BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 925

(Ano XI)

(28/09/2019)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

Competência do STF para julgar questões atinentes ao CNJ e ao CNMP

25/09/2019 | Alexandre Santos Sampaio.....05

ARTIGOS

A Caracterização Contemporânea da Condição Análoga à de Escravo

27/09/2019 | Bruna Spagnol.....09

Gorjetas vontade e liberalidade: um breve estudo jurídico e as relações consumerista e trabalhista

27/09/2019 | Maria Julia de Castro Albuquerque Moraes.....61

A importância da publicidade dos votos nas deliberações parlamentares para a democracia representativa

27/09/2019 | Dayse Ribeiro Netta 84

Reversão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional

27/09/2019 | Nelson Barbosa da Silva Júnior 106

Direito fundamental ao sigilo de informações pessoais de testemunhas e vítimas: corolário da dignidade da pessoa humana e da proibição do défice

27/09/2019 | Keila Lacerda de Oliveira Magalhães Garcia 126

Exclusividade na realização de trabalho portuário nas atividades descritas no artigo 40, caput, da Lei nº 12.815/2013, por trabalhador portuário avulso ou trabalhador portuário com vínculo empregatício.

27/09/2019 | Alexandre Zambelli Pires 142

O descaso das empresas prestadoras de serviços estéticos acerca do desígnio da indenização por dano moral

26/09/2019 | Kaike de Souza Nascimento 151

Uma análise da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça à luz da Constituição Federal de 1988

26/09/2019 | Yasmin Souza Da Silva 166

Acordo de não persecução penal: eficiência da persecução penal, constitucionalidade e outros aspectos relevantes

26/09/2019 | Keila Lacerda de Oliveira Magalhães Garcia 185

Acesso integral ao direito à saúde: análise dos requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça para a concessão de medicamentos não incorporados pelo sistema único de saúde

26/09/2019 | Daniel Dal Pont Adriano 194

O direito de propriedade face à evolução do movimento constitucionalista.

26/09/2019 | Thomas Bryann Freitas do Nascimento 214

Violência contra a mulher: perspectivas da Lei nº 11.340/2006 no âmbito doméstico e familiar para proteção da pessoa humana

26/09/2019 | Luiz Felipe da Costa Valencia 222

Abrangência da sanção de suspensão do direito de licitar prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993: confronto entre o entendimento do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça

25/09/2019 | Gabriel Pedroza Bezerra Ribeiro 240

Reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o princípio da inalterabilidade relativa do nome civil à luz da jurisprudência dos tribunais superiores

25/09/2019 | Yasmin Souza Da Silva 253

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O princípio da insignificância e sua repercussão no Direito Penal brasileiro

25/09/2019 | Ana Rubia Moraes Da Rocha 276

A possibilidade de prorrogação de contratos administrativos por apostilamento

25/09/2019 | Jandeson da Costa Barbosa 299

Facilitação da tutela ambiental por intermédio da inversão do ônus da prova

25/09/2019 | Daniel Dal Pont Adriano 319

Mais de 130 anos da Abolição do Trabalho Escravo e o aumento dessa prática ainda é realidade.

25/09/2019 | Bruna Spagnol 336

A responsabilidade civil do Estado por mortes de detentos no Sistema Prisional Brasileiro

24/09/2019 | Cláudio Guilherme Lima de Mendonça 338

Da irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos: estudo de caso da gratificação de produtividade fiscal dos agentes de fiscalização tributária no Município de Ituporanga/SC

24/09/2019 | Gabriel Pedroza Bezerra Ribeiro 364

A preservação do patrimônio histórico edificado como um direito fundamental na ordem constitucional brasileira

24/09/2019 | Thomas Bryann Freitas do Nascimento 375

O trabalho penitenciário à luz da Constituição Federal de 1988

24/09/2019 | Yasmin Souza Da Silva 396

Inamovibilidade aos Delegados de Polícia: é chegada a hora?

24/09/2019 | Victor David de Azevedo Valadares 411

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pode a defesa ter acesso aos documentos que baseiam a acusação?

