10/2017.

DIDIER JR.; Fredie; ZANETI, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Salvador, Editora JusPodivm, 6ª edição, volume 4, ano 2011.

DINARMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo, Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/MJ/2007/24.htm>, acesso em 30/09/2017. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>>, acesso em 02/10/2017.

Disponível em:
<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/07/15/ministerio-publico-edefensoria-publica-poderao-ingressar-com-mandado-de-seguranca-coletivo>>, acesso em 03/10/2017.

Disponível em:
<https://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas>, acesso em 06/10/2017.

Disponível em: <[ttp://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html)>, acesso em 06/10/2017.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da defensoria pública*.

Rio de Janeiro: Forense, 2014. GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria pública e a tutela de direitos*. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 86.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Revista de Processo, n.97, São Paulo, jan-mar, 2000.

_____. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 116-117

HISTÓRIA DE SANTO IVO, PATRONO DOS ADVOGADOS, disponível em: <[ttp://www.portaljuridicoempresarial.com.br/index.php/en/item/historia-de-santo-ivo-patronodos-advogados-comemorado-no-dia-19-de-maio.html](http://www.portaljuridicoempresarial.com.br/index.php/en/item/historia-de-santo-ivo-patronodos-advogados-comemorado-no-dia-19-de-maio.html)>, acesso em 06/10/2017.

LORDELO, João Paulo. *Manual Prático de Processo Coletivo* – 2ª edição. Disponível em: <https://drive.google.com/folderview?id=0B6kIGVSkIOP4fllibldyVI8yYTkxUI9ENG5Im5qUUowSzdXSW44cHhtZkhaQ3RoUjJYjg&usp=sharing>. Acesso em: 05/10/2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo, Editora Saraiva, ano 2013, 26 edição.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* – 42^a ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 138.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Revista AJURIS – n. 55, julho/1992, Repró 67/130.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro* – 24^a ed.. São Paulo, Editora Forense, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado* – 16^a ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>, acesso em: 08/10/2017.

NOTAS:

^[1] BRASIL. *Constituição Federal*, op. cit. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

^[2] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 116-117.

^[3] GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria pública e a tutela de direitos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 86.

^[4] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LAURITA+VAZ%22%29.min.&processo=1192577&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>, acesso em 04/10/2017.

^[5] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.min.&processo=1264116&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 04/10/2017.

[6] TOFFOLI, Min. Dias. Trechos extraídos do voto proferido pelo Min. Dias Toffoli no RE 733433. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4362356&numeroProcesso=733433&classeProcesso=RE&numeroTema=607>>, acesso em 08/10/2017.

[7] REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versaoreduzida.pdf>>, acesso em: 08/10/2017

[8] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* – 42^a ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

[9] BRASIL. *Código de Processo Civil*, op. cit

[10] BRASIL. *Código de Processo Civil*, op. cit..

[11] DIDIER JR., Fredie. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-71/>>, acesso em 04/10/2017.

[12] DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 277.

[13] Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

[14] *Ibidem*. p. 226.

[15] GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria pública e a tutela de direitos*, op. cit.

[16] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 138.

[17] GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria pública e a tutela de direitos*, op. cit.

[18] ZUFELATO, Camilo. *Processo Civil para concursos de Técnico e Analista de Tribunais e MPU*. Salvador, Editora JusPodvum, 2017.

^[19] Disponível em:
<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/07/15/ministerio-publico-e-defensoria-publica-poderao-ingressar-com-mandado-de-seguranca-coletivo>>, acesso em 03/10/2017.

^[20] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=defensoria+publica+e+mandado+de+seguran%E7a+coletivo+e+legitimidade&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>, acesso em 03/10/2017.

OS LIMITES DO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

GIOVANI NEVES: Analista de produção, estudante de direito universidade do Estado de Mato Grosso (Unemat)/MT.

LEONEL PEREIRA SOARES^[1]

JOEL DE FREITAS^[2]

(Coautores)

RESUMO: O presente estudo discorre os limites do cabimento do Habeas Corpus que por sua vez é meio primordial pelo qual os indivíduos, seja em momento de constrangimento de eventual ameaça ou coação ilegal que possam lhes atingir, ou em situação em que se valem para, já estando em estado de restrição de sua liberdade, buscar, com base nas leis que regem o Estado Maior, o respeito aos seus direitos fundamentais. Sendo um direito de qualquer pessoa, não se reveste de qualquer formalidade especial, de modo que, tem como fundamento a sua utilização com base nas disposições preceituadas no Código de Processo Penal, ou seja, constatando-se qualquer vício no comando da autoridade mandante, há de se valer esse preceito constitucional, assegurando assim, os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição vigente.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Liberdade. Restrições.

ABSTRACT: The present study discusses the limits of the Habeas Corpus is the primary means by which individuals, either at the moment of embarrassment of any threat or unlawful coercion that may befall them, or in a situation in which they use, already in a state of restriction of their freedom, to seek, with based on the laws governing the General Staff, respect for their fundamental rights. Being a right of any person, it does not have any special formality, so it is based on its use on the basis of the provisions of the Code of Criminal Procedure, that is, by finding any defect in the command of the sending authority, this constitutional precept must be applied, thus ensuring the fundamental rights listed in art. 5 of the current Constitution.

Keywords: Fundamental rights. Freedom. Restrictions.

1. INTRODUÇÃO

O mundo se encontra, a todo momento, em mudança nas relações sociais, nos comportamentos individuais, e tais mudanças acarretam consequências ao meio jurídico.

As leis se adequam ao caso concreto, e a todo custo buscam a satisfação social, de modo que a sociedade consiga, ao se deparar com desvios de comportamentos, ver seus infratores punidos com fins a salvaguardar o respeito as normas vigentes.

O Habeas Corpus constitui, ao senso coletivo, publicamente salientado pelos noticiários brasileiros, como um meio de se esquivar de eventuais punições ou de sofrer nas mazelas do sistema carcerário brasileiro.

A sociedade, em face de inúmeros casos de corrupção, se esgota ao ver que, pessoas que cometeram enormes desvios de recursos públicos, rotineiramente, buscam a utilização do referido instrumento.

E é assim que, o referido artigo adentra a explicitar a importância de tal instrumento, a trazer para temática como tal ação de cunho popular se mostra indispensável a se respeitar os direitos fundamentais.

Ao contrário do senso comum, o Habeas Corpus tomou robustez ao passo em que buscou ao longo do tempo, e incansavelmente busca, que todos os tipos de irregularidades, ameaças a direitos e quaisquer coações ilegais não possam prevalecer.

Assegura, dessa forma, que a todo e qualquer indivíduo, verificando quaisquer das hipóteses elencadas nos arts. 647 a 667 do Código de Processo Penal, busque de forma inequívoca manter a salvo seu direito à liberdade.

Indiscutível se faz tecer certas considerações pelo qual aquele que se utiliza de tal instrumento apenas requer que sua liberdade não seja ceifada em detrimento do uso ilegal do poder conferido a uma autoridade por algum ato cometido pelo cidadão, e que não enseje a restrição a sua liberdade.

De forma sucinta, coloca-se em pauta que o indivíduo que se utiliza do Habeas Corpus, procura, apenas, que haja o devido respeito as garantias constitucionais, tal qual o devido processo legal, o estrito respeito às leis, a presunção de inocência, a observância do princípio da legalidade, e que, se ao final do processo, constatando sua culpa, com todas as provas nos autos e sua legitimidade *ad causam*, seja devidamente penalizado pela sanção cabível ao caso concreto.

O direito é uno, é conjunto de normas que interligam entre si, e que, de acordo com a teoria do diálogo das fontes, possui aplicação conjunta. Isso significa que, toda e qualquer ação do Estado, representado este pelas autoridades judiciárias, em face dos cidadãos, deve se resguardar a respeitar todos os direitos, independentemente de quem seja a vítima-alvo, de modo que a sanção não seja dada em detrimento de critérios parciais, ou seja, aquele que atinge apenas pessoas consideradas frágeis (economicamente, intelectualmente) na sociedade.

Portanto, o Habeas Corpus é um instrumento a ser visto de modo daltônico pela autoridade competente a julgá-la, aquele que apenas observa a irregularidade na aplicação de medidas sancionatórias, e se necessário, as relaxará.

2. DESENVOLVIMENTO

O Habeas Corpus teve seu surgimento no período da Idade Média, instrumento esse utilizado na época pelos detentos para solicitar sua liberação do presídio.

A partir de então, tornou-se um método oficial em 1215, sendo inserido através da Magna Carta Libertatum, pelo qual passou a vincular e limitar os poderes reais, em face do então rei João Sem Terra.

Busca, no estrito respeito a Constituição, a liberdade de locomoção das pessoas, de modo a resguardar seu direito de ir e vir em detrimentos de eventuais restrições que se possam imputar ao indivíduo.

De acordo com Pinto Ferreira:

*O habeas corpus nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio. Os países civilizados adotam-no como regra, pois a ordem do *hábeas corpus* significa, em essência uma limitação às diversas formas de autoritarismo.*

Corroborando com a temática, Edílson Mougnot Bonfim salienta:

*Habeas corpus é o remédio jurídico-constitucional destinado a proteger a liberdade de locomoção do indivíduo (*ju manendi, eundi, ambulandi, veniendi, ultro citroque*), ameaçada por qualquer ilegalidade ou abuso de poder. A expressão *habeas corpus* significa 'tome o corpo', pois em suas origens, com a impetração da ordem o prisioneiro era*

levado à presença do rei para que este verificasse a legalidade ou ilegalidade da prisão.

Na Constituição de 1988, é elencado no art. 5º, inciso LXVII, como sendo um remédio Constitucional, ou seja, um instrumento existente no direito brasileiro que visa concretizar os direitos previstos na Carta Maior, em detrimento de eventuais erros ou abusos de poder.

De forma complementar, também há sua previsão no Código de Processo Penal, especificamente nos arts. 647 a 667, pelo qual sua aplicação se dá "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 própria Corte Suprema se manifesta sobre o assunto, de modo que:

HABEAS CORPUS. AÇÃO CONSTITUCIONAL IMPETRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA HÁ QUASE DOIS ANOS. DEMORA NO JULGAMENTO. DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NATUREZA JURÍDICA DO HABEAS CORPUS, A DOTÁ-LO DE PRIMAZIA SOBRE QUALQUER OUTRA AÇÃO JUDICIAL. ORDEM CONCEDIDA.1. O habeas corpus é a via processual que tutela especificamente a liberdade de locomoção, bem jurídico mais fortemente protegido por uma dada ação constitucional.2. O direito à razoável duração do processo não é senão projeção do direito de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito a que corresponde o dever estatal de julgar com segurança (elemento técnico) e presteza (elemento temporal). No habeas corpus, tal dever estatal de decidir se marca por um tônus de presteza máxima, sem nenhum prejuízo para o dever de fazê-lo com apuro técnico.3. Assiste ao Supremo Tribunal Federal determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de habeas corpus, se entender irrazoável a demora no respectivo julgamento. Isso, é claro, sempre que o impetrante se desincumbir do seu dever processual de pré-constituir a prova de que se encontra padecente de "violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal).5ºConstituição Federal4. Ordem concedida para que a autoridade impetrada apresente o HC 181.141, em mesa, até a décima Sessão da Turma em que oficia, subseqüente à comunicação da presente ordem.

Categoricamente, o art. 648 do Código de Processo Penal trás as hipóteses pelo qual a coação, sendo o meio pelo qual o indivíduo pode se valer do HC, será ilegal:

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.

Rotineiramente, o Habeas Corpus é utilizado com a finalidade de salvaguardar-se, em concordância com a sua definição em latim, significando “que tenhas o corpo”, ou seja, o indivíduo, munido de ameaça a direito seu, procura a todo custo que não seja prejudicado.

De modo que, sendo a liberdade um direito conferido a todos, nada mais justo que o Habeas Corpus possa, também, ser impetrado por qualquer pessoa. Claro que, quando presentes os requisitos da ação, sejam eles, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir, a legitimidade “*ad causam*” e a justa causa.

Nesse ponto é imperioso ressaltar que, para que o indivíduo o redija, faz-se necessário apenas alguns requisitos:

1. Pode ser escrito em qualquer folha de papel, já que não se reveste de quaisquer formalidades especiais;
2. O nome e o local de residência do indivíduo pelo qual existe ameaça a sua liberdade;
3. Contar os fatos pelo qual a vítima está se deparando;
4. Definir qual a autoridade/pessoa está sendo o autor mediato da ameaça;

5. Qual o local onde se encontra a vítima, e

Por fim, a assinatura e o local de residência daquele que redigir o Habeas Corpus.

Nesse liame, há de se questionar, mas qual a característica de um Habeas Corpus? Constitui-se ele um recurso, tendo em vista que qualquer pessoa pode impetra-lo?

Essas considerações são extremamente importantes, de modo que, de forma sucinta, o Habeas Corpus não é considerado um recurso, mesmo que o Código de Processo Penal assim o enquadre. Se assim o fosse, estaria sujeito as questões processuais, tais como o trânsito em julgado, prazos, etc., e como não está, não pode ser definido como tal.

Visto isso, pode ser entendido como uma ação que pode ser impetrada por qualquer pessoa.

Nesse sentido, importante mencionar a jurisprudência acerca do tema:

HABEAS CORPUS. ATO INDIVIDUAL. ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. HABEAS CORPUS. INSTÂNCIA. SUPRESSÃO. ALCANCE. Revelando o habeas corpus parte única; o paciente, personificado pelo impetrante, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. SUBSTITUIÇÃO. Em jogo, na via direta, a liberdade de ir e vir do cidadão, cabível é o habeas corpus, ainda que substitutivo de recurso ordinário constitucional. HABEAS CORPUS. FATOS E PROVAS. CABIMENTO. Em jogo a liberdade de ir e vir, não se tem como deixar de adentrar a matéria versada no habeas, pouco importando que direcione à análise de fatos e provas. HABEAS CORPUS. OBJETO. FIANÇA. RESTITUIÇÃO. O habeas corpus não é o meio adequado para buscar-se a restituição de valor fixado judicialmente como fiança. (HC 159113, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 01-10-2019 PUBLIC 02-10-2019)

(STF - HC: 159113 SP - SÃO PAULO 0073992-75.2018.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de

Julgamento: 17/09/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-214 02-10-2019)

Conquanto, já elucidados acerca da competência para impetrar o HC, indispensável também se faz entender, de forma categórica, sobre a competência para o seu julgamento.

2.1 Competência

Nos casos em que o HC for impetrado em face do Presidente da República, do Vice-Presidente da República, dos membros do Congresso Nacional, dos Ministros do Governo, do Procurador-Geral da República, dos Ministros de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército, da Aeronáutica, dos membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União, e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente, todos elencados no art. 102, I, "d", da CF/88, serão julgados, conforme competência originária, pelo Supremo Tribunal Federal.

De tal forma que, quando for em face dos Governadores, Desembargadores, membros do Tribunal de Contas do Estado e do Distrito Federal, membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros do Conselho ou Tribunais de contras do Município ou membros do Ministério Público da União que oficiem perante os Tribunais, ambos citados no art. 105, I, "c", da CF/88, serão julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nos casos em que a autoridade que realiza a ameaça for Juiz Federal, o HC deverá ser impetrado perante o Tribunal Regional Federal, tal qual disposição do art. 108, I, "d", da CF/88.

2.2 Procedimento

A partir do momento em que o indivíduo se sente ameaçado do seu direito de ir e vir, como prerrogativa Constitucional, ele pode se valer do uso do HC. Mas e depois disso, qual o procedimento?

No momento em que é impetrado o Habeas Corpus a autoridade decidirá, de forma fundamentada, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conforme art. 660 do Código de Processo Penal. Após isso, ele poderá:

Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Se a decisão for favorável ao paciente, será logo posto em liberdade, salvo se por outro motivo dever ser mantido na prisão.

§ 2º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.

§ 3º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitrará o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial.

§ 4º Se a ordem de habeas corpus for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.

§ 5º Será incontinenti enviada cópia da decisão à autoridade que tiver ordenado a prisão ou tiver o paciente à sua disposição, a fim de juntar-se aos autos do processo.

§ 6º Quando o paciente estiver preso em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será expedido pelo telégrafo, se houver, observadas as formalidades estabelecidas no art. 289, parágrafo único, *in fine*, ou por via postal.

Por todo o exposto, agora, é imperioso entender o Habeas Corpus pode ter duas formas, de modo que podem ser concedidas em duas situações distintas, a serem expostos no próximo tópico.

2.3 Habeas Corpus Liberatório ou Repressivo

O HC liberatório ou repressivo é aquele onde o indivíduo já se encontra preso ou com seu direito violado, momento em que ele se vale da prerrogativa Constitucional para se resguardar.

Nesse ponto, o indivíduo busca que a autoridade competente, ao analisar a propositura do HC impetrado, possa emitir um alvará de soltura.

De modo que, evidentemente não pode-se afirmar em todos os casos que o indivíduo é inocente perante aquilo que lhe imputam, porém, como pilar do direito brasileiro, é necessário a observância do devido processo legal, e o Habeas Corpus

tem esse objetivo, ou seja, de que se cumpra a Constituição Federal de 1988, e que eventuais prisões ou restrições ao direito de ir e vir estejam devidamente resguardados na Carta Magna.

Então, o indivíduo não almeja se esquivar da responsabilidade do processo pelo qual responde ou ordem de autoridade competente, mas sim que, o processo siga da forma adequada, levando em consideração a presunção de inocência e que até que se prove o contrário, ninguém poderá ser considerado culpado.

2.4 Habeas Corpus Preventivo

Constitui o meio hábil para a proteção ao direito de locomoção de um indivíduo que já se encontra em algum tipo de situação justificada, ou seja, casos em que é eminente a decretação de prisão do indivíduo, ou alguma sanção legal que possa causar a cessação da liberdade de ir e vir.

Basicamente, é considerado um salvo conduto, visando resguardar ameaça de violência ou coação ilegal.

Como preceitua o Código de Processo Penal:

Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 4º Se a ordem de habeas corpus for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.

O Procurador de Justiça, Edílson Mougnot Bonfim, acerca do HC preventivo, trata que:

Será preventivo quando sua finalidade for afastar o constrangimento à liberdade antes mesmo de se consumir. Baseia-se, portanto, na iminência da violência ou coação ilegal e na possibilidade próxima da restrição da liberdade individual. Caso seja admitido, será expedido um salvo-conduto a favor daquele que tem ameaçado sua liberdade de ir e vir.

A referida forma de utilização do Habeas Corpus é um meio imprescindível para evitar abusos de direitos ou irregularidades em sanções de autoridades judiciárias ou até mesmo quaisquer que coloquem o direito de ir e vir em perigo.

Após a compreensão acerca dos dois tipos de utilização do Habeas Corpus, o próximo tópico se destina a apresentar, em sentido contrário, quais são as hipóteses pelo qual não é permitido se valer de tal instrumento.

2.5 Hipóteses de não Cabimento de Habeas Corpus

Como já ressaltado ao longo de todo o presente trabalho, o HC é o instrumento utilizado, que em diversas hipóteses, permite que o indivíduo consiga ter a salvo sua liberdade.

Porém, é interessante mencionar também as hipóteses pelo qual não se faz permitir o uso do mesmo.

2.5.1 Pena de Multa

Conforme disposição sumular n.º 693 do próprio Supremo Tribunal Federal “Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.”

De raciocínio lógico, o Habeas Corpus é utilizado quando se encontra em risco a liberdade do indivíduo, portanto, tomando-se como base a interpretação literal, a multa não se enquadra, e então não pode ser utilizada.

2.5.2 Sanções Militares

Na referida hipótese a exclusão rol passível de utilização de HC é mais nítida ainda, tomando como base o art. 142, §2º, da CF/88 “§ 2º Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.”

Tal disposição encontra amparo na súmula 694 da Suprema Corte “Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.”

Por fim, a área militar se cerca de leis específicas e extremamente rígidas, de modo que devem ser aplicadas pelo superior hierárquico, ou dependendo do caso, pela autoridade competente.

2.5.3 Nos casos em que já houve a extinção da pena

Por último, mas não menos importante, não é possível a utilização do Habeas Corpus nos casos em que já houve a extinção da pena. Como exemplo, remete-se ao caso de alguém que, já cumprida a pena privativa de liberdade, se faz valer do remédio Constitucional alegando ter sido uma ação fora dos limites legais.

Porém, de acordo com a súmula 695 do Supremo Tribunal Federal “Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade.”

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dada todas as considerações acerca do tema, conclui-se que o Habeas Corpus é um instrumento Constitucional pelo qual pode se valer quaisquer indivíduos para assegurar seu direito de locomoção, é nele que se consubstancia a garantia de cumprimento das leis e determinações da CF/88, a assegurar, de forma eficaz, e contra qualquer ameaça ou abuso de direito, que haja a prisão de forma ilegal ou de forma arbitrária, em face do grande poderio do Estado frente a individualidade dos cidadãos que acabam, por vezes, tendo seus direitos aniquilados sem quaisquer garantias.

Nisso, após toda a mudança e desenvolvimento dos pilares bases do direito, seja no Brasil ou ao redor do mundo, o Habeas Corpus constitui-se em uma ferramenta indispensável para que todas as pessoas tenham consigo o olhar de que há na sociedade, ainda, o respeito as normas.

Tal assunto, salientado ao longo do trabalho, se faz necessário tendo em vista que mesmo ao longo de todas as mudanças, é notório como ao redor do mundo algumas garantias Constitucionais são aniquiladas em detrimento de um falso senso de justiça.

Prisões decretadas a todo o momento, sanções impostas por autoridades máximas de um país que por determinadas vezes afrontam aquilo que prometeram resguardar acima de tudo.

Em um estado democrático de direito, o Habeas Corpus é a *ultima ratio* daquele que se encontra em estado de iminente perigo, e por isso, dá-se sua importância.

Sendo fundamental entender que, a consistência jurídica, o desenvolvimento de uma nação, o combate à corrupção e eventuais irregularidades praticadas pelo setor privado ou até mesmo pelo setor público devem, acima de tudo, respeito as normas legais que as regem.

Vislumbra-se então, no meio de um cenário nebuloso, que apenas se faz sentir a relevância do Habeas Corpus quando olhado pelo lado inverso, ou seja, qual situação se encontraria uma nação onde tal prerrogativa não fosse inserida para evitar abusos ou irregularidades. Uma sociedade onde todos não respeitam as leis, ou seja, onde as sanções são seletivas, é propensa a ter maiores casos de corrupção, e por todo exposto, de nada valeria.

Por fim, por toda trajetória pelo qual passou o HC, e tendo em vista a importante garantia a liberdade que constitui, vê-se que, é indispensável a assegurar a vigência e legalidade das leis em uma sociedade democrática.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Adriano Alves. **Habeas Corpus**. Guarulhos, 2016. Disponível em: <https://alvesaraujoadv.jusbrasil.com.br/artigos/399991130/o-que-e-habeas-corporus>. Acesso em 01 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 nov. 2019.

DIREITONET. **Habeas corpus**. Conceito, legitimidade, competência, espécies (preventivo e liberatório), salvo-conduto, cabimento e liminar. 03/03/2009. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/417/Habeas-corporus>. Acesso em: 01 nov. 2019.

FERREIRA, Pinto. **Teoria e Prática de hábeas corpus**. São Paulo, Saraiva, 1982, 2ª ed – P. 13

BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.740.

STF. HABEAS CORPUS: 0073992-75.2018.1.00.0000 SP - SÃO PAULO 0073992-75.2018.1.00.0000. Relator: Marco Aurélio. Diário de Justiça: 02/10/2019. **JusBrasil**. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768218777/habeas-corporus-hc-159113-sp-sao-paulo-0073992-7520181000000?ref=serp>. Acesso em 01 nov. 2019.

BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.742.

STF. **HABEAS CORPUS**: 112298 RS, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 13/03/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012, undefined)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 693**. Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada. Diário de Justiça: Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2714>. Acesso em 01 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 694**. Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública. Diário de Justiça: Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2720>. Acesso em 01 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 695**. Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade. Diário de Justiça: Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2717>. Acesso em 01 nov. 2019.

NOTAS:

^[1]Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso – *Campus* Universitário de Alta Floresta. Email: leonel.teimosinha@hotmail.com

^[2]Mestre em Direito da Sociedade da Informação, Especialista em Direito Previdenciário, Ciências Criminais e Direito Militar, Advogado, palestrante e professor contratado da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), Bacharel em Direito pela Universidade de Taubaté (UNITAU).

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ALIADA OU ADVERSÁRIA NO COMBATE AO CYBERCRIME

RODRIGO OTÁVIO XAVIER DE PAIVA:

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO (2009), graduado em Gestão Pública pela Universidade de Franca – UNIFRAN – Cruzeiro Do Sul (2018) e em Processamento de Dados pelo Centro de Ensino Superior – CES-JF(2000), especialista em Cybercrime e Cybersecurity pelo Instituto Brasileiro de Formação – IBF (2019), em Perícia Forense Aplicada à Informática pela Faculdade Integrada – AVM (2014) e Redes de Computadores pelo Centro de Ensino Superior – CES-JF(2001).

RESUMO: Os papéis antagônicos que a inteligência artificial (IA) pode exercer sendo ora aliada sendo ora adversária no combate ao cybercrime. São apresentadas opiniões de diversos especialistas técnicos na área de prevenção e investigação de crimes digitais que utilizando de situações reais, em segmentos distintos da sociedade, apontam as mais diversas aplicabilidades da IA.

Palavras-Chave: Inteligência Artificial, Cybercrime, Tecnologia.

ABSTRACT: The antagonistic roles that artificial intelligence (AI) can play being sometimes allied with being now opposing in the fight against cybercrime. Opinions of various technical experts in the area of prevention and investigation of digital crimes are presented. Using real situations, in different segments of society, they point out the most diverse applicability of AI.

Key words: Artificial Intelligence, Cybercrime, Technology.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESENVOLVIMENTO. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Como cidadãos cada vez mais conectados, dinâmicos, com interesses, serviços e experiências on-line fundidos de maneira indistinguível, testemunhas da evolução

tecnológica disruptivas do espaço antes dominado pelos Computadores Pessoais – PC, passando para os notebooks, sucessivamente aos tablets e, em curto intervalo de tempo, todas preteridas pelos smartphones, e, recentemente, a vinda da Internet das Coisas (IoT), oportunizamos, significativamente, um vasto campo fértil a ser explorado para construções de soluções das mais variadas possíveis.

Neste emaranhado de solo fértil encontra-se a inteligência artificial – IA, uma tecnologia que, grosso modo, possibilita que sistemas físicos e baseados em software aprendam como as coisas acontecem em um determinado ambiente, adaptando-se a isso de forma autônoma.

Quanto mais a tecnologia evolui, mais barata e fácil fica a construção de algoritmos de inteligência artificial para as mais variadas aplicações como, por exemplo, a área financeira que a tempos se beneficiam dos modelos matemáticos de aprendizagem automática para aperfeiçoar a detecção de códigos maliciosos, reconhecendo novas variantes e gerando o mínimo de alarmes falsos, e as redes sociais, Instagram e Facebook, com coletas de muitos dados pessoais possibilitando montar os mais diversos quebra-cabeças, gerando informações úteis para analisar vários fatores de risco.

A facilidade é aproveitada tanto para o bem quanto para o mal, e em segurança cibernética, como lembra Taurion, o mal costuma sempre estar um passo à frente.

2. DESENVOLVIMENTO

A associação do crescimento do número de dispositivos conectados, do excesso de confiança dos internautas, do aprimoramento da abordagem de ataques direcionados, inteligentes e bem-sucedidos engendrados pelos cibercriminosos, de acordo com o relatório da Norton Cyber Security Insights Report, em 2017, ocasionaram prejuízos na grandeza financeira de US\$ 172 bilhões prejudicando mais de 978 milhões de consumidores em 20 países. O Brasil saltou da 4ª para a 2ª posição no ranking de países que mais sofreram crimes cibernéticos.

A tendência, segundo especialistas, para enfrentar a sofisticação e avanços do cibercrime, é o uso de abordagens de segurança que combinam detecção automática de ameaças, análise de comportamentos anômalos e o uso de inteligência artificial. É o que especialistas chamam de segurança AAA (automation, analytics, artificial intelligence.)

Pautando, a grosso modo, ao termo Inteligência Artificial, trata-se, conceitualmente, a uma tecnologia que, possibilita que sistemas físicos e baseados

em software aprendam como as coisas acontecem em um determinado ambiente, adaptando-se a isso de forma autônoma.

De acordo com o Gartner, onde houver aplicação de conceitos como aprendizagem profunda (deep learning), redes neurais (neural networks) e processamento de linguagem natural (natural-language processing), haverá inteligência artificial.

Segundo o consultor Cezar Taurion, sócio e head de transformação digital da Kick Ventures, a proliferação de ferramentas com recursos de inteligência artificial ocorre na esteira de grandes ondas tecnológicas, como big data e computação em nuvem. Com elas, capacidades inéditas de processamento e de armazenamento de dados ficaram mais acessíveis. Em suas palavras, quanto mais a tecnologia evolui, mais barata e fácil fica a construção de algoritmos de inteligência artificial para as mais variadas aplicações (TAURION, 2019).

A facilidade é aproveitada tanto para o bem quanto para o mal, e em segurança cibernética, como lembra Taurion, o mal costuma sempre estar um passo à frente. Taurion ressalta que existem inúmeras comunidades virtuais de hackers que usam algoritmos de inteligência artificial em ambientes de nuvem, tanto para identificar e atacar vulnerabilidades quanto para impedir que as agressões sejam detectadas.

Do lado positivo na utilização da inteligência artificial percebe-se a mesma sendo utilizada no combate ao bullying em substituição aos moderadores humanos na leitura de posts automatizando a detecção de algum problema.

Neste sentido, a equipe de Jacobs criou um algoritmo de aprendizado de máquina para identificar palavras e frases associadas ao bullying no site de mídia social AskFM, que permite aos usuários fazer e responder perguntas. Relata que o sistema conseguiu detectar e bloquear quase 2/3 dos insultos em quase 114 mil postagens em inglês sendo mais preciso do que uma simples pesquisa de palavras-chave, mas, ainda assim, teve dificuldades com comentários sarcásticos.

O Instagram, rede social online de compartilhamento de fotos e vídeos entre seus usuários, também vem usando a inteligência artificial para detectar bullying em comentários, fotos e vídeos e recentemente começou a usar o aprendizado de máquina para rastrear ataques verbais a usuários e ameaças contra indivíduos em comentários e fotos.

Para casos de assédio sexual, conforme preconizado na Wikipédia, em sentido estrito, "é um tipo de coerção de caráter sexual praticada geralmente por uma pessoa em posição hierárquica superior em relação a um subordinado,

normalmente em local de trabalho ou ambiente acadêmico” (WIKIPÉDIA, 2015), o emprego da inteligência artificial, Julia Shaw, psicóloga da University College London e co-criadora da Spot, lança um ferramenta nominada chatbot inteligente Spot com o intuito de proporcionar ajuda as vítimas a relatar suas experiências de assédio no local de trabalho com precisão e segurança. O sistema gera um 'interrogatório' com registro de data e hora que o usuário pode manter arquivado ou enviar ao seu empregador, anonimamente, se necessário, transformando uma lembrança em evidência o que torna muito mais difícil lançar dúvidas sobre os fatos narrados.

Assim como a ferramenta anterior, o Botler AI vai um passo além, fornecendo conselhos a pessoas que foram assediadas sexualmente. Usando informações de mais de 300 mil processos judiciais nos Estados Unidos e no Canadá, o sistema usa o processamento de linguagem natural para avaliar se um usuário foi vítima de assédio sexual aos olhos da lei e gera um relatório do incidente, que pode ser entregue ao departamento de RH da empresa ou à polícia.

O Facebook também treinou seus algoritmos para identificar padrões de palavras tanto no post principal quanto nos comentários para ajudar a confirmar casos de desejo suicida. Isso é combinado com outros detalhes, como se as mensagens são postadas nas primeiras horas da manhã. Todos esses dados são canalizados para outro algoritmo que é capaz de descobrir se a postagem de um usuário do Facebook deve ser revisada pela equipe de Operações Comunitárias do Facebook, que pode disparar o alarme se achar que alguém está em risco.

O Facebook não é a única empresa que analisa texto e comportamento para prever se alguém pode estar passando por problemas de saúde mental. Maria Liakata, professora-associada da Universidade de Warwick, no Reino Unido, está trabalhando na detecção de mudanças de humor em posts de mídias sociais, mensagens de texto e dados de telefones celulares.

Embora essa iniciativa possa aumentar as preocupações com a privacidade, milhares de pessoas já estão compartilhando de bom grado seus pensamentos mais profundos com os aplicativos de IA em uma tentativa de combater a depressão, que é um indicador do suicídio.

A Embratel, ao criar o Cyber Intelligence, que antecipa possíveis ataques cibernéticos contra estruturas de TI e telecom das empresas. Mário Rachid, diretor executivo de soluções digitais da Embratel, explica que, com técnicas avançadas, é possível monitorar o que acontece no tráfego da rede, nas redes sociais, na internet das coisas (IoT) e no submundo da web, para detectar movimentos suspeitos.

Segundo ele, as empresas são avisadas imediatamente sobre movimentos indevidos e sobre as melhores estratégias de defesa.

Do lado negativo na utilização da inteligência artificial, segundo o McAfee Labs, divisão de pesquisa de ameaças da Intel Security, o golpe de e-mail de phishing conhecido como Business Email Compromise (BEC), ou CEO fraud, combina algoritmos de machine learning com manipulação psicológica (técnica conhecida como engenharia social), impedindo que as vítimas percebam que estão sendo hackeadas.

A empresa de segurança japonesa Trend Micro relata que os ataques por crimes cibernéticos se tornaram cada vez mais complexos e perigosos. A tecnologia da IA fez grandes avanços, integrados no combate a crimes de alta tecnologia, mas também aumentou inadvertidamente as campanhas ofensivas dos hackers.

A Symantec advertiu que a IA poderia se tornar a chave para a guerra. Os invasores explorarão o sistema de IA para suportar ataques, e as empresas dependerão cada vez mais da inteligência artificial para combater ataques e identificar vulnerabilidades de segurança. Assim, os hackers podem destruir automaticamente os sistemas corporativos baseados em IA. Eles também exploram redes e procuram novas vulnerabilidades.

Segundo o Sr. Nguyen Huy Dung, Diretor Adjunto do Departamento de Segurança da Informação (Ministério da Informação e Comunicações), no contexto da revolução industrial 4.0, uma nova ameaça está surgindo da plataforma de IA. Anteriormente, os hackers eram pessoas específicas, mas hoje em dia os hackers também podem ser sistemas baseados em sistemas de inteligência artificial, executando ataques automatizados em outros sistemas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo em que se pautua uma grande variedade de exemplos de aplicações concretas de utilização da Inteligência Artificial (IA), nos mais variados segmentos de atuação, percebe-se, claramente, que a utilização massiva de dados pessoais em processos e algoritmos capazes de tomar decisões proporcionam significativos avanços positivos, ao mesmo tempo em que podem discriminar e causar danos se a esse propósito for investido.

A Inteligência Artificial, na percepção de especialistas técnicos, trata-se de tecnologia de propósito geral, ela transforma todos os campos em que entra e opera, da saúde ao transporte, da indústria à educação.

Como parte integrante e cada vez mais determinante da vida cotidiana, é necessário assegurar que a IA siga um desígnio protetivo e produtivo em detrimento de desvios maliciosos, repressivos e criminosos forjados pelos cybercriminosos, pois a IA tem a virtualidade de trazer benefícios para os indivíduos e para a sociedade.

REFERÊNCIAS

Aplicação de IA é negligenciada em pesquisa de segurança cibernética. **CIO**, 2019. Disponível em: <<https://cio.com.br/aplicacao-de-ia-e-negligenciada-em-pesquisa-de-seguranca-cibernetica/>>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

BORINI, Guilherme. CPBR 2018: crimes cibernéticos são preocupação de agora, não do futuro. COMPUTERWORLD, 2017. Disponível em: <<https://computerworld.com.br/2018/01/31/cpbr-2018-crimes-ciberneticos-sao-preocupacao-de-agora-nao-do-futuro/>>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

CANGIANO, Antônio. Crime cibernético na economia digitalizada. **DM**, 2017. Disponível em: <<http://www.dm.com.br/opiniao/2017/04/crime-cibernetico-na-economia-digitalizada.html>>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

CRESPO, Marcelo. Inteligência artificial e crimes: estamos caminhando para uma Skynet?. **Jurisbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/317928636/inteligencia-artificial-e-crimes-estamos-caminhando-para-uma-skynet>>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

Crime digital usa Inteligência Artificial para otimizar ataques. **OlharDigital**, 2018. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/fique-seguro/video/crime-digital-usa-inteligencia-artificial-para-otimizar-ataques/73290>>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

Custo com crimes virtuais é maior no setor de Serviços Financeiros. **SECURITY REPORT**, 2018. Disponível em: <<http://www.securityreport.com.br/destaques/custo-com-crimes-virtuais-e-maior-no-setor-de-servicos-financeiros/#.Xoxb35x7kWM>>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

DeepAttacks, a inteligência artificial adversária. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, 2019. Disponível em: <<https://www.inteligenciaartificial.me/deepattacks-a-inteligencia-artificial-adversaria/>>. Acesso em:01 de julho de 2019.

FÉ, Ana Lúcia Moura. Guerra ao cibercrime. GLOBO, 2017. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/07/guerra-ao-cibercrime.html>>. Acesso em:01 de julho de 2019.

Inteligência artificial no auxílio à prevenção de crimes. PORTALMIE, 2018. Disponível em: <<https://www.portalmie.com/atualidade/noticias-do-japao/tecnologia/2018/02/inteligencia-artificial-no-auxilio-prevencao-de-crimes/>>. Acesso em:01 de julho de 2019.

LOSSIO, Claudio J.B. O Anticrime nas Redes Sociais - Os Algoritmos e a Rede Neural Artificial (RNA) em face do Cybercrime. **E-GOV**, 2017. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-anticrime-nas-redes-sociais-os-algoritmos-e-rede-neural-artificial-rna-em-face-do>>. Acesso em:01 de julho de 2019.

PERES, Fernando. Inteligência Artificial: Guia para o Bem. **PERES**, 2018. Disponível em: <<http://peres.adv.br/direitodigital/clipping/inteligencia-artificial-guiada-para-o-bem/>>. Acesso em:01 de julho de 2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

ALESSANDRA MOURA RODRIGUES DA SILVA:

Advogada pela PUC/RJ (2013) e pós graduada em direito público pela Universidade Candido Mendes (2018).

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo a análise da possibilidade de responsabilização civil decorrente do abandono afetivo, sendo tratado exclusivamente o abandono nas relações paterno-filiais. Para tanto, com base na doutrina analisamos a evolução do conceito e do direito de família ao longo dos anos chegamos às normas de proteção da família e aos mais importantes princípios aplicados às relações familiares. Tomamos como base os preceitos constitucionais assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Posteriormente, analisamos os institutos da responsabilidade civil pertinentes ao presente estudo. Em outro momento, foram analisados os deveres dos pais na criação de seus filhos e dos possíveis danos psicológicos gerados em virtude do não cumprimento de tais obrigações. Por fim foi feita a análise doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, ressaltando mudança substancial do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional acerca do tema. Defendemos a ideia do exercício da parentalidade de maneira responsável de modo a fazer com que os filhos alcancem pleno desenvolvimento, rechaçando qualquer possibilidade de abandono por parte dos pais para com seus filhos. Deste modo, entende-se pelo cabimento do dano moral pelo abandono afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo; Responsabilidade Civil; Indenização; Danos Morais.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1 - A FAMÍLIA NO BRASIL. 1.1. A Evolução da Família. 1.2. A evolução do direito de família no Brasil. 1.3. Das normas protetivas do Direito de Família. CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS PROTETIVOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES. 2.1. Dignidade da Pessoa Humana. 2.2. Solidariedade Familiar. 2.3. Proteção Integral. 2.4. O afeto nas relações familiares. CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL. 3.1. Conceito de Responsabilidade Civil. 3.2. Evolução Histórica da Responsabilidade Civil. 3.3. Classificação da Responsabilidade Civil. 3.3.1. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual. 3.3.2. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva. 3.4. Elementos da Responsabilidade Civil. 3.4.1. Ação ou Omissão do Agente. 3.4.2. Da Culpa. 3.4.3. Dano. 3.4.4. Nexo de Causalidade. 3.5. Da Responsabilização Civil por Dano Moral. CAPÍTULO 4 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL. 4.1. Dos Deveres dos Genitores na Criação de seus Filhos. 4.2. Possíveis Danos

Psicológicos Decorrentes do Abandono Afetivo. 4.3. Da Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo dos Filhos. 4.4. Posições jurisprudenciais desfavoráveis à configuração do dano moral por abandono afetivo. 4.5. Posições jurisprudenciais favoráveis à configuração de dano moral por abandono afetivo. 4.6. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – Mudança de Entendimento. 4.7. Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização por abandono afetivo. CAPÍTULO 5 - PROJETOS DE LEI ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

Como se sabe, a Constituição Federal assegura um número bastante expressivo de direitos fundamentais, como o direito à vida, saúde, cultura, dignidade, respeito e à convivência familiar e comunitária. Como se irá demonstrar, o direito de família passou por transformações importantes ao longo do tempo, sobretudo nas últimas décadas. Deixou de ser um direito estritamente patrimonial e passou a refletir as ideais de solidariedade e afetividade, que norteiam os membros de uma família na busca por seu desenvolvimento.