24/09/2019 | Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior 424

A concorrência desleal no âmbito do direito de propriedade intelectual

23/09/2019 | Gabriel Pedroza Bezerra Ribeiro 428

A redução da maioridade no ordenamento jurídico brasileiro: análise do Código Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente.

23/09/2019 | Douglas Paula Da Silva 442

Lei Maria da Penha: Algumas considerações acerca da efetividade dos mecanismos de proteção no combate da violência doméstica e familiar contra a mulher

23/09/2019 | Raquel Silvestre Matoso Venesia 465

Tem futuro o Direito Penal?

23/09/2019 | Lara Bezerra Vasconcelos.....500

A proteção legal dos trabalhadores na legislação trabalhista: a proteção do trabalho dos transgêneros na legislação trabalhista enquanto grupo vulnerável

23/09/2019 | Alice Soares Reis.....521

MONOGRAFIA

A banalização da prisão preventiva e o punitivismo no Estado brasileiro

24/09/2019 | Renan da Silva Domiciano.....554

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAR QUESTÕES ATINENTES AO CNJ E AO CNMP

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.

O art. 102, inciso I, alínea "r", da Constituição Federal – CF disciplina que cabe ao Supremo Tribunal Federal – STF processar e julgar, originariamente, "as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público".

Observe-se, desde logo, que a redação constitucional atrai para a jurisdição extraordinária, à primeira vista e por meio da interpretação literal, qualquer ação movida contra o CNJ e o CNMP.

Em verdade, não há ressalvas ou delimitação de matéria na Lei Maior. Toda e qualquer ação, na dicção constitucional, contra os mencionados conselhos devem ser levadas à apreciação da Corte Excelsa.

Mas esse ponto não é pacífico, visto que existem dúvidas do alcance desse comando. Em outros termos, toda e qualquer ação envolvendo o CNJ ou CNMP devem ser de competência do STF ou, em alguns casos, de menor relevância, a matéria deve ser afeta à justiça federal?

Sobre o tema, na Reclamação nº 15564[1], em que se discutia se a competência seria da Justiça Federal ou do STF para julgar ação ordinária em que se pretende afastar a aplicação da Resolução 151/2012 do CNJ, foi firmado importante entendimento para balizar a competência jurisdicional em temas afetos ao CNJ e ao CNMP, embora o caso fosse referente apenas ao primeiro Conselho Nacional. Como existe uma paridade entre ambos, entende-se que o tratamento deve ser isonômico neste quesito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A relatora, Ministra Rosa Weber, exarou entendimento de que o art. 102, I, "r", da CF deveria ter interpretação contida, alcançando apenas casos em que o CNJ tenha personalidade judiciária para figurar no feito, como em mandado de segurança, habeas data e habeas corpus. Afirmou que a impugnação das decisões do CNJ, por via de ação ordinária, deveria ser promovida perante a Justiça Federal. Não obstante respeitável posição, este viés interpretativo restou-se vencido na primeira turma do STF.

Prevaleceu posição sustentada pelo Ministro Luiz Fux que verificou que a resolução emanada do CNJ possuía alcance nacional, com fundamento na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), o que acabava por atrair a competência do Tribunal Extraordinário.

No viés defendido, deveria entender o termo "ações", cunhado na Constituição Federal, com caráter genérico, o que possibilita a sua valoração, principalmente tendo em vista a posição institucional e hierárquica do CNJ no Poder Judiciário.

Logo, haveria de ter em mira, com arrimo na hermenêutica sistemático-teleológica, uma bipartição das ações: as ações ordinárias que impugnam atos do CNJ de cunho finalístico, concernentes aos objetivos precípuos de sua criação devem ser julgados pelo STF. Por outro lado, as ações ordinárias contra atos do CNJ devem ser processadas e julgadas na Justiça Federal.

Nesse modelo, deve-se avaliar o conteúdo do ato emanado, com vistas a, segundo anotado, evitar a banalização da jurisdição extraordinária.

Nesse passo, definiu-se "a competência originária do STF alcança ações ordinárias em que se impugnam atos do CNJ que possuam caráter normativo ou regulamentar; que desconstituam ato normativo de tribunal local e que envolvam interesse direto e exclusivo de todos os membros do Poder Judiciário".

Por outro lado, restou como competência da justiça federal aqueles temas que não digam respeito diretamente aos objetivos institucionais e não possuam caráter nacional, tais como "demandas contra atos do CNJ que atinjam tão somente servidores dos órgãos fiscalizados ou mesmo as serventias extrajudiciais; que não digam respeito a interesse exclusivo de toda magistratura ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que revejam atos administrativos gerais dos tribunais, assim considerados os que não se sujeitam a regulamentação distinta do Poder Judiciário, de que seriam exemplo os relacionados a concursos públicos ou licitações dos tribunais locais".

Deveras, parece que a solução adotada foi acertada, apesar da adoção de interpretação que flexibilizou o texto literal da Constituição, ao manter temas relevantes na competência de apreciação do STF e, ao mesmo tempo, visando não sobrecarregar o Tribunal Excelso com ações de menor envergadura dentro do contexto judicial, repassando parte das ações para a Justiça Federal.

Como dito, esse viés interpretativo deve ser adotado também para o CNMP, com a bipartição da competência entre o STF e a Justiça Federal.

Em suma, na linha do entendimento do STF, no ajuizamento de ações contra o CNJ ou CNMP deve-se atentar para o conteúdo da lide para endereçar a exordial para a instância competente, evitando que o processo demore mais do que o normal com remessas desnecessárias entre instâncias.

---

[1] Informativo STF nº 951: Rcl 15564 AgR/PR, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 10.9.2019. (Rcl-15564).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A CARACTERIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA DA CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

BRUNA SPAGNOL: Advogada, Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Mar del Plata - Argentina.

KELLY PAULINE BARAN

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar a problemática da caracterização da condição análoga a de escravo e os métodos utilizados para a abolição dessa pratica. Para isso começaremos a analisar histórico da escravidão no Brasil, como e quando surgiu, quais os principais elementos histórico e quando foi abolida, logo após passaremos a discorrer sobre as primeiras legislações, sobre a importância e a influencia da Organização Internacional do Trabalho no Brasil. Analisaremos quais as formas de trabalho forçado atual no Brasil e como se caracteriza pela doutrina, jurisprudência e pelo artigo 149 do Código Penal. E por ultimo analisaremos qual os métodos adotados pelo Brasil para a eliminação do trabalho forçado existente.

PALAVRAS-CHAVE: 1- Caracterização da condição análoga a de escravo. 2- Formas atuais de trabalho forçado. 3- Influência da OIT. 4- Proteção ao trabalhador. 5- Lista Suja.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo presentar el problema de caracterización de la condición análoga a de esclavo y los métodos utilizados para la abolición de esta práctica. Para esto, comenzaremos a analizar la historia de la esclavitud en Brasil, cómo y cuándo surgió, cuáles son los principales elementos históricos y cuándo fue abolida, poco después discutiremos las primeras legislaciones, la importancia y la influencia de la Organización Internacional del Trabajo en Brasil. Analizaremos las formas actuales de trabajo forzoso en Brasil y cómo se caracterizan por la doctrina, la jurisprudencia y el artículo 149 del Código Penal. Finalmente, analizaremos los métodos adoptados por Brasil para la eliminación del trabajo forzoso existente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PALABRAS CLAVE: 1- Caracterización de la condición de esclavo. 2- Formas actuales de trabajo forzoso. 3- Influencia de la OIT. 4- Protección del trabajador. 5- Lista sucia.

SUMÁRIO: Introdução 1 - A Escravidão no Brasil 2 - Breve relato histórico 2.1 - As primeiras legislações 2.2 - A influência da Organização Internacional do Trabalho 2.3 - Trabalho Forçado Atualmente 3 - Formas atuais de trabalho forçado e sua caracterização 3.1 - A configuração do trabalho forçado pela jurisprudência 3.2 - A proteção ao trabalhador contra trabalho forçado 4 - A liberdade do trabalho enquanto direitos fundamentais 4.1 - A proteção normativa aplicada no brasil 4.2 - Considerações finais 5 - Referencia 6.

---

1 INTRODUÇÃO

A escravidão no Brasil teve seus primeiros indícios logo após a chegada dos portugueses ao território brasileiro, a partir desse momento o contexto histórico e social sofreu radicais alterações até os dias atuais.