Nesse momento, o afeto e o princípio da afetividade ganham valor jurídico. Ademais, o princípio da proteção integral assegura à família maior proteção, por exemplo, impondo mais obrigações aos pais em relação aos seus filhos menores. O mesmo vale para o princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a ser norteador de todo o direito.

Com base nesses fatos e princípios, atualmente, muitas pessoas vêm pleiteando no Judiciário indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo, tema do presente trabalho. Para uma análise correta do tema, o primeiro capítulo pretende explicar a evolução da família no Brasil e no mundo. A explicação se inicia com a descrição da família na sociedade antiga, tida como unidade de produção, até chegar na família brasileira, que em um primeiro momento era extremamente ligada a Igreja Católica, passando depois a sofrer influência do Código de Napoleão, até chegar aos dias de hoje, em que se tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

Com base nisso, o segundo capítulo descreve as atuais normas protetivas do direito de família e os princípios protetivos das relações familiares, quais sejam: dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, proteção integral das crianças, adolescentes jovens e idosos e, claro, o princípio da afetividade.

O tema do presente trabalho refere-se diretamente à responsabilidade civil e, por isso, o terceiro capítulo foi dedicado integralmente ao seu estudo. Após a

conceituação de responsabilidade civil, algumas classificações são apresentadas e seus elementos (conduta, dano e nexo de causalidade) analisados.

Ainda neste capítulo, abordou-se o tema de maior relevância para o presente estudo – o dano moral e suas possibilidades de cabimento, inclusive no que diz respeito às relações familiares.

Ultrapassadas tais considerações, o quarto capítulo adentrará na análise do ponto central do tema deste trabalho – o abandono afetivo como fonte geradora de indenização por dano moral. Sem ignorar que o abandono moral pode ser feito por diversos familiares, como por exemplo, os filhos com relação aos pais idosos, para facilitar a análise do tema abordaremos apenas a relação de abandono do pai com seu filho menor.

Para isso, inicialmente falamos dos deveres gerais que os genitores possuem com relação a criação de seus filhos. Em um segundo momento, será feita uma breve análise psicológica que o não cumprimento desses deveres pode gerar no desenvolvimento da criança. Por fim, a responsabilização civil será abordada a partir da doutrina e da análise jurisprudencial.

Quanto a esta, dentre inúmeros julgados, dez foram escolhidos para demonstrar a insegurança jurídica atual - os cinco primeiros julgados apresentam-se desfavoráveis a possibilidade de indenização e os cinco últimos favoráveis.

Por fim, será apresentada a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, apontando o posicionamento que já parecia consolidado e a criação de uma nova visão sobre o tema, que pode acabar se consolidando como o novo entendimento.

Considerando a importância do tema e a enorme insegurança jurídica que existe atualmente, no último capítulo considerou-se relevante a análise dos dois projetos de lei a respeito do tema que tramitam no Congresso Nacional atualmente. Ambos os projetos pretendem dar maior relevância ao abandono moral – o primeiro o considera ilícito civil e penal e o segundo estabelece a possibilidade de indenização tratada neste trabalho.

Finalmente, o trabalho se encerrará com uma conclusão sobre os principais pontos abordados e considerações finais sobre a pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada.

Desse modo, o objetivo da pesquisa é o de demonstrar que frente as mudanças sofridas na sociedade ao longo dos anos, deve se considerar possível a indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo na relação paterno-

filial. Por mais que uma compensação monetária não tenha o condão de curar todo o mal sofrido, aquele que abandona o próprio filho não pode ficar impune.

1. A FAMÍLIA NO BRASIL

1.1. A Evolução da Família

A família pode ser conceituada como um "*agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito*"^[1]. Em sentido amplo, trata-se de um conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico familiar compreendendo assim ascendentes, descendentes, cônjuge, entre outros. Já em sentido estrito, considera-se família o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar^[2].

Em um conceito sociológico, a família é integrada por pessoas que vivem sob o mesmo teto, sob a autoridade de um titular^[3]. Essa noção de família, existente no direito romano, ainda se faz presente na nossa sociedade se considerarmos a redação do artigo 1.412 do Código Civil, que trata do direito de uso entendendo que "*as necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico*".

Na sociedade antiga, o reconhecimento do vínculo afetivo era ligado diretamente ao vínculo jurídico do instituto do matrimônio. Predominava aqui a família hierarquizada e patriarcal – quanto mais membros a família possuísse, mais força de trabalho teria e, assim, melhores seriam as condições de vida de seus integrantes. A família aqui era tida como uma unidade de produção.

Já na Babilônia, por exemplo, o sistema familiar era patriarcal e monogâmico, admitindo-se, no entanto, o concubinato - a concubina era detentora dos mesmos direitos da esposa. Admitia-se, ainda, o casamento entre diferentes classes sociais e também o divórcio, que poderia ser feito com base na recusa do cumprimento dos "deveres de esposa" da mulher.

O Direito Romano, por sua vez, reconhecia dois tipos de parentesco – o jurídico (*agnatio*) ou o biológico (*cognatio*), sendo que, via de regra, o primeiro prevalecia sobre o segundo. Quanto ao casamento, este era considerado ato consensual de convivência contínua, valendo a máxima de que "o fato importava mais do que o direito". Assim como na Babilônia, os romanos previam o instituto do divórcio – direito inicialmente exclusivo do homem, mas que posteriormente foi estendido às mulheres.

Na Idade Média, quem regulava o direito era a Igreja – a sociedade era regida por normas que se inspiravam na vontade de Deus (ou do monarca).

“O casamento deixou de ser contrato para ser considerado sacramento. Assim, como a Igreja só aceitava o sexo dentro do casamento e com finalidade de procriação, tudo o que se afastasse dessa regra era tido como contrario a Deus.”^[4]

A entrada em vigor do Código Civil de Napoleão fez com que o poder patriarcal fosse reforçado. Por outro lado, a revolução industrial fez surgir um novo modelo de família, que perde o caráter de “unidade de produção” e passa a ser vista como o ente responsável pelo desenvolvimento de valores morais, afetivos e de assistência.

Isso porque a industrialização e o conseqüente ingresso da mulher no mercado de trabalho fizeram com que o homem deixasse de ser o único provedor da família, que passou a ser mais restrita ao casal e seus filhos. O que hoje chamamos de “pequena família” levou a família a ganhar uma nova concepção em que o que prevalece é o vínculo afetivo.

No próximo tópico passaremos a analisar como tal evolução aconteceu no direito brasileiro.

1.2. A evolução do direito de família no Brasil

“Direito de família é o complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela”.^[5]

O direito de família é personalíssimo e na maior parte das vezes composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis. São também em sua grande maioria imprescritíveis.

O direito é responsável pela tutela da sociedade. Esta sofre modificações de acordo com o tempo, fazendo com que o direito que a regula também se modifique. Isso porque o direito vem para atender aos desejos da sociedade em um dado momento histórico.

A Constituição de 1824 não faz menção à família – na época quem tratava do casamento era a Igreja, que estabelecia os padrões morais da sociedade. No Brasil, até 1891, o matrimônio só poderia ser celebrado pela via religiosa. A Constituição de 1891 é a primeira que prevê o casamento civil, sem ligações com a Igreja. No entanto, ainda influenciado por esta, o texto estabelecia a indissolubilidade da união matrimonial.^[6]

O texto constitucional de 1934 foi o primeiro a se preocupar com a família – a sociedade conjugal, embora indissolúvel, poderia ser extinta por meio do desquite e da anulação. Quanto ao primeiro, cabe ressaltar que embora dissolvesse o casamento, mantinha o vínculo matrimonial, de modo que não era permitido que o desquitado constituísse nova união de direito.

O Código Civil de 1916, de acordo com a Constituição de 1891, regulava a família constituída pelo matrimônio, que logicamente ainda era originariamente impedido de ser desfeito. Do mesmo modo, trazia também distinção entre os membros da família, assim como entre os filhos havidos ou não no casamento, sendo no último caso os chamados “filhos ilegítimos”.

Já a Magna Carta de 1937, por sua vez, tem como principal mudança o fato de que passou a considerar iguais os filhos naturais e legítimos. As constituições de 1946 e 1967 não trouxeram inovações quanto ao direito de família.

A Lei 4.121 (Estatuto da Mulher Casada), assim como a EC 9/77, trouxe modificações ao código de 1916: concedeu a capacidade civil à mulher casada e assegurou a ela a propriedade de bens adquiridos com o seu trabalho. Já a Lei 6.515/77 e instituiu o divórcio, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada.

Diante do novo modelo de sociedade, a Magna Carta de 1988, além de consolidar as mudanças efetuadas pela legislação infra constitucional e emendas, também trouxe modificações, como a instauração da igualdade entre homem e mulher e a extensão da proteção da família. O texto constitucional passa a proteger também uniões decorrentes da união estável e famílias monoparentais, por exemplo, além de consagrar a igualdade entre os filhos havidos ou não no matrimônio.

Após a recente Emenda Constitucional número 66, extinguiu-se o instituto da separação, podendo os casais se divorciar sem a necessidade de comprovação de prazos ou causas, passando a ser irrelevante a culpa de qualquer dos cônjuges.

Pode se afirmar que o texto constitucional de 1988 se preocupou em tutelar as diversas formas de família, prevendo dispositivos de proteção ao planejamento familiar, por exemplo, com as devidas limitações impostas por princípios como o da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 2002 tratou do direito de família em seu Livro IV, entre os artigos 1.511 e 1.783). Este incorporou as mudanças ocorridas por meio da legislação esparsa e, obviamente da Constituição, excluindo expressões e conceitos já ultrapassados no contexto da sociedade atual. Dentre suas principais mudanças

pode-se destacar o direito a alimentos mesmo do cônjuge culpado pela separação, a instituição da guarda compartilhada e a igualdade entre os filhos.

Ou seja, pode se dizer que, hoje, o conceito de família foi flexibilizado, uma vez que possui como elemento fundamental o afeto. É de acordo com esse entendimento que se entende que o artigo 226 do texto constitucional^[7] hoje em vigor é meramente exemplificativo. O que se entende como família é modificado de acordo com o momento histórico de uma determinada sociedade.

Deste modo, o próximo tópico analisará as normas protetivas da família no direito brasileiro.

1.3. Das normas protetivas do Direito de Família

Além do próprio Código Civil, outras normas infraconstitucionais também têm por objeto a proteção da entidade familiar.

A Lei 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente é uma delas. Este foi a primeira legislação voltada para a proteção da criança e do adolescente, protegendo, por óbvio, a sua entidade familiar e confirmando muitos preceitos constitucionais. É o caso de seu artigo 3º, pelo qual o estatuto reforça que a criança e o adolescente possuem todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Ademais, o artigo 19 desta lei resguarda o direito à convivência familiar:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A lei, embora proteja a entidade familiar, leva em conta também o melhor interesse da criança, considerando assim as possibilidades de desenvolvimento desta.

Deixa claro, no entanto, em seu artigo 23 que "*a falta de carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda do poder familiar*". Percebe-se aqui, mais uma vez, a sobreposição do afeto na família atual, considerando, porém, a base de todos os princípios – a dignidade da pessoa humana.

Outra norma que merece destaque é a Lei 10.741 – o Estatuto do Idoso, que se destina a regular os direitos assegurados a pessoas com idade superior a 60 anos.

Assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 10.741 em seu artigo 2º confirma que o idoso também goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.^[8]

No que diz respeito à família, assim como a Lei 8.069, também dispõe, em seu artigo 3º

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

E ainda prevê alimentos ao idoso, que devem ser providos por seus familiares, caso necessário.

Ou seja, no que concerne ao direito de família, percebe-se que a legislação infraconstitucional veio para regular, principalmente, aqueles que estão em situação de vulnerabilidade, assegurando a eles seus direitos fundamentais.

Diante de tal exposição, no próximo capítulo será feita a análise dos princípios reitores do direito de família.

2. PRINCÍPIOS PROTETIVOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque tem alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Devem ter conteúdo de validade universal, uma vez que consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.^[9]

2.1. Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana foi considerado alicerce do Estado e por isso, todas as relações jurídicas devem prezar pela sua observância. Em caso de conflito entre princípios, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, por meio do qual se faz uma ponderação entre os princípios a serem aplicados estabelecendo o peso que cada um terá em uma determinada situação, sem que seja necessário escolher um em detrimento do outro.

A Constituição Federal traz princípios gerais, que servem de norteador para o direito de família e princípios especiais do direito de família, que devem orientar tais relações. Além disso, doutrina e jurisprudência reconhecem ainda a existência de inúmeros princípios implícitos do direito de família.

A Dignidade da Pessoa Humana é o princípio base da sociedade – “*é o mais universal de todos os princípios*”^[10], servindo de fundamento da ordem jurídica e dando origem a grande parte dos demais princípios do ordenamento.

De acordo com Daniel Sarmiento, tal princípio não representa apenas

“Um limite à atuação do Estado, mas constitui também norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.”^[11]

Possui aplicação imediata no direito de família, se considerarmos, por exemplo, que atentaria contra o princípio da dignidade humana dar tratamento diferenciado às formas de filiação ou aos diferentes tipos de família. Além disso, Gustavo Tepedino afirma que

“A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores éticos, religiosos e econômicos, da lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.”^[12]

Ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui base de todo o ordenamento jurídico e também da comunidade familiar, de modo a garantir o desenvolvimento de seus membros. No direito de família, esse princípio é explicitado principalmente no artigo 227 da Constituição Federal, que dispõe em seu caput, por exemplo, que

“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”.

2.2. Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade foi incorporado no artigo 3º, I, da CRFB, que estabelece a construção de uma sociedade solidária como um dos objetivos da República. No âmbito do direito de família, este princípio é tido como uma de suas bases.

De acordo com Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,

"A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana". ^[13]

Paulo Lôbo, por vez, entende que

"A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social".^[14]

Em suma, a solidariedade é constituída pelos deveres recíprocos existentes entre os membros da família, incluindo aqui obrigações materiais ou imateriais.

Esse princípio está explícito na Constituição, que determina em seu artigo 229:

Art. 229. 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.

2.3. Proteção Integral

O princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos veda mais uma vez a discriminação entre os filhos. Tal princípio pressupõe maior vulnerabilidade das pessoas nessa faixa etária. É com base nisso que se fala em garantia da convivência familiar, buscando fortalecimento da entidade familiar.

No entanto, vale observar que a dignidade humana se sobrepõe à convivência familiar – uma família que não garante a criança os meios básicos para o seu crescimento saudável (físico ou psicológico) pode ter esta afastada e colocada junto a famílias substitutas.

Com as modificações na família, suas funções afetivas foram valorizadas. O afeto, transformado em direito fundamental, ganhou valor jurídico. Como exemplo disso, existe uma série de normas que reconhecem o afeto, como o artigo 1.511 do Código Civil^[15] que estabelece a comunhão plena de vida no casamento e o artigo 1.596 deste mesmo livro^[16], que determinou a igualdade na filiação.

2.4. O afeto nas relações familiares

Antigamente, o matrimônio e os laços sanguíneos formavam a família. No entanto hoje, em um novo modelo, direito e biologia já não possuem grande importância quando comparado ao atual elemento principal de formação das entidades familiares – o afeto.

O afeto, também considerado como princípio – o da afetividade – é hoje norteador do direito de família. Segundo Maria Berenice Dias, o afeto e a solidariedade familiar derivam da convivência, não podendo ser o afeto considerado um simples laço entre os integrantes de uma família.^[17]

Isso quer dizer que o afeto não pode ser confundido com o amor, uma vez que:

"Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo culminante é o ódio. Ambas as *cargas* estão presentes nas relações de filiação. Aliás, a falta de um pai pode até não causar dano em algumas situações concretas, como bem esclarecem os *juspsicanalistas*".^[18]

Ou seja, novo modelo familiar, o afeto ganhou grande importância sendo ele o elemento estruturante da entidade familiar. É a própria afetividade o elemento gerador do princípio da solidariedade familiar e que possibilita o melhor desenvolvimento de cada um dos seus membros.

"Assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, construída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver efetivada a dignidade humana, constitucionalmente assegurada."^[19]

Alguns consideram que em decorrência da leitura do artigo 227 do texto constitucional^[20], assim como das diferentes formas de famílias existentes na atualidade o afeto deve ser considerado um princípio constitucional implícito. Isso porque ele possibilita garantir ao jovem e aos demais membros da entidade familiar, todos os seus direitos constitucionalmente previstos.

Tal característica é o elemento comum entre tudo o que se considera família atualmente – sejam elas sejam elas monoparentais, homossexuais ou não.

Não ha dúvidas: a partir da noção de afetividade se consegue extrair o melhor de cada membro da família e, por isso, esse princípio vem sendo

considerado mais importante até mesmo do que os laços sanguíneos. Talvez seja por essa crescente importância que os tribunais vêm mudando o seu posicionamento, passando a responsabilizar aqueles que faltam com esse afeto.

Percebe-se que atualmente a família é vista de forma muito mais ampla falando-se inclusive em possibilidades de multiparentalidade. Sendo assim, o legislador não consegue exaurir taxativamente todos os tipos de família a serem protegidas. Não obstante, o judiciário acaba por estender tal proteção de diversas formas, como, por exemplo, através da previsão de responsabilização civil por atos e omissões decorrentes do poder familiar. Diante disso, o próximo capítulo fará a análise dos principais institutos de responsabilidade civil no ordenamento brasileiro.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

A família, que nas sociedades antigas era imutável e patriarcal sofreu modificações com o tempo, consagradas no texto constitucional de 1988 a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. A Magna Carta estabeleceu, dentre outros mandamentos, a igualdade entre os cônjuges e também a igualdade entre os filhos, mitigando assim a imutabilidade da família.

Com o estabelecimento de direitos, surge também a possibilidade de violação destes, bem como as possíveis consequências decorrentes de seu descumprimento.

Sendo assim, considera-se necessário que sejam feitos breves comentários acerca da responsabilidade civil no direito brasileiro.

3.1. Conceito de Responsabilidade Civil

Em uma sociedade, o ordenamento jurídico estabelece regras que caso descumpridas configuram ilícito e, na hipótese de dano, geram o dever de reparação. A conduta humana que viola o dever jurídico causando prejuízo gera a responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é o dever de indenizar, ou seja, de reparar o dano sofrido por alguém e tem como função fazer com que as partes envolvidas possam retornar ao *status quo ante*. Busca, assim, que o equilíbrio daquele que sofreu o dano seja reestabelecido por meio de uma indenização fixada proporcionalmente ao dano causado.

O dever de indenizar é previsto no Código Civil de 2002 no art. 927:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O dever jurídico é a "*conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social*"^[21]. A violação deste configura o ilícito que geralmente tem como consequência o dano, como preceitua o artigo 186 do Código Civil: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente, comete ato ilícito*".

Colocando que a obrigação é "*o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação*"^[22], Sergio Cavalieri Filho faz uma distinção entre os termos obrigação e responsabilidade, entendendo que: "*Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro.*"^[23]

Com base nessa distinção, Carlos Roberto Gonçalves afirma que

"Sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (...), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário"^[24].

Com base em tais considerações, correta é a afirmação de Maria Helena Diniz no sentido de que responsabilidade civil pode ser definida como:

"A aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal"^[25]

Sendo assim, a partir do cometimento do ato ilícito surge a responsabilidade civil, gerando o dever de indenizar de modo a tentar com que a vítima volte à situação em que estava antes da ocorrência do fato danoso, de modo a reestabelecer o equilíbrio violado pelo dano.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,

"A noção jurídica de reponsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)".^[26]

3.2. Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil surge nas primeiras formas organizadas de sociedade com a ideia de vingança. Primeiramente esta era caracterizada pela "*reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus oponentes*"^[27]. Posteriormente, com base na Lei do Talião^[28] evoluiu para uma reação individual.

"Para coibir abusos, o poder publico intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou [...] A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano".^[29]

Dessa visão que surge esse instituto no Direito Romano. Posteriormente, a vingança é sucedida pela composição – o dano era reparado mediante prestação pecuniária a critério da autoridade pública em caso de direito público, ou do próprio lesado em caso de direito privado. Nesse momento ainda não se pensava na ideia de culpa.

"O Estado assumiu [...] a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal".^[30]

A Lei de Aquília^[31], no entanto, constitui o verdadeiro marco na responsabilidade civil:

"Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado [...] regulava ela o *damnum injuria datum*, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia pelo fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal".^[32]

Tal lei fixou a ideia de que o patrimônio do ofensor deveria suportar o ônus da reparação do dano causado a vítima estabelecendo ainda a ideia de culpa e as bases da responsabilidade civil extracontratual.

“O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal”^[33].

O direito francês, por vez, aperfeiçoou ideais romanos de modo a estabelecer um princípio geral da responsabilidade civil em detrimento do critério que enumerava os casos de composição obrigatória.

“Era a generalização do princípio aquiliano: *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. A noção de culpa in abstracto e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código de Napoleão”^[34].

A partir desse momento, a ideia de que a responsabilidade civil se funda na culpa foi inserida na legislação da maioria dos países.

O Código Civil de 1916, influenciado pelo Código de Napoleão, adotava a responsabilidade civil objetiva, que necessitava da prova da culpa ou dolo como causa do dano para que houvesse direito de reparação.

Já no Código Civil de 2002, a teoria do risco ganhou força, passando a ser admitida a responsabilidade civil objetiva, sem a necessidade da prova da culpa.

3.3. Classificação da Responsabilidade Civil

3.3.1. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil extracontratual é prevista no Código Civil nos artigos 186, 188, 927 a 954; e a contratual nos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes.

A lei impõe à coletividade o dever jurídico de abstenção, ou seja, ninguém poderá praticar atos que venham a causar lesões a direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais do titular – é o que a doutrina chama de dever jurídico originário ou primário, cuja violação gera o dever jurídico sucessivo de indenizar os prejuízos causados.

Do descumprimento do dever jurídico que causar lesão aos direitos de um determinado titular, nasce a pretensão de reparação dos direitos causados. A essa estrutura se dá o nome de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana – há violação de um dever estabelecido em lei, mas não há prévia relação jurídica entre as partes.

“Nesse caso aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito, fica obrigado a repará-lo”^[35].

“O lesante terá o dever de reparar o dano que causou à vítima com o descumprimento do preceito legal ou a violação do dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade, ou seja, com a infração à obrigação negativa de não prejudicar ninguém. O *ônus probandi* caberá à vítima; ela que deverá provar a culpa do agente”.^[36]

A responsabilidade civil contratual, por vez, surge da relação entre dois sujeitos determinados na qual um deles terá um dever jurídico específico decorrente da vontade das partes cumprido através de prestações de dar, fazer ou não fazer. Nesse caso uma das partes descumpre o que foi acordado previamente.

O não cumprimento desse dever viola o direito subjetivo da outra parte, que poderá exercer a sua pretensão no sentido de ver satisfeita a prestação ajustada. Pode-se afirmar, portanto, que o inadimplemento da obrigação pactuada fundamenta o exercício da pretensão como forma de um dever jurídico secundário ou sucessivo.

Neste tipo de responsabilidade, via de regra, a culpa é presumida e há inversão do ônus da prova. Sendo assim, ao pleitear a indenização basta provar a mora do devedor, por exemplo.

“A culpa vista de forma unitária é fundamento genérico da responsabilidade [...] Na culpa contratual, porem, examinamos o inadimplemento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa aquiliana ou extranegocial, levamos em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato”.^[37]

Em ambos os casos, a violação dos deveres primários gera a possibilidade de reparação dos danos causados que recairá, via de regra, sobre o patrimônio do violador.

3.3.2. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Responsabilidades objetivas e subjetivas se distinguem em função da importância que a culpa possuirá.

A responsabilidade subjetiva tem como seu principal pressuposto a culpa. Por este tipo de responsabilidade a vítima só obtém reparação do dano se provar a culpa do agente. Segundo Sergio Cavalieri Filho:

“Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade”.

Esses elementos podem ser reconhecidos na leitura do artigo 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Da análise deste artigo, em consonância com o artigo 927 do código civil supracitado, percebe-se que a partir do momento em que alguém mediante conduta culposa violar um direito, causando dano a uma pessoa, deverá indenizá-la. A violação de direito referida, diz respeito a todo e qualquer direito subjetivo.

Assim sendo, para que a vítima obtenha indenização deverá ser comprovada a culpa do agente.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva é aquela que se baseia na teoria do risco, fazendo com que a culpa seja desnecessária para gerar indenização. Por esta teoria, Sergio Cavalieri entende que

“Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa [...] dispensável qualquer valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano”.^[381]

Conclui-se, assim, que diferentemente da responsabilidade civil subjetiva em que o agente causador do dano só responderá caso possua culpa, na responsabilidade civil objetiva, a simples prática de atividade possivelmente danosa já gera o dever de indenizar em caso de dano, sem que haja a necessidade de culpa.

Na responsabilidade objetiva há inversão do ônus da prova - a vítima não precisa demonstrar a culpa do agente, bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

Isso ocorre porque, na verdade, a culpa aqui é indiferente para a configuração do dever de indenizar. Cabe ressaltar, no entanto, que não é a regra. Só é possível utilizá-la nos casos em que exista previsão normativa expressa.

“Primitivamente, a responsabilidade era objetiva (...), mas sem que por isso se fundasse na teoria do risco, tal como concebemos hoje. Mais tarde, e

representando essa mudança uma verdadeira evolução ou progresso, abandonou-se a ideia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano. Atualmente, volta ela ao objetivismo. Não por abraçar, de novo, a ideia de vingança, mas por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade”.^[39]

3.4. Elementos da Responsabilidade Civil

3.4.1. Ação ou Omissão do Agente

A conduta pode ser definida como o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de ação ou omissão. A conduta humana se consubstancia em uma ação ou omissão voluntária, lícita ou ilícita, que produz consequências jurídicas. Segundo Cavalieri, temos como ação um comportamento positivo com a violação de um dever, e como omissão a abstenção de uma conduta devida, quando o agente tem o dever de praticar um determinado ato para evitar a concretização de um resultado, cabendo enfatizar que deve existir um dever de agir.

A voluntariedade da conduta diz respeito ao controle do autor sobre esta – deve haver um querer íntimo a ser manifestado livremente, ou seja, o autor deve ter controle sobre ela - atos praticados sob coação ou danos advindos de fatos da natureza, por exemplo, não podem ser responsabilizados. Sendo assim, a responsabilidade civil será, via de regra, por fato próprio.

“A exigência de um fato “voluntário” na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por força da natureza, bem como praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente. Essencial é que a ação ou omissão seja em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”.^[40]

A exceção disso é a chamada responsabilidade civil indireta ou por fato de outrem. A lei, com base no princípio da reparação integral, prevê alguns casos de responsabilização por comportamento alheio, como preceituam os artigos 932 e 933 do Código Civil, por exemplo:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Essas hipóteses são hoje, porém, de responsabilização objetiva, necessitando assim da existência de uma relação jurídica anterior, seja ela contratual, baseada no exercício do poder familiar ou poder de representação.

3.4.2. Da Culpa

Dolo e culpa possuem voluntariedade, mas enquanto a conduta dolosa nasce ilícita, pois caracteriza a vontade do agente de produzir um resultado contrário ao direito, na conduta culposa a ação é voluntária, mas o resultado danoso é atingido por desvio dessa conduta decorrente da falta de cuidado. No dolo o agente pratica a conduta visando intencionalmente lesar alguém e na culpa ele assume o risco de provocar o dano ao agir com negligência, imprudência ou imperícia.

“A culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo, se ocorreu em negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito”^[41].

Pode-se dizer que a culpa possui então três requisitos para que seja configurada: i. Voluntariedade da conduta do agente; ii. Previsibilidade; iii. Violação de um dever de cuidado.

Ademais, a culpa pode ser classificada como grave, quando embora não intencional o agente atuou como se quisesse causar o prejuízo; leve quando a falta de diligência é considerada normal para o homem médio; e levíssima, quando a conduta escapa ao padrão do homem médio por mais diligente que este seja.^[42]

Note-se, porém, que ao contrário do direito penal em que a culpa é considerada para a fixação da sanção, no direito civil o quantum indenizatório é fixado de acordo com a extensão do dano

“O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo de atividade culposa”.^[43]

3.4.2.1. Da imputabilidade do agente

Imputar é atribuir a responsabilidade de um fato ou algo para uma pessoa e é, portanto, pressuposto da responsabilidade. Se o agente não possui condições de entender a sua conduta, via de regra, não poderá ser responsabilizado.^[44]

De acordo com Sergio Cavalieri, a imputabilidade decorre da censurabilidade da conduta, que dependerá da capacidade de entendimento do agente, se este é imputável ou não. Segundo o autor:

“A imputabilidade é pressuposto não só da culpa em sentido lato, mas também da própria responsabilidade. Por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.^[45]

A imputabilidade está diretamente relacionada com a capacidade de fato do agente, podendo-se destacar os mesmos dois elementos desta, quais sejam a maioridade e a sanidade mental.

“A concepção clássica considera, pois, que sendo o amental (o louco ou demente) um inimputável, não é ele responsável civilmente. Se vier a causar dano a alguém o ato se equipara à força maior ou ao caso fortuito. Se a responsabilidade não puder ser atribuída ao encarregado de sua guarda a vítima ficará irresarcida”.^[46]

O Código Civil de 1916 considerava a culpa como elemento principal para a caracterização do ilícito. Como essa pressupõe o discernimento, o absolutamente incapaz não poderia ser responsabilizado por seus atos causadores de danos sendo tal responsabilidade atribuída ao representante legal em virtude da falta de vigilância adequada. Essa culpa, apesar de presumida, poderia ser afastada, fazendo com que a vítima não obtivesse a reparação merecida. Não distingue

absolutamente e relativamente incapazes quanto à responsabilidade civil. Para todos os efeitos, os menores de 18 anos são considerados incapazes e, portanto, inimputáveis. Ademais, aqueles que não possuem capacidade mental, chamados de amentais, também são considerados irresponsáveis.

O Novo Código, porém, adotou um critério mitigado: aumentou a proteção dada a vítima, uma vez que passou a prever a responsabilização do absolutamente incapaz que comete ilícito extracontratual, mesmo que não possua discernimento necessário, além de representantes.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Além disso, aduz o Enunciado 40, aprovado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas.

No entanto, essa responsabilidade é atenuada, pois é subsidiária, ou seja, o incapaz só responderá caso o seu representante legal não possa ser responsabilizado ou não possua meios de efetuar a reparação. Além disso, o dever de responsabilidade do incapaz não é medido de acordo com o dano, mas sim equitativamente, respeitando suas necessidades de subsistência e os limites patrimoniais.

Por conta disso, a responsabilidade do representante legal tornou-se objetiva, deixando de se basear na culpa in vigilando, com base nos artigos 932 e 933 do Código Civil, supracitados.

Antunes Varela, em comentário ao artigo 489 do Código Civil Português, que corresponde ao artigo 928 do nosso Código Civil, elenca outros requisitos para a configuração da responsabilidade, quais sejam a) existência de fato ilícito; b) que esse fato tenha causado dano a terceiro; c) que o fato tenha sido praticado em condições de ser considerado culposos, reprovável, se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável; d) a existência de nexo de causalidade; e) que a reparação do dano não possa ser obtida dos vigilantes do inimputável; f) que a equidade justifique a responsabilidade total ou parcial do autor, em face das circunstâncias concretas do caso de modo que a obrigação de indenizar deve ser

fixada em termos de não privar o inimputável dos meios necessários aos seus alimentos ou ao cumprimento dos seus deveres legais de alimentos.^[47]

Percebe-se que o Código Civil de 2002, apesar de conferir maior proteção à vítima e considerar o incapaz imputável, não deixa de estabelecer critérios que o protegem.

3.4.3. Dano

Segundo Sergio Cavalieri, o dano pode ser conceituado como

“Subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é a lesão ao bem jurídico, tanto patrimonial como moral.”^[48]

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam dano como *“lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”*^[49]

E Maria Helena Diniz como *“lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”*^[50]

Não há que se falar em responsabilidade civil sem a ocorrência de dano, ainda que a conduta tenha sido dolosa ou culposa. Cabe ressaltar, porém, que em alguns casos de responsabilidade contratual o dano é presumido e a vítima não precisa comprovar a sua existência para ser detentora de direito de reparação.

Indenizar significa reparar o dano sofrido pela vítima de modo a tentar reestabelecer o seu “status quo ante”. No entanto, raramente consegue-se reestabelecer esse status e por isso é determinado um quantum monetário como forma de reparação.

O dano patrimonial é aquele que recai diretamente sobre o patrimônio da vítima, sendo este *“o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”*^[51], podendo atingir o seu patrimônio presente e futuro. É a lesão concreta que afeta um interesse referente ao patrimônio da vítima lesada, na perda ou na deterioração dos bens materiais, sendo assim suscetível de avaliação pecuniária e indenização por aquele que o causou.

No caso de danos presentes, teremos o dano emergente, que diz respeito à imediata redução do patrimônio da vítima em razão do ilícito, ou seja, o que a vítima

perdeu; já nos danos futuros se fala em lucros cessantes, que corresponde ao que a vítima deixou de ganhar devido ao dano que sofreu. De acordo com Sergio Cavalieri:

“Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralização da atividade lucrativa ou produtiva, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado”.^[52]

3.4.4. Nexo de Causalidade – colocar o dano antes do nexos.

O nexos de causalidade é um elemento abstrato da responsabilidade civil que constitui a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Assim, para que o agente seja responsabilizado, ele deve ter dado causa ao resultado danoso. Existem três teorias que buscam fundamentar o nexos de causalidade.

De acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes todos os fatos relativos ao evento danoso, sejam eles diretos ou indiretos, geram responsabilidade civil. Essa teoria, no entanto, se utilizada, levaria a uma regressão infinita, possibilitando a imputação de responsabilidade a sujeitos que não possuem relação direta com o dano, não sendo aceita no direito civil.

Quanto a teoria da causalidade adequada, Sergio Cavalieri afirma que

“Causa, para ela, é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorrerem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que forma mais adequada para a produção do evento”.

Portanto, para que a causa seja considerada ela deve ter sido capaz de gerar o dano. A crítica dessa teoria repousa na questão de que esta possibilitaria um grau elevado de discricionariedade por parte do julgador e poderia levar também a um afastamento muito grande da situação concreta.

A Teoria do dano direto ou imediato, adotada pelo código civil, entende que se deve buscar a causa que se vincula de maneira direta e imediata ao dano produzido. As causas sucessivas ou indiretas devem ser desconsideradas.

“Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.^[53]

Pode-se enxergar a aplicação desta teoria a partir da leitura do artigo 403 do Código Civil:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

No entanto, Pamplona e Pablo entendem que:

“A despeito de reconhecermos que o nosso Código melhor se amolda à teoria da causalidade direta e imediata, somos forçados a reconhecer que, por vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada, no mesmo sentido.”^[54]

3.5. Da Responsabilização Civil por Dano Moral

O dano moral é aquele oriundo da violação dos direitos da personalidade – são as lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, sendo este o conjunto de tudo que não é suscetível de valoração econômica^[55]. Para a maioria da doutrina, a indenização proveniente do dano moral possui caráter sancionador.

Sergio Cavalieri entende que, em sentido estrito, o dano moral seria a violação do direito à dignidade, que não está necessariamente vinculado a reação psíquica da vítima.

É por isso que hoje se reconhece, por exemplo, que doentes mentais, pessoas em estado vegetativo, comatosos e até mesmo recém-nascidos podem sofrer dano moral, tendo em vista que o que se tutela aqui não é apenas o sofrimento psíquico sofrido, mas principalmente a dignidade, que quando violada enseja reparação. Cabe colocar que não apenas o ofendido, mas também seus herdeiros e cônjuge poderão reclamar a indenização por dano moral, assim como crianças. Nesse sentido:

“O dano moral se configura pela simples ofensa aos direitos da personalidade, não se podendo negar que também os absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil, enquanto possuírem, como pessoas, capacidade de direito ou de gozo, são titulares dos mencionados direitos, assegurados constitucionalmente. As mesmas considerações podem ser feitas a respeito das pessoas que se encontram transitoriamente

privadas de discernimento, como a que entrou em coma ou estado de inconsciência”.^[56]

Isso porque muitas vezes as consequências do dano sofrido são previsíveis, como por exemplo, a morte do genitor de um recém-nascido.

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes,

“O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).”^[57]

Como possui natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo ser apenas compensado, tendo esta muito mais natureza de satisfação do que de indenização.

Maria Helena Diniz subdivide o dano moral em direto e indireto:

“O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade [...] ou nos atributos da pessoa. Abrange ainda a dignidade da pessoa humana. O dano moral indireto [...] é aquele que provoca um prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a lesão a um bem patrimonial da vítima.”^[58]

Inicialmente, negava-se a ressarcibilidade do dano moral por ser este inestimável.^[59]

No entanto, com o tempo passou a se entender que se trataria apenas de compensação pelo sofrimento suportado pela vítima. Além disso, Sergio Cavalieri afirma que

“Não se pode negar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.”^[60]

E também Maria Celina Bodin de Moraes,

“Apesar de reconhecido o aspecto não patrimonial dos danos morais, a partir de determinado momento tornou-se insustentável tolerar que, ao ter um

direito personalíssimo seu atingido, ficasse a vítima irressarcida, criando-se um desequilíbrio na ordem jurídica, na medida em que estariam presentes o ato ilícito e a lesão a um direito (da personalidade), por um lado, e a impunidade, por outro.”^[61]

O Código Civil de 1916, por exemplo, apesar de não ter previsão expressa sobre a reparação advinda de dano moral, já assegurava tal direito tendo em vista que o seu artigo 76^[62] previa que o interesse moral seria suficiente para propor ou contestar ação.

Inicia-se, então, outra fase. Desta vez, a possibilidade de indenização por violação de direito imaterial já era reconhecida, no entanto, sem que fosse cumulado com o dano material. Entretanto, posteriormente o STJ editou a sumula 37 que dispõe: *“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”*.

A reparação do dano moral foi garantida como direito fundamental no texto da constituição, em seu artigo 5º, V e X:

Art. 5o: Todos são iguais perante a lei, sem distinções 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 a propriedade, nos seguintes termos:

V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X : 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

Para a maioria dos autores, diga-se, esse rol é meramente exemplificativo. Por isso, após tal inserção, diversas legislações passaram a prever a possibilidade de danos morais.

Sendo assim, conclui-se que atualmente só se considera como dano moral a dor, vexame ou humilhação sofridos que fujam à normalidade. Aborrecimentos cotidianos e triviais não dão ensejo ao dano moral. Nesse sentido reflexões são feitas a respeito da responsabilidade civil e do direito de família: seriam os danos decorrentes do exercício ou não do poder familiar passíveis de valoração?

Considerando que as relações de família são peculiares por serem pautadas, principalmente no afeto e na moral, por muito tempo doutrinadores entendiam não ser cabível dano moral no âmbito familiar.

Isso porque família estaria diretamente relacionada com sentimentos e relações íntimas, e o interprete não teria a capacidade de mensurar tais relações economicamente.

Porém, como já demonstrado, a família sofreu grandes mudanças com o passar dos séculos. Com isso, atualmente o dano moral seu seara da família são admitidos atualmente, conforme Nancy Andrichi: *Não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.*^{163]}

Sendo assim, percebe-se que atualmente a questão da admissibilidade do dano moral no âmbito familiar já foi superada entendendo-se hoje pela possibilidade de aplicação das regras atinentes a responsabilidade civil no direito de família.

Com isso, no próximo capítulo será abordado o tema central deste trabalho, em que será feita a análise da possibilidade de dano moral decorrente do abandono afetivo.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Com o reconhecimento da separação e do divórcio no direito brasileiro, muitos pais passaram a negligenciar seus filhos. Essa situação de abandono pode gerar consequências psicológicas imensuráveis. Por esse motivo, e sob o princípio da dignidade da pessoa humana e do afeto, muitos filhos vitimados pelo abandono têm procurado o judiciário com o fim de ver os danos causados pela omissão do devedor reparados civilmente.

4.1. Dos Deveres dos Genitores na Criação de seus Filhos

Conforme se conclui da análise dos dispositivos a seguir, o legislador estabeleceu diretrizes e normas como forma de proteção à entidade familiar, podendo citar:

CRFB, 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.

CC, Art. 1634: Compete aos pais, quanto a pessoa dos filhos menores:

I- Dirigir-lhes a criação e a educação;

II- Te-los em sua companhia e guarda;

III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V- Representar-lhes, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após esta idade, nos atos em que forem parte, suprindo-lhes consentimento;

VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Código Penal, Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

ECA, Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Em uma primeira análise, percebe-se a presença do dever de convivência, constante do art. 227 do texto constitucional e, ainda, do inciso II do Art. 1.634 do código civil, bem como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.^[64]

Quanto ao dever de convivência, este surge da consideração da entidade familiar como vital para o desenvolvimento da pessoa e como base social do Estado. É por isso mesmo que só se admite o rompimento dos vínculos familiares de forma excepcional.

“O direito à convivência familiar envolve um esforço conjunto da família, da sociedade e do Estado, sem prejuízo da necessidade de um compromisso de

todos com a mudança cultural que atinge as relações familiares, reconhecendo-se, entendendo-se e, sobretudo, respeitando-se as diferenças.”^[65]

No tocante ao afeto, embora este não esteja elencado no artigo 1.634 do Código Civil, entende-se que possui previsão constitucional por ser decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, inciso III, CRFB)^[66]. Portanto, deve ser utilizado como base das relações familiares e da criação dos filhos. Para que o dever de afeto seja garantido, é certo que a criança deve ter um mínimo de convivência com o seu genitor, ressaltando que o direito à convivência refere-se não apenas a estar junto, mas também a amor, carinho e cuidado.

O princípio da afetividade encontra-se reconhecido, por exemplo, no artigo 28, par. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que esse determina:

Art. 28, par. 3º - “Na apreciação do pedido levar-se-à em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”.

Sendo assim, atualmente se entende que não basta apenas prover alimentos para o filho, devendo ainda prover amor, carinho, cuidado - afeto. Inicialmente, no entanto, embora houvesse reconhecimento de indenização por danos materiais ao pai que deixava de prover os alimentos, o mesmo não era conferido no que se refere ao genitor que deixava de prover afeto.

O abandono material pode ser definido como a omissão injustificada na assistência familiar, ou seja, quando aquele que, mesmo possuindo o dever e as condições necessárias para prover o sustento de outra pessoa, opta por não fazê-lo.

Este tipo de abandono pode ocorrer com relação ao cônjuge, ascendentes e descendentes e está tipificado como crime no artigo 244 do Código Penal.

Com base no princípio da solidariedade familiar, os pais possuem o dever de cuidado em relação aos seus filhos. A ausência desses cuidados viola a integridade física e psicológica da criança, adolescente, e até mesmo adulto.^[67]

Baseando-se na teoria da perda de uma chance, o abandono material de um familiar com relação a outro, principalmente dos pais com relação aos filhos há tempos já é tido como causa de indenização pecuniária. O mesmo não ocorre, no entanto, com o chamado abandono afetivo.

Certo que materialmente falando, uma criança necessita de alimentos para se desenvolver fisicamente. Entretanto, é certo que também espera amor, afeto, cuidado, para o seu correto desenvolvimento psíquico.

Por isso, o afeto, conforme já dito anteriormente, constitui princípio norteador do direito de família atual:

A paternidade/maternidade fundada no afeto e no cuidado, caracterizada pelo seu verdadeiro exercício, deve ser construída no dia a dia, independente da situação jurídica em que os pais se encontrem: solteiros, casados ou divorciados.

O exercício da paternidade e da maternidade - e, por consequência, do estado de filiação - é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada ou o seu desleixo e descompromisso tem repercussões e consequências psíquicas sérias, devendo a ordem legal/constitucional amparar, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de transformar os direitos e deveres do poder familiar em meras regras e princípios morais, desprovidos de jurisdição.^[68]

O que ocorre, muitas vezes, é que com o término do vínculo matrimonial, o genitor que não detém a guarda da criança acaba por entender que o vínculo com o seu filho também se finalizou naquele momento.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Assim sendo, o Código Civil dispõe no sentido de que o término do vínculo entre os genitores em nada altera as relações paterno-filiais. Isso porque hoje se fala na denominada paternidade responsável, em que a convivência dos filhos com seus pais deixou de ser direito da criança tornando-se um dever dos genitores. Nesse sentido, Maria Berenice Dias:

"A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas consequências psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável." ^[69]

Como forma de afastar a possibilidade do abandono, e garantir a convivência do filho com seu genitor, o legislador fez a previsão de diversos meios de garantia, como por exemplo, o direito/dever de visitação, que possui previsão no artigo 1.589, do Código Civil, que pode ser estendido a demais familiares como os avós, e a guarda compartilhada.

Quanto a esta, cabe fazer uma pequena observação: incluída no Código Civil pela Lei 11.698/2008, a instituição de guarda compartilhada significa basicamente que os pais, mesmo sem morar sob o mesmo teto, dividem responsabilidades e exercício de direitos e deveres concernentes ao exercício do poder familiar dos filhos comuns^[70], buscando manter os laços entre pais e filhos. Isso porque neste tipo de guarda os genitores repartem suas tarefas com relação aos filhos e assumem, de maneira conjunta, a responsabilidade pela criação dos menores.

No entanto, embora o legislador faça a previsão de tais mecanismos que procuram afastar a possibilidade de abandono entre familiares, ações de filhos contra seus pais por abandono vêm se tornando constantes no judiciário.

Isso porque tais medidas previstas não se configuram suficientes, tendo em vista que o legislador não consegue fazer surgir a obrigação moral do amor. Tanto que Rolf Madaleno afirma que:

“Os anais forenses registram um sem-número de dolorosos relacionamentos da mais abjeta e detestável rejeição do pai para com o filho, deixando o genitor de procurar o filho nos dias marcados para a visitação, nem dando satisfações da sua maliciosa ausência, e que no mais das vezes apenas objetiva atingir pelos filhos a ex-mulher, movido pelos fantasmas do seu ressentimento separativo.”^[71]

Cabe colocar, no entanto, que o direito a visitação não é absoluto, podendo ser suspenso ou restrito pelo judiciário em prol do melhor interesse da criança, se considerado prejudicial à criança.

Toda criança espera o afeto de seus pais. Nesse sentido, o autor afirma que:

“Amor e afeto são direitos natos dos filhos que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta desse contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na auto estima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.”^[72]

No entanto, o amor não é considerado fonte de obrigações jurídicas. Nem Judiciário, nem qualquer outro poder é capaz de obrigar alguém a amar. A discussão travada diz respeito, então, a monetarização dessa obrigação moral não cumprida, além do descumprimento da responsabilidade constante dos artigos 1.634, II; 1.566, IV do Código Civil^[73] e dos artigos 3º, 4º, 19, 22 e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente^[74].

4.2. Possíveis Danos Psicológicos Decorrentes do Abandono Afetivo

Como as relações familiares estão intrinsecamente ligadas a psicologia, é cabível fazer uma breve consideração acerca do papel que a figura paterna exerce no desenvolvimento da criança, e, portanto, quais são as consequências que o abandono pode gerar.

Importante frisar que por mais que a genitora exerça seu papel com perfeição, pai e mãe possuem atribuições distintas e é pouco provável que esta consiga suprir por inteiro a falta do genitor. Nesse sentido, Giselda Hironaka afirma:

Tanto o pai quanto a mãe concorre para que se organize convenientemente o desenvolvimento estrutural, psíquico, moral e ético do filho, cabendo à mãe um papel que mais se relaciona com a flexibilidade, com o afeto e com o conforto, enquanto ao pai cabe um papel que mais se relaciona com a fixação do caráter e da personalidade. A conjugação de ambos os papéis e a co-relação de seus efeitos são capazes de revelar, na maioria das vezes, uma pessoa mais harmoniosa sob muitos pontos de vista sociais e de acordo com muitos modelos culturais.^[75]

E quanto à ausência do pai, revela ainda que:

O arquétipo e a personificação paterna [...] oferecem à criança a referência e a segurança indispensáveis ao *rito de passagem* entre a segurança e o conforto do acolhimento materno e a exposição-limitação social feita por meio do encaminhamento paterno.^[76]

Quanto as consequências do abandono, ao analisar a criança vítima de um drama familiar, Gita Wladimirski Goldenberg ressalta que as crianças precisam de alguém não só para suprir as suas necessidades básicas (fome, sede, etc.), mas também para satisfazer suas demandas afetivas afirma que as crianças necessitam, desde o seu nascimento de alguém para suprir as suas necessidades e satisfazer suas carências emotivas. A autora alerta que crianças que sofreram abandono é sujeito de frustrações e, por consequência, carregam "dor psicológica."^[77]

Em posição semelhante, em relação ao abandono, Elisângela Boing e Maria Aparecida Crepaldi ressaltam que as consequências serão variáveis de acordo com o grau de abandono. A privação, mesmo que parcial, de uma relação paterna pode gerar sentimentos de angústia, exagerada necessidade de amor, fortes sentimentos de vingança, culpa e depressão, podendo levar até a distúrbios nervosos ou a uma personalidade instável.^[78]

Ainda nesta linha, Mariana Eizirik e David Simon Bergmann trazem em estudo dados concretos retirados de pesquisa realizada com crianças com problemas de comportamento. De fato, a negligência por parte do genitor pode trazer consequências drásticas para a prole, conforme se verifica na passagem do artigo:

O comportamento dos pais e a ausência paterna vêm sendo associados com maiores índices de distúrbios do comportamento em adolescentes. Pesquisas mostram que a ausência paterna geralmente tem um impacto negativo em crianças e adolescentes, sendo que estes estariam em maior risco para desenvolver problemas de comportamento. O estudo examinou o impacto dos pais, a ausência paterna e a relação mãe-filho em 112 adolescentes afro-americanos com problemas de comportamento. Um modelo moderador foi usado para testar a hipótese de que a ausência do pai (ou equivalente) exacerbaria o impacto negativo de pais com distúrbios de comportamento, enquanto uma relação mãe-filho positiva seria um fator protetor contra esse risco e quanto à ausência paterna. O modelo moderador sugeriu que a ausência paterna ou de equivalente aumentou o impacto negativo de pais com problema comportamental, enquanto uma relação positiva mãe-adolescente atenuou este risco. Uma forte relação mãe-adolescente também mostrou proteger adolescentes de famílias sem pai do risco de distúrbios comportamentais associados ao envolvimento com pais com tais problemas.^[79]

Sendo assim, percebe-se que o pai possui importante papel para a formação de seus filhos. É certo que o abandono moral, na maioria das vezes, gera consequências graves na formação psicológica das crianças e dos adolescentes. Diante disso, passaremos a analisar as possíveis consequências jurídicas de tal atitude.

4.3. Da Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo dos Filhos

Como já abordado no decorrer do presente texto, o direito de família atualmente não trata apenas de questões patrimoniais, tendo o afeto importante relevância como direito e dever dos pais e dos filhos.

A paternidade inclui deveres materiais e morais, ou seja, além de prover os bens materiais, o pai deve incluir também em suas atribuições o dever de assistência moral e psicológica de seus filhos.

Ocorre que por vezes o que não deveria ser admitido acaba ocorrendo, as crianças sofrem o abandono não só material, mas também moral, e afetivo e

considerando que este independe de condições financeiras do genitor, ocorre pela simples vontade deste.

Quanto a isso, Rodrigo de Cunha Pereira entende que:

No caso julgado pelo STJ em 2005, o abandono era apenas afetivo. O pai sempre pagou pensão alimentícia ao menor. Faltou alimento para a alma, afinal de contas, nem só de pão vive o homem. O pai, por seu lado, apresentou suas razões, dizendo que sua ausência se justificava por ter-se casado novamente e que moravam em cidades diferentes, etc. Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta.^[80]

O abandono afetivo pode ter início em diversas situações – por vezes, a criança foi fruto de uma relação sexual única e o genitor se acha no direito de se eximir da responsabilidade.

Outra situação extremamente comum é a do divórcio entre os genitores – por vezes, o fato da guarda da criança ter sido atribuída à mãe faz com que o pai entenda que se eximiu de toda a responsabilidade da criança. Em outros casos, o pai não respeita a visitação estabelecida, esquecendo-se da importância que possui no desenvolvimento do filho. Muito corriqueiro ainda, o caso em que o genitor, ao constituir nova família e ter novos filhos, se esquece do anterior.

Por vezes, a dificuldade de relacionamento entre os ex-cônjuges acaba por dificultar também a relação do daquele que não possui a guarda física com a criança.

Tais casos, no entanto, não são taxativos. O que se percebe é que na maioria das vezes o divórcio faz com que o genitor se afaste de seus filhos por inúmeros motivos.

No entanto, tais motivos não podem ser utilizados como argumento para o abandono – o pai deve tentar de todas as maneiras a convivência com o seu filho e em caso de negativa por parte da mãe pode buscar o auxílio da justiça que regulamentará a visitação.

Conforme explicitado anteriormente, o legislador fez diversas previsões normativas de sanções em caso de abandono, como forma de proteger a criança,

seja no Código Penal (art. 244 e 247) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Artigo 249).

Embora o afeto seja considerado um pilar do direito de família e existam normas sancionadoras em caso de abandono, não existe nenhum tipo de previsão no ordenamento brasileiro acerca do abandono afetivo.

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando-se de atender ao dever de ter o filho em sua companhia produz danos emocionais merecedores de reparação [...] ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se importa em impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso.^[81]

Essa questão vem sendo amplamente enfrentada por doutrina e jurisprudência, que vem sendo demandadas a respeito da possibilidade de reparação civil por abandono afetivo.

Neste sentido,

É simples concluir que o alheamento ou a ausência das figuras parentais determinem sobre o filho danos, ou ao menos riscos psicológicos danosos no desenvolvimento previsto, alguns dos quais perdurarão até a idade adulta, em especial, nas funções similares que tentará assumir mais tarde.^[82]

Conforme será demonstrado, embora existam inúmeras decisões contrárias a tal possibilidade, esta vem passando a ser admitida.

Doutrina e jurisprudência ainda não chegaram a um consenso. Consegue-se observar argumentos fortes em ambos os lados.

Não se trata de atribuir, simplesmente, valor pecuniário para o desamor, nem mesmo responsabilizar a pessoa pela ausência deste sentimento nas relações de família. Se a discussão ficar restrita a este prisma não se atingirá o seu ponto fundamental, ou seja, a sua grande importância para a própria formação da pessoa.^[83]

Quanto à impossibilidade de indenização, o argumento mais forte é no sentido de que, caso admitida, as relações afetivas norteadoras do ordenamento estariam sendo monetarizadas. Neste sentido,

“Em um momento em que se proclama o amor como ponto central e alicerce do novo Direito de Família, buscando afastar a prevalência do aspecto

patrimonial. seria incoerente admitir a mensuração de sentimentos e impulsos eróticos através do dinheiro.”^[84]

Ivone M. Candido Coelho de Souza, psicóloga, entende ainda que:

Monetarizar abandonos, pobreza amorosa, modelos não acessíveis ou precariedade do exercício previsto muitas vezes de forma idealizada e, portanto, acima das capacidades disponíveis, longe de ser um instrumento de aquisição ao interesse do filho, pode ao contrário, redundar em novas erupções dentro do quadro já instabilizado.^[85]

Em contrapartida, aqueles que defendem pela possibilidade entendem que a indenização de fato não conseguiria reestabelecer o status quo ante, no entanto, teria um caráter punitivo e dissuasório.

Neste Sentido, Rolf Madaleno:

O dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar^[86]

O autor ressalva:

Exatamente a carência afetiva, tão essencial na formação do caráter e do espírito do infante, justifica a reparação pelo irrecuperável agravo moral que a falta consciente deste suporte psicológico causa ao rebento” compensada.^[87]

E também que:

Além do direito ao nome paterno, o filho tem a necessidade e o direito, e o pai tem o dever de acolher social e afetivamente o seu rebento, sendo esse acolhimento inerente ao desenvolvimento moral e psíquico de seu descendente. Recusando aos filhos esses caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação, age o pai em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai^[88]

Diante do exposto, passaremos a analisar como a jurisprudência se manifesta a respeito do tema.

4.4. Posições jurisprudenciais desfavoráveis à configuração do dano moral por abandono afetivo

Na apelação de número 70019263409, julgada em 2007 pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, um filho gerado em uma relação eventual e reconhecido após ação de investigação de paternidade julgada procedente após exame de DNA ingressou com ação buscando reparação pelo abandono afetivo sofrido. A apelação teve o seu provimento negado.^[89]

Em seu voto, o Desembargador relator Luiz Felipe Brasil Santos entendeu que

E não se pode exigir, como num passe de mágica, que, por força da sentença que o declarou pai – melhor dito, que o declarou genitor, porque o conceito de pai pressupõe um dado socioafetivo constituído na convivência, e não é uma mera decorrência do vínculo genético –, que o apelado tome-se de amores pelo filho e o introduza na família que constituiu, mormente quando se percebe que o não-reconhecimento espontâneo da paternidade deixou mágoas nos envolvidos, o que é de certo modo natural em situações dessa natureza.^[90]

Sustentando ainda que

Os danos que certamente restaram no psiquismo do apelante não podem ser reparados com indenização financeira, mas com a efetiva busca de aproximação com este pai, para que, ainda que tardiamente, possam construir uma verdadeira relação pai e filho, fundada no afeto, e que só é possível com boa vontade de ambas as partes, sem resistências imotivadas, ou motivadas por interesses pecuniários que certamente não privilegiam o bem-estar do menino.^[91]

No entanto, neste caso, a vencida Maria Berenice Dias apontou que o argumento utilizado pelo genitor é um muito utilizado ainda hoje:

A assertiva do réu é de que “ele possui uma família constituída e dois filhos, e é difícil apanhar o autor – filho extraconjugal - e introduzi-lo normalmente ao convívio da sua família, sem causar traumas e sérios conflitos dentre os membros dessa família.”^[92]

Outrossim, a desembargadora sustenta que

Está mais do que comprovado, que a carência do convívio com um dos genitores traz sequelas significativas para o desenvolvimento normal de uma

criança. O autor não está buscando o afeto do pai, não lhe está cobrando a falta de atenção. Está buscando reparação pelo abandono em face da carência afetiva, o que lhe gera danos, consequências para o seu pleno desenvolvimento.^[93]

Entendeu ainda que "*Não se trata de indenizar a falta de atenção, carinho, amor; mas de responsabilizar a postura omissiva desse genitor para o desenvolvimento dessa criança.*"^[94]

No mesmo sentido decidiu em 2008 a 11ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, no julgamento da apelação número 2007.001.63727, caso em que o filho postulava a compensação por dano moral em face de seu pai sob o argumento da falta de amor.^[95]

Em seu voto, o Desembargador relator José Carlos Figueiredo argumentou que:

Não pode o Poder Judiciário determinar a alguém que passe ou volte a amar outrem e, em caso contrário, determinar reparação pecuniária. Na verdade, as queixas e a pretensão de se ver compensado pecuniariamente pela eventual falta de amor paterno repita-se, se traduz numa espécie de castigo que o filho quer impor ao pai, com o que não se pode concordar. Ninguém é obrigado a amar ou continuar amando outrem, especialmente quando a recíproca não se afigura verdadeira. Eventuais discórdias e mágoas recíprocas, além de outros infortúnios oriundos da conturbada relação não podem ensejar a compensação pretendida.^[96]

Em 2009, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da ação cível número 1.0024.07.790961-2/001, no mesmo sentido entendeu pelo não cabimento de responsabilidade civil por abandono afetivo.^[97] O relator sustentou que:

A paternidade requer envolvimento afetivo, e se constrói com o passar do tempo, através de amor, dedicação, atenção, respeito, carinho, zelo e etc. Ou seja, envolve uma série de sentimentos e atitudes que não podem ser impostos a alguém, e muito menos serem quantificados e aferidos como dano indenizável, mas sim como um dano que deveria ser evitado pelo pai.^[98]

Outro ponto importante colocado foi o fato de que como os laços que ligam pai e filho são decorrentes de convivência e da vontade de fazer parte da vida do filho, a decisão não teria o condão de alterar tal distanciamento. Ademais, sustentou que o Judiciário não teria como condenar o pai a amar sua filha.^[99]

Da mesma forma, a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2011, no julgamento da apelação número 0004614-77.2009.8.26.0634, entendeu que o abandono afetivo não constitui ato ilícito, não podendo o tribunal adentrar nas questões de cunho sentimental, como ponderou o relator Desembargador Coelho Mendes em seu voto^[100]:

A verdade é que se, com o processo se buscava um estreitamento dos laços afetivos, o resultado é muitas vezes bem diverso, ou seja, após a lide cria-se uma barreira que pode afastar uma grande probabilidade de futura aproximação.

Assim, creio que, nas relações familiares compete ao Judiciário a defesa dos direitos fundamentais, sem intromissão em questões de cunho sentimental, pois a reparação monetária não é a resposta para um caminho para a felicidade, e o carinho não se impõe por um mandamento estatal, mas se conquista, com respeito, diálogo e consideração.^[101]

Recentemente, no segundo semestre de 2012, a 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina também negou provimento a apelação que pleiteava reparação civil decorrente de abandono afetivo com base em diversas condutas que caracterizam o abandono por parte do genitor, tal como apresentar o filho como se sobrinho este fosse e não ter dado a ele as mesmas oportunidades de educação que foram dadas aos irmãos.^[102]

Apesar de considerar o prejuízo causado pelo descumprimento de zelar pela prole por parte do genitor, o Desembargador relator Jorge Luis Costa Beber fez a seguinte argumentação:

De fato, um pai que jamais prestou assistência afetiva ao filho, não vai mudar seu sentimento por se ver compelido a indenizar sua omissão. A medida sequer teria o condão "educativo", porque afeto não é passível de comércio. O filho que se sentiu negligenciado e mantém no seu íntimo a dor de não ter recebido o desvelo e o aconchego protetor do pai ou da mãe, não vai ver essa carência suprida por valor pecuniário. Antes, o fato de buscar lenitivo em cifras poderia ser indício de expressivo grau de ressentimento e busca por vingança, o que em nada pode minorar o sofrimento intimamente acalentado^[103].

Sendo assim, percebe-se que existem diferentes fundamentos que justificam a adoção do entendimento pela impossibilidade de configuração de dano moral em decorrência do abandono afetivo, como, por exemplo, o de que o judiciário não pode obrigar ninguém ao amor, ou que a indenização não teria o condão de reestabelecer as relações familiares, muito pelo contrário. Este era o

posicionamento que predominava nas decisões dos Tribunais. No entanto, tal entendimento vem sofrendo mitigações. Por isso, passaremos à análise das decisões que se manifestaram favoravelmente à possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo.

4.5. Posições jurisprudenciais favoráveis à configuração de dano moral por abandono afetivo

Uma das primeiras decisões acerca da responsabilização civil do pai por abandono afetivo foi proferida em 2003, na 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, no processo número 141/1030012032-0.^[104]

No caso em questão, o Juiz salientou que embora o Judiciário não possa obrigar ninguém a ser pai, aquele que fez a opção de gerar uma criança não pode se desincumbir de sua função, sob pena de ter que reparar os danos causados aos filhos.

Argumentou ainda, com base no artigo 22 da lei 8.068/90 que os pais possuem dever de guarda, sustento e educação, sendo que esta não abrange apenas a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor e o carinho.

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. Concluindo ainda que *"Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho"*.^[105]

Outra decisão importante foi proferida em 2004, dando provimento à apelação número 408.550-5, proferida 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, a fim de reformar a decisão de improcedência em primeira instância e condenar o pai ao pagamento de indenização por abandono afetivo.^[106]

EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O 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.^[107]

Em seu voto, o magistrado Unias Silva considerou que o princípio da afetividade é reitor das entidades familiares, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, que é reitor de todo o direito. O abandono afetivo sofrido pelo

filho violou o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme pode se perceber na passagem:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.^[108]

Insta ressaltar que essa decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu pela impossibilidade de configuração de danos morais decorrentes do abandono afetivo. No entanto, tal decisão será melhor analisada posteriormente, no tópico relativo ao posicionamento do STJ.

O Tribunal de Santa Catarina possui uma gama de decisões contrárias ao dever de indenizar no abandono afetivo. No entanto, a Segunda Câmara de Direito Civil, proferiu uma decisão favorável em 2008, em sede de apelação número 2006.015053-0.^[109]

O Relator, Desembargador Monteiro Rocha entendeu que:

Haja vista a imprescindibilidade da presença paterna na existência do indivíduo e, tendo em conta os efeitos negativos da ausência do pai na vida do filho, é inegável que o abandono afetivo constitui ato atentatório à dignidade da pessoa humana em processo de desenvolvimento e hábil a gerar dano moral.^[110]

Sendo assim,

Julgar-se inexistente ilícito quando um ou ambos os pais, comprovadamente e de forma omissiva, deixam seus filhos em abandono moral e material é não garantir a eficácia do próprio direito no ordenamento jurídico, o que levaria ao ceticismo jurídico, incluindo-se aí a ceticemia, consistente na doença moral que corrói todo o sistema jurídico que nos envolve.

Para que não haja essa ceticemia jurídica decorrente de ofensas (positivas ou negativas) à lei, ao direito e à justiça, tenho necessidade de entender que o abandono afetivo é ilícito capaz de gerar danos morais e ensejar a sua reparação.^[111]

O Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em 2009, também se pronunciou de maneira favorável a indenização decorrente de abandono afetivo na decisão da apelação número 2009.001.41668, proferida pela 8ª Câmara Cível.^[112]

O caso diz respeito à filha nascida na vigência do Código Civil de 1916 fora da relação matrimonial do genitor, sendo então considerada filha adulterina. No entanto, embora o filho adulterino não pudesse ser reconhecido, isso não afastava o dever do genitor de cumprir com o dever de assistência inerente a paternidade.

Diante disso e do abandono que provavelmente foi sofrido, a relatora Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira entendeu que

Evidente que inexistente a obrigação do pai de sentir afeto pelo filho, sendo impossível a imposição de laço sentimental. Devem, no entanto, os genitores propiciar aos filhos o desenvolvimento sadio de seu caráter, não apenas os amparando materialmente, mas também resguardando sua integridade psicológica e moral, para que ocorra seu crescimento emocional.^[113]

Recentemente, em março de 2013, a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também proferiu decisão em consonância com a possibilidade de indenização decorrente do abandono afetivo.^[114]

O relator Desembargador Helio Faria considerou que no caso a conduta do genitor caracterizou dolo eventual:

“A atitude do requerido revestiu-se de dolo, inclusive eventual, ao assumir o resultado, e colocar a filha em posição econômica de vexame, sem contar as agruras de eventuais promessas. O dolo, essencial à configuração, neste caso, do nexos de causalidade, deve ser extraído do fato de ter o requerido admitido o relacionamento sexual, com a mãe da autora, esquivando-se de se submeter ao exame de DNA ou de procurar fazê-lo.”^[115]

Assim como nas outras decisões analisadas, o relator ressaltou que ninguém pode ser obrigado a amar outra pessoa, no entanto, o afastamento e o desamparo, que acabam por gerar abalo psíquico merecem ser ressarcidos se comprovado nexos de causalidade, que ocorreu no caso em análise.^[116]

Da análise destas decisões favoráveis percebe-se que todas elas utilizam o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o direito, como base de suas argumentações.

Isso porque uma criança tem o direito de um desenvolvimento saudável, e não resta dúvida de que uma relação familiar harmoniosa é de extrema importância para tal.

Com base nisso também, é que a posição do Supremo Tribunal de Justiça sobre o tema parece mudar tendo em vista recente decisão da Terceira Turma. Isto será analisado no próximo tópico.

4.6. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – Mudança de Entendimento.

Como citado anteriormente, um dos primeiros casos de abandono afetivo julgados foi o da apelação 408.550-5, no qual o Tribunal reformou a decisão de primeira instância e condenou o genitor ao pagamento de indenização decorrente de abandono afetivo, tendo em vista que este configura ilícito violador do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contra tal decisão o genitor interpôs o Recurso Especial 757.411/MG^[117], julgado em 2006. Pela primeira vez, analisou-se um dos mais complexos temas de direito de família: a possibilidade de o abandono afetivo possuir caráter indenizável.

Pelos motivos que serão expostos a seguir, a quarta turma deu provimento ao Recurso Especial, reformando assim o acórdão que concedeu a indenização:

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3) RELATOR :
MINISTRO FERNANDO GONÇALVES RECORRENTE : V DE P F DE O F
ADVOGADO : JOÃO BOSCO KUMAIRA E OUTROS RECORRIDO : A B F
(MENOR) ASSIST POR : V B F ADVOGADO : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E
OUTROS EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.

No caso em questão, embora o pai jamais tenha faltado com o dever de alimentar parece ter deixado de lado o dever de convívio e criação de seu filho, função esta exercida exclusivamente pela genitora.

O Ministro relator do processo, Fernando Gonçalves em seu voto começa por citar os dois únicos casos de tentativa de fixação que quantum indenizatório decorrente do abandono afetivo da época, um no Rio Grande do Sul e outro em São Paulo, sendo a demanda em questão a única a ter chegado à Corte.

Nos dois casos em questão houve a condenação do pai ao pagamento de quantum indenizatório decorrente do abandono afetivo, no que pese com a posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul, que entendeu que não caberia ao judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor.

O Ministro sustenta que a questão diz respeito a determinação de quais danos extrapatrimoniais são passíveis de reparação pecuniária. Ressalta que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 24, e o Código Civil no artigo 1.638, II^[118] – não prevê como mecanismo punitivo e dissuasório a indenização pecuniária, mas sim a perda do poder familiar ressaltando, ainda, que ao se admitir a indenização por abandono moral pode-se acabar definitivamente com a possibilidade de que aquele pai busque o amor dos filhos, ainda que tardiamente.

Entende ainda que:

“O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtido com outros meios previstos na legislação civil.” ^[119]

O Ministro Aldir Passarinho, acompanhando o voto do relator, citou a previsão do artigo 384, do Código Civil de 1916^[120], que obriga os pais a ter os filhos em sua guarda e companhia, ressaltando que o artigo seguinte estabelece a sanção para tal descumprimento qual seja – a perda do poder familiar.

O Ministro Barros Monteiro, em seu voto vencido, sustenta que o genitor que deixa de cumprir o dever familiar de convívio, de assistência moral ao filho, pratica conduta ilícita, decorrendo disto a responsabilidade civil. Ao partir desse pressuposto, com base nos ensinamentos de Responsabilidade Civil, o Ministro defende, inclusive, que haveria excludente de responsabilidade caso o progenitor demonstrasse a ocorrência de força maior, por exemplo. Entende ainda que a destituição do poder familiar não interfere na indenização por abandono afetivo.

O Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando os dois Ministros, ressaltou que o direito de família possui princípios próprios, não podendo sofrer influência de outros princípios, incluindo aqui os decorrentes do direito das obrigações.

Defende, então, que, por pior que tenham sido as consequências do abandono e que por mais reprovável que tal conduta seja, a repercussão que o genitor pode sofrer no direito civil, no campo material, deve ser unicamente em relação às prestações alimentícias, e no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder. Isso porque o Ministro acredita não ser possível quantificar o preço

do amor. Caso isso fosse permitido, correríamos o risco de que fossem estabelecidas gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor.

Sendo assim, percebe-se que o recurso proposto pelo genitor foi provido por maioria. Isso porque tais Ministros, ao analisarem a possibilidade, o fizeram basicamente de acordo com os aspectos da responsabilidade civil.

Tal julgamento, por ser o primeiro, acabou por servir de modelo de demais decisões ao longo de alguns anos. Sendo assim, o entendimento do STJ era de que não era cabível a indenização decorrente de abandono afetivo.

No entanto, em abril de 2012, a Terceira Turma ao julgar o Resp. 1.159.242/SP, foi em sentido oposto:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) RELATORA :
MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS
SANTOS ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA ADVOGADO : JOÃO
LYRA NETTO EMENTA

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 conseqüente 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.

O caso julgado versava sobre uma mulher, com 38 anos na data do julgamento, que foi praticamente ignorada por seu pai, que somente a reconheceu com quatro anos de idade após ação judicial, e cujo pensionamento se deu também somente após decisão judicial. Ademais, a mesma alegou ter tido tratamento inferior aos demais filhos do genitor, pois era considerada “filha de segunda classe”.

O réu sustentou que não houve abandono. Ademais, tal não seria considerado ilícito, e a única punição possível para o descumprimento de obrigações relativas ao poder familiar seria a perda do mesmo, conforme art. 1638 do Código Civil.

Em primeira instância a ação teve o seu provimento negado. A Câmara, no entanto, deu total provimento a ação, condenando o genitor ao pagamento da quantia de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) a título de danos morais em razão do abandono afetivo.

O pai interpôs recurso especial, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi. Esta dividiu seu voto em três partes quais sejam: i. A existência do dano moral nas relações familiares; ii. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral e; iii. Do valor da compensação.

Quanto à existência do dano moral, Nancy subdivide o voto em outros dois subtópicos quais sejam: i. Da ilicitude e da culpa; ii. Do dano e do nexa causal. A Ministra ressalta, ainda, que os dispositivos que regulam a matéria (Art. 5º, V e X da CRFB e Arts. 186 e 927 do Código Civil)¹²¹¹ – o fazem de maneira ampla e irrestrita. Sendo assim, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar no que concerne o Direito de Família.

Ademais, sustentou o mesmo que o Ministro Barros Monteiro em seu voto vencido no julgamento do Resp. 757.411/MG, julgado em 2006, no sentido de que:

“A perda do pátrio poder não suprime nem afasta a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.”¹²²¹

No que diz respeito aos elementos necessários à caracterização do dano moral, a Ministra ressalta a complexidade destes quando se fala em relações

familiares por estes serem revestidos de fatores de extrema subjetividade tais como afetividade, amor e magoa, que torna dificultosa a identificação dos elementos que configuram o dano moral.

No entanto, é possível visualizar obrigações mínimas decorrentes do poder familiar, podendo-se destacar o dever de convívio, de cuidado, de educação e de criação e educação dos filhos.

Ressalta que o legislador se fixou na manutenção material da prole, prevendo, por exemplo, a possibilidade de prisão para o alimentante que não cumpre com a sua obrigação. Atualmente, porém, não se coloca dúvida em relação ao dever de assistência psicológica dos pais em relação aos filhos, sendo este tido como obrigação inescapável, mas sim sobre a viabilidade da responsabilização daqueles que descumprem tal dever.

Quanto a ilicitude e a culpa, a relatora lembra que a responsabilidade civil subjetiva é definida como ação ou omissão que causam dano ou prejuízo a terceiro. Por isso, é necessária a análise destes requisitos, assim como das excludentes de responsabilidade.

A Ministra sustenta que o cuidado é um valor jurídico, tendo em vista que é de extrema relevância na formação da personalidade da criança, além de causar impactos no psicológico do futuro adulto, sendo essencial à criação e formação de um adulto com integridade física e psicológica.

O dever de cuidado pode ser percebido no artigo 227 da CRFB^[123]. Ademais, a relatora sustenta que:

“O cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate com os mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.”^[124]

A partir do momento em que se coloca o cuidado como uma obrigação legal, supera-se um dos grandes argumentos contrários à responsabilização civil por abandono afetivo – o de que o judiciário não poderia obrigar ninguém ao amor. Isso porque, no caso, a responsabilização não se dará pela falta de amor com o filho, mas sim, pelo descumprimento do dever legal de cuidado com este.

Ao contrário do amor, o cuidado possui elementos objetivos, e por isso existe a possibilidade de verificação e comprovação do seu cumprimento. De tal

comprovação, surge então o ilícito civil sob a forma de omissão, nascendo aqui a responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Assim como a responsabilidade civil em geral, no âmbito familiar esta também possuirá excludentes de ilicitude, como por exemplo, no caso de alienação parental, limitações financeiras e geográficas, cabendo ao julgador fazer a ponderação do binômio necessidade e possibilidade.

Quanto ao nexa causal, a ministra afirma que este poderá ser estabelecido a partir de laudo formulado por especialista que aponte os danos psicológicos decorrentes da conduta omissiva do genitor. A Ministra considerou presentes todos os elementos do caso – negligência, dano e nexa causal, negando assim o provimento do recurso no que concerne a este ponto.

No que diz respeito a valoração, no entanto, a relatora entendeu que o caso estava dentro da exceção em que pode ser reavaliado pelo Tribunal. Considerou o valor de quatrocentos e quinze mil reais exorbitante, reduzindo o mesmo para a quantia de duzentos mil reais, acrescidos de correção monetária. Neste sentido, proveu o recurso parcialmente apenas para reduzir o quantum indenizatório.

Já o Ministro Massami Uyeda foi vencido. Este deu provimento ao Recurso Especial, por entender que:

“Se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as magoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar”. ^[125]

O Ministro Sidnei Beneti, em seu voto-vista, vai de encontro com Nancy Andrighi, mas faz algumas ponderações.

Assim como a Relatora, ressalta que a existência de vínculo de natureza familiar não constitui causa de exclusão de indenização. Ademais, também considera que a perda do poder familiar não exime a possibilidade de indenização, pois se isso fosse considerado:

“significaria impor ao lesado a perda do direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono) ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao

ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).” ^[126]

Não obstante, pondera no sentido de que a responsabilidade deve ser proporcional ao dano causado, bem como aferida conforme as circunstâncias do caso concreto. No caso em análise, ficou claro que a genitora tornou muito difícil o relacionamento da filha com o seu pai, tendo essa uma parcela de responsabilidade.

No entanto, faz remissão ao acórdão que julgou a apelação da filha, e considera que o genitor não poderia ter de fato abandonado a filha por causa do comportamento agressivo da mãe.

É certo que a indenização pelo abandono afetivo deve, nesse caso, ser descontada da parcela de responsabilidade que a genitora possuiu. Conclui assim como a relatora, pela parcial procedência do recurso, de modo a diminuir o valor do quantum indenizatório para duzentos mil reais.

Por fim, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto vista, também de encontro com o posicionamento da relatora, afasta o problema colocado pelo voto vencido. Paulo de Tarso ressalta que a responsabilidade civil no direito de família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual, sob pena de acabar exigindo no trato diário cautela incompatível com as relações familiares, além de patrimonializar as relações pessoais.

O Ministro entende que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo ser admitido apenas em casos extremos. Sendo assim, apenas o abandono completo do filho teria o condão de gerar responsabilidade civil dos pais. Tal previsão afastaria eventual abuso por parte dos filhos, que insatisfeitos com episódios específicos de sua criação buscariam indenização por dano moral.

Com isso, acompanha a relatora e dá parcial provimento ao recurso tendo em vista que o valor fixado pelo Tribunal de origem foi excessivo, e deve considerar também a conduta da mãe, que dificultou convivência entre pai e filha, devendo o montante ser reduzido para duzentos mil reais.

Cabe colocar que o genitor apresentou embargos de divergência, tendo em vista que esta decisão contraria a anterior, proferida pela Quarta Turma, conforme já exposto.

Caberá ao relator, Ministro Marco Buzzi, avaliar se a decisão recorrida conflita com o entendimento anterior, de 2005, e se preenche os outros requisitos legais.

Se admitido, o processo será julgado pelos dez Ministros que compõe a Segunda Seção do STJ.^[127]

Essa decisão foi a primeira do Superior Tribunal de Justiça a reconhecer a possibilidade de indenização por abandono afetivo. Por mais que ainda possa sofrer mudanças, sem dúvida representa o surgimento de um novo entendimento entre os Ministros.

4.7. Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização por abandono afetivo – Resp. 1298576 / RJ.

O Recurso Especial em questão trata de prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização por abandono afetivo de um filho em face de seu pai. Em primeira instância o juiz rejeitou a arguição de prescrição suscitada pelo réu. Tal entendimento, no entanto, não foi seguido pelo tribunal, que entendeu pela existência de prescrição no caso em tela, fazendo com que o autor interpusesse o recurso especial com base nas alíneas “a” e “c” do artigo 105, III da CRFB^[128].^[129]

Os argumentos utilizados pelo autor, ora recorrente, foram no sentido de considerar que, embora o réu, ora recorrido, já soubesse ser seu pai, optou por reconhecer a paternidade apenas em 2007, quando o autor constava com 50 anos, motivo pelo qual a ação de indenização só foi movida um ano depois, quando momento em que o autor tinha 51 anos de idade, não havendo que se falar em decurso de prazo prescricional. O genitor, por vez, sustenta pela ocorrência do decurso do prazo em razão da desídia de seu filho.

O Resp. teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, que ressaltou que a matéria devolvida no recurso somente diz respeito a ocorrência ou não da prescrição, não cabendo naquele momento a análise da ação originária.

Cabe colocar, ainda, que a análise foi feita em sua maior parte sob as normas do Código Civil de 1916.