Essa mudança histórica levou a legislação a uma adaptação de suas normas, porem mesmo os diplomatas normativos que tratam do assunto, como as convenções nº 105 e 29 da OIT e o Código Penal brasileiro, sua definição e complexa devendo ser ponderado com a realidade jus laboral do Brasil.

Atualmente não é mais possível caracterizar o trabalho forçado de acordo com o cerceio ou não da liberdade do trabalhador.

Essa liberdade e o exercício da autonomia da vontade devem ser plenos e não guiados pela submissão a condição absolutamente degradante pela mera sobrevivência.

Dessa maneira surge um novo conceito de trabalho forçado, o qual não é pautado única e exclusivamente na liberdade de locomoção do trabalhador, mas que foca à que condições este são submetido em decorrência de uma autonomia da vontade mitigando pela necessidade de sobrevivência.

Na legislação brasileira a condição degradante é um dos requisitos para caracterizar do trabalho forçado, porem e um termo aberto em que a jurisprudência, a doutrina e os legisladores estão tentando caracterizar.

Caracteriza-se a condição análoga a de escravo no artigo 149 do Código Penal que preceitua: que o trabalho forçado, as condições degradantes de trabalho e a restrição de locomoção do trabalhador são o que pode caracterizar o crime de trabalho forçado.

A jurisprudência entende que a restrição de liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos, e que a falta de respeito com a dignidade da pessoa humana e a não valorização do trabalho seria uma das caracterizações da condição análoga a de escravo e ainda que a conduta antijurídica do empregador o qual menospreza o ordenamento jurídico submetendo seus empregados a condições degradantes também entraria como parte da caracterização e estaria sujeito a penalidades previstas no artigo 149 do Código Penal.

2 A ESCRAVIDÃO NO BRASIL

2.1 BREVE RELATO HISTÓRICO

No Brasil a escravidão teve inicio logo após a chegada dos portugueses que mais tarde descobriram as riquezas que o território brasileiro possuía e então começaram a explorar as terras e a mão de obra dos índios e em seguida dos africanos importados para o Brasil.

Os portugueses ao ingressarem no Brasil no ano de 1500 se depararam com os indígenas, mas estes não eram motivo para preocupações e então no dia 1º de maio, Pedro Álvares Cabral, que era o comandante da excursão, oficializou a posse das terras brasileiras. [1]

Como as terras brasileiras eram desconhecidas para os portugueses e os negócios no Oriente eram muito lucrativos não havia no inicio da posse tanta importância dos portugueses nas terras brasileiras, mas no século XVI começou a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decadência do comercio na Ásia e os portugueses voltaram suas atenções ao Brasil.[2]

Então percebendo que os índios eram conhecedores do território que habitavam, os portugueses começaram há buscar por informações acerca das riquezas do país em troca ofereciam pentes, espelhos[3], e outros utensílios que para os índios eram objetos ainda desconhecidos e que despertavam curiosidade.

Com a descoberta do Pau-Brasil em 1511 a região ficou conhecida com o nome que possui atualmente Brasil. Assim os portugueses começaram a pagar pequenas quantias em dinheiro ou trocar o trabalho dos indígenas por utensílios que era desconhecido por eles até então, com intuito de que esses efetuassem a extração da madeira do solo brasileiro.[4]

Logo após, no ano de 1530 os portugueses descobriram mais riquezas no estado brasileiro como o ouro, pedras preciosas e com o inicio da colonização precisavam da mão de obra dos indígenas então começaram a subordinar os índios ao trabalho escravo, já que era uma mão de obra fácil, sem oferecer remuneração e restringindo a cultura e costumes dos indígenas brasileiros, os índios eram essenciais para o começo da Colonização no Brasil[5]

Deste modo, os índios começaram a perceber que os invasores (Portugal) estavam cometendo atos desumanos contra a suas tribos, foi assim que começou uma batalha entre português e índios que duraram décadas, e como os portugueses tinham mais condições venceram e tomaram todo o território indígena.[6]

Já com poucos índios e com os esforços dos jesuítas para a abolição da escravização dos índios, estes foram sendo substituídos pelos africanos, que, de acordo com Clovis Moura, tinham um conhecimento avançado na agricultura, na fundição de metais e eram fortes e obedientes no trabalho.[7]