Em primeira instância, seguindo a argumentação do autor, o juiz entendeu que:

“A paternidade do réu foi reconhecida em 2007, não havendo que se falar em decurso do prazo prescricional para a presente ação de indenização, que tem como causa o abandono, até porque a presente situação se protraiu no tempo.”^[130]

Já o acórdão recorrido considerou o prazo prescricional de três anos para que a reparação civil seja pleiteada, tendo em vista que ação de indenização e

direito de reconhecimento de paternidade não se confundem, sendo apenas o último imprescritível. Ações condenatórias, em que são considerados direitos subjetivos não podem possuir caráter de imprescritibilidade.

Diante dos argumentos proferidos no acórdão, em seu voto o Ministro faz uma importante diferenciação com relação aos direitos objetivos (ver se fala de objetivo), subjetivo e potestativo, para depois analisar a prescrição em si.

O relator indica que direito subjetivo é aquele que sugere a ideia de prestação ou dever contraposto, direito potestativo é o de sujeição, sem vinculação com qualquer tipo de dever, mas sim uma submissão a uma manifestação unilateral de vontade. Apenas os direitos subjetivos são passíveis de violação. A partir desta surge para o titular do direito subjetivo a pretensão, que nada mais é do que o poder de exigir de alguém a ação ou omissão devida.

Tal pretensão se extingue, no entanto, com a prescrição que nada mais é do que a perda da pretensão em razão da passagem do tempo.

Para que haja segurança jurídica, a maioria dos direitos subjetivos é submetida a prazo prescricional. Este pode ser especial em algumas situações específicas previstas, no Código Civil de 1916 no artigo 178. Mas, via de regra, tais direitos se submetem ao prazo geral do artigo 177¹³¹¹.

Estes prazos se iniciam, em regra a partir do nascimento da pretensão, que sua vez tem origem da violação do direito. Já os prazos decadenciais, aplicados aos direitos potestativos geralmente têm a sua contagem iniciada a partir do nascimento do próprio direito potestativo.

Cabe colocar que existem ainda direitos que, devido ao seu caráter excepcional merecem especial proteção e por isso não se submetem a qualquer prazo prescricional, como ocorre em alguns direitos provenientes do direito de família.

Sendo assim, prescrita a pretensão, remanesce um direito subjetivo que, no entanto, não poderá ser exigido.

O Ministro afirma que, ao contrário da ação de indenização por abandono afetivo, a ação de investigação de paternidade possui caráter declaratório e por isso não se submete a prazo prescricional. Corroborando seu entendimento citando a súmula 149 do STF¹³²¹ que embora a ação de investigação de paternidade seja imprescritível, o mesmo não pode ser afirmado do direito de petição de herança.

Da análise específica do caso, analisou o Código Civil de 1916. Este estabelecia em seu artigo 168, II^[133] que não correria prazo prescricional entre ascendentes e descendentes na vigência do pátrio poder. Este, de acordo com o artigo 392, III^[134] se extinguia com a maioria do filho, que de acordo com o caput do artigo 9º ^[135] ocorria aos 21 anos completos.

Diante disso, considerou que tendo o autor nascido em 1957 e que é incontroverso nos autos que a paternidade biológica sempre foi de conhecimento do autor, o prazo prescricional começou a fluir em 1978.

De acordo com o art. 177 do Código de 1916, esse prazo prescricional era de 20 anos. Conclui-se assim que a prescrição foi iniciada e finalizada na vigência do antigo código, não podendo se falar na possibilidade de aplicação do código de 2002.

Sendo assim, considerando a análise dos fatos e do direito foi de encontro com a decisão do tribunal, no sentido de reconhecer a existência de prescrição no caso.

“Tem razão a doutrina quando alerta para a necessidade de estabilidade das relações jurídicas, visto que, no presente caso, a prescrição resultou do fato de o próprio interessado, ao reconhecer que desde a infância sabia que o réu era seu pai, ter permanecido inerte, ante a afirmada lesão ao seu alegado direito subjetivo, de modo a permitir o transcurso, ainda na vigência do Código Civil revogado, de todo o extenso lapso prescricional vintenário para o pleito de compensação por danos morais”. ^[136]

Não obstante ao prazo prescricional supramencionado, o legislador e o Tribunal parecem estar mudando seus posicionamentos no sentido de admitir a figura do dano moral em virtude do abandono afetivo paterno. Passaremos a analisar, então, dois projetos de lei que visam dar segurança jurídica aos filhos em tal situação.

5. PROJETOS DE LEI ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Em consonância com este novo e crescente posicionamento que entende pela possibilidade de responsabilização civil decorrente do abandono afetivo, dois projetos de lei estão em tramitação.

O Projeto de Lei do Senado 700 de 2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) de modo a caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil e penal.

O projeto de lei inclui nos artigos do Estatuto, a previsão de que compete aos pais a prestação de assistência moral aos filhos, seja através do convívio ou da visitação periódica. Essa deve ser entendida como orientação quanto às principais escolhas e oportunidades, o apoio e a presença física quando for solicitada.

Ademais, além de impor deveres de sustento, educação e guarda, a lei impõe também os deveres de assistência material e moral.

Prevê ainda a existência de conduta ilícita quando da ação ou omissão que ofenda direitos fundamentais da criança ou adolescente, como o abandono moral, sujeita a reparação de danos.

Passa a prever ainda detenção de um a seis meses ao genitor que deixe, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos.

Na justificativa do projeto de lei, o Senador ressalta que esta não possui o poder de alterar a consciência dos pais e solucionar casos de negligência dos filhos, mas sim esclarecer que é dever dos pais acompanhar a formação dos filhos e orientá-los, como discorre na seguinte passagem:

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia. ^[137]

O Senador pretende que a lei estabeleça a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, orientando as decisões que divergentes como hoje são, tem sido causa de insegurança jurídica.

O projeto de lei já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e, no momento está na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, aguardando decisão.

O outro projeto de lei acerca do tema é o 4.294 de 2008, proposto pelo Deputado Carlos Bezerra que modifica o Código Civil e o Estatuto do Idoso de modo a estabelecer a indenização em razão do abandono afetivo.

No Código Civil acrescenta um parágrafo ao artigo 1.632, com a seguinte redação: "*Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral*". ^[138]

No Estatuto do Idoso acrescenta mais um parágrafo no artigo 3º, do seguinte modo: *“§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral”*.^[139]

Na justificativa entende que entre as obrigações existentes entre pais e filhos não há mais apenas a de prestação de auxílio material, mas também de auxílio moral, que consiste na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao desenvolvimento, tendo em vista que o abandono moral gera consequências negativas tanto para crianças, que se sentem rejeitadas, quanto para idosos uma vez que traz sentimentos de tristeza e solidão.

Por fim, em consonância com o entendimento do projeto de lei do Senado, entende que não se pode obrigar ninguém a amar e por isso mesmo, deve-se possibilitar que a vítima receba indenização pelo dano sofrido.

O projeto já foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família e no momento se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Percebe-se assim que muito embora ainda não exista previsão no ordenamento, o Judiciário e o Legislativo não tem ignorado o abandono afetivo. Tendo em vista as recentes mudanças, cada vez mais a indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo vem sendo admitida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar a possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo da relação paterno filial. O estudo foi feito a partir da apresentação doutrinária, análise jurisprudencial e legislativa.

Inicialmente, foi de suma importância fazer uma análise histórica a respeito da entidade familiar. A família da sociedade antiga era patriarcal, extremamente ligada ao patrimônio e, por vezes, considerada como unidade de produção. Este tipo de entidade em muito se difere da atual, que não precisa ser formada necessariamente por um homem e por uma mulher, que não está adstrita a religião e é ligada por vínculos afetivos, visando o melhor desenvolvimento de seus membros.

O legislador, é claro, tentou acompanhar tais modificações, deixando como função do intérprete fazer os ajustes necessários para que a lei se adeque a sociedade em um dado momento. Com isso, a legislação, que antes era de acordo com a sociedade patriarcal que vigorava à época, atualmente atribui poder familiar a ambos os genitores, em igual importância.

O dever de educar, cuidar, de estar presente na vida dos filhos, de prestar assistência material e moral, de conviver, é inerente ao poder familiar e por isso são deveres de ambos os genitores, sejam eles casados ou não.

No entanto, infelizmente não é isso que vem se observando. Atualmente existe uma série de formas de abandono afetivo que não podem ser ignoradas, como o abandono afetivo paterno, o abandono afetivo de idosos, entre outros. No entanto, decidimos por abranger apenas a primeira forma de abandono supracitada neste trabalho, por ser a mais comum na sociedade atual.

O pai acaba tomando como premissa de que o cuidado dos filhos, embora legalmente atribuído a ambos os genitores, é dever exclusivo da mãe, e que o genitor possui o simples papel de prover assistência material e financeira. Esquecem-se de que a figura do pai é de extrema importância para o desenvolvimento da criança.

Surge assim a figura do abandono afetivo paterno, que como visto, pode acarretar sérios prejuízos no crescimento intelectual, moral e psicológico de uma criança ou adolescente, tendo em vista que muitas vezes acabam sentindo-se rejeitadas, trazendo assim mais insegurança e problemas de autoestima do que os já comuns a idade.

Deste modo, o pai que deixa de cumprir com os deveres impostos constitucionalmente estará violando obrigação, surgindo assim o dever de reparar.

Por isso, foi feita também a análise dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam conduta, dano e nexo de causalidade para que se estudasse a ligação entre o descumprimento da obrigação paterna e o possível dever de indenizar.

Sendo assim, a indenização só deve ser concedida se presentes tais requisitos da responsabilidade civil, ou seja, se foi a conduta de abandono do pai que gerou os danos ao filho.

A partir de tais dados, foi feita a análise jurisprudencial do tema, avaliando posições favoráveis e desfavoráveis a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo.

As decisões que entenderam pela impossibilidade da indenização tiveram como fundamento base de que não se pode obrigar um pai a amar o próprio filho. Mas, em recente voto, a Ministra Nancy Andrighi ressaltou que não se trata aqui de obrigar ao amor e ao afeto, mas sim de uma obrigação legal descumprida pelo genitor.

As decisões favoráveis, por vez, também tiveram um argumento em comum: não se trata de obrigar um pai negligente a ser participativo, a dar carinho amor e atenção ao seu filho, mas sim mostrar a esses pais que eles possuem esse dever, além de servir como instrumento de dissuasão para que outros pais não tenham mais essa conduta.

Com isso percebe-se que não se tenta de modo algum monetarizar o afeto, mas sim fazer com que o pai se torne presente na vida de um filho. Defendem ainda que a indenização teria um caráter importante pois além de ser punitivo é também pedagógico.

A mudança jurisprudencial que vem ocorrendo parece estar de acordo com as mudanças sociais e o legislativo, por vez, com seus projetos de lei, visa dar maior segurança jurídica, além de tentar fazer com que o número de “filhos sem pai” seja cada vez menor.

Diante do narrado, conclui-se com o presente estudo, que o papel dos genitores na vida de seus filhos é de extrema importância e que por isso o abandono pode dar causa a problemas psicológicos graves e que não podem ser ignorados pelo intérprete.

Sendo assim, defendemos o entendimento de que os pais podem ser responsabilizados pelo inadimplemento de suas obrigações com seus filhos quando geradores de danos a estes. Por isso as mudanças de entendimento dos doutrinadores, intérprete, e do legislador, são de extrema importância. Talvez essa seja uma forma eficaz de fazer com que muitos pais, finalmente, entendam o importante papel que devem possuir na vida dos seus filhos.

BIBLIOGRAFIA

ANGELUCI, Cleber Affonso - *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Cleber_Affonso_Angeluci/Abandono.pdf>. Acesso em 15 abr 2013.

BOING, Elisângela; CREPALDI, Maria Aparecida - *Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternagem como fator de proteção*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2004000300006>. Acesso em 17 abr 2013.

BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 700 de 6 de dezembro de 2007. Autoria: Senador Marcelo Crivella. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11978.pdf>>. Acesso em 15 abr 2013.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.295 de 12 de novembro de 2008. Autoria: Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>. Acesso em 15 abr 2013.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.295 de 12 de novembro de 2008. Autoria: Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>. Acesso em 15 abr 2013.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. *Afetividade como Fundamento na parentalidade responsável*. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>> Acesso em 22 nov 2012.

COMARCA DE COPÃO CANOA/RS, 2ª Vara Cível, Processo n. 141/1030012032-0. Juiz Mário Romano Maggioni, Rio Grande do Sul, julgado em 15 de setembro de 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª Edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 7, 25ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon, *Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-81082004000300010&script=sci_arttext>. Acesso em 17 mar 2013.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010. 588p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. Volume 6. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDENBERG, Gita Wladimirski. *Psicologia Jurídica da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 80p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6 . 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. PAGINAS.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc>. Acesso em: 17 abr 2013.

LÔBO, Paulo. *Princípio da solidariedade familiar*. Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM. Disponível, para associados, em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>>. Acesso em: 11 jun 2012.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Evolução do Conceito de Família*. Disponível em: <http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30>. Acesso em 04 jun 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Gen: Forense, 2008. 899p.

_____. *O preço do Afeto: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 168

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 356p.

OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. *O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos – O MCA como instrumento efetivo para a implementação deste direito*. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/09_direito.pdf>. Acesso em 11 jun 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por Abandono Afetivo e Material - *Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões*. Edição 25. Dez/Jan 2012.

_____. ***Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo***. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/392>>. Acesso em 15 abr 2013.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Dano moral e direito de famílias: o perigo de monetizar as relações familiares*. Disponível em <<http://www.gontijo->

familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Sergio_Gischkow_Pereira/Dano.pdf>. Acesso em 15 abr 2013.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002. 219p.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho. *Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto*. Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em 15 abr 2013.

SOUZA, Marcus Valério Guimarães de. *Importância da Responsabilidade Civil no Direito Moderno*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 04 de abr. de 2001. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/800/importancia_da_responsabilidade_civil_no_direito_moderno>. Acesso em 09 abr 2013.

STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 757.411/MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, julgado em 29 de novembro de 2005.

STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 115.924-2/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, julgado em 24 de abril de 2012.

STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 1.298.576/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, julgado em 21 de agosto de 2012.

STJ, *Pai recorre de decisão sobre dano moral por abandono afetivo*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105957>. Acesso em 17 de abril de 2013

TARTUCE, Flávio. *O princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família – Abandono Afetivo e Alimentos –* Disponível em <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>> Acesso em 22 de novembro de 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil constitucional das relações familiares – A nova família: problemas e perspectivas*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>>. Acesso em 09 de junho de 2013.

TJ/MG, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0024.07.790961-2/001. Relator Des Alvimar de Ávila, Minas Gerais, julgado em 11 de fevereiro de 2009.

TJ/MG, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada, Apelação Cível n. 408.550-5. Relator Juiz Unias Silva, Minas Gerais, julgado em 01 de abril de 2004.

TJ/RJ, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível n. 2009.001.41668. Relator Des. Ana Maria Pereira de Oliveira, Rio de Janeiro, julgado em 20 de outubro de 2009.

TJ/RJ, Décima Primeira Câmara Cível, Apelação Cível n. 2007.001.63727. Relator Des. José Carlos de Figueiredo, Rio de Janeiro, julgado em 09 de abril de 2008.

TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70019263409. Relator Des. Luiz Felipe Santos, Rio Grande do Sul, julgado em 08 de agosto de 2007.

TJ/SC, Segunda Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2006.015053-0. Relator Des. Monteiro Rocha, Santa Catarina, julgado em 10 de dezembro de 2008.

TJ/SC, Quarta Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2011.073787-1. Relator Des. Jorge Luis Costa Beber, Santa Catarina, julgado em 02 de agosto de 2012.

TJ/SP, Oitava Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 0028272-34.2008.8.26.0451. Relator Des. Helio Faria, São Paulo, julgado em 06 de março de 2013.

TJ/SP, Décima Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 0004614-77.2009.8.26.0634. Relator Des. Coelho Mendes, São Paulo, julgado em 05 de abril de 2011.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 8ª Edição. Almedina, p. 575 apud FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010. 588p. p. 28.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

NOTAS:

^[1] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.27.

^[2] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.p.2.

^[3] Ibid.

^[4] LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Evolução do Conceito de Família*. Disponível em:

<http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30> .Acesso em 04 jun 2013.

^[5] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

^[6] LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Evolução do Conceito de Família*. Disponível em:

<http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30> . Acesso em 04. jun 2013.

^[7] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

^[8] Lei 10.741 - Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

^[9] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

[10] Ibid., p. 62.

[11] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 71.

[12] TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil constitucional das relações familiares – A nova família: problemas e perspectivas*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 jun 2013.

[13] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional. Volume 6. 2a edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

[14] LÔBO, Paulo. *Princípio da solidariedade familiar*. Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM. Disponível, para associados, em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

[15] Código Civil - Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

[16] Código Civil - Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[17] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 71.

[18] TARTUCE, Flávio - *O princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família – Abandono Afetivo e Alimentos*. Disponível em <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em 22 nov de 2012.

[19] CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. *Afetividade como Fundamento na parentalidade responsável* – disponível em <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em 22 nov. 2012.

[20] 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.

[21] FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9a Edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.

[22] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6 . 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.20.

[23] FILHO, Sergio Cavalieri. Op.cit., p. 2.

[24] GONÇALVES, Carlos Roberto. Op.cit., p. 21.

[25] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 7, 25a edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p.51.

[26] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6a edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p.9.

[27] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 7, 25a edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p.26.

[28] Sic: A expressão da lei do talião consiste na justa reciprocidade do crime e da pena, tendo como objetivo trazer o equilíbrio entre o crime cometido e a sanção imposta, podendo se dizer que é simbolizada pela expressão "olho por olho, dente por dente".

[29] DINIZ, Maria Helena. Op.cit., p. 27.

[30] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6, 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.25.

[31] "A *Lei Aquília* que introduziu os primeiros passos da reparação civil, com bases mais lógicas e racionais. Esta lei veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, *estabeleceu* as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Além disso, esta lei introduziu a *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante" –

SOUZA, Marcus Valério Guimarães de. *Importância da Responsabilidade Civil no Direito Moderno*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 04 de abr. de 2001. Disponível em:

< [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/800/importancia da responsabilidade civil no direito moderno](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/800/importancia_da_responsabilidade_civil_no_direito_moderno) >. Acesso em: 09 abr 2013.

^[32] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6a edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11.

^[33] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 7, 25a edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 27.

^[34] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6, 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.26.

^[35] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6, 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.44.

^[36] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 7, 25a edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p.146.

^[37] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 11a Edição. São Paulo: Atlas, 2011. p.23.

^[38] FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9a Edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 142.

^[39] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6, 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.49.

^[40] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6, 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.58.

^[41] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6a edição. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 123-124.

^[42] *Ibid.*, p. 126.

^[43] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 7, 25a edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 57.

^[44] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 11a Edição. São Paulo: Atlas, 2011. p.77.

^[45] FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9a Edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 26.

^[46] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6, 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.36.

^[47] VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. 8ª Edição. Almedina, p. 575 apud FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9a Edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.

^[48] FILHO, Sergio Cavalieri. Op.cit p. 73.

^[49] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6a edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36.

^[50] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 7, 25a edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 80.

^[51] FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9a Edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 73.

^[52] Ibid., p. 75.

^[53] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6a edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 90.

^[54] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6a edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94.

^[55] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. 4a Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.155.

^[56] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6, 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.383.

^[57] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. 4a Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 356p. p. 132-133.

^[58] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 7, 25a edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 110.

^[59] FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9a Edição. São Paulo: Atlas, 2010. 588p. p. 84.

^[60] Ibid., p. 85.

^[61] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. 4a Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 356p. pp. 147-148.

[62] Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

[63] STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 115.924-2/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, julgado em 24 de abril de 2012.

[64] ECA, Art. 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.

[65] OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. *O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos* – O MCA como instrumento efetivo para a implementação deste direito. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/09_direito.pdf>. Acesso em 11 jun 2013.

[66] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

[67] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 461

[68] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por Abandono Afetivo e Material. *Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões*. Edição 25. Dez/Jan 2012.

[69] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p. 460.

[70] MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2a Edição. Rio de Janeiro: Gen: Forense, 2008. p. 353.

[71] *Ibid.*, p. 316.

[72] *Ibid.*, p. 319.

[73] CC - Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

II - tê-los em sua companhia e guarda;

CC - Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

^[74]ECA - Art. 3º 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.

ECA- Art. 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.

ECA - Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

ECA - Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

ECA - Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar

^[75] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes - *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc>. Acesso em: 17 abr 2013.

^[76] Ibid.

^[77] GOLDENBERG, Gita Wladimirski. *Psicologia Jurídica da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 39.

^[78] BOING, Elisângela; CREPALDI, Maria Aparecida. *Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternagem como fator de proteção*.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2004000300006>. Acesso em 17 abr 2013.

^[79] EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon. *Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-81082004000300010&script=sci_arttext>. Acesso em 17 mar 2013.

^[80] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/392>>. Acesso em 15 abr 2013.

^[81] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 460.

^[82] SOUZA, Ivone M. Candido Coelho. *Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto*. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0> . Acesso em 15 abr 2013.

^[83] ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono afetivo: Considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Cleber_Affonso_Angeluci/Abandono.pdf . Acesso em 15 abr. 2013.

^[84] PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Dano moral e direito de famílias: o perigo de monetizar as relações familiares*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Sergio_Gischkow_Pereira/Dano.pdf>. Acesso em 15 abr 2013.

^[85] SOUZA, Ivone M. Candido Coelho. *Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto*. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0> . Acesso em 15 abr 2013.

^[86] MADALENO, Rolf. *O preço do afeto In A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 168.

^[87] Id. *Curso de Direito de Família*. 2a Edição. Rio de Janeiro: Gen: Forense, 2008. p. 316.

^[88] MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2a Edição. Rio de Janeiro: Gen: Forense, 2008. p. 317.

^[89] TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70019263409. Relator Des. Luiz Felipe Santos, Rio Grande do Sul, julgado em 08 de agosto de 2007.

^[90] TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70019263409. Relator Des. Luiz Felipe Santos, Rio Grande do Sul, julgado em 08 de agosto de 2007.

^[91] TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70019263409. Relator Des. Luiz Felipe Santos, Rio Grande do Sul, julgado em 08 de agosto de 2007.

^[92] TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70019263409. Relator Des. Luiz Felipe Santos, Rio Grande do Sul, julgado em 08 de agosto de 2007.

^[93] TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70019263409. Relator Des. Luiz Felipe Santos, Rio Grande do Sul, julgado em 08 de agosto de 2007.

^[94] TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70019263409. Relator Des. Luiz Felipe Santos, Rio Grande do Sul, julgado em 08 de agosto de 2007.

^[95] TJ/RJ, Décima Primeira Câmara Cível, Apelação Cível n. 2007.001.63727. Relator Des. José Carlos de Figueiredo, Rio de Janeiro, julgado em 09 de abril de 2008.

^[96] TJ/RJ, Décima Primeira Câmara Cível, Apelação Cível n. 2007.001.63727. Relator Des. José Carlos de Figueiredo, Rio de Janeiro, julgado em 09 de abril de 2008.

^[97] TJ/MG, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0024.07.790961-2/001. Relator Des Alvimar de Ávila, Minas Gerais, julgado em 11 de fevereiro de 2009.

^[98] TJ/MG, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0024.07.790961-2/001. Relator Des Alvimar de Ávila, Minas Gerais, julgado em 11 de fevereiro de 2009.

^[99] TJ/MG, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0024.07.790961-2/001. Relator Des Alvimar de Ávila, Minas Gerais, julgado em 11 de fevereiro de 2009.

^[100] TJ/SP, Décima Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 0004614-77.2009.8.26.0634. Relator Des Coelho Mendes, São Paulo, julgado em 05 de abril de 2011.

^[101] TJ/SP, Décima Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 0004614-77.2009.8.26.0634. Relator Des Coelho Mendes, São Paulo, julgado em 05 de abril de 2011.

[102] TJ/SC, Quarta Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2011.073787-1. Relator Des Jorge Luis Costa Beber, Santa Catarina, julgado em 02 de agosto de 2012.

[103] TJ/SC, Quarta Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2011.073787-1. Relator Des Jorge Luis Costa Beber, Santa Catarina, julgado em 02 de agosto de 2012.

[104] Copão Canoa/RS, 2ª Vara Cível, Processo n. 141/1030012032-0. Juiz Mário Romano Maggioni, Rio Grande do Sul, julgado em 15 de setembro de 2003.

[105] Copão Canoa/RS, 2ª Vara Cível, Processo n. 141/1030012032-0. Juiz Mário Romano Maggioni, Rio Grande do Sul, julgado em 15 de setembro de 2003.

[106] TJ/MG, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada, Apelação Cível n. 408.550-5. Relator Juiz Unias Silva, Minas Gerais, julgado em 01 de abril de 2004.

[107] TJ/MG, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada, Apelação Cível n. 408.550-5. Relator Juiz Unias Silva, Minas Gerais, julgado em 01 de abril de 2004.

[108] TJ/MG, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada, Apelação Cível n. 408.550-5. Relator Juiz Unias Silva, Minas Gerais, julgado em 01 de abril de 2004.

[109] TJ/SC, Segunda Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2006.015053-0. Relator Des. Monteiro Rocha, Santa Catarina, julgado em 10 de dezembro de 2008.

[110] TJ/SC, Segunda Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2006.015053-0. Relator Des. Monteiro Rocha, Santa Catarina, julgado em 10 de dezembro de 2008.

[111] TJ/SC, Segunda Câmara de Direito Civil, Apelação Cível n. 2006.015053-0. Relator Des. Monteiro Rocha, Santa Catarina, julgado em 10 de dezembro de 2008.

[112] TJ/RJ, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível n. 2009.001.41668. Relator Des. Ana Maria Pereira de Oliveira, Rio de Janeiro, julgado em 20 de outubro de 2009.

[113] TJ/RJ, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível n. 2009.001.41668. Relator Des. Ana Maria Pereira de Oliveira, Rio de Janeiro, julgado em 20 de outubro de 2009.

[114] TJ/SP, Oitava Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 0028272-34.2008.8.26.0451. Relator Des. Helio Faria, São Paulo, julgado em 06 de março de 2013.

[115] TJ/SP, Oitava Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 0028272-34.2008.8.26.0451. Relator Des. Helio Faria, São Paulo, julgado em 06 de março de 2013.

[116] TJ/SP, Oitava Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 0028272-34.2008.8.26.0451. Relator Des. Helio Faria, São Paulo, julgado em 06 de março de 2013.

[117] STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 757.411/MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, julgado em 29 de novembro de 2005.

[118] ECA - Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

[118] CC - Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - deixar o filho em abandono;

[119] STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 757.411/MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, julgado em 29 de novembro de 2005.

[120] Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder;

V - representá-los, até aos 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725 , de 15.1.1919)

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

[121] CRFB – Art. 5º – V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

CRFB – Art. 5º - X - 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;

CC- Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

CC - Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

[122] STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 115.924-2/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, julgado em 24 de abril de 2012

[123] CRFB - 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.

[124] STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 115.924-2/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, julgado em 24 de abril de 2012.

[125] STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 115.924-2/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, julgado em 24 de abril de 2012.

[126] STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 115.924-2/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, julgado em 24 de abril de 2012.

[127] STJ, Pai recorre de decisão sobre dano moral por abandono afetivo. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105957>. Acesso em: 17 abr 2013.

[128] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

[129] STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 1.298.576/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, julgado em 21 de agosto de 2012.

[130] STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 1.298.576/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, julgado em 21 de agosto de 2012.

^[131] CC de 1916 - Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

^[132] STF - Súmula 149 – É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

^[133] CC/16 - Art. 168. Não corre a prescrição:

II. Entre ascendentes e descendentes,

IMUNIDADE DAS ENTIDADES RELIGIOSAS: ABRANGÊNCIA E ANÁLISE CRÍTICA

ELOÁ DE OLIVEIRA:

Escrevendo no conteúdo jurídico desde: 07/01/2020

RESUMO: O presente trabalho buscou elencar as causas de imunidade religiosa, abrangendo desde os primórdios, quais sejam a origem da religião dentro da sociedade e suas funções para com o Estado, até as causas que levaram o constituinte a tratar as entidades religiosas de forma diferenciada. Tais considerações caminharam para a análise de qual o limite para a imunidade, com a finalidade de evitar que haja o excesso sem prejudicar a livre propagação das religiões. Posteriormente, com o referido estudo, se discutiu sobre a extensão dessa imunidade, no que se refere às residências com fim de moradia dos líderes religiosos e análise crítica fundamentando tal entendimento.

Palavras-chave: Imunidade. Templos-religiosos. Abrangência religiosa. Atividades essenciais.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, há muita discussão tributária na maioria das esferas existentes, e no cenário fiscal no âmbito religioso não seria diferente. Assim, há grande crítica sobre a conceituação e ampliação de atuação das entidades religiosas, quais sejam, as imunidades que abarcam os templos-entidades, conforme garantia constitucional, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'b' da Constituição Federal.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

A relação entre religião e Estado é objeto de estudo frequente entre as ciências mais estudadas. O crescimento da religiosidade nas últimas décadas tem exigido significativa atenção dos pesquisadores para a interconexão entre política e religião no mundo contemporâneo.

A religião é presente na humanidade desde os primórdios, essa manifestação advém da necessidade do ser humano ter como base anseios como a fé, que resulta na crença escolhida por cada um, por força da ligação deste com Deus. Além do

mais, é notório que o Estado não consegue suprir todas as necessidades dos indivíduos que compõem a sociedade, tendo a religião/igreja papel de colaboradora para a promoção da vida digna e demais garantias. No entanto, com o passar dos tempos, surgiu um fenômeno denominado de laicismo, que gradativamente separou o Estado e a Igreja das decisões políticas, mesmo havendo, muitas das vezes, respeito à consciência religiosa e a Igreja.

É evidente o crescimento considerável que a religião teve no decorrer dos tempos. Com isso, o Estado se viu na necessidade de regulamentar toda a composição religiosa, que vai desde os líderes aos templos-entidades em si. O que se pode observar na história do Brasil é que o vínculo entre religião e Estado nunca se rompeu. Percebemos algumas rupturas, mas ainda persistem grandes dificuldades para se estabelecer os limites de atuação do Estado e das Igrejas.

Partindo dessa premissa, sabemos que o Estado tem competência tributária sobre os órgãos da sociedade, e tal competência abarca também os templos religiosos. Como dito acima, o constituinte assegurou no corpo constitucional, a imunidade de templos de qualquer culto. Contudo, tal previsão gera tanta discussão nos tempos atuais, que mesmo sendo uma garantia advinda da Constituição Federal vigente, desde 1988, o tema continua sendo alvo de frequentes debates na comunidade jurídica.

2 DAS PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES

A imunidade nada mais é que uma limitação constitucional à competência tributária, que deve ser analisada em conjunto com diversos dispositivos constitucionais, em respeito ao princípio da legalidade. Sendo assim, a imunidade concerne à algumas pessoas ou circunstâncias a atividade menos onerosa, possibilitando a sua manutenção e facilitando seu alcance.

A imunidade tem caráter excepcionalíssimo, desta forma, a aplicação das mesmas deve ser feita com muita cautela, para que a lei não alcance pessoas distintas daquelas que o legislador constitucionalmente quis proteger.

Se as imunidades consistem, conforme mencionamos, em exceção à regra geral, devem os fundamentos para sua aplicação estar manifestos no texto constitucional, sob pena de afronta ao princípio da legalidade e da isonomia tributária. A aplicação das imunidades, que conferem efetividade aos direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados, não podem ofender os demais princípios basilares do direito, devendo observar os fundamentos e parâmetros claros para sua aplicação que justifiquem o tratamento desigual despendido ao beneficiado.

Diante de tais considerações sobre a imunidade de modo geral, o artigo 150, inciso VI, alínea 'b' da Constituição Federal, trata exclusivamente do tratamento da vedação de instituição de impostos sobre templos de qualquer culto, contudo, para uma interpretação mais clara, temos que relacioná-lo ao artigo 5º, inciso VI, também da Constituição Federal, que diz:

VI - e inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Em suma, podemos entender então que as imunidades alcançam às atividades essenciais da instituição religiosa, o que se presume de certa forma que ultrapassando tais atividades, as imunidades devem ser imediatamente cessadas.

Ocorre que, muito se critica as possíveis desvantagens que o Estado pode sofrer com eventuais fraudes de pessoas que usam as entidades religiosas com o fim único de lucro em benefício próprio, sonegar impostos, entre outras ilegalidades, e com tal imunidade constitucional, o ilícito seria acobertado como um todo.

Sabendo que a atividade religiosa vai além do que as praticadas apenas dentro do templo em si, surgiram duas correntes em relação a imunidade das casas paroquiais, as residências dos religiosos, etc... Uma corrente interpreta a imunidade religiosa de forma mais restritiva, onde se limita a imunizar apenas os templos em si, sendo imune ao pagamento de impostos. Contudo, há uma corrente denominada "liberal", na qual, sustenta que a imunidade se estenderia aos "anexos" do templo, isto é, a todos os bens vinculados à atividade religiosa, como os conventos, as casas paroquiais, as residências dos religiosos (...), ambos os entendimentos são defendidos por Ricardo Silva.

3 CONCLUSÃO

Diante dessas considerações, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a imunidade tributária deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a finalidade essencial da entidade religiosa, incluindo então, as casas destinadas a moradia dos padres/pastores.

Como ponto crítico de tais posicionamentos, muito se discute se residências destinadas a moradia dos líderes religiosos, um tanto quanto luxuosa, muitas vezes ocupando uma localização valorizada e que apresentam elevada capacidade contributiva, também tem direito a imunidade disposta nos textos constitucionais?

Como deve atuar a autoridade fiscal para evitar excessos sem prejudicar a livre propagação das religiões? Aqueles que criticam a imunidade abranger a residência destinada à moradia de líderes religiosos defende que elas não estão diretamente relacionadas à propagação da fé (atividade essencial das instituições), motivo pelo qual não devem gozar da imunidade destinada aos templos religiosos.

Contudo, a Constituição Federal é clara ao dispor no artigo 150, inciso VI, paragrafo 4º que a imunidade expressa no referido inciso, compreende o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades.

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Assim, por mais que se critique a abrangência destinada a outras atividades religiosas, por exemplo, como a residência dos líderes, a imunidade dada pelo legislador é uma garantia Constitucional e deve ser respeitada, devendo haver uma fiscalização sobre tais atividades, para que ela seja exercida dentro dos parâmetros legais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Roberto Lins. **Imunidade tributária da casa pastoral**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17683/imunidade-tributaria-da-casa-pastoral>. Acesso em 15 de março de 2017.

ANDRADE, Renata. As relações entre Religião e Estado no Brasil. **Disponível em: <https://revistasenso.com.br/2018/10/08/relacoes-entre-religiao-e-estado-no-brasil/>**. Acesso em 07 de janeiro de 2020.

MOTA, Aline Laranjeira. **Imunidade tributária dos templos**. Disponível em: http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosPublicacoes/20081205_imunidadetributariadostemplos.pdf. Acesso em 15 de março de 2017.

PURETZ, Tadeu. **Alcance da imunidade religiosa necessita ser revista**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-13/tadeu-puretz-alcance-imunidade-religiosa-necessita-revista>. Acesso em 15 de março de 2017.

SANTOS, Adriano. **Uma análise crítica sobre a imunidade tributária das entidades religiosas, com atenção ao âmbito municipal**. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12474. Acesso em 15 de março de 2017.

SOUZA, Bruno Eduardo Pereira de. Imunidade tributária das entidades religiosas: breve análise. **Disponível em:** <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,imunidade-tributaria-das-entidades-religiosas-breve-analise,36090.html>. Acesso em 17 de março de 2017.

O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA EM SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE COMO UM DOS FATORES DETERMINANTES SOCIAIS DE SAÚDE

REINALDO PEREIRA DE AGUIAR: Licenciado em Letras pela FTC/BA, Bacharel em Direito pelo CESAMA/AL, Especialista em Docência no Ensino Superior pela UNIASSELVI/SC, Mestre em Ensino pela UNIVATES/RS, Doutorando em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Secretário Executivo na Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (UNILAB).

RESUMO: Este texto pretende em seu objetivo analisar a transparência ativa da Lei nº 12.527/2011 em todas as regiões brasileiras, sendo realizada em um Estado mais populoso de cada uma das regiões e consequentemente em cada Estado os 10 municípios mais populosos excetuando a capital. Diante do contexto de verificação da determinante social de saúde, necessário se fez realizar esta pesquisa, principalmente no sentido de encurtar a relação doença-saúde com perspectiva de atender bem o usuário e desenvolver potenciais nos municípios para que o usuário fique satisfeito com o serviço público prestado e obtenha acesso à informação pública. E após realizada a pesquisa e análise dos dados observa-se que o acesso à informação pública, contemplado na Constituição Federal (1988) e regulamentado pela lei nº 12.527/2011 tem sua desídia pela Administração Pública em fornecer dados básicos que são obrigatórios pelos municípios brasileiros, principalmente nos que têm mais de 10 mil habitantes. E dados do IBGE também relatam que as determinantes sociais da saúde são fontes de dados para os usuários, afim de buscar a prevenção e precaução na relação saúde-doença. E essa pesquisa foi realizada a partir de abril de 2018 e encerrada em janeiro de 2019.

Palavras-chaves: Acesso a informação pública – Determinantes Sociais de Saúde – Municípios Brasileiros – Lei nº 12.527/2011.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Determinantes Sociais da Saúde (DSS) – 2.1 A relação saúde-doença – 2.2 A sociedade da informação e do conhecimento – 2.3 O direito à informação x cidadania como uma das determinantes sociais da saúde – 2.4 Dados pesquisados sobre as Secretarias de Saúde de Municípios Brasileiros mais populosos quanto à Transparência Ativa, de acordo com a Lei nº 12.527/2011 – 3 Considerações finais – Referências.

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal (1988), em seus artigos 6º e 196, sendo uma norma programática que define Moraes (2003) *apud* Jorge Miranda (1990) como sendo uma norma de aplicação diferida, não é imediata, sendo um dos destinatários o legislador, ficando a ponderação no tempo meio revestindo de plena eficácia possibilitando a discricionariedade, tendo mais natureza de expectativa do que verdadeiros subjetivos, mesmo que o Artigo 196 expõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988, Art. 196).

Este texto pretende em seu objetivo introduzir um pouco sobre a determinante social da saúde, a informação pública, como sendo um fator básico e ao mesmo tempo essencial para combate e prevenção à doença, com foco na saúde. Portanto, para obter o acesso à informação inicia-se o procedimento averiguando os setores públicos responsáveis por este fornecimento de dados que são propícios para conduzir o tratamento da doença com educação e informação sobre a saúde. Esse direito de saúde, direito fundamental social tem como foco reduzir o risco de doenças para todos(as) e de forma igualitária. Então faz presente descrever um pouco sobre as determinantes sociais de saúde (DSS) na relação doença-saúde, e o romper estruturas de conhecimento e informação pública, no que cerne os fatores que determinam a saúde quanto à temática de combate, prevenção e diagnósticos na relação saúde-doença com dados estatísticos obtidos pelo IBGE em 2008 e 2013, usando o refletir em igualdades e diferenças.

No entanto, aspectos fundamentais para condições de vida e de trabalho deverão ser abordados enfatizando a desigualdade do usuário e população. Sendo que as condições de alimentação, nutrição, saneamento básico, habitação, ambientais, de emprego e trabalho, assim como o acesso a serviços de saúde e à informação são várias condições para que tal desigualdade aconteça. De acordo com o modelo de Diderichsen e Hallqvist (1998), adaptado por Diderichsen Evans e Whitehead (2001), demonstra que há uma relação entre a posição social do indivíduo com o diferencial nos tipos de saúde, como por exemplo, de acordo com a posição social ocupada pelo indivíduo aparecerá o diferencial quanto aos riscos que causam danos à saúde; de acordo com a vulnerabilidade tem a ocorrência da doença em exposição aos riscos (COMISSÃO NACIONAL SOBRE DETERMINANTES DA SAÚDE, 2008).

Assim, estabelecer um critério de acesso à informação como determinante social da saúde, ao qual está em vigência a Lei nº 12.527/2012 tornando obrigatória a publicidade dos atos de Administração Pública, inexistindo uma maior necessidade do que o direito à informação ou à saúde, sendo relatado pelas Secretarias Municipais de Saúde de municípios mais populosos no Brasil ao qual serão relatados ao decorrer desse texto. Sendo selecionados um Estado mais populoso de cada uma das regiões brasileiras.

Além disso, na metodologia utilizando a pesquisa bibliográfica para aprofundar a temática de acesso à informação, de forma *online* acessando os sites das Secretarias dos respectivos municípios, tanto com a pesquisa documental no site do IBGE referente ao ano de 2018 e 2013, sempre com foco no acesso à informação de forma igualitária.