Assim com o passar dos tempos e a modernização das pequenas cidades que estavam se instalando no Brasil deixou-se de lado a exploração da mão de obra indígena e começou a dos africanos no século XVII, com a autorização de D. João III de importar até 120 escravos por colono.[8]

Os africanos eram comercializados como se fossem mercadorias levava-se em conta o sexo, altura, músculos, idade, saúde e até os dentes eram medidos e calculados, assim verificava-se quantos metros cada negro tinha para logo estipular o valor de cada peça, era assim como eram chamados. De acordo com Júlio Chiaveneto os negros mais velhos e fracos valiam menos do que os jovens e fortes, ou seja, necessitava de dois velhos para valer uma peça e três jovens de 09 a 18 anos para valer duas peças.[9]

Essa comercialização era feita por que eram lucrativas aos senhores, os escravos eram comprados para exercer variados trabalhos como nas minerações, nas lavouras de café, cada-de-açúcar, alguns dos escravos eram para trabalhar no comercio nas cidades como vendedor, costureira etc., as mulheres serviam as casas dos senhores.

A importação dos escravos africanos era feita por navios negreiros onde permaneciam de 30 a 120 dias que era o quanto durava a viajem, os escravos eram colocados em porões onde o limite era de cem, mas como a viajem deveria ter lucro era colocado trezentos. Esses porões eram escuros, úmidos, sem higiene alguma, isso significar disser que os africanos ficavam entre as fezes, urina e vomito além de alguns serem amarrados pelo pescoço.[10]

Como era raro os escravos receberem alimentos ou até mesmo água durante a viajem alguns adoeciam e antes mesmo de infectar outros eram lançados ao mar ainda vivos.[11]

Na chegada ao Brasil, os negros eram distribuídos com cuidado, pois á exigência dos senhores era de que os escravos ficassem longe de suas famílias ou daqueles que falavam a mesma língua, pois temiam que os africanos se comunicassem e se revelassem contra eles.[12]

Já nas fazendas, os escravos recebiam alguns trapos que utilizavam como roupas e eram marcados com ferro quente como se fossem bois para que se houvesse a fuga fossem encontrados, logo após eram lançados nas senzalas e acorrentados uns aos outros com intuito de evitar que fugissem, as senzalas que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

eram porões sujos, úmidos e com pouca higiene era o lugar onde supostamente o negro tinha para descansar após um dia extremamente cansativo.[13]

Os escravos eram submetidos a trabalhar no sol escaldante sem intervalos, sem água e sem comida e ainda sobre forte fiscalização e torturas físicas como açoitados caso parassem para descansar.

Em época de safra, a hora trabalhada se estendida de 14 para 18 horas por dia trabalhado, os escravos ficavam magros e vulneráveis as pestes, muitos acabavam morrendo outros por estarem sonolentos não se davam conta de que suas roupas ou até mesmo suas mãos eram engolidas pelas maquinas que utilizavam nesses casos alguns morriam e outros ficavam sem alguma parte do corpo o que para os senhores era péssimo por conta dos prejuízos.[14]

Os escravos africanos tinham uma folga por semana que se dava aos domingos e também em feriados santos e ainda tinham os sábados para cultivar seus próprios alimentos, alguns senhores concordavam em liberar os sábados para os escravos por que se eximiam de dar alimentação a eles, outros preferiam não dar nenhum tipo de folga e ainda alimentar os negros com o farelo que era dado aos bois e aos porcos.[15]

Em 1852 o papa autorizou os escravos a trabalharem aos dias santos afirmando que não seria pecado, isso se deu com o fim de aumentar a jornada de trabalhos dos negros.[16]

Na mineração o grande risco para os escravos era de ficar doentes, por que tinham que ficar nas águas geladas sem roupas apropriadas, muitos contraiam doenças respiratórias, outros morriam soterrados e aqueles que se arriscavam a pegar uma só pedra eram penalizados banalmente.[17]