O resultado encontrado, antes previsto, logo após o resultado da pesquisa, mesmo com uma legislação ainda nascendo, de 2011, em vigência a partir de 2012, independente da norma programática, necessitando de uma regulação para que esse direito à informação seja estabelecido, atendendo melhor um fator determinante social da saúde, mas considerado inovador e de mudança, tendo em vista que inúmeras destas cidades pesquisadas, como sendo as mais populosas no Brasil em seus resultados observados de que não teriam nem endereço, nem e-mail e nem um telefone para que o usuário entrasse em contato, ou direcionasse à Secretaria daquele respectivo município. Assim, como pensar no atendimento dessa determinante social da saúde “o acesso à informação pública”.

2 DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE (DSS)

As Determinantes Sociais da Saúde relacionam-se às condições de vida de uma pessoa em casa e/ou em seu trabalho, de acordo com definição da Organização das Nações Unidas (ONU). Para Buss e Pellegrini Filho (2007, p. 78) definem essas determinantes como sendo “Os fatores sociais, econômicos, culturais, étnicos/raciais, psicológicos e comportamentais que influenciam a ocorrência de problemas de saúde e seus fatores de risco da população”.

Para Buss e Pellegrini Filho (2007) *apud* Nancy Adler (2006) tem como identificar três gerações de iniquidades à saúde: a) pobreza e saúde; b) de acordo com a estratificação socioeconômica; c) produção de iniquidades - como a estratificação econômico-social consegue estar no corpo humano?

A intervenção da saúde para combater essa diferenciação de vulnerabilidade socioeconômica deve ser trabalhada através de ações preventivas e melhoria da qualidade de serviço prestado à população. Nessa estratificação socioeconômica observa-se: a renda, a escolaridade, o gênero, a cor da pele e o local de moradia. Como por exemplo, o nível de escolaridade manifesta resultados quanto: a problemas de saúde, entendimento das informações sobre saúde, adoção de estilos de vida saudáveis e outros serviços de saúde.

Para Ishitani *et al* (2006), quando referencia dados de municípios, mencionando em acesso à informação observa-se a associação negativa entre a escolaridade e a mortalidade por doenças cardiovasculares. Sendo que no aumento do percentual com alta escolaridade, diminui 3,25 por 100.000 habitantes a taxa de mortalidade.

De acordo com dados da PNAD 2003 ao qual foi estudado por Barros *et al* (2006) no que refere às doenças crônicas, falando-se em escolaridade por sexo, idade, cor de pele e macrorregião relatou que as crianças de 0 a 3 anos tiveram duas vezes a mais doenças que aquelas que tem mais de oito anos (COMISSÃO NACIONAL DE DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE, 2008). Outros dados sobre saúde da Pesquisa de Orçamento Familiar (POF) demonstrou que o excesso de peso aumentou entre os brasileiros de 1974 a 2003, vejam que aumentou de 3,9% para 17,9% (COMISSÃO NACIONAL DE DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE, 2008).

No que tange o saneamento, como determinante social da saúde, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) registrou de forma tímida melhorias na cobertura de água e esgotos nos municípios brasileiros entre os anos de 1999 a 2004, aumentando de 80 para 83% o percentual de domicílios atendidos por abastecimento de água, enquanto a coleta de esgotos em domicílios aumentou de 65% para 70% (COMISSÃO NACIONAL DE DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE).

Assim, observa-se que o modelo de Determinante Social da Saúde imposta por Dahlgren e Whitehead (1991) importa em: condições socioeconômicas, culturais e ambientais gerais inadequadas devido a produção agrícola e de alimentos, educação, ao ambiente de trabalho, as condições de vida e de trabalho, desemprego, água e esgoto, serviços sociais de saúde e habitação. Não bastasse, acresce-se as redes sociais e comunitárias ao qual influenciam bastante no estilo de vida dos indivíduos quando se refere à idade, sexo e fatores hereditários.

Anota-se que são inúmeros fatores que influenciam e desencadeiam para as determinantes sociais da saúde, e desigualdade entre esses indivíduos, é o retrato da realidade da vivência e situação da população brasileira ou mundial com valor de desigualdade social e econômico com consequências no âmbito da saúde. Neste âmbito, as desigualdades e diferenças deveriam ser evitadas, pois as circunstâncias que direcionam essa desigualdade estão no meio em que cresce, vive, trabalha e envelhece, além dos sistemas que são responsáveis para lidar com essas doenças. Desde 2005, quando foi criada a Comissão, e tendo como objetivo a política da justiça social conseguiu integrar vários países focando sempre na igualdade da saúde (COMISSÃO PARA OS DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE, RELATÓRIO FINAL).

E esta Comissão tem algumas recomendações para igualdade em condições e oportunidades em benefícios e deveres na prestação da assistência à saúde como: a) melhorar as condições de vida cotidianas; b) abordar a distribuição desigual de poder, dinheiro e recursos e; c) quantificar e compreender o problema e avaliar o impacto da ação (COMISSÃO PARA OS DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE).

No *primeiro princípio* quando se fala em melhorar, faz-se necessário agir, de forma pensada e de forma igual perante a toda população com oferta de serviços numa forma única, e pensando em ambientes propícios e adequados tendo como consequências as pessoas saudáveis, além de pensar numa proteção social ao longo da vida. No *segundo princípio*, quando fala em abordar a distribuição desigual de poder, reporta-se a igualdade para todos, independentemente da cor, raça, religião, sexo, convicção ideológica e/ou filosófica. Enquanto ao *terceiro princípio* no que refere a quantificação do problema, monitoramento e execução das ações, sempre enfatizando no combate à iniquidade quanto ao âmbito da saúde para uma Esperança de Vida à Nascimento e ao desenvolvimento em todas as faixas etárias para todos, sejam brancos, negros, indígenas, quilombolas e/ou outros, isso em países pobres e em países ricos (DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE, Relatório Final).

2.1 A relação saúde-doença

A doença, entendida como sendo não apenas medições fisiopatológicas, tendo como estado de doença o sofrimento, a dor e o prazer. Enquanto a saúde não percebemos, ao contrário, percebemos apenas quando não estamos bem, ou seja, ouvir o próprio corpo é necessário, pois o indivíduo percebe se estás com o corpo sadio ou doente, relação recíproca entre a patologia e a normalidade.

Quando se fala na relação saúde-doença deve pensar em bem-estar, em modelos clássicos causais como métodos terapêuticos, vacinação, educação em saúde incorporando ações individuais ou coletivas. Para a concepção fisiológica a doença tem sua origem a partir do desequilíbrio com o contexto atual, enquanto a concepção ontológica defende a ideia de que as doenças são entidade externas ao organismo do indivíduo Vianna (2015) *apud* Meyers e Benson (1992).

Enquanto na saúde realiza-se a prevenção, que seja uma ação de forma antecipada, baseada no conhecimento histórico com promoção de saúde, diagnóstico e tratamento precoce além da reabilitação. Acresce a Organização Mundial de Saúde (OMS) definindo como sendo um estado de bem-estar físico, mental e não simplesmente a ausência de doença

ou enfermidade, reafirmando a mensagem de que a saúde resulta de condições usuais, suficientes e necessárias de: alimentação, habitação, educação, renda. Meio ambiente e trabalho.

2.2 A sociedade da informação e do conhecimento

A internet juntamente com as tecnologias atuais fizera com que mudasse o paradigma social do indivíduo na sociedade contemporânea, ao qual tem informações e novos conhecimentos com maior rapidez e facilidade no meio em que vive, por isso, fala-se em sociedade da informação e do conhecimento, ao qual a informação de ontem poderá haver necessidade de modificação, adaptação, ou transformada em novos conhecimentos neste século XXI (COUTINHO; LISBOA *apud* Castells, 2003; Hargreaves, 2003 e Pozo, 2004). Assim, fala-se em informação em casa, no trabalho, no lazer, na Universidade, em todos os espaços.

Essa informação, no caso, a informação pública, por exemplo, proporciona ao indivíduo novos conhecimentos, podendo ser obtida e que deverá ser disponibilizada no Brasil pelas instituições públicas ou que recebam recurso públicos, prevista com a Constituição Cidadã (1988), o direito de acesso à informação, sendo regulamentada em 2011, por ser uma norma programática, em vigência apenas no ano de 2012. Para Mello (2015) em prefácio do Livro Acesso à Informação Pública que tem como organizadores: Valim, Malheiros e Bacariça (2015), afirma Mello que mesmo em sendo nova a Lei de Acesso à Informação, mas que certamente haveria uma transformação nos costumes políticos e administrativos, pensamento este relatado em 2015, com transformações ainda de forma muito tímida. A Constituição Federal (1988) em seu Artigo 5º, inciso XIV assegura o direito de acesso à informação, acresce o inciso XXXIII, que esta informação seja de interesse particular ou coletivo existente em órgãos públicos, sob responsabilização da autoridade competente, exceto os casos de sigilo e que seja indispensável à Segurança da Sociedade e do Estado. E somam com este direito vários princípios constitucionais como a Transparência, a Publicidade e a Eficiência (BRASIL, 1988).

Os destinatários da Lei de Acesso à Informação estão previstos nos Artigos 1º e 2º da Lei nº 12.527/2011:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal [...]

Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres [...] (BRASIL, 2011).

Somam-se a este leque as prestadoras de serviços públicos, pois, as mesmas recebem financiamentos e tem contratos com a Administração Pública, estando obrigadas a

prestar informações ao público. Todas as informações prestadas por estes destinatários aos usuários, ora então cidadãos, devem ser repassadas de forma íntegras, primárias autênticas e atualizadas (ZANCANER, 2015).

A Lei de Acesso a Informação trabalha alguns princípios básicos como: o interesse público e a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana inclui no núcleo desse princípio a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra sendo uma exceção à publicidade da LAI, enquanto ao princípio do interesse público, em alguns casos, derrogar a exceção à publicidade, nesse caso o direito à intimidade e vida privada de uma pessoa em particular, nesse caso, por exemplo, quando uma pessoa tem sua vida revelada para preservar fatos históricos e que sejam relevantes para o país, ou a vida pregressa desnudada pois violaria os direitos humanos. Assim, o interesse público deve sempre observar *a visão coletivizada dos interesses individuais* em palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (ZANCANER, 2015).

Enquanto algumas decisões judiciais afirmam a importância sobre a temática de acesso à informação, e essa informação ao usuário de forma eficiente:

EREsp 1.515.895-MS, Rel. Min. Humberto Martins, por unanimidade, julgado em 20/09/2017, DJe 27/09/2017

Embargos de divergência. Ação coletiva. Direito à informação. Dever de informar. Rotulagem de produtos alimentícios. Presença de glúten. Prejuízos à saúde dos doentes celíacos. Insuficiência da informação-conteúdo "contém glúten". Necessidade de complementação com a informação-advertência sobre os riscos do glúten à saúde dos doentes celíacos.

O fornecedor de alimentos deve complementar a informação-conteúdo "contém glúten" com a informação-advertência de que o glúten é prejudicial à saúde dos consumidores com doença celíaca.

Ao cuidar da oferta nas práticas comerciais, o CDC traz, em seu art. 31, pelo menos quatro categoriais de informação, intimamente relacionadas: i) informação-conteúdo - correspondente às características intrínsecas do produto ou serviço; ii) informação-utilização - relativa às instruções para o uso do produto ou serviço; iii) informação-preço - atinente ao custo, formas e condições de pagamento; e iv) informação-advertência - relacionada aos riscos do produto ou serviço. Perante as exigências do art. 37, §§ 1º e 3º do CDC, a expressão "contém glúten" é uma informação-conteúdo e como tal, é omissa e incompleta, devendo ser complementada por uma informação-advertência. Acrescente-se que a redação lacunosa do art. 1º da Lei n. 10.674/2003 (Lei do Glúten), que ab-rogou a Lei n. 8.543/1992, não esvazia o comando do art. 31 do CDC (Lei 8.078/1990), que determina, na parte final de seu caput, que o fornecedor de produtos ou serviços deve informar "sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores", o que

equivale a uma necessária informação-advertência. Para que a informação seja correta, clara e precisa, torna-se necessária, portanto, a integração jurídica entre a Lei do Glúten (lei especial) e o Código de Defesa do Consumidor (lei geral), pois, em matéria de fornecimento de alimentos e medicamentos, ainda mais a consumidores hipervulneráveis, não se pode contentar com o standard mínimo e sim com o standard mais completo possível. (Informativo nº 612) (INFORMATIVO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017)

A importância da informação correta, neste caso, a informação incorreta poderá ocasionar uma seqüela à saúde das pessoas. Portanto a informação devidamente completa, clara e objetiva faz com que o consumidor tenha confiança em seu trabalho, e são exigências da Lei nº 12.527/2011.

2.3 O direito à informação x cidadania como uma das determinantes sociais da saúde

O Direito à informação para Cepik (2000) em levantamento realizado por David Banisar (2000) no âmbito mundial, em torno de 40 países têm legislações específicas de informações públicas ao cidadão em âmbito governamental. No entanto, de acordo com o site da Associação Nacional de Jornais em 2017 já teriam mais de 100 países que tinham implementado a Lei de Acesso à Informação¹. Esse direito não consta apenas como informações mas, um direito amplo de princípios legais ao qual objetiva que qualquer pessoa ou organização tenham acesso a dados sobre esta pessoa ou sobre a coletividade em bancos de dados das empresas privadas e públicas.

Esse direito à informação são instrumentos legais que estão previstos infra e constitucionalmente nas legislações dos respectivos países. Decretos executivos e decisões judiciais prescrevem sobre esta temática. Vale salientar a importância do Direito à informação em alguns países, como: a) Índia, a corte suprema decidiu em 1982 que esse direito fundamental integrava a liberdade de opinião e expressão. Ainda acresce a legislação Canadense o que seja “registros” significando quaisquer documentos como: pastas de arquivos físicos, cartas, memorandos, relatórios, fotografias, filmes, mapas, vídeos, entre outros (CEPIK, 2000).

Para Zancaner (2015) se “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição” (BRASIL, 1988, Art. 1º, Parágrafo único). Então daí o posicionamento de Zancaner, sobre a Soberania Popular constitucional, pois se é de autoridade a representação daqueles que colocamos à nossa representação no Legislativo e Executivo, então por que estes ocultam as informações que devem ser públicas. No entanto, os detentores do poder, neste caso os representantes seriam

¹ Mais de 100 países adotam a Lei de Acesso à Informação. Disponível em: <https://www.anj.org.br/site/leis/73-jornal-anj-online/713-leis-de-acesso-a-informacao-publica-de-paises-da-america-latina-estao-entre-as-melhores-do-mundo.html>, Acesso em: set. 2019.

obrigados a repensar este Estado Democrático de Direito, tendo em vista que há esse direito à informação com devida publicidade desses atos administrativos.

Esse direito fundamental enfeixado na liberdade de expressão, o direito de informação objetiva buscar, receber e difundir informação pública. Internacionalmente no Art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (ONU, 1948).

Observe que o direito à informação compreende neste caso, procurar, receber e transmitir informações, independente de posição geográfica, isso constata que esse direito deve ser respeitado pelos países mundialmente. Também vem enfatizar o direito à informação o Pacto de San José da Costa Rica (1969), em seu Artigo 13

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Vale destacar que, em termos semelhantes ao mencionado no Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos também enfatiza a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no Pacto de San José da Costa Rica. Assim, observa-se esse processo histórico de prescrição desse direito à informação, previsto na Constituição Brasileira, a Constituição cidadã de 1988.

Para enfatizar, estão elencados na Constituição Federal de 1988, a liberdade de pensamento e de expressão em seu Artigo 5º, incisos IV e IX, e Artigo 220), o direito à informação em seu Artigo 5º, inciso XIV, e Artigo 220), e o direito de acesso à informação pública em seu Artigo 5º, inciso XXXIII e Artigo 37, § 3º, inciso II, e Artigo 216, § 2º. Sendo que a liberdade de pensamento e de expressão conjuntamente com o direito à informação objetivam garantir o livre fluxo de notícias, críticas, ideias e informações, enquanto o direito de acesso à informação pública visa assegurar o acesso às informações constantes dos registros do estado (VALIM, 2015).

2.4 Dados pesquisados sobre as Secretarias de Saúde de Municípios Brasileiros mais populosos quanto à Transparência Ativa, de acordo com a Lei nº 12.527/2011

A pesquisa foi realizada da seguinte forma: a) escolhi um Estado de maior população por região no Brasil para realizar a pesquisa, e utilizando o site das 10 primeiras cidades mais populosas (de acordo com dados do IBGE), excluindo a Capital. Após esta

análise foram selecionados os Estados: da Bahia² (Nordeste), de São Paulo³ (Sudeste), do Rio Grande do Sul⁴ (Sul), de Goiás⁵ (Centro-Oeste) e do Pará⁶ (Norte).

Foi analisado os sites, apenas, um dos requisitos básicos que exige a Lei de Acesso a Informação, em seu Art. 8º (endereço, e-mail e telefone), assim como este trabalho reporta às Determinantes Sociais da Saúde, assim, pensar o exercício de direito à informação como uma determinante social em um município, pensa-se em acessibilidade universal, sem distinção de cor, raça, religião, pois quando se escreve um e-mail não conhece o receptor, usa-se a imparcialidade. E após análise dos sites destes municípios, dos respectivos Estados, resolvi realizar uma pesquisa na modalidade transparência passiva, mas com o objetivo de atender a demanda da transparência ativa enviando um e-mail para as secretarias de saúde dos municípios com o texto:

FIGURA 1: E-mail com pedido de informações para Secretaria Municipal de Saúde

2 Os 10 Municípios pesquisados na Bahia: Feira de Santana, Vitória da Conquista, Camaçari, Juazeiro, Itabuna, Lauro de Freitas, Teixeira de Freitas, Ilhéus, Barreiras e Simões Filho.

3 Os 10 Municípios no Estado de São Paulo: Guarulhos, Campinas, São Bernardo do Campo, Santo André, São José dos Campos, Santo André, São José dos Campos, Osasco, Ribeirão Preto, Sorocaba, Mauá, São José do Rio Preto.

4 Os 10 Municípios no Rio Grande do Sul: Caxias do Sul, Pelotas, Canoas, Santa Maria, Gravataí, Viamão, Novo Hamburgo, São Leopoldo Rio Grande e Alvorada.

5 Os 10 Municípios pesquisados em Goiás: Aparecida de Goiânia, Anápolis, Rio Verde, Luziânia, Águas Lindas de Goiás, Valparaíso de Goiás, Trindade, Formosa, Novo Gama e Senador Canedo.

6 Os 10 Municípios pesquisados no Pará: Ananindeua, Santarém, Marabá, Parauapebas, Castanhal, Abaetetuba, Cametá, Marituba, São Félix do Xingu, Bragança.

Informação - centro de saúde/posto de saúde/centro médico

Reinaldo Pereira <reinaldo.p.aguiar@gmail.com>
Para: adm.sms.@hotmail.com, smscameta@aoi.com

30 de abril de 2018 00:06

Prezada equipe,

Qual o endereço, telefone e e-mail do centro de saúde e/ou atendimento público de saúde para quem deseja realizar uma consulta médica e que esteja mais próximo para quem mora no centro de Cametá.

Muito agradecido pela resposta

--

Reinaldo Pereira de Aguiar - lattes
Graduado em Letras e Bacharel em Direito
Especialista em Docência no Ensino Superior
Mestre em Ensino - UNIVATES/RS
Doutorando em Políticas Sociais e Cidadania - UCSAL/BA

Contato pelas redes sociais:

Instagram: [@reinaldopereira2000](https://www.instagram.com/reinaldopereira2000)
Facebook: <https://www.facebook.com/reinaldo.pereira.5249>

FONTE: Próprio autor (2018).

Nesta pergunta, analisa-se:

a) Direcionando o termo “*Prezada Equipe*”, pois muitas Secretarias, Instituições Públicas, pessoaliza o atendimento, “Eu não posso resolver esta situação. Eu não tenho como lhe atender, ou mesmo até individualizando o e-mail de um Setor, Departamento, Secretaria colocando o nome desse chefe e não pensando algo impessoal, pois o cargo é passageiro” Utiliza-se muito o pessoal, o eu, o nome daquela pessoa, desvirtuando-se o interesse da Administração Pública, a finalidade específica, o atender coletivo, a Supremacia do interesse público sobre o privado.

Contudo, ainda existem mesmo e-mail de uma equipe, por exemplo: secretariadesaudedegoncalves@goncalves.ba.gov.br que apenas uma pessoa do setor utiliza este correio eletrônico. Em situações excepcionais de licença, férias e capacitação e/ou outros, aquele setor, seção ou secretaria, literalmente para no tempo, pois somente aquela pessoa tem acesso ao correio eletrônico.

Dando continuidade à pesquisa, no e-mail enviado pergunto de forma objetiva: *endereço, e-mail e telefone de centro de saúde ou posto médico no centro daquela cidade*. Tendo aqui alguns objetivos específicos como: a) mostrar que a pergunta está sendo realizada por um morador daquela cidade, realizando de forma impessoal, principalmente que a mesma pergunta será realizada com as secretarias de 50 municípios brasileiros; b) pergunta objetiva para mostrar interesse e supondo resposta com maior brevidade; c) mesmo sabendo que algumas Secretarias têm esses dados foi enviado para verificar a receptividade e o atendimento ao usuário quanto ao atendimento *on-line*, na questão da eficiência e respeito ao usuário do serviço público.

Após realizada a solicitação de informação, em abril de 2018, de acordo com a pergunta acima (figura 1) para as Secretarias de Saúde, reportando em alguns casos o e-mail da secretaria sendo o nome do(a) secretário(a), equivocadamente pessoalizando o atendimento.

TABELA 1: E-mail de Secretarias e *feedbacks* dos Municípios pesquisados⁷

Estado / objeto de pesquisa	Quantidades de Secretarias com e-mails	E-mails incorretos	Secretarias com <i>feedback</i>	Secretarias com <i>feedback</i> completo Prazo x dias
BAHIA	5/10	01	---	---
GOIÁS	6/10	01	---	---
PARÁ	9/10	01	---	---
RIO GRANDE DO SUL	9/10	---	01	01
SÃO PAULO	7/10	---	01	01

FONTE: Sites dos respectivos municípios pesquisados (abril/maio, 2018).

Com base no resultado encontrado observa-se que nenhum dos Estados com base no universo das 10 cidades mais populosas por Estado pesquisado têm o básico de informações (endereço, telefone e e-mail no site), incorrendo na ineficiência de informações perante o que solicita a Lei nº 12.527/2011, quando se refere à transparência ativa e que até o presente não responderam. Observa-se que o Estado do Rio Grande do Sul tem uma eficiência quase integral nos resultados, juntamente com o Estado do Pará. No entanto, o Estado da Bahia apenas 50% dos municípios pesquisados têm o e-mail nas Secretarias Municipais de Saúde.

Vale ressaltar um fato que despertou bastante atenção foi o Município de Luziânia⁸ no Estado de Goiás que de acordo com o IBGE no último censo contava com 174.531 pessoas, ao qual em seu site, tem apenas a página da Secretaria de Educação (dados de abril de 2018), não tendo qualquer página de outras secretarias, incluindo a de Saúde. Em janeiro de 2020, quando observado já consta dados de outras secretarias, mas que não estava cumprindo com o Art. 8º da Lei nº 12.527/2011 em muitas das hipóteses prevista neste artigo.

⁷ PESQUISA: Universo de 50 cidades, sendo as 10 primeiras mais populosas em cada um dos Estados pesquisados, sendo um em cada região brasileira.

⁸ Disponível em: <<https://www.luziania.go.gov.br>>, Acesso em 30 abril 2018.

TABELA 2: Endereços e telefones das Secretarias nos Municípios pesquisados⁹.

Estado / objeto de pesquisa	Quantidades de Secretarias com endereços	Quantidades de Secretarias com Telefones	Site do Município com Endereço	Site do Município com Telefone
BAHIA	7/10	9/10	7/10	5/10
GOIÁS	8/10	8/10	9/10	8/10
PARÁ	8/10	7/10	9/10	8/10
RIO GRANDE DO SUL	10/10	10/10	10/10	10/10
SÃO PAULO	9/10	10/10	10/10	10/10

FONTE: Sites dos Municípios pesquisados (abril/maio, 2018).

Nota-se que os 10 municípios do Estado do Rio Grande do Sul tem endereços e telefones no site, dados estes das secretarias e do município para contato e localização, seguido do Estado de São Paulo quase que em sua totalidade, no entanto os 10 municípios do Estado da Bahia ainda deixam a desejar nessa questão básica de transparência ativa.

A partir de então, de acordo com a análise dos dados adquiridos nos meses de abril e maio de 2018, e aguardando dados até janeiro de 2019 observa-se que os sites dos 10 municípios, juntamente com as secretarias municipais de saúde não disponibilizavam os dados pesquisados, e no que refere ao art. 8º da Lei nº 12.527/2011 mostrando ineficiência quanto à transparência ativa.

Alguns dados devem ser observados como: a) o município de Bragança no Estado do Pará, com 113227 pessoas de acordo com último censo do IBGE sancionou o Decreto nº 062/2018 que Regulamenta no Âmbito do Poder Executivo Municipal, o acesso à informação pública pelo cidadão, e neste também menciona sobre a transparência ativa ao qual informa:

Art. 6º - É dever dos órgãos da Administração Direta e Indireta, sempre que possível independente de requerimento, a divulgação

⁹ PESQUISA: Universo de 50 cidades, sendo as 10 primeiras mais populosas em cada um dos Estados pesquisados, sendo um em cada região brasileira.

em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observadas as normas de publicações e as exceções previstas neste Decreto e na Lei nº 12.527/2011 (BRAGANÇA-PA, 2018)¹⁰.

Sendo esta um adendo à Lei nº 12.527/2011 que em seu artigo 8º deixa explícito que é dever da Administração Pública dispor, independente de requerimento, no entanto contradiz este próprio município de Bragança que na página inicial do site não tem um número de telefone, contradizendo o que se afirma em Lei, descumprindo os princípios da Administração Pública. Sendo:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o **caput**, deverão constar, no mínimo:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público (BRASIL, 2011).

Ratifica a lei supra, do Poder Executivo Federal, Lei nº 12.527/2011 que vem normatizar o Art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal (1988) e enfatiza a necessidade de no mínimo endereço, telefone e horário de funcionamento que esteja disponível nos sites das instituições públicas, e neste caso da cidade de Bragança no Estado do Pará não consta na página do município.

Para enfatizar a importância da pesquisa e observar o acesso a informação como determinantes sociais da saúde o IBGE forneceu dados importantes, para pensar igualdade entre os indivíduos, independente de idade, cor, raça, religião, escolaridade, condições econômicas.

De acordo com a população brasileira, divulgada pelo IBGE¹¹, em censo realizado em 2010, observa-se que a maioria da população brasileira, de acordo com a faixa etária analisando a pirâmide tem a faixa etária de 15 a 34 anos de idade, então pergunta-se tem políticas públicas direcionadas para esta população nesta faixa etária?

10 Disponível em: <<http://www.braganca.pa.gov.br/index.php/publicacao-1>>, Acesso em 20 maio 2018.

11 Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/47/48940>>, Acesso em: 15 abril 2018.

No panorama saúde informa o IBGE (2009) que tem 105.270 estabelecimentos de Saúde no Brasil¹², tendo apenas 96.450 estabelecimentos em atividade. Quando se refere à quantidade de leitos para internação em estabelecimentos de saúde fala-se em 431.996 leitos.

Portanto, pesquisados alguns dados no site do IBGE para analisar algumas das determinantes sociais da saúde como: discriminação, prevenção e combate às doenças, alimentação e doenças.

1. Acesso e utilização dos Serviços de Saúde, Acidentes e Violências (2013)

Domicílios particulares	
Equipe de saúde da família e agente de combate às endemias	
Cadastrados em unidade de saúde da Família (53,4%)	Visita de algum agente de endemias nos 12 meses anteriores à data da pesquisa receberam pelo menos uma visita (69,4%)

Fonte: IBGE⁴

Um número baixo de cadastro realizado na unidade de saúde da família, apenas um pouco mais da metade da população, além da visita de agente de endemias nas casas dos moradores. Assim, partimos para o atendimento e a prevenção quanto à atividade bucal.

Pessoas de 18 anos ou mais	
Discriminação no serviço de saúde – no atendimento médico já se sentiram discriminadas (10,6%)	Saúde bucal – uso de escova de dente, pasta de dente e fio dental para a limpeza dos dentes (53%)

Fonte: IBGE⁴

Essa percentagem demonstra a inequidade entre a população, na discriminação isso é um quantitativo apenas de pessoas que falam ter sido discriminadas porque conhecem o que venha a ser discriminação, além de ter coragem para denunciar, e o outro dado quanto ao quantitativo de pessoas que usam a escova e fio dental, um número muito baixo.

¹² Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv46754.pdf>>, Acesso em 10 abril 2018.

A prevenção e combate às doenças se faz necessário para toda a população em todas as faixas etárias, mas o IBGE retrata apenas as mulheres de 25 a 69 anos, veja a análise comparada entre dados numa mesma situação em 2008 e 2013.

Saúde da mulher	
Mulheres (25 a 64 anos) - Exame preventivo para câncer de colo de útero (últimos 3 anos anteriores à pesquisa) – (79,4%) – 2013, enquanto em 2008 foi (84,5%).	Mulheres (50 a 69 anos) - Exame de mamografia (últimos 2 anos anteriores à pesquisa) – (60%) – 2013, enquanto no ano de 2008 foi de apenas (76,3%).

Fonte: IBGE (2013)

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística faz pesquisa, observando apenas dados estatísticos das mulheres, porque não pensar em saúde do homem que pouco se fala. Será porque aqui fala-se apenas em câncer de colo do útero, isso comprova com dados, de acordo com estudo da *American Cancer Society*, dados repassados pela revista época, à qual informa que o câncer atinge mais homens do que mulheres, de acordo com análise de 36 tipos de câncer¹³.

Acrescendo dados sobre o combate e prevenção às doenças, deve ser mencionado outra faixa etária da população que são os “idosos”, ou melhor maior idade

Saúde dos indivíduos idosos	
Inserção social – participação em atividades sociais organizadas (24,4%)	Vacinação – contra gripe (últimos 12 meses anteriores à pesquisa) (73,1%)

Fonte: IBGE (2013).

Observa-se que há uma exclusão das pessoas da maturidade, do meio social, deixando de fora das ações integrativas com a população, das demais faixas etárias considerando inaptos para as ações. Inclusive na vacinação um quantitativo um pouco baixo usufrui desse direito, enquanto este grupo e as crianças tem preferência sobre esta ação de combate e prevenção como uma das determinantes sociais da saúde.

¹³ Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI249161-15257,00-HOMENS+SAO+MAIS+PROPENSOS+A+TER+CANCER+DO+QUE+MULHERES.html>>, Acesso em: 18 abril 2018.

Falamos um pouco sobre a maturidade, então as pessoas com 18 anos ou mais consideram:

Em 2008, 75,3% Autoavaliam a saúde como sendo muito boa ou boa	Em 2013, 66,1% Autoavaliam a saúde como sendo muito boa ou boa
--	--

Fonte: IBGE (2013)

Assim, deve-se anotar que do período de 2008 para 2013 ao invés de progredir a percentagem de melhorias na análise da saúde per si só, mas ao contrário houve uma regressão nesse quadro. E outro ponto abordado como determinante social da saúde é a questão da alimentação e nutrição.

Consumo alimentar	
Alimentos doces regularmente (21,7%)	Feijão regularmente (71,9%)

Fonte: IBGE (2013).

A ingestão de alimentos sem um devido controle, possibilita, neste caso, muitos doces uma consequência para obtenção de diabetes e outras doenças crônicas, inclusive doenças como câncer ao uso de tabagismo com bastante frequência.

Tabagismo	
Fumantes (17,2%) – 2008	Fumantes atuais de cigarros (14,5%) – 2013
Doenças crônicas	
Diabetes (3,65) – 2008	Doença de coluna ou costas (13,5%) - 2008
Diabetes (6,2%) – 2013	Doença crônica de coluna (18,5%) – 2013

Fonte: IBGE (2013).

Sendo o combate e a prevenção uma das melhores soluções para evitar piores consequências para o indivíduo. A falta de exercício físico acarreta outros problemas, como problemas ocasionais na Coluna mas que estarão sempre presente com o indivíduo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à informação pública considerado no texto, ainda em caminhando, em desenvolvimento, desde a publicação da Lei nº 12.527/2011, que normatizou a Norma Programática prevista no Art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal (1988). No entanto quando se refere ao direito fundamental à saúde, Art. 196 que menciona como direitos de todos a saúde, pensa-se no *feedback* respondido pelas Secretarias, de apenas 2 respostas de 50 secretarias, um número infimamente pequeno.

Então observa-se como restabelecer esse direito à informação, pois a Lei nº 12.527/2011 fala-se se em direito de resposta em até 20 dias, podendo prorrogar-se por mais 10 dias, no entanto passou-se exatamente 21 dias, sem qualquer resposta, contabilizando apenas as 2 respostas das Secretarias.

O fato comprova a ineficiência da Administração Pública quanto aos dados públicos para acesso à informação para a população, então pergunta-se, se a pesquisa foi realizada utilizando apenas endereço, e-mail e telefone, das Secretarias e Municípios, havendo bastante ineficiência, quando pergunta-se sobre horário de funcionamento, despesas e receitas que são dados também obrigatórios a ineficiência possibilita realizar uma pesquisa questionadora e que tenha bastante fundamento para a temática de acesso à informação.

Assim, conclui que o Brasil tem muito que melhorar a concessão de direitos ao consumidor e o próprio dever da Administração Pública em cumprir regras e leis. E a partir desse trabalho, proporcionou à busca de novos dados para o desenvolvimento da minha tese do doutorado em Políticas Sociais e Cidadania sobre Acesso à Informação Pública em Universidades Brasileiras com foco na transparência e eficiência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011 (Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências). Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>, Acesso em: 2 abril 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESUMO. INFORMATIVO 612 DO STJ. PROCESSO EREsp 1.515.895-MS, Rel. Min. Humberto Martins, por unanimidade, julgado em 20/09/2017, DJe 27/09/2017. RAMO DO DIREITO DO CONSUMIDOR TEMA Embargos de divergência. Ação coletiva. Direito à Informação. Dever de Informar. Brasília: Informativo do STJ, 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, **1988**.

BUSS, Paulo Marchiori; PELLEGRINI FILHO, Alberto. **A Saúde e seus Determinantes Sociais**. PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1):77-93, 2007.

CEPIK, Marco. **Direito à informação**: situação legal e desafios. Revista IP – Informática Pública, v. 2, n. 2, 2000, p. 43-56.

COMISSÃO NACIONAL SOBRE DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE (CNDSS). As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil. / Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. – Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

COUTINHO, Clara; LISBOA, Eliana. **Sociedade da Informação, do conhecimento e da aprendizagem**: desafios para educação no século XXI. Revista de Educação, Vol. XVIII, n. 1, 2011, p. 4-22.

DIDERICHSEN, Evans and WHITEHEAD. 2001. The social basis of disparities in health. In Evans et al. (eds). 2001. Challenging inequities in health: from ethics to action. New York: Oxford UP.

IBGE. Pesquisa nacional de saúde: 2013 : acesso e utilização dos serviços de saúde, acidentes e violências : Brasil, grandes regiões e unidades da federação / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. – Rio de Janeiro : IBGE, 2015.

ISHITANI ET AL (2006) ISHITANI, L. H. et al. Desigualdade social e mortalidade precoce por doenças cardiovasculares no Brasil. Revista de Saúde Pública, 40(4): 684-691, 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. Manual de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VALIM, Rafael. O Direito Fundamental de Acesso à Informação Pública. IN: VALIAM, Rafael; MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina. Acesso à Informação Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a Lei de Acesso à Informação. IN: VALIAM, Rafael; MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina. Acesso à Informação Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

VIANNA, Lucila Amaral Carneiro. **Processo saúde-doença**. Módulo Político Gestor (Especialização em Saúde da Família). UNIFESP, 2015. Disponível em: <https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_politico_gestor/Unidade_6.pdf>, Acesso em: dez. 2019.

AS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL COM O PACOTE ANTICRIME

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: Este estudo sucinto objetivou compreender as mudanças na legislação penal e processual penal promovida pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Uma das principais é o aumento do tempo máximo que a pessoa pode ficar presa cumprindo pena, que passou de 30 para 40 anos. O juiz de garantia é figura responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, diferente do juiz que dá a sentença no processo. A audiência de custódia como lei e o veto à videoconferência, e a reavaliação de prisão preventiva a cada 90 dias, como pontos bastante alinhados às garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Mudanças. Legislação penal. Processual penal. Pacote anticrime.

ABSTRACT: This succinct study aimed to understand the changes in criminal and procedural criminal legislation promoted by Law 13.964 / 2019 (Anticrime Package). One of the main ones is the increase of the maximum time that a person can be imprisoned serving a sentence, which went from 30 to 40 years. The surety judge is responsible for controlling the legality of the criminal investigation, unlike the judge who gives the sentence in the process. The custody hearing as a law and the videoconferencing veto, and the re-assessment of pre-trial detention every 90 days, as points well aligned with the fundamental guarantees.

KEYWORDS: Changes. Criminal Legislation. Criminal procedure. Anti-crime package.

1INTRODUÇÃO

O chamado “Pacote Anticrime” do Governo Federal se refere a um conjunto de alterações na legislação brasileira que visa a aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal.

O pacote Anticrime recebeu muitas críticas pela proposta de alteração da legítima defesa. Opositores políticos, especialistas e movimentos sociais apontaram que a alteração proposta dá carta branca para a polícia matar, o que coloca em risco principalmente as comunidades negras e periféricas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Pacote Anticrime: principais mudanças:

Código Penal

Em relação ao Código Penal, a nova lei criou uma hipótese fictícia de legítima defesa do agente de segurança pública, de aplicabilidade e técnica jurídica discutíveis (novo art. 25, parágrafo único); dispôs-se sobre a execução da pena de multa (novo art. 51); alterou de 30 para 40 anos o tempo máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade (novo art. 75); ampliou os requisitos para concessão de livramento condicional (novo art. 83, inc. III); criou uma hipótese de perda "dos bens [...] correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito", de difícil e perigosa aplicação concreta (novo art. 91-A); ampliou o rol de causas impeditivas da prescrição (novo art. 116, incs. III e IV); incluiu novas hipóteses de roubo majorado – a saber, pelo emprego de arma branca (novo art. 157, § 2º, VII) e pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido (art. 157, § 2º-B); e aumentou de 8 para 12 anos a pena máxima do crime de concussão (novo art. 316), equiparando-a à do crime de corrupção e corrigindo o que parece ter sido um esquecimento do legislador da Lei 10.763/03 que, à época, aumentou somente as penas da corrupção ativa e passiva.

Código de Processo Penal

Mais profundas são as mudanças no Código de Processo Penal. Embora não constasse do projeto original, a figura do "juiz de garantias", responsável por controlar a legalidade da investigação criminal (fase prévia ao processo judicial), foi contemplada no texto aprovado, atendendo a uma demanda de mais de década de pesquisadores de direito processual penal que, inspirados em modelos legislativos de diferentes países dos continentes europeu e americano, reclamavam ao direito brasileiro a separação do juiz responsável pela investigação do responsável pelo processo e sentença, com vistas a propiciar maior independência e isenção ao ato de julgar.

Por esses motivos, a ideia já fora contemplada no Projeto de Novo Código de Processo Penal (PLS 156/09), apresentado ao Senado Federal há uma década e ainda em tramitação, de cujos debates aproveitou-se, neste ano, o Congresso Nacional para incrementar o projeto anticrime. A inovação (novos arts. 3º-A a 3º-F do CPP) homenageia a imparcialidade da jurisdição e ajuda a aproximar o Brasil dos sistemas processuais da maioria dos países democráticos, razões por que é bem-vinda, mas contém problemas, sendo o principal deles a extensão da competência do juiz de garantias até momento posterior ao da instauração do processo (v. novo

art. 3º-C), quando o recebimento da denúncia e todo ato posterior deveria caber ao juiz do processo.

Outro instituto processual que mereceu especial atenção na nova lei refere-se à proteção à cadeia de custódia da prova (novos arts. 158-A a 158-F do CPP), que visa a dar maior confiabilidade às provas coletadas e, portanto, às decisões judiciais que nelas se fundem, sendo este outro tema em que a legislação brasileira encontrava-se muito atrasada em relação às leis processuais de outros países.