As mulheres escravas eram obrigadas a trabalhar nas casas dos senhores como cozinheira, arrumadeira e até ama de leite, também recebiam castigos severos caso não fizessem como as esposas dos senhores queriam.[18]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Se os senhores se interessassem por alguma escrava esta era obrigada a se deitar com ele, desses casos algumas engravidavam, então eram submetidas a aborto provocado pelos senhores, outras viam seus filhos recém-nascidos enterrados vivos em alguns casos as crianças eram destinadas a ser acompanhante dos senhorios e senhorias, o objetivo e que essas crianças soubessem desde cedo que deveriam ser subordinadas aos senhores.[19]

Quando as senhoras descobriam a traição do marido mandavam açoitar, castigar ou até matar e arrancar pedaços do corpo das escravas amantes para servir aos seus esposos.[20]

Com 15 e16 anos de idades as escravas eram levadas a prostituição por que a lei na época permitia a livre utilização de seus escravos aquelas que conseguiam fugir iam para as ruas vender iguarias para sobreviver, o autor Júlio Jose Chiavenato diz em sua obra que foi assim que surgiram as baianas e que foi uma das importantes rendas familiares do século XIX.[21]

Por haver a sujeição da escrava adolescente á vida sexual houve uma contaminação muito grande da doença sífilis e por conta disso as escravas virgens de 12 anos de idade eram entregues aos senhorios por haver a crença de que seriam curados.[22]

No meio urbano os escravos trabalhavam nas casas dos senhores ou eram alugados a outros que não possuíam escravos. Também existiam aqueles escravos que trabalhavam o dia todo fazendo pequenos serviços e entregando o que tinham ganhado durante o dia a seu senhor só que esses escravos tinham metas a cumprir ou eram punidos.[23]

Os africanos eram proibidos de praticar suas crenças e obrigados a seguir a religião católica mesmo com a forte represália escondidos eles realizavam seus rituais e praticavam a capoeira.[24]

Havia grandes revoltas dos negros nas fazendas e alguns grupos de escravos conseguiam fugir para as florestas e formar os quilombos que eram comunidades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

organizadas onde podiam praticar suas culturas, falar sua língua e exercer seus rituais.[25]

O primeiro quilombo surgiu na guerra contra os holandeses o objetivo era livrar-se do trabalho forçado, o quilombo chamado Palmares chefiado por Zumbi foi o ultimo a ser destruído pelos portugueses os que conseguiram fugir formaram o quilombo Novo Palmares que duraram 65 anos com até 20 mil habitantes em 27 quilômetros quadrados. Para conseguir proteger-se utilizavam arcos, flechas e armas de fogo, se alimentavam de caça, pesca e cultivo.[26]

As repressões contra os quilombos eram fortes tanto que em 1671 com força de um alvará ordenaram a captura dos escravos e aqueles que fugissem deveriam ser marcados na testa com a letra "F" de fugitivo e os reincidentes deveriam ter as orelhas cortadas.[27]

Em 1695 o governo de Pernambuco determinou que um exercito de seis mil homens deveria invadir os quilombos e capturar os escravos muitos preferiram a morte e se suicidaram se jogando de um penhasco.[28]

Os suicídios eram corriqueiros entre os escravos o meio mais utilizado era o envenenamento isso ofendia os senhores e deixavam-lhes muito bravos por que só eles tinham o direito de tirar a vida dos escravos que os pertenciam.[29]

No século XVIII alguns escravos conseguiram comprar sua liberdade após adquirirem a carta de alforria juntando suas economias tornando-se livres, porem poucas oportunidades apareciam para eles por causa do grande preconceito que avia na época então alguns voltavam às fazendas como escravos e outros ganhavam um pedaço de terra dos senhores para plantar, mas tinham que pagar pela utilização da terra então os senhores lucravam 50% ou mais sobre as colheitas dos antigos escravos. [30]

Com o intuito de acabar com a escravidão varias campanhas abolicionistas se desenvolveram na época de 1870 no Brasil, foi uma das principais fontes para a aprovação da lei que iria acabar com a escravidão.[31]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No ano se 1888, exatamente no dia 13 de maio, com o empenho da Princesa Isabel e a ajuda da campanha abolicionista que se desenvolvia no Brasil foi possível o sanciona-mento feito pela princesa para a validação da Lei Áurea que aboliu a escravidão no Brasil.[32]

Com a abolição da escravidão os negros saíram das fazendas sem direitos trabalhistas e sem emprego, sem condições de comer alguns voltaram para as fazendas em troca de comida, outros foram trabalhar em terras cedidas pelos Senhores e em troca deveriam entregar a metade ou mais da colheita como forma de pagamento, muitos foram para as ruas e a única maneira de ter comida era roubando, saqueando, furtando, mas alguns conseguiram trabalho no comercio. Esse preconceito durou por um bom tempo até os brancos se acostumarem com os negros e o que ajudou para essa conscientização foi as campanhas de vários historiadores e filósofos contra a discriminação de uma raça ou cor.[33]

2.2 AS PRIMEIRAS LEGISLAÇÕES

Depois de um período de massacre de uma raça onde um homem tinha poder sobre a vida de outro homem, entramos em uma era em que os direitos começaram a ser garantidos pelas legislações e as futuras Constituições.

Em 1758 um advogado chamado Manuel da Rocha da Bahia, foi o primeiro a propor o abolicionismo da escravidão, mas a ideia não foi aceita pelas classes mais cultas.[34]

A primeira Constituição brasileira foi sancionada em 1824 por Dom Pedro I que apenas proibia os açoites e marcas de ferro, mas não havia direitos trabalhistas aos escravos.[35]

Continuaram os manifestos e logo foram elaboradas varias leis para a abolição da escravidão por pressão dos ingleses, mas nunca eram aplicadas até que em 1827 o Brasil ratificou um pacto formado com a Inglaterra de abolir em três anos o trafico de escravos da Costa Africana.[36]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em consideração ao pacto feito com a Inglaterra os representantes da Bahia apresentaram um projeto de alforria imediata foi ai que o Ministro da Justiça Diogo Feijó elaborou uma lei libertando os escravos imigrados ao Brasil essa lei não teve aplicabilidade por desprezo do substituto do ministro e dos traficantes.[37]

Dom Pedro II assume o Império Brasileiro em 1540 e em 1850 sanciona o decreto legislativo que foi elaborado pelo Ministro Feijó, que tinha como objetivo a libertação dos escravos, na pratica havia as burlas, mas muito se diminuiu a escravidão.[38]

A partir disso, várias leis de abolição da escravatura foram aprovadas e aplicadas, tais como proibição de alienação separada de cônjuges escravos, a proibição da venda de escravos em exposição publica a Lei Eusébio de Queiroz que proibiu definitivamente o trafico de escravos em 1850 e a Lei Nabuco de Araujo que previa sanções as autoridades que encobrissem o contrabando em 1854.[39]

No ano de 1871 foi criado a Lei do Ventre Livre ou dos Nascituros em que os filhos de escravas eram libertos, veio apenas para acalmar aqueles que pretendiam a abolição da escravidão. Exatamente em 27 de maio de 1871 o gabinete do Visconde do Rio Branco propôs a lei nº 2040 que foi aprovado pela Câmara e pelo Senado. Embora tenha sido objeto de grandes controvérsias a lei representou um passo tímido na direção do fim da escravatura.[40]

Chiavenato dizia em sua obra que a Lei do Ventre Livre não livrava ninguém da escravidão já que as crianças negras não sobreviviam. A lei não trouxe muitos avanços e os senhores continuavam a prender os filhos das escravas e para as liberações dos escravos o estado era muito lento.[41]

Depois de um tempo de esquecimento o tema escravidão tomou força novamente e as organizações a favor da abolição começaram a suas manifestações, duas de varias organizações foram a Sociedade Brasileira contra a Escravidão e a Confederação Abolicionista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Essas se inspiraram ainda mais depois de um discurso do Parlamentar Nabuco de Araújo onde ele convoca todos e diz "sim, a todos eu denuncio essa escravidão maldita como fratricídio de uma raça, como o fratricídio de uma nação".[42]