Ainda quanto a alterações promovidas no Código de Processo Penal, criaram-se garantias defensivas especiais para agentes de segurança pública (novo art. 14-A); modificou-se o regramento legal atinente ao arquivamento de inquéritos (novo art. 28); criou-se legislativamente o acordo de não persecução penal para crimes de média gravidade (art. 28-A); alterou-se o tratamento da alienação de coisas apreendidas (novo art. 122), bem como da destinação de obras de arte que tenham sido objeto de perdimento (novo art. 124-A) e venda (novo art. 133) e utilização por agências públicas (novo art. 133-A) de outros bens; reforçou-se a garantia contra o uso indevido de provas ilícitas (novo art. 157, § 5º); aperfeiçoou-se o capítulo referente a medidas cautelares, com a importante supressão, também há muito reclamada pela doutrina, da possibilidade de que sejam decretadas pelo juiz sem um prévio pedido do Ministério Público ou representação da autoridade policial (novo art. 282, § 2º); reafirmou-se a importância das audiências de custódia (novo art. 310) e a necessidade de a decretação da prisão preventiva ser concretamente justificada (novos arts. 311, 312, 313, 315 e 316); buscou-se dar a devida efetividade, no processo penal (novo art. 315, § 2º), à garantia constitucional da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), a exemplo do que se fizera na reforma do Código de Processo Civil de 2015 (CPC, art. 489, § 1º); dispôs-se sobre a execução provisória de penas impostas pelo Tribunal do Júri (novo art. 492) e, finalmente, alterou-se pontualmente o sistema de nulidades (novo art. 564, inc. V) e o recursal (novos arts. 581, XXV e 638), para que mantenham coerência com as demais modificações promovidas.

Legislação Penal Extravagante:

1. Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90)

Diversas figuras típicas do **Código Penal e da legislação penal extravagante** foram **incluídas no seletorol dos crimes hediondos**, o que pode gerar impactos no sistema carcerário brasileiro.

Veja quais foram os crimes incluídos:

II – roubo:

- a) circunstanciado pela **restrição de liberdade da vítima** (art. 157, § 2º, inciso V);
- b) circunstanciado pelo **emprego de arma de fogo** (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo **emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito** (art. 157, § 2º-B);
- III – **extorsão** qualificada pela **restrição da liberdade da vítima**, ocorrência de **lesão corporal ou morte** (art. 158, § 3º);
- IX – **furto** qualificado pelo **emprego de explosivo** ou de **artefato análogo que cause perigo comum** (art. 155, § 4º-A).
- III – o crime de **comércio ilegal de armas de fogo**, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- IV – o crime de **tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição**, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- V – o crime de **organização criminosa**, quando direcionado à prática de **crime hediondo ou equiparado**.

2. Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13)

A também chamada **Lei do Crime Organizado** sofreu incontáveis alterações com a introdução do *pacote anticrime* no mundo jurídico.

Visando **inviabilizar a atuação de chefes do crime organizado e desestimular a atividade dos demais membros**, algumas medidas foram tomadas:

- Determinação de que os **líderes das organizações criminosas armadas** cumpram inicialmente a **pena privativa de liberdade em estabelecimentos penais de segurança máxima**;
- **Restrição à progressão de regime, ao livramento condicional e a outros benefícios** ao apenado que **continua mantendo vínculos com a organização criminosa**.

Para não dar margem à anulação de condenações pelo Poder Judiciário, o instituto da delação (ou colaboração) premiada foi agraciado com farta regulamentação.

- Disposições sobre a **confidencialidade dos termos do acordo**;
- Estabelecimento de regras para a **realização do acordo de não-denunciar**, celebrado com o Ministério Público;

- Garantia de que o **réu delatado tenha a oportunidade de se manifestar após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou** (*no recentíssimo julgamento do HC 166.373/PR, o STF fixou tese semelhante*);

- Regulamentação da **cyber-infiltração do agente policial**.

3. Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03)

As alterações foram voltadas ao endurecimento de penas e à criação de um novo crime.

- **Elevação da pena do crime de comércio ilegal de arma de fogo** (6 a 12 anos de reclusão e multa), além de **criar uma figura equiparada**: *vender ou entregar arma de fogo irregular a agente policial disfarçado, quando houver provas suficientes da preexistência da conduta*;

- **Elevação da pena do crime de tráfico internacional de arma de fogo** (6 a 12 anos de reclusão e multa);

- Estabeleceu a **reincidência específica** como **causa de aumento da pena** de determinados crimes do Estatuto;

- Criação de uma **qualificadora do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito** (art. 16): se a conduta envolver arma de fogo de uso proibido (*como as armas dissimuladas com aparência de objetos inofensivos*), a pena em abstrato passa a ser de **4 a 12 anos reclusão** e multa.

4. Processos de competência originária do STF e do STJ (Lei nº 8.038/90)

A Lei nº 8.038/90, que esteve sob holofotes durante o julgamento do “Caso Mensalão” no STF, estabelece o procedimento para o julgamento de crimes cometidos por **autoridades com foro por prerrogativa de função** (ou com “foro privilegiado”).

- Criação do **acordo de não-persecução penal** entre o acusado e o Ministério Público (se houver confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal sem violência ou grave ameaça com **pena MÍNIMA inferior a 4 anos**)

5. Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)

- Criação uma **figura equiparada ao tráfico de drogas** (art. 33, §1º, IV): *venda ou entrega de drogas a agente policial disfarçado, quando houver provas de que a conduta era preexistente ao fato*.

6. Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98)

- Passou a permitir expressamente a **utilização da ação controlada** e da **infiltração de agentes** no âmbito da investigação de crimes de lavagem de capitais.

7. Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)

- Passou a admitir a **celebração de acordo de não-persecução cível**.

8. Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/96)

- Regulamentação da **captação ambiental** (*gravação ambiental de conversas/imagens em que um dos interlocutores registra, sem que os demais tenham conhecimento, o conteúdo do que está sendo dito e/ou mostrado*);

- Tipifica como crime a seguinte conduta: "*captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida*", **exceto se a conduta for realizada por um dos interlocutores**.

9. Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84)

- Regulamentação da **Identificação do perfil genético** e do **regime disciplinar diferenciado** (RDD);

- Acréscimo de **nova hipótese de falta grave**;

- **Alteração dos requisitos** para a progressão de regime (*agora o apenado reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte só poderá progredir de regime ao cumprir 70% da pena*);

- Estabeleceu **restrições à saída temporária**;

11. Estabelecimentos Penais Federais de Segurança Máxima (Lei nº 11.671/08)

- Regulamentação exaustiva do **cumprimento da pena em estabelecimento penal federal de segurança máxima** (*regras para visita íntima, banho de sol, monitoramento de correspondência escrita etc.*)

12. Identificação Criminal (Lei 12.037/09)

- Regulamentação exaustiva do **procedimento de identificação criminal do civilmente identificado**: *agora é expressamente permitido colher registros*

biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal.

13. Julgamento Colegiado em Primeiro Grau (Lei nº 12.694/12):

- Regulamentou a **instalação das Varas Criminais Colegiadas** (órgão judicial de primeiro grau) para julgar **crimes cometidos por organizações criminosas armadas, crime de constituição de milícia privada e infrações penais conexas aos crimes citados.**

14. Lei do “Disque-denúncia” (Lei nº 13.608/18)

- Conferiu direitos e garantias ao **informante de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público**, *protegendo-o, por exemplo, de ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções etc.*

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa para admitir acordos (novo art. 17, §§ 1º e 10-A da LIA) já estava prevista no texto original do projeto anticrime e era, a nosso ver, um dos mais bem-vindos e ao mesmo tempo menos notados pontos daquele texto, porquanto contemplava uma antiga demanda de advogados que, acompanhando a evolução da operação 'Lava Jato' e de outras investigações recentes, apontavam a vedação a acordos na LIA como uma fonte de significativa insegurança jurídica para a cooperação com órgãos do Estado, que poderia eximir riscos de sanções econômicas baseadas na Lei Anticorrupção, mas não aqueles baseados na LIA – há anos vínhamos alertando essa incoerência sistêmica a órgãos do Ministério Público Federal e Estadual, CGU, AGU e Poder Judiciário, e consideramos a medida um avanço importante para atender ao interesse público e ao interesse de empresas e empresários;

(ii) as alterações no regimento da colaboração premiada (novos arts. 3-A a 3-C, 4º, 5º e 7º da Lei 12.850/12), as quais abrangem o processo de negociação do acordo e diversas de suas implicações para colaboradores e para não-colaboradores, tendem a dar mais **segurança** jurídica para os acordos e vêm dirimir muitas dúvidas que, nos últimos anos, suscitaram polêmicas nos tribunais em vista do insuficiente – e por vezes equivocado – regimento legal existente, conforme também tivemos oportunidade de apontar em casos concretos e em debates com a comunidade jurídica e órgãos de persecução penal.

Os institutos de acordo e cooperação com o Estado, malgrado não sejam e não possam ser vistos como panacéia para solucionar todo e qualquer problema jurídico, constituem, ao mesmo tempo, parte essencial das políticas anticorrupção

atual do Estado brasileiro e importante estratégia de defesa para determinadas situações, e devem, portanto, merecer especial atenção de legisladores e tribunais para que apresentem a segurança jurídica necessária e, dessa forma, sejam incentivados e tragam **benefícios** ao interesse público e à iniciativa privada, a bem do desenvolvimento econômico e da justiça.

Em suma, o que foi sancionado de mais importante e o que muda na lei com o pacote em vigor:

PENA MÁXIMA: Determina o aumento do tempo máximo de cumprimento de pena de 30 para 40 anos.

TRANSAÇÃO PENAL: Permite a substituição de pena em crimes de menor gravidade, como a prestação de serviço comunitário. O Ministério Público poderá propor acordo se o crime em questão tiver pena mínima inferior a quatro anos.

JUIZ DE GARANTIA: Figura responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, diferente do juiz que dá a sentença no processo.

GRAVAÇÃO DE ADVOGADO COM PRESO: Será permitido o monitoramento de advogado com preso apenas em presídios de segurança máxima e com autorização judicial.

SAÍDA DA PRISÃO: Proíbe a saída temporária da prisão aos condenados por crime hediondo que resultaram em morte.

BANCO NACIONAL DE PERFIS BALÍSTICOS: Cria um banco para cadastrar armas de fogo e dados relacionados a projéteis.

COLABORAÇÃO PREMIADA: Os depoimentos dos delatores não poderão ser usados isoladamente para embasar a decretação de medidas cautelares, como prisões provisórias e preventivas, e o recebimento de denúncias pela Justiça.

PROGRESSÃO DE REGIME: Traz novas regras para a progressão, que será feita de acordo com os percentuais de penas já cumpridos pelos condenados e com o tipo de crime cometido. Os percentuais vão variar de 16% (para o condenado por crime sem violência ou grave ameaça) até 70% da pena (para o condenado reincidente por crime hediondo ou equiparado com resultado morte).

BANCO DE DADOS MULTIBIOMÉTRICO E DE IMPRESSÕES DIGITAIS: Cria banco de dados com o objetivo de armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais.

MILÍCIA: Acusados de constituição de milícia poderão ser julgados por Varas Criminais Colegiadas.

3. CONCLUSÃO

O **Pacote** Anticrime trata-se de reforma legislativa de grandes impactos para a Justiça Criminal, visto que, de uma só vez, modifica nada menos do que 17 leis atualmente vigentes, entre as quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 07 de janeiro de 2020.

BIANCHINI, A; GOMES, L.F. **Curso de Direito Penal** (parte geral). Salvador: Editora Juspodvum, 2017.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Forense, 2017.

PESSINA, Enrico. **Teoria do Delito e da Pena**. São Paulo: Editora Rideel, 2006.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri, Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica**, 5. Ed. São Paulo: Atlas.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 11ª ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2012.

A PROVA NA REVISÃO CRIMINAL

SYLVIO HENRIQUE LORENA DUQUE ESTRADA:

Promotor de Justiça Substituto no Ministério Público do Estado do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

RESUMO: A revisão criminal é ação autônoma que visa a desconstituição de decisão condenatória transitada em julgado, porém a prova aqui apresentada deve se dar de forma pré-constituída, vez que o rito a ser observado nesta ação não comporta dilação probatória. Assim, neste estudo se buscará demonstrar que, diante da impossibilidade de produção de provas no curso da revisão criminal, é necessária ação de justificação criminal, que possui natureza cautelar preparatória, sob o crivo do contraditório.

Palavras – chave: Prova. Revisão Criminal. Ação de Justificação Criminal. Contraditório.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

1 Introdução

A revisão criminal está prevista no artigo 621, do Código de Processo Penal, e, verdadeiramente, trata-se de ação autônoma de impugnação, que deve observar algumas condições de admissibilidade, como se verá a seguir.

Uma das hipóteses de cabimento desta ação, prevista no inciso III do artigo acima mencionado, é quando se verifica a existência de prova nova que inocente o condenado, contudo, referida prova deve ser pré-constituída, ou seja, não poderá ser produzida no curso da revisão criminal.

Assim, neste trabalho se analisará a prova nova na revisão criminal quando necessária a dilação probatória para sua produção, o que implicará na necessidade de ajuizamento de ação cautelar de justificação criminal para, sob o crivo do contraditório, produzir a prova que fundamentará a revisão criminal.

2 Desenvolvimento

A revisão criminal está prevista em capítulo específico vinculado aos “recursos em geral”, não obstante tal previsão, a natureza deste instituto é de ação autônoma de impugnação, a qual possui a finalidade de desconstituir uma decisão judicial

com trânsito em julgado. Conforme Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2017, p. 1302):

[...] Nada obstante a revisão criminal esteja destacada na organização do Código de Processo Penal dentro do capítulo específico relacionado ao título que trata dos “recursos em geral”, entendemos que não se trata, tecnicamente, de recurso. Em verdade, se cuida de ação autônoma de impugnação que tem por finalidade permitir que a decisão condenatória transitada em julgado possa ser novamente questionada se preenchidos os requisitos legais previamente estabelecidos [...]

O artigo 621, do Código de Processo Penal, traz algumas hipóteses taxativas de admissão da revisão criminal, sejam elas:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

A competência para o processamento e julgamento das revisões criminais é atribuída a órgãos colegiados, de modo que existem três condições gerais para a admissibilidade destas ações, a saber: somente tem cabimento após o trânsito em julgado da sentença condenatória, somente é cabível para beneficiar o réu, e pode ser apresentada a qualquer tempo, sendo cabível inclusive após a extinção da pena.

Com efeito, além dos requisitos acima, quando verificada a hipótese do inciso III, do artigo 621, do Código de Processo Penal, é necessária que a prova que alicerça a revisão criminal seja pré-constituída, vez que o rito não comporta dilação probatória, de sorte que quando se fizer necessária a produção judicial de provas a fim de instruir será necessário o ajuizamento de uma ação de justificação criminal.

Conforme ensinamentos de AVENA (2017):

[...] Neste caso, impõe-se ao acusado, por meio de seu advogado, requerer ao juízo de 1º grau, a realização de audiência de justificação prévia, que consiste em espécie de ação cautelar de natureza preparatória, deduzida perante o Juízo de 1º Grau, para que sejam realizadas tais provas, fundamentando este pedido na circunstância de que pretende ingressar com revisão criminal e embasando-o, por analogia, no art. 381, §5º, do CPC/2015. Sobre o tema, refere Mirabete que 'para a revisão criminal, quando se trata de apresentação de provas novas, é necessário que ela seja produzida judicialmente, no juízo de 1º grau, obedecendo-se o princípio do contraditório, com a exigência, portanto, de participação do Ministério Público. Sendo inadmissível a produção de provas durante a ação revisional, para ser ela obtida, necessária se torna a justificação criminal. Tal justificação criminal, verdadeira ação penal cautelar preparatória, deve ser processada e julgada perante o juízo da condenação. [...]

Desta forma, considerando-se a necessidade de prova pré-constituída para alicerçar a revisão criminal, nos casos em que tal prova ainda não tenha sido produzida, é necessário o ajuizamento de ação cautelar de justificação criminal com a observância do contraditório para que seja elaborada prova apta para embasar a revisão criminal.

5 Conclusão

Concluindo-se este trabalho, nos casos em que não se verifique a existência de prova pré-constituída para embasar a ação autônoma da revisão criminal, far-se-á necessário o ajuizamento da ação cautelar de justificação criminal para a produção de prova, sob o crivo do contraditório, para que tal prova venha a alicerçar a revisão criminal, vez que o rito desta ação não comporta dilação probatória.

6 Referências Bibliográficas

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados – artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podvim, 2018.

PACELLI, Eugenio, FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 9, ed. São Paulo: Atlas, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2017.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2020.

ABORTO: ENTRE O SUPREMO E O CONGRESSO

ATOS HENRIQUE FERNANDES:

Estudante de Direito no Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte e conciliador no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Resumo: Tem se acentuado a discussão acerca da legalização do aborto no Brasil, há projetos de leis no Congresso visando sua liberação e, ao mesmo tempo, houve a judicialização do tema no STF. O presente artigo visa investigar, primeiramente, se cabe tal mudança legal e a que órgão, num Estado Democrático de Direito, caberia realizar tal empreitada.

Palavras chaves: Aborto, Congresso Nacional, Supremo Tribunal Federal, Direito Constitucional, legitimidade democrática.

Sumário: 1. Introdução . 2. O Conceito de aborto. 3 Aborto no Congresso Nacional. 4 Aborto no Supremo Tribunal Federal. 5. Uma questão jurídica ou política? 6. Mutação constitucional. 8. Conclusão. 9. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

A discussão acerca da existência, ou concessão, do direito ao aborto às mulheres sempre causou polêmicas no Brasil e no mundo, para alguns trata-se de um direito fundamental das mulheres, decorrentes do poder que cada um deva ter sobre seu próprio corpo. Para os defensores dessa tese, o direito ao aborto também deve ser encarado como uma justiça que visa corrigir a opressão vivida pelo gênero feminino no decorrer da história nas mãos do patriarcado, regime que teria tirado das mulheres o poder sobre sua própria vida, as transformando em objetos dos quais os homens podiam dispor da maneira que achassem mais úteis.

Para os contrários à legalização do aborto, o direito fundamental em jogo é o direito à vida, que é inerente a todo ser humano. Para os defensores dessa tese, não há que se falar em direito ao próprio corpo para justificar o aborto pelo fato de o feto não ser uma extensão do corpo da mulher, mas sim um ser autônomo e alheio em relação à sua progenitora.

Há no Congresso Nacional inúmeros projetos que tratam da questão do aborto, alguns visando restringi-lo ainda mais, outros afrouxa-lo no ordenamento jurídico ou legaliza-lo. Devido haver projetos tratando do tema desde 1989, o Partido Socialismo e Liberdade adentrou no STF com arguição de descumprimento de

preceito fundamental visando que o Supremo declare o direito ao aborto como fundamental e o legalizando até a 12ª semana da Gravidez diante da inércia do parlamento brasileiro no tratamento do tema.

O presente artigo visa, através de pesquisa bibliográfica, responder as seguintes perguntas: Aborto é uma questão jurídica ou política? Numa democracia, quem deve determinar a mudança de uma Lei? Em um Estado Democrático de Direito quem deve legislar? Não se procura aqui tratar do mérito moral ou utilitário do aborto, o objetivo é tratar de um possível processo para mudança do regramento da questão no ordenamento jurídico brasileiro.

2. O CONCEITO DE ABORTO

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) aborto é "a interrupção, antes das 22 semanas de gestação, estando, nesse caso, o feto, geralmente, com peso inferior a 500 g. Quando o feto é retirado nessas condições é incapaz de sobreviver fora do útero da mãe." (SANTOS, 2019?).

Há dois tipos de aborto, o espontâneo que ocorre de forma natural e o aborto provocado, feito pela ingestão de medicamentos abortivos ou por meio de intervenção cirúrgica, na qual ocorre a raspagem da parede uterina para retirada do feto. No Código Penal brasileiro há apenas duas hipóteses na qual o aborto não é punível

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

Para além dos casos expressamente previstos no ordenamento jurídico nacional, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2012, por 8 votos a 2 decidiu que aborto de fetos sem cérebro não é crime. Nas palavras do ministro relator Marco Aurélio Mello (2012)

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células

vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida.

Sendo assim, no presente artigo trataremos da interrupção da gravidez antes das primeiras 22 semanas de gestação, por meio artificial, fora da previsão do artigo 128, incisos I e II do Código Penal e da decisão da Suprema Corte que descriminalizou o aborto de feto anencefálico.

3. ABORTO NO CONGRESSO NACIONAL

Tramitam no Congresso Nacional diversos projetos que tratam do aborto, muitos para expandir as suas possibilidades legais, alguns para restringi-lo e outros que visam apenas garantir a manutenção do atual regramento do assunto no ordenamento jurídico. Os principais projetos que visam a legalização do aborto são o do ex-deputado do PSOL, Jean Wyllys, e dos ex-deputados do PT, Eduardo Jorge e Sandra Starling.

O PL 1135/1991 de autoria dos então deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling visa suprimir o artigo que caracteriza crime o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Já o PL 882/2015 de autoria do ex-deputado Jean Wyllys estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Em suma, ambos os projetos objetivam a legalização do aborto até a 22ª semana de gestação. Vejamos alguns artigos do PL 882/2015

Art. 2º - No exercício de suas liberdade, intimidade e autonomia, todas as pessoas têm direito a decidir livremente sobre sua vida sexual e reprodutiva, conforme direitos e deveres estabelecidos pela Constituição Federal.

Art. 3º - O Estado garantirá o direito à reprodução consciente e responsável, reconhecendo o valor social da maternidade na garantia da vida humana, e promoverá o exercício pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de toda a população, entendendo-se que a interrupção voluntária da gravidez não constitui um instrumento de controle de natalidade.

Art. 4º - O direito à maternidade voluntária e livremente decidida é plenamente reconhecido.

Art. 10º - Toda a mulher tem o direito a realizar a interrupção voluntária da gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e esclarecido da gestante, nos serviços do SUS e na rede privada nas condições que determina a presente Lei.

Art. 11 - Toda mulher tem o direito a decidir livremente pela interrupção voluntária de sua gravidez durante as primeiras doze semanas do processo gestacional.

Art. 12 – Ultrapassado o prazo estabelecido no artigo 11 da presente Lei, a interrupção voluntária da gravidez somente poderá ser realizada:

I – Até a vigésima segunda semana, desde que o feto pese menos de quinhentos gramas, nos casos de gravidez resultante de estupro, violência sexual ou ato atentatório à liberdade sexual, sem a necessidade de apresentação de boletim de ocorrência policial ou laudo médico-legal.

II – A qualquer tempo, nos casos de risco de vida para a gestante, comprovado clinicamente.

III – A qualquer tempo, nos casos de risco à saúde da gestante, comprovado clinicamente.

IV – A qualquer tempo, nos casos de incompatibilidade e/ou inviabilidade do feto com a vida extrauterina, comprovado clinicamente.

Ambos os projetos até aqui citados se encontram arquivados. Na contramão da legalização do aborto no Brasil o ex-senador Magno Malta, e outros, propuseram a PEC nº 29 de 2015 no intuito de alterar a Constituição Federal para acrescentar no art. 5º, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. O objetivo declarado de tal projeto seria blindar o direito à vida de investidas do Governo Federal, do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, ainda segundo os autores o objetivo não é restringir o aborto ainda mais que o ordenamento jurídico atual mas, críticos alertam que o caráter aberto da proposição pode sim abrir margem para negar o aborto nas duas possibilidades previstas no Código Penal e na criada a partir da jurisprudência do STF. A PEC em questão se encontra em tramitação no Senado Federal.

4. O ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O partido Socialismo e Liberdade (PSOL) apresentou ao Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal que criminalizam o aborto. A ADPF 442 descriminaliza o aborto até a 12ª semana de gestação.

Uma ADPF é uma modalidade do controle concentrado de constitucionalidade feita pelo STF, quem apresenta tal ação ao Supremo entende que o objeto dela é um preceito fundamental, ou seja, um direito constitucional base do nosso Estado Democrático de Direito (Lei nº 9.882/99).

Sendo assim, o proponente da ADPF 442 entende ser o aborto um direito fundamental das mulheres sendo, conseqüentemente uma questão jurídica e não uma questão política. Nesse entendimento a Constituição Federal de 1988 concede as mulheres o direito ao aborto, e o Poder Público ao manter válido os artigos 124 e 126 do Código Penal estão em desacordo com o ditame constitucional.

Os preceitos fundamentais apontados como sendo violados pela criminalização do aborto na Petição Inicial da ADPF 442 são o da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, liberdade e igualdade, da proibição da tortura ou tratamento desumano e degradante, da saúde e do planejamento familiar das mulheres, adolescentes e meninas.

5. UMA QUESTÃO JURÍDICA OU POLÍTICA?

A desavença institucional acerca do aborto tem por questão de fundo a natureza da discussão, alguns sustentam que a Constituição não permite o aborto, ao contrário, sustenta ser a vida o bem mais precioso a ser tutelado pelo Estado, razão pela qual é perfeitamente constitucional a criminalização do aborto provocado. Outros alegam que os princípios constitucionais garantem que o aborto faz parte da autonomia privada, na qual o Estado não deve interferir. Para o primeiro grupo aborto é uma discussão política, pois o Congresso tem poder tanto para mudar o entendimento vigente quanto para mantê-lo, mas, para o segundo grupo diante dos princípios constitucionais e seu caráter imutável, a questão já está decidida e cabe ao Judiciário aplicar a Lei.

Para elucidar essa questão é preciso investigar a real posição da Lex Mater acerca do tema. A Constituição Federal de 1988 não trata especificamente do aborto, mas em seu artigo 5º garante a inviolabilidade do direito à vida a todos os que vivem no país, sejam naturais ou estrangeiros. O texto é claro e objetivo, não deixando margem para interpretação diversa do sentido original do texto.

A ADPF 442 em sua petição inicial indica os princípios fundamentais que estariam sendo violados pelo Código Penal em seus artigos 124 e 126 e deles trataremos a seguir.

Dignidade da Pessoa Humana; o termo causa polêmica por seu caráter aberto e extremamente abstrato, a verdade é que se perguntarmos a 10 pessoas o que significa dignidade da pessoa humana teremos 10 significados diferentes. Vejamos uma ponderação importante sobre tal princípio

Até o momento todos os autores se limitaram a uma identificação externa – deveras insuficiente, razão pela qual muitos dizem que o princípio da dignidade da pessoa humana não possui uma definição. Na verdade referido princípio trata-se de uma **cláusula aberta**, uma **fórmula lógica abstrata** cujo conteúdo será preenchido concretamente a partir de certas circunstâncias de tempo, lugar e desenvolvimento histórico-cultural em cada coletividade. A dignidade da pessoa humana possui uma identificação **externa**, como um direito natural, um direito humano, um direito fundamental e um princípio de hermenêutica. É um valor que orienta todos os demais princípios, direitos, deveres e atos, tornando-se assim a pedra angular de todos os direitos naturais, do Homem, humanos, fundamentais. Por outro lado, em sua identificação **interna**, a dignidade da pessoa humana é um **eixo de tolerabilidade**, uma barra de proteção, uma linha divisória que delimita até que ponto algo, qualquer fato ou situação, é considerado tolerável por determinada coletividade, conforme suas referidas circunstâncias de tempo, lugar e desenvolvimento histórico-cultural. Ou seja, analisa-se o que o indivíduo deve ser obrigado a suportar ou tolerar por se tratar de um mero dissabor da vida em coletividade ou algum infortúnio proveniente de fato da natureza. Nem tudo agrada a todos. Porém, ainda que algo seja desagradável existem meros desprazeres decorrentes da vida em coletividade ou do mundo natural dos fatos que são considerados “toleráveis”, ou seja, é exigível dos indivíduos em geral que suportem aquele fato ou situação. A tolerabilidade em geral é um parâmetro para a edição de normas e atos jurídicos. Entretanto, a tolerabilidade em concreto deve ser analisada caso a caso, tendo em vista que ao legislador não é fisicamente possível prever juridicamente todas as hipóteses

que poderão ocorrer no mundo real dos fatos. Por sua vez, os fatos e situações considerados intoleráveis, violadores da dignidade humana, são aqueles que o Estado e a coletividade não poderiam exigir que algum indivíduo os tolerasse. O indivíduo, por si só, pode optar por suportar certas situações intoleráveis, desde que se trate de direito ou bem jurídico disponíveis, mas em razão da *intolerabilidade* geral o Estado não pode lhe obrigar a realizar tal escolha, sob pena de violar-lhe a dignidade como pessoa humana. (MOTTA, 2013)

Certamente há situações nas quais a ameaça a dignidade da pessoa humana salta aos olhos, e para se evitar o uso partidário do termo o tratando como método para impor sua visão particular que o mais sensato é submeter tal princípio à visão geral da nação, se perguntando como a coletividade vê a questão, mas o aborto legal não se encaixa nessa situação uma vez que é um assunto que causa polarização mais pela paixão com que atua seus defensores do que pelo seu apelo popular no Brasil, mesmo entre as mulheres. Vejamos, de acordo com pesquisa Datafolha, realizada no ano de 2018, 59% dos brasileiros se declaram contrários à legalização do aborto, em pesquisa realizada em 2019 pelo mesmo instituto de pesquisa, 41% dos brasileiros se declaram contra qualquer forma de aborto, ou seja, mesmo nos casos permitidos no Brasil. Infelizmente, tais pesquisas até aqui citadas não segmentaram os resultados por sexo, mas uma pesquisa realizada pelo Departamento Materno-Infantil da Fundação Universidade do Rio Grande. Rio Grande – RS, no município de Rio Grande – RS, apenas com mulheres concluiu que somente 30% destas são favoráveis a legalização da prática, resultado que combinado com os anteriores nos permite inferir que a opinião das mulheres a nível nacional não varie muito desse resultado. Ou seja, para caracterizar o aborto como indigno à condição humana é preciso afirmar que impera um pensamento completamente imoral por parte dos brasileiros, se tomarmos o sentimento moral do povo a verdade é que o aborto legal é que feriria a dignidade da pessoa humana.

Da cidadania e da não discriminação; A nossa Lei Maior em seu artigo 1º, inciso II declara ser a cidadania um fundamento da nossa República, mas o que isso significa? Em regra, adota-se a concepção Russeauneana de cidadão que consiste na afirmação que cidadão é todo aquele que participa da vida política do Estado, podendo votar e ser votado e sujeito as obrigações para com a sociedade previstas no ordenamento jurídico estatal (ROUSSEAU, 2006) nesse sentido afirmar que o Código Penal ao proibir o aborto vai contra tal princípio é um tiro no escuro, uma afirmação vazia de significado já que não está sendo censurado a defesa do tema no debate nacional e tampouco proíbe que os seus defensores constituam representantes para tentar mudar, politicamente, o tratamento jurídico atual da questão. Já o princípio da não discriminação entra na mesma questão, sujeitar

alguém a lei não pode ser considerado discriminatório, e a proibição de aborto não constitui perseguição as mulheres, uma vez que a maioria delas se declaram contra o ato e que caso aprovado, haveria o aborto de bebês do sexo feminino, não apenas masculino.

Da inviolabilidade do direito a vida, liberdade e igualdade; interessante notar que do ponto de vista dos autores da APDF em questão o aborto ilegal é uma ameaça à vida da gestante que opta pelo aborto, mas os mesmos desconsideram completamente o direito a vida dos que vão ser abortados e esse é o ponto principal de discórdia entre os pró-aborto e os pró-vida, a sobreposição do valor da vida de um sobre o outro (mãe e filho), mas se analisarmos os meios que cada lado tem de preservação da própria vida então constata-se que a mulher tem vários meios de não chegar a necessidade de um aborto, um número considerável de métodos contraceptivos, já a única defesa da vida do indivíduo intrauterino é a sociedade.

Por fim, alega o PSOL na ADPF 442 que a proibição do aborto fere também os direitos ao planejamento familiar e saúde, bem como a vedação a tortura na Lei Maior

A criminalização do aborto provoca violações ao direito à saúde (CF, art. 6º), à integridade física e psicológica das mulheres e à proibição de submissão a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), uma vez que a negação do direito ao aborto pode levar a dores e sofrimentos agudos para uma mulher, ainda mais graves e previsíveis conforme condições específicas de vulnerabilidade que variam com a idade, classe, cor e condição de deficiência de mulheres, adolescentes e meninas. (BOITEUX e outras, 2017, p. 9)

O argumento gira em torno de possíveis riscos do aborto ilegal, mas ao citar esse quesito as autoras da peça estão se referindo à consequências que certas mulheres sofrem ao cometerem um crime, e para isso a propositura é a não mais tipificação do crime em questão, o aborto, note-se que se trata de uma argumentação com aparência jurídica, mas em essência é um argumento plenamente político, que faria sentido numa discussão numa das casas do Congresso Nacional, mas não na Suprema Corte. Pois, todo indivíduo ao executar um crime se põe em risco e esse argumento então serve para o desmonte completo do Código Penal.

Por tudo até aqui exposto, conclui-se que não assiste razão a quem vê na Carta Magna de 1988 qualquer vedação à proibição do aborto, percebe-se que apenas

por muita criatividade interpretativa os princípios elencados pela petição inicial da ADPF em questão se vinculam aos artigos 124 e 126 do Código Penal. Assim sendo, a legalização do aborto é uma questão política, não jurídica.

6. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Diante do fato de que a Constituição Federal de 1988 não garante direito ao aborto às mulheres, fazendo do tema algo de exclusiva competência do Congresso Nacional, juristas podem trazer a discussão para um novo campo, o campo da chamada mutação constitucional. Mutação constitucional, segundo Pansieri e Souza (2018),   a uma mudança no sentido do texto constitucional ao invés de na forma, não   feita pelos meios e através dos ritos constitucionalmente estabelecidos para se mudar uma Carta Magna formalmente, mas ocorre na esteira da mutabilidade da realidade social, que provocam mudanças de valores e a partir dessas mudanças se legitimam uma interpreta o diversa do sentido original do texto.

Mas a resposta a essa possibilidade está ligado ao aqui exposto a respeito do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que   a percep o social. Se houve uma mudança social tão grande que provocou uma mudança de valores que desemboca na incompatibilidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal com o espírito social da nossa época então por qual motivo a enorme maioria dos brasileiros continuam serem contrários a legaliza o do aborto? A resposta   simples, trata-se de uma questão de costumes, não de direito fundamental. E sendo assim, a intromissão indevida do Poder Judiciário na questão, poder que mais está afastado do controle popular na tripartid o do poder estatal pode acabar por corroer toda legitimidade democrática do nosso Estado Democrático de Direito.

7. CONCLUSÃO

O Aborto   um tema que causa paixões, justamente por não ser uma questão com resposta fácil. Envolve moralidade, religião, liberdade, o papel da mulher na sociedade e uma crescente polariza o entre conservadores e progressistas em todo o mundo.

Através deste estudo, percebe-se que o tema foi apresentado ao Congresso e por este, em resposta a rejei o do tema no meio da popula o, se calou, calou-se, mas não se omitiu, uma vez que ao se calar acabou por dizer, dizer que as ruas dizem não.

Examinando-se a Constitui o vigente conclui-se que esta não garante o direito ao aborto, muito menos v  tal direito como fundamental, isso exclui o Pode

Judiciário da discussão e legitima o Poder Legislativo para mudar, ou não, o status quo.

Assim sendo, cabe mudança no atual tratamento que o ordenamento jurídico dá ao aborto, mas tal mudança só é legítima se ocorrer no seio do debate legislativo, através do convencimento e totalmente exposto ao controle da Soberania Popular. Por não se tratar de direito fundamental, o Poder Judiciário e mais especificamente o Supremo Tribunal Federal deveriam se abster de interferir nesse assunto.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOITEUX, Luciana e outras. **ADPF 442**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em 05/01/2020.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05/01/2020.

CÉSAR, A. Juraci e outros. **Opinião de mulheres sobre a legalização do aborto em município de porte médio no Sul do Brasil**. Disponível em <https://www.scielo.org/article/rsp/1997.v31n6/566-571/>. Acesso em 05/01/2020.

G1. 41% dos brasileiros são contra qualquer tipo de aborto, diz Datafolha. Disponível em <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/01/11/41-dos-brasileiros-sao-contra-qualquer-tipo-de-aborto-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em 05/01/2020.

G1. Pesquisa Datafolha: 59% dos brasileiros são contrários a mudanças na atual lei sobre o aborto. Disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>. Acesso em 05/01/2020.

EDUARDO, Jorge; STARLING, Sandra. **PL 1135/1991**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>. Acesso em 05/01/2020.

MALTA, Magno e outros. **Proposta de emenda a Constituição nº 29, de 2015**. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>. Acesso em 05/01/2020.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação Constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime**. Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>. Acesso em 05/01/2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO: ASPECTOS GERAIS E PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS

KELVYN LUIZ NEVES: Graduando em Direito. Bolsista de Iniciação Científica pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Estagiário pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo realizar uma análise sobre o Ministério Público, sobretudo, de seus princípios institucionais, no que tange a sua posição constitucional e relevância no ordenamento jurídico. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedicou em seu texto que o Ministério Público é a instituição permanente e fundamental à função jurisdicional do Estado. Deste modo, devida a grande posição constitucional assumida pela instituição, é necessário um estudo geral de sua natureza e de seus aportes institucionais. Com intuito de avaliar a relação dos princípios com as atribuições constitucionais desempenhadas pela instituição ministerial, a pesquisa adotou o método dedutivo em conjunto com a pesquisa bibliográfica de jurisprudências, legislações e obras literárias de diversos constitucionalistas pátrios. Em conclusão, acredita-se que o Ministério Público, sob a égide de seus princípios institucionais, é a instituição fundamental para a manutenção dos direitos difusos e individuais indisponíveis, figurando-se assim, na condição de ombudsman, o qual propende a tutela dos direitos inerentes a sociedade.

Palavras-chave: Ministério Público; Princípios institucionais; posição constitucional; Direitos fundamentais

Abstract: The present work aims to perform an analysis of the prosecution, especially its institutional principles, regarding its constitutional position and relevance in the legal system. The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 dedicated in its text that the Public ministry is the permanent institution and fundamental to the jurisdictional function of the State. That way, to the great constitutional position assumed by the institution, a general study of its legal nature, especially its institutional contributions, is necessary. In order to evaluate the relation of the principles with the constitutional attributions performed by the ministerial institution, the research adopted the deductive method in conjunction with the bibliographic research of jurisprudence, legislation and literary works of several constitutionalist fathers. In conclusion, it is believed that the Public Prosecution Service, under the aegis of its institutional principles, is the fundamental

institution in the maintenance of unavailable individual and diffuse rights, thus being, as ombudsman, which proposes the protection of inherent rights. the society.

Keywords: Public ministry; Institutional principles; constitutional position; Fundamental rights

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico e evolução institucional. 3. Princípios institucionais. 3.1 Princípio da unidade. 3.2 Princípio da indivisibilidade. 3.3 Princípio da independência funcional. 3.4 Princípio do promotor natural. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Popularmente tratado como mantenedor da ordem jurídica e dos direitos coletivos e individuais indisponíveis, é fato consolidado que o Ministério Público é uma das principais instituições responsáveis pelo estabelecimento da ordem social.

No contexto legal, o Ministério Público destaca-se não só pela sua competência constitucional, mas sim pela autonomia e independência lhe assegurada, sendo ainda desvinculada do Executivo, Legislativo e Judiciário.

A relevância da instituição para a sociedade permanece patente e imensurável, ao passo que, a ela foi dado o dever legal de tutela dos direitos e das instituições democráticas, o que em síntese, justifica o estudo dos seus princípios, assim como a compreensão de sua meritória posição no texto constitucional.

Por meio do método dedutivo, o presente trabalho respaldou-se na pesquisa teórico-bibliográfica, com o emprego de leis, jurisprudências e literaturas conectadas ao tema.

Para uma boa compreensão dos estudos, o ensaio foi dividido em dois tópicos. O primeiro apresenta um breve exame histórico do Ministério Público, analisando a sua evolução histórica e constitucional até o presente momento. Já o segundo tópico adentra aos princípios basilares da instituição ministerial, apontando ainda, suas funções, características e importância na efetividade dos serviços ministeriais.

Ao final serão apresentadas as considerações finais do estudo realizado, considerando em sentido amplo, a indissociável relação principiológica da instituição com os preceitos fundados na Constituição, reafirmando a tese de que o Ministério Público é a função indispensável na consecução da justiça.

2. HISTÓRICO E EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL

Sobre o surgimento desta instituição ainda há divergências, porém, a maioria dos autores, dentre eles, Bulos (2019, p. 1426) e Marques (1984, p. 10) defendem com tranquilidade que o seu surgimento ocorreu por meio da figura dos procuradores do rei provenientes do direito francês, os quais prestavam o mesmo juramento dos juízes, no fundamento de estarem impedidos de exercer outras funções e defender outras causas, senão as pertinentes aos interesses do soberano.

Tal fato, segundo Moraes (2018, p. 644) foi concretizado pela Revolução Francesa, que estruturou e solidificou o Ministério Público como instituição, ao conferir garantias a seus membros. Por meio do governo napoleônico, a França traçou os elementos institutivos do Ministério Público, impulsionando a literatura francesa na construção da história dessa instituição, claramente visível nos dias atuais com o uso frequente da expressão *parquet*, ao referir-se à instituição e a seus membros.

No entanto, nas lições de Mendes (2015, p. 1028) as origens do Ministério Público brasileiro são mais atinentes ao direito português do que o francês. A Constituição imperial de 1824 não fazia nenhuma menção sobre as características da instituição, mas, fez certas referências, como exemplo, a Lei do Ventre Livre, que outorgava ao promotor o dever de proteger os filhos libertos dos escravos.

Já a constituinte seguinte, mesmo não prescrevendo dispositivos legais na estruturação do Ministério Público demonstrou um pequeno avanço, ao citar a iniciativa do Procurador-Geral na revisão criminal *pro reo*, bem como, a sua escolha pelo Presidente dentre os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, restou a Carta de 1934 o encargo de elevar o Ministério Público para um nível constitucional, o que foi satisfatoriamente atendido, creditando-lhe a função de cooperação nas atividades estatais.

Apesar do gradual crescimento da intuição, a promulgação outorgada da Carta de 1937 instaurou severas mudanças, que constituíram nítido retrocesso para a instituição ministerial. Uma delas, foi a livre escolha e destituição do Procurador-Geral da República, o qual ficava unicamente a cargo do Presidente.

Foi ao longo dos anos 1940 que o Ministério Público se reergueu e começou a ganhar força e notoriedade. Um dos marcos históricos promoventes deste prestígio foi a promulgação do decreto Lei nº 3.689/41, instituindo o código de processo penal e atribuindo a instituição o papel de detentor e titular da ação penal.

Neste mesmo ínterim, observa Bulos (2019, p. 1426) que a Carta Magna de 1946 proporcionou outro salto qualitativo para a instituição ministerial, dispondo

em seu texto o ingresso por meio de concurso público e as garantias de estabilidade e inamovibilidade.

Após o golpe militar de 1964, a Carta de 1967 foi editada, não conferindo novas garantias, mas, manteve as conquistas alçadas na constituinte de 1946 e posicionou a instituição na mesma seção do capítulo correspondente ao Judiciário.

Posteriormente, a promulgação do código de processo civil de 1973, de acordo com Mendes (2015, p. 1028) iniciou novos passos, realçando a atuação do Ministério Público como parte e regulamentando as ocasiões em que sua intervenção é obrigatória, nos casos em que se conflitam interesses de incapazes e direitos indisponíveis, ao assumir a posição de fiscal da lei.

Feita essa breve análise histórica, chega-se finalmente à acepção contemporânea da referida instituição. O ordenamento jurídico, mais precisamente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apontou a sua conceituação na norma do seu art. 127, ao esclarecer que:

Art. 127 O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 2018, p. 44).

Ainda tratando da sua natureza jurídica, Bulos (2019, p. 1427) destaca o progresso da instituição na seara cível e penal. Na esfera cível, no qual a Constituição assegurou-lhe, além da autonomia na propositura de ações interventivas e de inconstitucionalidade, que era de praxe no regime antecessor, o direito de defender, em juízo, interesses de povos indígenas, outorgando-lhe a missão de promover inquéritos cíveis e ações civis públicas na tutela do meio ambiente, do patrimônio histórico e dos outros casos em que há relevante interesse social.

Já na seara penal, concedeu-lhe o encargo privativo na interposição da ação penal pública, o controle externo da atividade policial na forma da lei, o poder de requisitar diligências investigatórias e a determinação de instauração do inquérito policial.

Em conjunto com as disposições constitucionais e infraconstitucionais, o legislador promulgou em 12 de fevereiro de 1993 a Lei nº 8.625, que instituiu a legislação orgânica da instituição e formalizou a sua organização, consolidando por vez, o referido órgão como função essencial à justiça.

Portanto, vislumbrando o histórico e as observações de Mendes (2015, p. 1025), foi com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a promulgação de sua lei orgânica que o Ministério Público encontrou o seu apogeu, reverenciando expressamente a instituição ministerial em sua estrutura orgânico-fundacional, funcionamento e princípios institucionais, expressos respectivamente na norma do art. 127, § 1º do texto constitucional e na norma do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.625/93 os quais serão estudados a seguir.

3. PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS

3.1 Princípio da unidade

Nos ensinamentos de Moraes (2018, p. 652) pelo princípio da unidade, os membros do Ministério Público atuam de forma integralizada, ou seja, sob uma direção única. A unidade, nesse sentido, visa assegurar a efetividade dos serviços ministeriais.

Nessa conjuntura, Novelino (2019, p. 825) salienta que os membros do parquet não devem ser compreendidos em sua individualidade, mas sim como integrantes de uma instituição única, subordinada e gerida por uma só chefia. Do mesmo modo, não há o que se falar unidade entre o Ministério Público de um Estado e de outro, tampouco, nem entre os variados ramos do Ministério Público da União.

Ressalta-se que ainda que a separação do Ministério Público em vários eixos não é um pressuposto de inviolabilidade do princípio da unidade. A sua divisão em diversos organismos, conforme leciona Bulos (2019, p. 1431) se produz apenas para lograr uma divisão racional do trabalho, mas todos eles são norteadores pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades, constituindo, porquanto, uma única instituição.

Dessa feita, é de suma importância destacar que a perspectiva funcional visa atender aos mandamentos impostos na lei, dado que, o Ministério Público possui uma divisão orgânica criada para atender à estrutura federativa adotada no país. Seu fracionamento não tende a deturpar o sentido do princípio da unidade, mas sim a sua adequação ao modelo estrutural admitido pelo Estado com as determinações constitucionais.

3.2 Princípio da indivisibilidade

A despeito do princípio da indivisibilidade, tem-se que este é decorrente da possibilidade de o membro da instituição ser representado por um outro, sem que haja interferência no ato processual, visto que, no instante em que um deles atua,

julga-se que é a instituição ministerial exercendo sua função. Em outros termos, resta dizer que o parecer dado no procedimento judicial não é do promotor, mas sim do Ministério Público.

Nesta posição é favorável Bulos (2019, p. 1432) que compreende a indivisibilidade como corolário da unidade, daí que o parquet não pode ser subdividido internamente em várias outras instituições autônomas e desvinculadas entre si. Por esta razão, seus membros não estão adstritos aos procedimentos judiciais nos quais oficiam, podendo perfeitamente serem substituídos uns pelos outros, nos termos da lei.

Através destas observações, compreende-se que o Ministério Público é uno e indivisível, no entanto, apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia. A indivisibilidade e a unidade dizem respeito a cada um dos variados órgãos ministeriais que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou. É neste ângulo que o Supremo Tribunal Federal assim entendeu:

AÇÃO PENAL. Denúncia. Ratificação. Desnecessidade. Oferecimento pelo representante do ministério público federal no juízo do foro em que morreu uma das vítimas. Declinação da competência para o juízo em cujo foro se deu o fato. Foros da Justiça Federal. Atuação, sem reparo, do outro representante do MP. Atos praticados em nome da instituição, que é una e indivisível. Nulidade inexistente. HC indeferido. Aplicação do art. 127, § 1º, da CF. Inteligência do art. 108, § 1º, do CPP. O ato processual de oferecimento da denúncia, praticado, em foro incompetente, por um representante, prescinde, para ser válido e eficaz, de ratificação por outro do mesmo grau funcional e do mesmo Ministério Público, apenas lotado em foro diverso e competente, porque o foi em nome da instituição, que é una e indivisível (STF, HC 85.137, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 28-10-2005).

Destarte, caso a denúncia seja oferecida em foro incompetente, é aceitável a sua ratificação por outro membro da instituição, desde que seja confirmada pelo membro do mesmo Ministério Público e de semelhante grau, haja vista que, como já suscitado, o referido ato foi realizado em nome da instituição e não do seu membro.

3.3 Princípio da independência funcional

A essência do princípio da independência funcional está disposta no texto constitucional, que assegura na norma do art. 127, §2º, autonomia funcional e administrativa ao Ministério Público (BRASIL, 2018, p. 44).

Novelino (2019, p. 825-826) assevera que o mencionado princípio está ligado as garantias e prerrogativas tendentes a preservação da autonomia da instituição, de modo a evitar pressões e interferências externas.

O conteúdo deste princípio é preciso, ao indicar que inexistente subordinação hierárquica entre os membros da instituição, justamente, para que o parquet exerça seu mister, ou melhor, seus deveres profissionais sem restrições ou imposições que impeçam o seu exercício constitucional.

Além disso, tal princípio ganhou tanta relevância que a própria Carta Magna de 1988 constituiu na norma do seu art. 85, II, como crime de responsabilidade do Presidente da República, a prática de atos atentatórios ao livre exercício das atribuições do Ministério Público (BRASIL, 2018, p. 33).

No entendimento de Marques (1984, p. 30) para que a instituição alcance seus objetivos, ela precisa se desvincular do Executivo, Legislativo e Judiciário, no intuito de ser livre e independente no desempenho dos seus deveres, assim, averigua-se que os membros do Ministério Público devem se subordinar apenas às leis e à sua consciência, quer atuando como titular da ação penal ou fiscal da lei.

É nessa justificativa que Bulos (2019, p. 1432) elucida que os seus integrantes só devem satisfações funcionais à Constituição, as leis e aos bons costumes, pois, nem mesmo no ponto de vista interno há de se falar em superioridade hierárquica. Deste modo, a título de exemplo, não pode um Procurador Regional da República obedecer a ordens de um Procurador-Geral da República. Este não possui competência legal para ditar-lhe ordens, na razão de agir dessa ou daquela maneira.

Logo, alcança-se que a única hierarquia vislumbrada no texto constitucional do Ministério Público brasileiro é de natureza administrativa e nunca funcional, onde seus atos estarão submetidos à apreciação judicial apenas nos casos de abuso de poder que possam lesar direitos.

Nesse aspecto, Mendes (2015, p. 1030) anota que paralelamente a inexistência hierárquica, há uma autossuficiência orçamentária e financeira cedida ao Ministério Público que lhe confere a independência necessária para a atuação dos ofícios ministeriais, sendo inaceitável intervenções dispostas à contenção de seus gastos.

O mesmo entendimento em que a preservação da autonomia financeira do Ministério Público não pode ser cerceada, foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.356 que reconhece como “inconstitucional a lei que limita gastos com pessoal do Ministério Público, que estão amparados em previsão de lei orçamentária anual e na lei de diretrizes orçamentárias.” (STF, ADI 4.356, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje de 12.05.2011).

Vê-se que a independência funcional e autonomia financeira atribuída a instituição ministerial está em plena igualdade com as garantias estendidas a Magistratura e a Defensoria Pública, assim como estabelece respectivamente, as normas dos arts. 99 e 134, §2º (BRASIL, 2018, p. 36-46).

Desta forma, respaldando-se na mesma autonomia creditada ao Judiciário e a Defensoria Pública, assegurou-se ao Ministério Público as prerrogativas financeiras fundamentais na conjugação de seus deveres, sustentando a premissa de que, sem restrições orçamentárias, este poderá atuar com zelo e empenho no cumprimento de seus encargos.

3.4 Princípio do promotor natural

Espelhando-se nos princípios basilares inerentes ao Judiciário, delineou-se pela instauração do princípio do promotor natural, sendo vedada a designação de promotor *ad hoc* ou promotor de exceção. Trata-se, portanto, de um princípio implícito imanente ao princípio do juiz natural, mas, com cariz constitucional.

Por meio deste princípio, a atuação dos membros do Ministério Público nas conotações de Novelino (2019, p. 826) é predeterminada por critérios abstratos definidos na lei, anteriormente à ocorrência do evento, assim, contesta-se que a garantia constitucional elencada na norma do art. 5º, LIII do texto constitucional, na qual ninguém pode ser processado e nem sentenciado senão por autoridade competente, deve ser analisada e estendida aos membros do parquet, sendo que, a acusação deve advir de um órgão competente.

Além disso, consoante as considerações de Moraes (2018, p. 654) a norma do art. 10 da Lei nº 8.625/93 dispensa a possibilidade de designações arbitrárias, competindo, excepcionalmente, ao Procurador-Geral a designação de membro para acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, devendo, entretanto, recair a escolha sobre o membro da instituição para officiar no pleito segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços (BRASIL, 2019).

O princípio em comento diz respeito às determinações intrínsecas a Constituição, o que em suma, condiz com outros mandamentos constitucionais, a saber, a norma do art. 129 §2º, a qual estabelece que as funções inerentes ao

Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes de carreira (BRASIL, 2018, p. 45).

Sobre a validade do princípio do promotor natural o Supremo Tribunal Federal recentemente reconheceu a importância e relevância do princípio na disciplina dada ao Ministério Público pela Constituição, conforme o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS" - MINISTÉRIO PÚBLICO - SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS - A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR - INOCORRENCIA - CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável. Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). - Posição de

expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES. (STF, HC 67.759-2/RJ, Plenário, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 06.08.1992).

Nesta senda, considerando a legalidade dos encargos ministeriais e a ligação umbilical com as garantias gravadas na Constituição, a suprema corte definiu pela validade do princípio do promotor natural, ao reconhecer sua excelência no ordenamento jurídico:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA OFERECIDA POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ATUANTE EM VARA CRIMINAL COMUM E RECEBIDA PELO JUÍZO DO TRIBUNAL DO JÚRI. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS UNIDADE E INDIVISIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 67.759/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, reconheceu, por maioria de votos, a existência do princípio do promotor natural, no sentido de proibirem-se designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, que criariam a figura do promotor de exceção, incompatível com a determinação constitucional de que somente o promotor natural deve atuar no processo. Hipótese não configurada no caso. 2. Habeas corpus denegado (STF, HC 114.093, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 03.10.2017).

É verídico que o princípio em comento surge diretamente da garantia de imparcialidade dos órgãos julgadores, exatamente, para que o exercício da tutela jurisdicional não se apegue ao subjetivismo. A atual concepção democrática e constitucionalista abraçada pelo ordenamento jurídico advoga no fundamento de que é inconcebível a prática da função jurisdicional de maneira discricionária. Assim, o princípio do promotor natural advém do ponto de vista adotado pelo regime constitucional pátrio, que preza pelos institutos concernentes à aplicação justa, equânime e imparcial do direito no caso concreto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, porém sem que se esgote os estudos deste tema, vale a pena a reflexão de alguns pontos.

Com o exame histórico da instituição, averigua-se que o Ministério Público possui certa paridade com a história constitucional pátria, que foi revestida por

momentos de avanços e retrocessos. Este movimento reflete-se no caminhar evolutivo da instituição, a qual acompanhou simultaneamente as transformações políticas, sociais e econômicas vivenciadas pelo país.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Lei nº 8.625/93 constituíram o ápice do crescimento do Ministério Público como função essencial à justiça, creditando-lhe o dever legal de tutela dos direitos indisponíveis e manutenção dos interesses difusos e coletivos.

Ainda assim, entende-se que a constitucionalização dos princípios ora estudados foi e será a base sólida necessária para a exteriorização das funções ministeriais às relações jurídicas. A sua organização institucional é estritamente coordenada pelo bojo principiológico carreado pela instituição ministerial, o que demonstra, com segurança, a sua relação com os preceitos gravados no ordenamento jurídico.

A autonomia e a desvinculação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário representam a independência necessária para que o parquet exerça seu mister com total independência e imparcialidade. Tais garantias, neste prisma, não devem ser encaradas como privilégios, mas sim como prerrogativas essenciais para o bom desempenho das funções ministeriais, conforme as determinações ditadas pela Constituição.

Sendo assim, conclui-se que a redação constitucional conferida ao Ministério Público lhe aproxima do autêntico ombudsman, que anseia pela estabilidade e tutela das instituições democráticas. A observância dos seus princípios institucionais certamente conduzirá a uma instituição firme, vigorosa, independente e eficiente no cumprimento dos deveres legais.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4356/ CE. Ação Direta de Inconstitucionalidade**. CONAMP. Artigo 6º da Lei nº 14.506, de 16 de novembro

de 2009, do Estado do Ceará. Fixação de limites de despesa com a folha de pagamento dos servidores estaduais do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público estadual. Conhecimento parcial. Inconstitucionalidade. Requerente: Associação Nacional dos membros do Ministério Público – Conap. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Requerido: Governador do Estado do Ceará. Relator: Min. Dias Toffoli, 09 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284356%2E%2E+OU+4356%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y63l6p7y>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 67759/ RJ**. "Habeas corpus" - ministério público - sua destinação constitucional - princípios institucionais - a questão do promotor natural em face da constituição de 1988 - alegado excesso no exercício do poder de denunciar - incoerência - constrangimento injusto não caracterizado - pedido indeferido. Paciente: Carla Esteves de Azevedo Guedes e outra. Impetrante: Nélio Roberto Sedil Machado. Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello, 06 de agosto de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2867759%2E%2E+OU+67759%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2apdkvx>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 85137/ MT**. Ação Penal. Paciente: Nilson de Souza Zille. Impetrante: Lia Vizeu Gil. Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. César Peluzo, 13 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885137%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y94ouv3s>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 114093/ PR**. Habeas corpus. Denúncia oferecida por membro do ministério público atuante em vara criminal comum e recebida pelo juízo do tribunal do júri. violação ao princípio do promotor natural. Incoerência. Princípios unidade e indivisibilidade do ministério público. Precedentes. Paciente: José Carlos da Costa. Impetrante: Antônio Carlos de Andrade Vianna e outro(a/s). Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 03 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28114093%2E%2E+OU+114093%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2bkcudd>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** – 12 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARQUES, João Benedito de Azevedo. **Direito e democracia: o papel do Ministério Público.** – São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** – 34 ed. rev. e atual. até a EC nº 99, de 14 de dezembro 2017. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** – 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

ANÁLISE JURÍDICO-CULTURAL SOBRE O DISCURSO DE ROBERTO ALVIM: HOUE APOLOGIA AO NAZISMO?

JOÃO BOSCO DE ALMEIDA REZENDE:

Graduado em Licenciatura em História pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); professor da Rede Estadual de Educação; e Estudante do Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Resumo: Diante da repercussão nacional e internacional do discurso, de 16 de janeiro de 2020, quando o ex-secretário especial de cultura do governo federal parafraseou Goebbels, surgiu uma dúvida sobre a prática do crime de apologia ao nazismo. Para dirimir tal dúvida elaborou-se este artigo utilizando-se, de modo conjunto, as metodologias análise de conteúdo exploratória, a quais possibilitaram a análise não só do discurso e do respectivo contexto, como também das práticas nazistas na área cultural. Os elementos obtidos na análise responderão sobre a tipicidade ou atipicidade da conduta de Roberto Alvim com base no parágrafo 1º do artigo 20 da Lei 7.716 de 1989.

Palavras-chaves: discurso; cultura; apologia; nazismo; tipicidade.

Sumário: 1. Introdução – 1.1 O problema – 1.2 Metodologia – 2. O vídeo e suas referências ao nazismo? – 2.1 O cenário – 2.2 A música – 2.3 Goebbels parafraseado, por quê? – 2.3.1 A crítica à cultura brasileira da última década – 2.3.2 A anticultura brasileira? – 2.3.3 Performances ou patologias? – 2.3.4 Alógica de uma nova arte em Alvim e em Goebbels – 3. A menção a Goebbels e a Lei 7.716/1989 – 3.1 Darantismo penal: Legalidade e Tipicidade – 4. Considerações Finais – 5. Referências

1. Introdução

Na quinta, 16 de janeiro de 2020, o então Secretário de Cultura, Roberto Alvim, elaborou e veiculou vídeo no qual divulgava o Prêmio Nacional das Artes. Momentos depois, a iniciativa do secretário tornou-se o assunto mais comentado nas redes sociais, não em virtude da premiação, mas por causa de um conjunto de elementos cuja combinação trouxe à tona a lembrança da ideologia nacional-socialista.

A repercussão extremamente negativa atraiu para o executivo críticas dos mais diversos setores da sociedade brasileira bem como da comunidade internacional. No primeiro caso pode-se mencionar: a desaprovação do legislativo, através das manifestações dos presidentes das duas casas, Câmara dos Deputados e Senado;^[1] o repúdio por parte de celebridades da mídia nacional, como

apresentadores, entrevistadores, comediantes, atores e atrizes, dos mais distintos vieses políticos;[2] a comunidade judaica brasileira pediu a demissão do secretário;[3] dentre outras manifestações contrárias.

No âmbito internacional, os jornais de várias nações enfatizaram o fato de o discurso da principal autoridade brasileira para cultura se assemelhar em termos de inspiração a Goebbels, ministro da Comunicação e Cultura do Terceiro Reich.[4] A embaixada alemã no Brasil criticou tanto a banalização quanto a glorificação do período histórico nacional-socialista o qual foi caracterizado como um momento sombrio de sofrimento para a humanidade.[5]

1.1 O problema

Em todas as reportagens trazidas pelos portais de notícia do Brasil sobre as diversas reações ao discurso de Roberto Alvim, havia diversos comentários de leitores, geralmente, contrários não só à estética do vídeo, mas principalmente à semelhança entre as palavras do secretário brasileiro e do ministro do Terceiro Reich. Dentre tais comentários, chamou a atenção o fato de que alguns imputavam a Roberto Alvim a prática de apologia ao Nazismo, mencionando, inclusive, a Lei 7.716 de 1989 a qual define em seu artigo 20, mais precisamente no parágrafo primeiro o tipo penal em questão.

Evidentemente que a imputação de um fato definido em lei como crime por parte de internautas, cuja formação profissional é uma incógnita, pode ser considerada uma provocação para desenvolver uma reflexão sobre a ocorrência ou não da sobredita conduta por parte do ex-secretário de cultura. Tal provocação torna-se ainda mais pujante quando o jornalista e cientista social Matheus Pichonelli elabora artigo jornalístico intitulado “Demissão de Roberto Alvim saiu barata: apologia ao nazismo é crime”[6]. Daí surgiu o questionamento que é o tema deste estudo: no discurso de Roberto Alvim, ao parafrasear Goebbels, houve apologia ao nazismo? Em outros termos: é possível tipificar penalmente, a partir dos elementos do vídeo elaborado por Roberto Alvim, a conduta de apologia ao nazismo conforme a descrição contida no parágrafo primeiro do artigo 20 da Lei 7.716 de 1989?

1.2 Metodologia

O presente trabalho foi desenvolvido a partir da combinação das metodologias análise de conteúdo e exploratória. A análise de conteúdo foi empregada por envolver “a análise do conteúdo das mensagens, os enunciados dos discursos, a busca do significado das mensagens.”[7] Desse modo, o presente trabalho perscrutou artigos da internet, livros, vídeos, buscando identificar nas

expressões empregadas nas mensagens dessas diferentes formas de comunicação as ideias//valores norteadores das atitudes humanas.

A dimensão exploratória revela-se devido ao fato de se aproximar do problema, explicitando-o, uma vez que essa forma de pesquisa tem como escopo aprimorar ideias ou deslindar intuições.[8] No caso deste artigo, a junção de ambas as metodologias contribuiu para descobrir nos discursos vigentes na sociedade elementos capazes de responder ao problema aqui abordado.

2. O vídeo e suas referências ao nazismo?

A busca pelos elementos para esclarecer a questão problema que suscitou a produção deste trabalho abrangeu as seguintes fontes: a organização do cenário; a música de fundo; o trecho do discurso de Roberto Alvim que fora parafraseado de Goebbels; as críticas ao atual estado da arte no Brasil; como o Terceiro Reich tratou a arte; a produção bibliográfica na seara do direito, mais precisamente a Lei 7.716 de 1989 e posteriores atualizações.

2.1 O cenário

Sobre a estética do cenário montado para a produção do vídeo no qual fora anunciado o Prêmio Nacional das Artes. Em posição central estava o secretário, na parede ao fundo, seguindo o alinhamento do homem forte da cultura havia o quadro do presidente, à direita do orador tinha a bandeira do Brasil e à esquerda uma cruz. Semelhante disposição atribui à cena uma sensação de seriedade, a qual veio tanto da referência a valores conservadores quanto à solenidade. Esta última se fez presente na entonação da voz e no modo como as palavras são pronunciadas.

Nos elementos desse cenário, vislumbram-se os valores defendidos pelo presidente eleito para a cultura, os quais foram sufragados pela maioria dos votantes na eleição de 2018. Vale lembrar que os valores podem ser identificados na interpretação dos seguintes elementos: a Bandeira representando não só a nação, mas o sentimento de amor à pátria (nacionalismo); a cruz como signo do sentimento religioso, especialmente o cristianismo; e o predomínio da ordem visto na maneira como o interlocutor está situado abaixo do presidente. Neste último símbolo nota-se também a sugestão de um sentido de alinhamento cultural.

Em outros termos, apesar do caráter inegavelmente conservador do cenário, é impossível associá-lo ao nazismo. Frise-se que nacionalismo, fé cristã e valorização da ordem no âmbito cultural evidencia tão-somente uma tendência para uma perspectiva centrada no autoritarismo. Sobre o tema, Bobbio lecionou que

Geralmente, as doutrinas autoritárias, ao contrário, pelo menos as modernas, são doutrinas antiracionalistas e antiigualitárias. Para elas, o ordenamento desejado pela sociedade não é uma organização hierárquica de funções criadas pela razão humana, mas uma organização de hierarquias naturais, sancionadas pela vontade de Deus e consolidadas pelo tempo e pela tradição ou impostas inequivocamente pela sua própria força e energia interna. De costume, a ordem hierárquica a preservar é a do passado; ela se fundamenta na desigualdade natural entre os homens.[9]

No discurso de Roberto Alvim concernente ao Prêmio Nacional das Artes, é possível constatar o aspecto autoritário, conforme lecionado acima, quando a aspiração cultural desejada é caracterizada "(...) dinâmica e, ao mesmo tempo, enraizada na nobreza de nossos mitos fundantes: a pátria, a família, a coragem do povo e sua profunda ligação com Deus".[10] Em outros termos, a arte a ser premiada é aquela que busca a retomada dos valores de um passado mítico.

2.2 A música

As palavras do ex-secretário foram acompanhadas por uma trilha sonora a qual tinha como origem a ópera "Lohengrin", a qual, de acordo com portais de notícia, Hitler atribuíra em autobiografia um caráter decisivo para a própria vida.[11] No entanto, a mera escolha da citada ópera como música de fundo não autoriza, por si só, os críticos a vê-la como uma referência ao nazismo por três motivos: o tema abordado em "Lohengrin" por Wagner; ao ponto comum entre as obras wagnerianas e o propósito do Prêmio Nacional das Artes; e o uso distorcido do pensamento wagneriano pelos nazistas.

O primeiro motivo encontra-se no fato de que, não obstante "Lohengrin" ter um papel decisivo para a vida de Hitler, ao compô-la Wagner aborda o julgamento do valor de alguém, descartando para tanto a raça e o nome.[12] O segundo concerniu à comunhão entre a premiação anunciada e a temática wagneriana, uma vez que em ambos há como elemento central o caráter mítico. Consoante a explanação de Jack Brandão e de Marcos Júlio Sergi sobre a temática do compositor alemão tem-se que

Diante de temas de caráter mítico e transcendental, que buscam o enriquecimento espiritual, não é possível, por exemplo, empregar música de entretenimento. Suas composições, portanto, têm o peso das tragédias gregas, descendendo diretamente das narrativas de Ésquilo e

Sófocles, isso explica a intensidade da emoção presente em sua obra.[13]

Destarte, é possível analisar música utilizada no vídeo como artifício sonoro para conferir grandiosidade não só à premiação, mas também à nova arte a qual buscava no passado os valores esquecidos pelas manifestações artísticas do presente.

O último motivo diz respeito à maneira distorcida como os nacional-socialistas exploraram o manifesto, escrito por Richard Wagner, “Das Judentum in der Musik” cuja publicação ocorreu em 1850. De acordo com Brandão e Sergl

Havia, no manifesto, diversas frases de efeito que seriam, empregadas de maneira distorcida por Hitler e pelos nazistas. Quando, por exemplo, Wagner diz que se fosse possível aos judeus tornarem-se homens como eles, no caso os alemães, teriam de “renascer por meio do autoextermínio implacável” 2[Nehmt rücksichtslos an diesem durch Selbstvernichtung wiedergebärenden Erlösungswerke teil, so sind wir einig und ununterschieden!], tal extermínio, na acepção wagneriana, era espiritual – a negação da fé judaica pela conversão ao cristianismo –, não um aniquilamento físico, conforme o idealizado por Hitler em Mein Kampf e levado a cabo com a Solução Final.[14]

No trecho acima observa-se a artificialidade entre o pensamento e valores propugnados pelo compositor alemão do século XIX e os ideais racistas defendidos por Adolf Hitler e seus asseclas. Em suma, patenteia-se a inexistência de vínculo entre nazismo e a obra wagneriana.

2.3 Goebbels parafraseado, por quê?

Descartados a estética e a música como referências apologéticas ao nacional-socialismo, resta analisar o trecho da fala de Roberto Alvim cuja fonte inspiradora foi Goebbels. Para empreender tal tarefa é necessário não perder de vista as diversas críticas feitas a atual produção artista nacional. Somente nesse contexto é possível evidenciar o sentido e a finalidade da paráfrase feita pelo ex-secretário de cultura.

Em determinado momento do vídeo foi dito que “(...) A arte brasileira da próxima década será heroica e será nacional. Será dotada de grande capacidade de envolvimento emocional e será igualmente imperativa, posto que profundamente vinculada às aspirações urgentes de nosso povo, ou então não será nada”[15]. Em

tais palavras há a possibilidade de identificar três ideias centrais: emergência de uma arte autoritária; a inspiração são os valores do passado formadores do povo brasileiro; e a negação da atual produção artística.

Tais ideias estão presentes no discurso de Goebbels que foi objeto de paráfrase nestes termos: “A arte alemã da próxima década será heroica, será ferreamente romântica, será objetiva e livre de sentimentalismo, será nacional com grande páthos e igualmente imperativa e vinculante, ou então não será nada”. [16]

Não obstante a semelhança de palavras e ideias, pode-se vislumbrar uma grande diferença em ambos os discursos a partir de uma análise das críticas direcionadas a arte imediatamente anterior a qual é objeto de negação. O ponto de distinção é o elemento racial o qual é o cerne para a negação da produção artística imediatamente anterior à ascensão do Terceiro Reich. Como Oliveira e Ranke explicaram ao afirmar que

(...) Para Hitler, arte pura era somente aquela semelhante à arte clássica que mostrava corpos esbeltos, em sua postura correta e olhar sereno. A propaganda nazista, portanto, creditava à arte expressionista da época a corrupção e a degeneração do povo alemão. Não à toa, a arte mais corruptora, segundo essa lógica, era a da cultura judaica. [17]

2.3.1 A crítica à arte Brasileira da última década

No Brasil, a arte proposta pelo governo através de sua pasta dedicada à cultura atende às críticas de parcela da população em relação à produção artística do último decênio. No entanto, nem as críticas nem a resposta do Estado a elas possuem como escopo a legitimação da segregação racial. Semelhante aspecto pode ser patenteado na análise de duas manifestações contrárias ao atual estado da arte brasileira: o artigo “Liberdade, liberdade!” de Divaldo Franco; e o livro “A Corrupção da Inteligência” de Flávio Gordon.

2.3.2 A anticultura brasileira?

Em “Liberdade, liberdade!”, o autor, ao se insurgir contra a sátira produzida pelo grupo de comediantes Porta dos Fundos, a qual trazia a imagem de um Cristo homossexual, utilizou diversas expressões análogas às usadas pelos nacional-socialistas para caracterizar a arte moderna. A título de ilustração pode-se transcrever esta passagem: “Apresento, deste modo, o meu repúdio pessoal à anticultura e devassidão desses apóstolos da era de decadência da sociedade que perdeu o rumo da razão e dos deveres morais.” [18] De imediato, duas expressões

saltam aos olhos devido à semelhança com o ideal cultural propugnado pelo Terceiro Reich: “anticultura” e “era de decadência”.

Evidentemente, Divaldo Franco não se referiu ao nazismo, porém fez uso de palavras que num passado recente foram exploradas por Hitler e seus asseclas com um fim eminentemente racial. Exemplificando tal exploração, Euripedes Gomes Cruz Junior destacou que “(...) Em Mein Kampf, Hitler tece comentários ferozes contra o cubismo, o dadaísmo e o surrealismo, rotulando as produções desses movimentos, em virtude de seu afastamento dos cânones tradicionais do realismo, de arte degenerada, ‘fruto de mentes degeneradas’.”[19] Daí nota-se a convergência entre “era da decadência” e “arte degenerada” como formas de expressão para criticar negativamente padrões estéticos decorrentes de estilos artísticos cujos valores e inspirações divergem de uma percepção de arte presa ao passado, à tradição.

2.3.3 Performances ou patologias?

Na obra “A Corrupção da Inteligência” o autor, para criticar a arte brasileira do último decênio, usou estratégia semelhante à empregada no Terceiro Reich para patentear a degeneração da arte. Flávio Gordon descreveu a seguinte cena:

Brasil. Pernambuco. Novembro de 2015. Lá se vai mais um ano. Um jovem estudante caminha pela avenida Professor Moraes Rego em direção ao número 1.235, que abriga o Centro de Artes e Comunicação (CAC) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Ao pisar no gramado que margeia o prédio, põe-se a gritar, salivar e estremecer violentamente, apoiado num poste. A cena arranca loas, assobios e aplausos entusiasmados dos colegas, que se imaginam diante de uma performance artística.

Não era o caso. O jovem acabara de ser atingido por forte descarga elétrica, que por pouco não o mata. Teve as mãos grudadas ao poste, enquanto convulsões faziam-no perder os sentidos. “Muita gente aplaudiu pensando que era uma performance artística, porque dentro de um centro de artes acontece [sic]”, explicou a vítima depois do incidente, queixando-se de dores no nariz e no antebraço direito. Acontece...[20]

Tal descrição é uma crítica à performance a qual se constituiu em uma das manifestações artísticas mais frequentes da última década. Essa estratégia de cotejar a performance a uma cena na qual alguém era eletrocutado guarda

similitude com as exposições da “Arte Degenerada” realizadas no Terceiro Reich. Estas, segundo o exposto por João Grinspum Ferraz, consistiam em

(...) estratégia de propaganda contra essa nova forma de expressão, o Partido Nazista passou a promover exposições e propagandas onde pinturas modernas eram colocadas ao lado de fotos de pessoas com defeitos físicos, com o intuito de evidenciar os descaminhos e as impurezas característicos da nova arte. De fato, buscar figuras deformadas em meio às obras do expressionismo não era tarefa das mais difíceis, e logo surgiu a ideia de se organizar uma grande exposição da “Arte Degenerada”, que seria contraposta a outra da “Grande Arte Alemã”, inaugurada um dia antes.[21]

Observe-se que a estratégia para salientar a decadência e/ou degeneração de determinadas manifestações artísticas é praticamente a mesma, já que em ambos os casos tanto a performance quanto o expressionismo foram comparados a cenas chocante para ensejar no público a sensação de perda de valores morais. Essa construção de um sentimento de perda é evidenciado em assertiva de Flávio Gordon, após descrever diversas performances em universidades brasileiras, nos seguintes termos: “Para espíritos sadios — coisa cada vez mais rara no interior da academia —, os eventos antes descritos podem parecer aberrantes ou abusivos, caso em que seriam também passíveis de correção, no âmbito de uma boa reforma universitária”[22].

2.3.4 A lógica de uma nova arte em Alvim e em Goebbels

A relação lógica que se estabelece entre “sadio”, “correção” e “reforma” a qual pode ser interpretada como a defesa por uma reforma universitária para a correção de uma produção acadêmica doente. Essa mesma forma de pensar estava presente tanto na estratégia nacional-socialista para, por meio da qualificação negativa da arte expressionista, segregar determinada raça; quanto no discurso de Roberto Alvim o qual defendeu a necessidade de retomada dos valores passado – mitos fundantes – para a produção de uma cultura capaz de salvar a juventude, visto que: “A cultura é a base da pátria. Quando a cultura adoce, o povo adoce junto.”[23]

Diante do exposto até o presente momento, nota-se que, apesar de Alvim ter parafraseado Goebbels, inexistiu menção ao nazismo, nem houve intenção de divulgá-lo. Ressalte-se que a paráfrase de discurso de Goebbels inseriu-se no contexto atual da sociedade brasileira cuja parcela da população clama por uma reforma nos valores, sendo a cultura e as artes os caminhos para tal intento. Em

outras palavras, existe uma comunhão lógica entre o trecho parafraseado do discurso do ministro alemão para a cultura e a ideia central norteadora do Prêmio Nacional das Artes: a negação da arte atual apresentada como doente e a necessidade de um renascimento cultural a partir de valores aptos a tornar a arte saudável.

3. A menção a Goebbels e a Lei 7.716/1989

Considerando a análise já exposta de todos os elementos do polêmico vídeo, vislumbrou-se a resposta negativa para o questionamento original sobre o cometimento de crime de apologia ao nazismo pelo ex-secretário Roberto Alvim com base no parágrafo 1º do artigo 20 da lei 7.716 de 1989 cuja pena é reclusão de 2 a 5 anos e multa. Cabe lembrar a redação do citado dispositivo legal: "Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo"[24]. Antes de prosseguir, cabe salientar que esta redação é alvo de críticas por ser extremamente restritiva ao se referir unicamente à cruz suástica, esquecendo-se de outros elementos como a imagem de Hitler, o ideário nacional-socialista, dentre outros.[25]

Dos verbos utilizados para caracterizar a conduta criminosa, o único possível para o caso em tela é "veicular" o qual se relaciona com os complementos "símbolos" e "propaganda". No entanto, a organização do cenário, a ópera de Wagner e a entonação de voz não são, ou por si mesmas, ou combinadas, símbolos do nazismo, nem servem como propaganda deste.

Não obstante o papel cumprido por Goebbels na política racista preconizada por Hitler, o trecho parafraseado carece de elementos caracterizadores exclusivamente do nacional-socialismo, podendo ser usado por outros regimes totalitários e autoritários cujos projetos de poder envolvessem o controle da cultura.[26] Aliás, a polêmica foi criada em virtude do autor original daquele trecho, não em razão do conteúdo, uma vez que este não alude ao ideário do nazismo, não traz símbolos deste nem discrimina "em razão de cor, raça, etnia, religião e procedência nacional."[27] Logo, percebe-se que a conduta de Roberto Alvim é penalmente atípica.

3.1 Garantismo penal: Legalidade e Tipicidade

O princípio da legalidade expresso no aforismo latino "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*" foi decomposto por Luigi Ferrajoli em dez axiomas que retratam o garantismo penal. Dentre tais máximas, nota-se que quatro guardam relação, direta ou indireta, com a concepção de tipicidade entendida como "ação humana

ajustada à descrição legal de crime"[28]: "*nullum crimen sine lege*", "*nulla lege sine necessitate*", "*nulla necessitas sine injuria*" e "*nulla injuria sine actione*"[29].

O primeiro "princípio axiológico" mencionado pode se referir à ideia de tipo penal cuja definição corresponde à descrição abstrata de uma conduta humana proibida. Em outros termos, é possível ligar o "axioma da legalidade" – como Ferrajoli o denominou – ao conceito de tipo entendido como "conjunto dos elementos descritivos do crime contidos na lei"[30].

Os dois próximos axiomas, "*nulla lex sine necessitate*" e "*nulla necessitas sine injuria*", intitulados respectivamente pelo juspositivista italiano como princípios da economia do direito penal e da ofensividade do evento, podem ser indiretamente associados à tipicidade. Observa-se tal possibilidade na ideia de lesão proibida a um determinado bem jurídico protegido. Ou melhor, os dois axiomas remetem à noção de que o direito penal seleciona determinadas condutas humanas, a partir de sua lesividade para a sociedade, para descrevê-las na lei como crimes. Em suma, uma conduta para ser transformada em tipo necessita ser lesiva.

O último axioma mencionado, "*nulla injuria sine actione*", corresponde ao "princípio da materialidade ou da exterioridade da ação"[31]. A relação deste com a tipicidade pode ser vislumbrada, de maneira indireta, no processo de adequação da conduta humana – ação – ao tipo penal. Em outros termos, quando certa ação lesiva, realizada pelo homem, apresenta em sua forma características fundamentadoras descritas de maneira abstrata na lei penal – tipo – tem-se a tipicidade. Deve-se lembrar da constatação feita por Toledo ao frisar que a tipicidade é a "correspondência entre um fato humano da vida real e o tipo legal de crime"[32].

4. Considerações Finais

Diante do exposto, percebe-se que a tipicidade não é apenas um juízo de subsunção entre a premissa maior – tipo penal – e a premissa menor – conduta humana no mundo real – mas também se constitui em uma garantia penal para o homem que vive em sociedade contra o Estado. Essa dimensão garantista da tipicidade revela-se na atipicidade, uma vez que esta é a ausência de adequação entre conduta humana e a descrição contida na lei criminal, cuja consequência para o homem é o afastamento do *jus puniendi* estatal.

Portanto, considerando a conduta de Roberto Alvim, as críticas ao atual estado da arte no Brasil e o tipo penal do parágrafo 1º do artigo 20 da Lei 7.716 de 1989, percebe-se a inadequação típica, ou seja, não houve apologia ao nazismo. Obviamente, em virtude do acirramento de ânimos na sociedade brasileira, é fácil

constatar que faltaram bom senso e cautela na escolha, por parte do ex-secretário, do discurso objeto de paráfrase.

5. REFERÊNCIAS

ARTISTAS criticam Roberto Alvim após cópia de fala nazista: 'doente'. **Uol**. São Paulo. 17 de jan. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/17/artistas-criticam-roberto-alvim-apos-imitacao-de-fala-nazista-doente.htm>> Acessado em 18 de jan. 2020.

BRANDÃO, Jack; SERGL, Marcos Júlio. Richard Wagner e Adolf Hitler: política, música e antissemitismo. **Revista Lumen et virtus**. v. IX, n. 22, p. 253-260, ago./2018. Disponível em: <<http://www.jackbran.com.br/lumen-et-virtus/numero-22/PDF/RICHARD%20WAGNER%20E%20ADOLF%20HITLER-MUSICA%20E%20ANTISSEMITISMO.pdf>> Acessado em 19 de jan. 2020.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Coordenação de Tradução: João Ferreira. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: 1998, v. 1.

CRUZ JÚNIOR, Eurípedes da. **Do asilo ao museu: ciência e arte nas coleções da loucura**. Tese (Doutorado em Museologia e Patrimônio). UNIRIO, Rio de Janeiro, 2015.

EM VÍDEO, Alvim cita Goebbels e provoca onde repúdio nas redes sociais. **Yahoo Brasil**. São Paulo, 17 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/em-v%C3%ADdeo-alvim-cita-goebbels-102600357.html>> Acessado em 18 de jan. de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Z. Sica, fauzi H. Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FERRAZ, João Grinspum. O expressionismo, a Alemanha e a 'Arte degenerada'. **CADUS – Revista de História, Política e Cultura**. São Paulo, v.1, n.1. jul./ 2015. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/polithicult/article/view/23725/17007>> acessado em 18 de jan. de 2020.

FRANCO, Divaldo. Liberdade, liberdade! **Agenda Espirita Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://www.agendaespiritabrasil.com.br/2020/01/09/liberdade-liberdade/>> Acessado em: 18 de jan. de 2020.

FRAZÃO, F.; VASSALO, L. Comunidade judaica cobrou demissão de Roberto Alvim. **Terra**. São Paulo, 18 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/comunidade-judaica-cobrou-demissao-de-roberto-alvim,0e033f6a5b1c53354eee404a507f6d9afv7lnkcm.html>> Acessado em 18 de jan. de 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, **Legislação penal esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (versão digital)

GORDON, Flávio. **A corrupção da inteligência**. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 263 (versão digital)

IMPrensa internacional repercute discurso de Alvim com frases semelhantes às de ministro de Hitler. **G1 Globo**, Rio de Janeiro, 17 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/01/17/imprensa-internacional-repercute-discurso-de-alvim-com-frases-semelhantes-as-de-ministro-de-hitler.ghtml>> Acessado em 18 de jan. de 2020.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. 8 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, volume único.

HONORATO, Ludimila. Rodrigo Maia pede afastamento de Roberto Alvim; veja outras reações. **O Estado de São de Paulo**. São Paulo. 17 de jan. 2020. Disponível em < <https://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,classes-artistica-e-politica-criticam-referencia-de-roberto-alvim-a-goebbels,70003162806> > acessado em 18 de jan. 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCIANO Huck diz que discurso de Alvim é 'criminoso, violento e perverso'. **Uol**. São Paulo, 17 de jan. 2020. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/17/huck-roberto-alvim.htm>> Acessado em 18 de jan. de 2020.

PEREIRA, Wagner Pinheiro. **O império das Imagens de Hitler**: o projeto de expansão internacional do modelo de cinema nazista na Europa e na América Latina (1933 – 1955). Tese (Doutorado em História) USP, São Paulo, 2008.

PICHONELLI, Matheus. Demissão de Roberto Alvim saiu barata: apologia ao nazismo é crime. **Yahoo Brasil**. São Paulo, 17 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/analise-demissao-roberto-alvim-secretaria-da-cultura-175059871.html>> Acessado em 18 de jan. de 2020.

PODER360. **Secretário de cultura, Roberto Alvim cita ministro nazista em pronunciamento.** 2020. (6:57). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=3lycKFW6ZHQ> > acesso em 18 de jan. de 2020.

RANKE, Bruno Curcino; OLIVEIRA; Humberto Moacir de. "Arquitetura da Destruição" e a segregação cotidiana na cultura. **Revista subjetividades.** Fortaleza, v. 15, n. 03, dez./2015. Disponível em: < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692015000300016 > Acessado em 19 de jan. de 2020.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 23 ed. Rev e atualizada. São Paulo: Cortez, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOTAS:

[1] HONORATO, Ludimila. Rodrigo Maia pede afastamento de Roberto Alvim; veja outras reações. **O Estado de São Paulo.** São Paulo. 17 de jan. 2020. Disponível em < <https://cultura.estadao.com.br/noticias/geral/classes-artistica-e-politica-criticam-referencia-de-roberto-alvim-a-goebbels,70003162806> > acessado em 18 de jan. 2020. Tanto Maia quanto Alcolombe pediram o afastamento imediato do secretário.

[2] ARTISTAS criticam Roberto Alvim após cópia de fala nazista: 'doente'. **Uol.** São Paulo. 17 de jan. 2020. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/17/artistas-criticam-roberto-alvim-apos-imitacao-de-fala-nazista-doente.htm> > Acessado em 18 de jan. 2020. De José de Abreu a Danilo Gentili, as personalidades da mídia brasileira criticaram duramente o discurso de Roberto Alvim. "Usar a Cultura p/ fazer revisionismo histórico é perverso, atrasado e violento. O vídeo do secretário Roberto Alvim é criminoso. Infame. Revela uma conduta autoritária inaceitável, que rompe os limites democráticos com um discurso fora da lei", escreveu Huck em suas redes sociais. LUCIANO Huck diz que discurso de Alvim é 'criminoso, violento e perverso'. **Uol.** São Paulo, 17 de jan. 2020. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/17/huck-roberto-alvim.htm> > Acessado em 18 de jan. de 2020.

[3] "Quem recita Goebbels e o nazismo não pode servir a governo nenhum no Brasil", endossou a Federação Israelita de São Paulo. FRAZÃO, F.; VASSALO, L. Comunidade judaica cobrou demissão de Roberto Alvim. **Terra.** São Paulo, 18 de jan. 2020. Disponível em:

<<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/comunidade-judaica-cobrou-demissao-de-roberto-alvim,0e033f6a5b1c53354eee404a507f6d9afv7lnkcm.html>> Acessado em 18 de jan. de 2020.

[4] IMPrensa internacional repercute discurso de Alvim com frases semelhantes às de ministro de Hitler. **G1 Globo**. Rio de Janeiro, 17 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/01/17/imprensa-internacional-repercute-discurso-de-alvim-com-frases-semelhantes-as-de-ministro-de-hitler.ghtml>> Acessado em 18 de jan. de 2020. Jornais e portais de notícia de vários países como EUA, Inglaterra, Israel, Alemanha, França, Argentina repercutiram tanto o vídeo quanto a exoneração do Secretário.

[5] EMBAIXADA da Alemanha repudia fala de Alvim que copia nazista. **Uol**. São Paulo. 17 de jan. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/17/embaixada-da-alemanha-se-pronuncia-apos-alvim-copiar-discurso-de-nazista.htm>> Acessado em: 18 de jan. de 2020.

[6] PICHONELLI, Matheus. Demissão de Roberto Alvim saiu barata: apologia ao nazismo é crime. **Yahoo Brasil**. São Paulo, 17 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/analise-demissao-roberto-alvim-secretaria-da-cultura-175059871.html>> Acessado em 18 de jan. de 2020

[7] SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 ed. Rev e atualizada. São Paulo: Cortez, 2007, p 121.

[8] GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.41.

[9] BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Coordenação de Tradução: João Ferreira. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: 1998 , v. 1, p. 96.

[10] PODER360. Secretário de cultura, Roberto Alvim cita ministro nazista em pronunciamento. 2020. (6:57). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3lycKFW6ZHQ>> acesso em 18 de jan. de 2020.

[11] EM VÍDEO, Alvim cita Goebbels e provoca onde repúdio nas redes sociais. **Yahoo Brasil**. São Paulo, 17 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/em-v%C3%ADdeo-alvim-cita-goebbels-102600357.html>> Acessado em 18 de jan. de 2020.

- [12] BRANDÃO, Jack; SERGL, Marcos Júlio. Richard Wagner e Adolf Hitler: política, música e antissemitismo. **Revista Lumen et virtus**. v. IX, n. 22, p. 253-260, ago./2018. Disponível em: <http://www.jackbran.com.br/lumen_et_virtus/numero_22/PDF/RICHARD%20WAGNER%20E%20ADOLF%20HITLER_MUSICA%20E%20ANTISSEMITISMO.pdf> Acessado em 19 de jan. 2020. p. 241.
- [13] Idem, p. 241.
- [14] Idem, p. 246.
- [15] PODER360, op. cit.;
- [16] EM VÍDEO, op. cit.;
- [17] RANKE, Bruno Curcino; OLIVEIRA; Humberto Moacir de. "Arquitetura da Destruição" e a segregação cotidiana na cultura. **Revista subjetividades**. Fortaleza, v. 15, n. 03, dez./2015. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692015000300016> Acessado em 19 de jan. de 2020. p. 474.
- [18] FRANCO, Divaldo. Liberdade, liberdade! **Agenda Espirita Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://www.agendaespiritabrasil.com.br/2020/01/09/liberdade-liberdade/>> Acessado em: 18 de jan. de 2020.
- [19] CRUZ JÚNIOR, Eurípedes da. **Do asilo ao museu: ciência e arte nas coleções da loucura**. Tese (Doutorado em Museologia e Patrimônio). UNIRIO, Rio de Janeiro, 2015, p. 99.
- [20] GORDON, Flávio. **A corrupção da inteligência**. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 263 (versão digital).
- [21] FERRAZ, João Grinspum. O expressionismo, a Alemanha e a 'Arte degenerada'. **CADUS – Revista de História, Política e Cultura**. São Paulo, v.1, n.1. jul./ 2015. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/polithicult/article/view/23725/17007>> acessado em 18 de jan. de 2020. p. 56.
- [22] GORDON, op. cit., p. 264
- [23] PODER360, op. cit.
- [24] HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. 8 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, volume único, p. 650.

[25]SANTOS apud GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, **Legislação penal esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 526 (versão digital)

[26]A tese “O império das imagens de Hitler”, o autor ao abordar a questão do controle político da cultura através do cinema em diferentes regimes totalitários que apesar da influência inicialmente da cinematografia nazista, desenvolveram características próprias. PEREIRA, Wagner Pinheiro. **O império das Imagens de Hitler**: o projeto de expansão internacional do modelo de cinema nazista na Europa e na América Latina (1933 – 1955). Tese (Doutorado em História) USP, São Paulo, 2008. 432p.

[27] HABBIB, op. cit., p. 654.

[28]TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.125.

[29]FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Z. Sica, fauzi H. Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2002, p. 74-5.

[30]JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 309.

[31] FERRAJOLI, op. cit., p. 75.

[32] TOLEDO, op. cit., p. 125.

UNIFICAÇÃO DAS PENAS EM RAZÃO DE NOVA CONDENAÇÃO CRIMINAL E ALTERAÇÃO DA DATA BASE NA EXECUÇÃO PENAL

SYLVIO HENRIQUE LORENA DUQUE ESTRADA:

Promotor de Justiça Substituto no Ministério Público do Estado do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

RESUMO: O advento de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das penas impostas ao apenado, o que pode gerar reflexos no cumprimento da pena, sem, contudo, implicar na alteração da data-base para a concessão benefícios executórios. Neste artigo, primeiramente se demonstrará quais efeitos a unificação de reprimendas pode gerar no curso da execução penal e em seguida, demonstrar-se-á que tais reflexos não incluem a alteração da data base para obtenção de novos benefícios na execução penal, apresentando algumas das hipóteses que oportuna tal alteração.

Palavras – chave: Nova condenação. Unificação das penas. Efeitos. Alteração da data-base para benefícios executórios. .

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais 2. Nova condenação e unificação das penas no curso da execução penal. 3. Unificação das penas e alteração da data base para a concessão de novos benefícios na execução penal. 4. Conclusão.

1 Considerações Iniciais

Consoante disposição do artigo 111, da Lei de Execução Penal, quando no curso da execução penal houver a condenação por mais de um crime, seja no mesmo processo, seja em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, devendo ser observado, quando for o caso, a detração ou a remição que existam em favor do apenado.

É cediço que o cometimento de novo crime no curso da execução penal, após o regular procedimento sob o crivo do contraditório, pode implicar no reconhecimento de falta grave, sendo esta um dos marcos verificados na execução penal para fins de interrupção de data-base para a concessão de benefícios executórios, porém o mesmo não se verifica quando da unificação de reprimendas, como se demonstrará neste estudo.

Assim, neste trabalho, se abordará a superveniência de nova condenação no curso da execução da pena, oportunidade em que se analisará a polêmica que

envolve os reflexos de novo trânsito em julgado, e conseqüente unificação das reprimendas, na estipulação da data-base para fins de concessão de benefícios executórios, conforme se verifica a seguir.

2 Nova condenação e unificação das penas no curso da execução penal

Nos termos do artigo 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, com o advento de nova condenação no curso da execução penal, deverá ser somada a pena que resta a ser cumprida com a nova sanção para fins de determinação do regime de cumprimento da reprimenda.

Neste sentido, AVENA (2015, p. 223), disciplina que o resultado da operação acima mencionada deverá balizar a fixação do regime de cumprimento de pena, considerando-se, para tanto, o artigo 33, §2º, do Código Penal:

O dispositivo refere-se à hipótese de serem proferidas novas condenações contra o mesmo preso após ter sido iniciada a execução de pena decorrente de condenação anterior. Neste caso, estabelece a lei que o tempo já cumprido deve ser descontado. Enfim, para determinação do regime de cumprimento, procede-se à soma do restante da pena que estava sendo executada com a nova pena aplicada. O resultado desta operação deverá balizar a fixação do regime prisional, considerando-se, para tanto, o regramento do art. 33, §2º, do CP. Nesse caso, poderá ocorrer a regressão do regime, com base no art. 118, II, da LEP, o qual dispõe que a pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva quando o apenado 'sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime'.

É certo que o cometimento de novo crime no curso da execução penal implica em falta grave que traz diversas conseqüências para o apenado, após seu regular reconhecimento sob o crivo do contraditório, o que, desde a última infração disciplinar, acarreta a interrupção da data-base para a concessão de benefícios da execução penal, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto.

Com efeito, o cometimento de novo delito, com superveniente condenação com trânsito em julgado, no curso da execução penal, acarreta a unificação das penas para que a partir deste marco o apenado cumpra as reprimendas contra ele impostas, sendo importante se analisar se referida unificação traz reflexos na fixação da data base para usufruto de benefícios executórios.

3 Unificação das penas e alteração da data base para a concessão de novos benefícios na execução penal

É cediço que a data do trânsito em julgado das condenações pretéritas, bem como o marco da unificação das reprimendas, não possuem o condão de alterar a projeção dos benefícios executórios, ao reverso do que ocorre com eventos como a prisão, evasão, recaptura etc.

Neste sentido, tem-se que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, frente a recente virada jurisprudencial, embora a superveniência de nova condenação enseje a unificação das reprimendas para fins da execução, inexistente previsão legal para alteração da data-base exigida para deferimento de benesses prisionais, constituindo excesso de execução a fixação do trânsito em julgado do último édito condenatório, bem como a data da unificação das penas, como marco inicial para obtenção de benefícios da execução penal, mormente nos casos onde já houve a prisão anterior do réu[1]ou quando já reconhecida a última infração disciplinar, apontada como falta, casos em que se violaria a máxima do *ne bis in idem*, eis que se estaria punindo duas vezes o apenado pelo mesmo fato.

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TERMO A *QUO* PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. ACÓRDÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o *quantum* obtido após o somatório torne incabível o regime atual, está o condenado sujeito a regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal. 2. A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução. 3. Caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do

cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto. Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante *bis in idem*. 4. O delito praticado antes do início da execução da pena não constitui parâmetro idôneo de avaliação do mérito do apenado, porquanto evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado. As condenações por fatos pretéritos não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, visto que estranhas ao processo de resgate da pena. 5. Recurso não provido. (STJ - REsp 1557461/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, S3, j. 22/02/18)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO. DATA-BASE. ÚLTIMA PRISÃO DO APENADO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.557.461/SC. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.1. A partir do julgamento do REsp n. 1.557.461/RS, a Terceira Seção adotou o entendimento de que o período de cumprimento de pena desde a última prisão ou a última infração disciplinar não pode ser desconsiderado, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois disso e já apontado como falta grave. 2. No caso, em procedimento de unificação de penas, o acórdão recorrido fixou a data da última prisão do reeducando como marco inicial para concessão de futuros benefícios na execução penal. 3. Agravo regimental provido. (STJ - AgInt no REsp 1659328/MG, Rel. Rogerio Schietti Cruz, j. 12/06/18)

Portanto, inviável se estabelecer a unificação das penas ou mesmo o trânsito em julgado de nova condenação para fixação de data-base para futuros benefícios executórios, frente a absoluta ausência de previsão legal, bem como em razão de que se puniria o apenado duplamente pelo mesmo motivo.

4 Conclusão

Concluindo-se este trabalho, tem-se que a unificação das penas em razão de superveniência de condenação criminal com trânsito em julgado no curso da execução penal, não pode acarretar na modificação da data base para concessão de benefícios executórios em favor do apenado, vez que não existe previsão legal para isso, além de implicar em nova punição do apenado pelo mesmo fato, como explicado neste estudo.

Referências Bibliográficas

AVENA, Noberto. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Gen, Editora Método, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados – artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podvim, 2018.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 14 de janeiro de 2020.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 14 de janeiro de 2020.

PODER JUDICIÁRIO. Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1659328/MG. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> Acesso em 14 de janeiro de 2020.

PODER JUDICIÁRIO. Recurso Especial n.º 1557461/SC. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=%28%27RESP%27.clas.+e+@num=%271557461%27%29+ou+%28%27REsp%27+adj+%271557461%27.suce.%29%29&thesaurus=JURIDICO&fr=veja>> Acesso em 14 de janeiro de 2020.

NOTAS:

[1]“Prática de fato definido como crime doloso no bojo da execução da pena constituída disciplinar de natureza grave (súmula 526 STJ). No entanto, caso o reeducando venha a ser condenado pela prática do delito cometido no curso da execução, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória, segundo o entendimento anterior do STJ, acarretaria a unificação das penas a ele impostas e, novamente, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, o que já havia ocorrido apenas diante da prática da falta grave. Assim sendo, o apenado seria punido novamente, em um verdadeiro *bis in idem*, já que o mesmo evento – a saber, a prática de fato definido como crime doloso – proporcionaria, por duas vezes, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, de maneira a ocasionar flagrante constrangimento ilegal” – STJ, REsp 1557461.

O CASO DOS IRMÃOS NAVES: ANÁLISE CRÍTICA DO FILME BASEADO EM FATOS REAIS

MARCUS VINICIUS DA COSTA PAIVA:

Advogado. Procurador do Município de Jaçanã - RN. Graduado em Direito, na Universidade Federal da Paraíba (Campus I). Pós-Graduado em Direito Processual Civil no Centro Universitário de João Pessoa (Unipê).

RESUMO: O filme O Caso dos Irmãos Naves é um longa metragem produzido para retratar os acontecimentos ocorridos no Brasil, no período do Estado de Novo, governo de Getúlio Vargas. Mais precisamente, o filme apresenta, como diz o nome, o caso de dois irmãos, Joaquim e Sebastião Naves, acusados por supostamente terem incorrido na conduta de latrocínio contra seu primo e sócio. O delegado encarregado do caso, Chico Vieira, sustenta veemente a culpabilidade dos irmãos e busca de todos os modos possíveis provar isso. Através de tortura e outros métodos cruéis o delegado-tenente consegue obter uma confissão "informal" dos irmãos e, com isso, dá início ao processo em si. Mesmo tendo sido absolvidos pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça apela alterando o resultado para condenação. Os irmãos são condenados a 25 de prisão, dos quais cumprem uma parcela. Posteriormente a sua soltura, Benedito, seu primo tido como falecido reaparece, evidenciando o que todos já imaginavam: que tudo não passou de um colossal e imperdoável erro do judiciário. É baseada nessa injustiça e na apresentação dela e na comoção por ela gerada que o filme tem como premissa.

Palavras-chave: Irmãos. Injustiça. Judiciário. Tortura.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Síntese dos Fatos. 3 Análise Crítica. 4 Considerações Finais. Referências.

1 Introdução

A estrutura do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito é algo digno de muito orgulho para a nação. A ideia de 3 poderes independentes e harmônicos entre si, que cooperam para o exercício da justiça é extremamente agradável. Frequentemente nos deparamos com julgamentos extremamente importantes, nos quais, apesar de forte apelo popular, não cedem à parcialidade, agindo o magistrado sempre de maneira proba e justa. Os processos, em nosso país, seguem sempre o princípio do devido processo legal, evitando qualquer inconsistência ou caráter ilícito. Entretanto, a realidade em nossa pátria nem sempre foi essa exposta.

O Poder Judiciário, apesar dos competentes membros que o compõem, já cometeu alguns erros que são lembrados pela nação. Talvez o mais emblemático de todos seja o caso dos irmãos Naves. Nesse ocorrido, os irmãos foram acusados de supostamente terem assassinado seu primo para ficar com seu dinheiro. Não havia nenhuma prova que atestasse o afirmado, mas isso não foi suficiente para obstar a atitude cruel de um delegado militar que praticou torturas severas aos acusados para força-los a confessar. O tenente Vieira foi o protagonista do que é conhecido como o erro mais banal na justiça de nosso país, sendo responsável pela condenação de dois inocentes por um crime que não cometeram. Com isso há um abalo na expectativa e na noção da população. Isso porque o Estado se mostra aos indivíduos como garantidor da justiça e o protetor dos oprimidos. No momento em que o Estado avocou para si a tutela jurisdicional ele se responsabilizou por dirimir os conflitos de interesses e evitar que o mais forte prevalecesse sobre o mais fraco através da força. Então, quando essa premissa se reverte, e o próprio Estado é responsável por uma injustiça, certamente o impacto é profundo, tal como ocorreu no caso em questão.

O presente trabalho tem como meta a exposição e análise do filme O Caso dos Irmãos Naves, que relata eventos reais ocorridos no Brasil e que possuem ampla relevância para o Direito brasileiro, principalmente na área do Judiciário. O caso exposto é o dos Irmãos Naves, que se trata do mais grotesco erro judiciário do país. Pode-se inclusive ressaltar que houve uma sequência de erros trágica, que culminou com a condenação de dois indivíduos, irmãos, totalmente idôneos. Esse evento ocorreu num dos mais conturbados períodos de nossa história. Era o auge do governo de Getúlio Vargas, no qual ele havia instituído uma nova Constituição, não compatível com os interesses de todos os indivíduos. Assim é importante a compreensão da realidade naquele período e dos fatos para o verdadeiro entendimento sobre os fatos e os motivos que o determinaram.

Haverá a apresentação substanciada dos fatos e posteriormente a análise crítica sob a óptica do Direito atual. O trabalho está dividido em 3 partes, contendo um item cada uma delas. Para a elaboração e exposição desse trabalho foi utilizada a análise do filme, pesquisa em livros, códigos de lei e artigos na internet.

Desse modo, este trabalho apresentará os fatos para facilitar os entendimentos dos direitos e princípios violados no curso do processo dos dois irmãos, Joaquim e Sebastião.

2 Síntese dos Fatos

O filme O Caso dos Irmãos Naves é um filme que retrata o evento que teve enorme repercussão nacional, resultante dos sucessivos erros jurídicos que

aconteceram nesse acontecimento. Ressalta-se, aliás, que é conhecido como o erro judiciário mais substancial ocorrido no Brasil. O filme é uma adaptação do livro homônimo escrito por João Alamy Filho. A adaptação, dirigida por Jean-Claude Bernadert e Luís Sérgio Person, datada do ano de 1967, representa fielmente a o fato ocorrido.

Para a compreensão de alguns aspectos desse caso é faz mister assimilar o cenário político-histórico da época. O ano é 1937, proêmio do governo de Getúlio Vargas, conhecido como Estado Novo. Esse regime tinha forte cunho ditatorial, e estava causando profundas alterações no país, inclusive no campo econômico.

Em meio a esse panorama, na cidade de Araguari, estados de Minas Gerais, estavam dois irmãos: Joaquim Naves Rosa, de 27 anos, e Sebastião José Naves, de 32 anos. Os dois irmãos tinham uma sociedade com seu primo, Benedito Pereira Caetano. Este havia realizado diversos empréstimos, pois imaginava que o mercado daria uma guinada, o que permitiria que ele obtivesse massivos lucros investindo numa plantação de arroz. Todavia, em verdade começam a suceder reiteradas quedas de preços que afligem Benedito, que já se encontrava em uma situação econômica não favorável, devido a muitas dívidas contraídas. Na madrugada de 29 para 30 de novembro, Benedito, que estava hospedado na residência de Joaquim foge com seus últimos recursos, que somavam 90 contos de réis.

Os irmãos Naves desconheciam a fuga de Benedito e, após tentar localizá-lo em diversos lugares, se dirigem a polícia para relatar o desaparecimento de seu primo para que as medidas necessárias sejam tomadas. Um inquérito foi aberto para apurar os fatos, inicialmente conduzido por Ismael Benedito do Nascimento, que era um civil que exercia a função de delegado. As investigações iniciais não trouxeram nenhum resultado satisfatório, tais como suposto cadáver ou dinheiro que eventualmente Benedito estava carregando. O governo, ao final do ano, decidiu que seria melhor um militar a frente das investigações, e com isso substituíram Ismael por um tenente chamado Francisco Vieira dos Santos, mais conhecido como "Chico Vieira".

Francisco era conhecido por ser atroz e se utilizar de métodos pungentes e impiedosos. Realmente, após sua nomeação para o caso as investigações tem sua trajetória alterada. Vieira anseia arduamente a desvendar esse caso, e para tanto realiza inúmeros procedimentos, como estudar o caso, ouvir testemunhas e, após tudo, conjectura a possibilidade de os irmãos Naves terem assassinado Benedito. A seu ver, Vieira deduz que os irmãos teria grande interesse no desaparecimento de seu primo, pois assim poderiam ficar com seu dinheiro e prosseguir sozinhos com os lucros da firma. Entretanto, Vieira não possuía nenhuma prova que pudesse

atestar sua tese, não obstante estava obstinado a obter a aceitação dela através de quaisquer meios necessários.

Certo dia, os irmãos vão à delegacia informar que um homem havia dito ter visto Benedito. O delegado ouve o relato, incrédulo. Considerando que essa foi uma maneira ardilosa de tentar desviar a atenção à verdade dos fatos, Vieira ordena a prisão de Joaquim. Após isso, começa o derradeiro sofrimento dos irmãos. Joaquim é submetido a torturas desumanas a fim de que seja extraída dele uma confissão sobre a autoria do crime e a suposta “verdade”. A polícia localiza a fonte dos irmãos e, após tortura-lo de maneira bárbara, consegue fazer com que ele desminta a história de ter visto Benedito e, além disso, ele estranhamente concorda com a proposição do delegado de que os irmãos eram os responsáveis pelo crime. Logo Sebastião também é preso e submetido as mesmas torturas que seu irmão.

As torturas consistiam em açoites, privação de água, comida, visitas, além de espancamentos. Diante de tudo isso, os irmãos, assombrosamente, não confessaram. Com isso o delegado ordena a prisão das esposas, filhos e até mesmo da mãe dos irmãos Naves, Ana Rosa Naves, de 66 anos. A todos eles também eram aplicadas torturas que traziam o cúmulo do opróbrio humano.

O tenente Vieira incita a população com sua ideia de que os irmãos eram culpados de assassinato e que a confissão que traria à tona toda a realidade seria breve. Em 12 de janeiro de 1938, em uma zona rural erma afastada da cidade, o delegado assevera finalmente haver obtido uma confissão particular de Joaquim. Em 3 de fevereiro o irmão Sebastião também assume a culpa pelo assassinato.

Após algum tempo a polícia liberta Dona Ana, colocando-a sob liberdade vigiada. Desesperada, ela se dirigiu até um advogado, João Alamy Filho, e contou o caso. Inicialmente o advogado estava descrente quanto ao que Dona Ana dizia, pois assim como toda a população, ele tinha forte crença na opinião pública, que alegava que os irmãos eram culpados. No entanto, após ver o estado físico e psicológico da senhora, completamente abalado pelas torturas e por suportar o sofrimento dos filhos, o advogado fica sensibilizado e concorda em ser o defensor dos irmãos.

O defensor dos irmãos Naves ingressa com um pedido de Habeas Corpus, devido ao erro da prisão preventiva sem motivos que a ensejem. Porém, a tentativa foi infrutífera. O tenente-delegado precisava “encontrar” provas para provar a materialidade dos fatos. Desse modo, elaborou depoimentos para confirmar o que presumia. O depoimento constava que os irmãos Naves se utilizaram de dissimulação e da confiança de Benedito para matá-lo por estrangulamento com uma corda e, após isso, tomaram para si a importância em dinheiro que ele carregava e atiraram seu corpo numa cachoeira.

Não bastasse tudo isso, o delegado ainda fez a reconstituição do crime, fazendo com que os irmãos indicassem onde supostamente teriam escondido o dinheiro. Como nada foi encontrado, mesmo após cavar por toda a fazenda, Vieira imaginou que o dinheiro estaria em outro lugar, já escondido.

Após nova falha tentativa de impetrar Habeas Corpus, o processo é iniciado. Os acusados são levados ao Tribunal do Júri, defronte à acusação de latrocínio em face de Benedito. A partir do primeiro julgamento, datado de março de 1938, a verdade repugnante começa a surgir. São relatadas as confissões extraídas através de torturas, e também através do depoimento de outros detentos sobre o tratamento sub-humano destinado aos acusados.

O júri, composto de sete pessoas, decidiu por 6 votos a 1 pela absolvição de Joaquim e Sebastião. Exercendo o veto acusatório, a promotoria recorre ao Tribunal de Justiça que, por sua vez, anula o julgamento. No mesmo ano é realizado novo julgamento, no qual prevalece o veredicto anterior. O que parecia ser finalmente o alívio dos irmãos acaba rapidamente. Na época da Constituição vigente, conhecida como polaca, não havia a soberania do júri no tribunal. Diante disso, o Tribunal de Justiça altera o resultado para a condenação dos irmãos pelo crime. Os irmãos são condenados, inicialmente, a 25 anos e meio de pena privativa de liberdade, sob a modalidade de reclusão. No ano de 1940 ocorreu uma revisão penal, ocasião em que a pena foi reduzida para 16 anos de reclusão.

No ano de 1946, após infundáveis 8 anos e 3 meses de prisão, os irmãos são Naves são beneficiados com o livramento condicional, em virtude de exemplar comportamento prisional. O que talvez tenha sido o maior alívio que os irmãos tiveram após sua soltura ocorreu no dia 22 de maio de 1948, quando seu carrasco, o tenente Francisco Vieira dos Santos, faleceu por derrame cerebral em Belo Horizonte. Entretanto, para Joaquim Naves não houve alegria alguma. Em 28 de agosto de 1948 ele falece por conta de uma doença que o havia acometido em virtude das sequelas das torturas sofridas. E assim, um inocente morre, em um asilo, como um simples indigente. Seu irmão, Sebastião, inicia a incansável busca para provar a inocência sua e de seu irmão.

No ano de 1952, quinze anos após o ocorrido, Sebastião é informado por seu primo, através de um telegrama, que Benedito havia retornado à casa do pai. Sabendo disso, Sebastião se dirige a Nova Pontes, acompanhado de policiais, apesar de inicial relutância do juiz da cidade para deixá-lo sair da cidade. Eis que então, durante a noite, Sebastião entrou acompanhado do cabo José Marques, no quarto onde Benedito estava dormindo. Este se mostrou espantado e pensou que Sebastião fosse mata-lo. Entretanto, Sebastião apenas queria que seu primo

voltasse com ele para Araguari, para que pudesse ser finalmente provada a inocência dos irmãos Naves.

Ao chegarem à cidade de Araguari houve grande tumulto e revolta na população, que queria linchar Benedito. Então o delegado prendeu Benedito para evitar que este fosse morto pelos populares.

Restava esclarecer o motivo do desaparecimento de Benedito. Ele relata que naquela madrugada de 1937, ele havia sido assaltado e não poderia voltar à Araguari sem possibilidades de honrar suas dívidas. Desse modo, ele partiu para a cidade de Anápolis. Benedito jurava não saber do terrível ocorrido com seus primos, contudo ele havia alterado seu nome para José Alves Gomes. Um comportamento muito estranho e que jamais foi explicado, o que denota que poderia ter sim ciência dos fatos.

No ano de 1953, ocorre uma nova revisão criminal, na qual os irmãos Naves foram declarados inocentes por todas as acusações que havia sofrido. Sebastião iniciou ainda um processo de indenização civil por conta de erro judiciário. Em 1956 houve sentença favorável, entretanto houve sucessivos recursos, e somente em 1960 o Supremo Tribunal Federal deu direito a Sebastião Naves e seus herdeiros de receber indenização do Estado. Essa decisão foi histórica, sendo a primeira vez que um processo é anulado e ao mesmo tempo conhecida indenização aos acusados injustamente. Em 1962, Sebastião falece, provavelmente nesse momento já tranquilo por ter limpad o nome da família Naves.

3 Análise Crítica

Sob a óptica do Direito, tanto o atual quanto o da época, é evidente que no processo criminal, em sua totalidade, não houve a observância de inúmeras normas e princípios, dos mais basilares aos mais formidáveis. Esse erro, que certamente foi o maior e mais indignante do judiciário, revela a inobservância de diversos princípios constitucionais, sendo o principal a dignidade da pessoa humana.

Realizando a hermenêutica constitucional à luz do artigo 5º, é possível elencar da seguinte maneira:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (houve inobservância desse dispositivo legal, visto que os irmãos Naves ficaram presos por meses).

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (os irmãos Naves foram

impossibilitados de apresentar a sua defesa ao delegado, sendo assim inviabilizados de exercer o direito do contraditório e ampla defesa).

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (através da tortura os investigadores obtiveram as confissões, o que caracteriza a ilicitude).

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (a culpabilidade dos irmãos foi suscitada e considera desde o princípio pelo delegado Chico Vieira).

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; (o tenente-delegado mentiu sobre onde estavam os irmãos Naves, informando ao advogado, que havia ido à delegacia para representa-los, que estes já haviam sido soltos).

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (os irmãos não tiveram nenhum de seus direitos informados, não tiveram direito a advogado, já prontamente e, ao contrário de ser assegurada assistência à família, houveram torturas e maus tratos às famílias dos acusados).

Além disso, é possível notar que foram feridos também diversos princípios processuais, dentre os quais:

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana -> exposto de forma expressa no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Esse princípio foi violado pelas maneiras cruéis e humilhantes pelas quais os irmãos Naves foram tratados e os atos contra eles praticados;

Princípio da Presunção de Inocência (Não Culpabilidade) -> exposto já anteriormente, no inciso LVII do artigo 5º de nossa Carta Magna. Os irmãos Naves foram estigmatizados e acusados desde o princípio, pela sociedade e pelo Estado, que inclusive incitou a culpabilidade. Há de se ressaltar, inclusive, que o Estado deveria ser inerte, e não tomar parte sendo parcial e julgando, ainda mais sem provas;

Princípio do Contraditório -> já exposto anteriormente, no artigo 5º, inciso LV da Constituição, que também tem respaldo no artigo 155 do Código de Processo Penal. No caso dos irmãos, além deles não poderem exercer esse direito, ainda foram coagidos a produzir

provas contra si mesmos. O Estado ignorou a ausência de provas para acusar os querelados;

Princípio da Ampla Defesa -> conforme esse princípio deve ser assegurada uma defesa efetiva aos réus. Esse princípio está intimamente ligado com o princípio do contraditório. No caso em questão, a defesa dos irmãos foi ignorada, além do fato de as decisões favoráveis à absolvição terem sido revistas, pelo simples fato de não serem correspondentes a unanimidade dos jurados;

Princípio do Devido Processo Legal -> esse é considerado um supra princípio, pois engloba todos os demais. Segundo ele o processo deve seguir os ditames legais, assegurando o direito material e formal. O processo dos irmãos seguiu todas as fases corretamente, mas com inúmeras ilicitudes processuais;

Princípio da Liberdade de Locomoção -> encontra-se no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se de um direito de primeira geração. É um direito que vai de encontro com Estados arbitrários, ou seja, baseia-se na liberdade de ir e vir do indivíduo, sem nenhum impedimento estatal;

Princípio da Persuasão Racional do Juiz -> também chamado de Livre Convencimento Motivado do Juiz. De acordo com este princípio, o juiz não é obrigado a ficar preso à determinada prova. O juiz tem a liberdade de decidir, desde que a sua decisão seja devidamente motivada. O tenente Vieira queria dar preponderância à confissão, em detrimento das demais provas (ou ausência delas, no caso). Isso não é permitido no ordenamento jurídico brasileiro, visto que não há a valoração das provas;

Princípio do Duplo Grau de Jurisdição -> também chamado de recorribilidade, permite a reanálise do processo por uma instância superior. Baseia-se na possibilidade de que as decisões judiciais podem estar embasadas em algum equívoco, portanto caso uma instância superior colegiada possa reapreciar o caso haveria a diminuição da possibilidade de erro. Obviamente isso não ocorreu no processo dos irmãos Naves, visto que não houve nova apreciação do processo em uma instância superior.

Princípio da Vedação a Penas de Tortura ou Degradantes -> as penas não podem ultrapassar o limite do que é aceitável. E entende-se como aceitável aquilo que seja justo e que não fira a honra ou a integridade, física ou moral, de um indivíduo. Pode notar-se isso no caso pela impossibilidade de impetrar o Habeas Corpus e pelo fato dos irmãos terem sofrido torturas algozes.

Princípio do *In Dubio Pro Reo* -> o mais preponderante princípio do Processo Penal que estabelece que caso haja qualquer dúvida sobre a autoria ou a materialidade do fato deve-se decidir a favor do réu. Baseia-se na premissa de que é melhor um culpado solto do que um inocente condenado. Claramente não houve respeito algum a esse princípio, pois no caso em questão inexistia qualquer prova e, ainda assim, o tenente Vieira acusou os irmãos por um crime que não tinham cometido e os torturou.

Princípio da Soberania dos Veredictos -> a decisão do júri é incontestável e imperante. Assim, entende-se como inadmissível um pedido de revogação da decisão por parte do Ministério Público. Também não houve respeito a isso, pois apesar de terem sido inocentados pelo júri, o Tribunal de Justiça reverteu o veredicto para "culpado".

4. **Considerações Finais**

Baseando-se na exposição e análise do caso, é possível compreender a necessidade da aplicação de um Direito que seja essencialmente justo e que não incorra em nenhuma exceção para evitar erros. O caso elucidado não recebeu a importância devida, e frente ao regime totalitário vivido na época, não era de se esperar que recebesse. O cenário político da época não era favorável a apreciação mais profunda do caso dos irmãos Naves. Entretanto, como se ressaltou no trabalho, isso não é nem de longe justificativa para o ocorrido. O sistema jurídico brasileiro naquela época já era bastante forte, elaborado e sério, no entanto, por conta de um erro grotesco de um delegado militar aconteceu essa triste história que resultou em muita dor e sofrimento.

A apresentação realizada nesse trabalho é extremamente importante para evidenciar o custo de um erro do nosso sistema judiciário e a importância de que ele funcione harmonicamente e da forma mais imparcial possível. Ressalta-se ainda que, justamente pela maneira como nosso sistema jurídico nacional é composto, apesar de ainda existir uma possibilidade de erros acontecerem, mesmo com os magistrados, pois eles também são humanos e são suscetíveis a cometerem falhas, a possibilidade de esse erro perdurar é minimizada pelo princípio da recorribilidade, no qual é possível ter uma decisão reapreciada, impossibilitando que o se consolide. Assim, é perceptível a importância do resguardo ao Direito em si no nosso país.

REFERÊNCIAS

ALAMY, João Filho. **O Caso dos Irmãos Naves – Um erro judiciário**. 3ª Edição. Belo Horizonte. Editora Del Rey: 1993.

BERNARDET, Jean-Claude; PERSON, Luís Sérgio. **O Caso dos Irmãos Naves.** 1967. 92 minutos. Preto e branco. MC Filmes Distribuidora.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007

SILVA, Edson Alexandre Da. **O erro Judiciário mais famoso no Brasil: o caso dos irmãos Naves em Araguari/MG.** Disponível na internet. Acesso em 18 de maio de 2017.