> Foi apresentado um projeto na câmara para que os escravos com mais de sessenta anos fossem libertos, depois de varias discussões chegaram a um consenso de que aqueles escravos que tivessem mais de 65 anos fossem libertos foi à chamada Lei do Sexagenário. Muitas criticas surgiram uma delas e que essa lei livraria os senhores de cuidar de velhos que não prestavam mais como escravos.[43]
>
> Mais tarde aproveitando à ausência de Dom Pedro II que teria viajado até a Europa para tratar um problema de saúde da esposa a princesa Isabel forçou o Ministro Barão de Cotegipe a nomear como primeiro Ministro João Alfredo Correia de Oliveira com ele a frente da Assembleia Nacional conseguiram enfrentar os proprietários dos escravos e levar o projeto de lei para votação.[44]

Assim no ano se 1888 exatamente no dia 13 de maio com o empenho da princesa Isabel e a ajuda da campanha abolicionista que se desenvolvia no Brasil foi possível o sanciona-mento feito pela princesa para a validação da Lei Áurea que aboliu a escravidão no Brasil.[45]

> Com a abolição da escravidão, os proprietários dos escravos foram ao Poder Judiciário e Legislativo reivindicar uma indenização que ao ver dos senhores deveria ser pago pelo estado sobre a argumentação de que os escravos eram a extensão de suas propriedades, a princesa Isabel conseguiu evitar que isso ocorre-se.[46]
>
> Em 1891 é criada a primeira Constituição após a abolição da escravidão, mas não trouxe nenhum direito trabalhista que regulamentasse as relações de emprego.
>
> Assim, a partir de 1920 foram promulgadas varias leis como o direito a sindicalização, o seguro de acidentes de trabalhos, a Lei Elói Chaves que inovou com a aposentadoria dos ferroviários a estabilidade decenal para os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

empregados, com a lei regulando o trabalho do menor e com as novas disciplinas sobre as férias isso tudo para garantir os direitos aos agora nomeados de trabalhadores.[47]

Depois dos trabalhadores adquirirem direitos, finalmente em 1934 é criada uma Constituição Federal que veio para resguardar os direitos mínimos aos trabalhadores, que colocava o trabalho como exercício necessário para manutenção da família e instituiu em seu artigo 122 a Justiça do Trabalho para conflitos de relação de emprego.[48]

No ano de 1937 Getulio Vargas trás consigo, a nova Constituição, que acabava com a independência do legislativo, judiciário e consagrava o executivo como autoridade suprema, institui também a pena de morte em caso de estado de emergência, mas mantém os direitos trabalhistas.[49]

Com a Constituição de 1946 a Justiça do Trabalho passa a ser do Poder Judiciário e trouxe uma seção e um capitulo da constituição chamado "Do Poder Judiciário" inovando as matérias trabalhistas. [50]

No ano de 1975 é criada a Comissão Pastoral da Terra (CPT) que é uma organização com base na teologia que na época servia para abrigar os padres que não aceitavam a submissão da igreja a ditadura militar e que hoje combate fortemente à escravidão moderna no meio rural.[51]

Logo após no ano de 1988 é criada a nossa então atual Constituição Federal que veio para garantir os direitos de todos os trabalhadores, dos brasileiros natos e naturalizados e inclusive os direitos dos estrangeiros é à base das nossas leis e ela traz os direitos fundamentais a vida e a sociedade.

-
  - **A INFLUÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO**

Mesmo após 1888 com a criação da Lei Aurea ainda existia resquícios da escravidão no Brasil e em outros países também, por este motivo e tantos outros sentia-se a necessidade da criação de uma norma internacional para regular a

convivência entre os países, e orienta-los de como passar a legislar após a abolição da escravidão.

Depois de várias manifestações, como a dos historiadores Karl Marx, Daniel Legrand, reivindicando uma internacionalização dos direitos dos trabalhadores, no século XIX foi à vez do movimento sindical que iniciou na Inglaterra e ganhou força em outros países.[52]

No ano de 1890, o congresso de Berlin assinou um protocolo fixando a idade mínima de 14 anos para o trabalho de menores e em 1891 o Papa Leão XIII sugeriu a adoção pelo povo do princípio da justiça social para uma união fraterna entre patrões e operários.[53]

Ainda teve a Conferência Diplomática de Bruxelas de 1897 que aprovou a repartição internacional da proteção do trabalho e no final do século XIX surge a Associação Internacional para a Proteção aos Trabalhadores que teve uma influencia muito forte. [54]

Por conta desses manifestos e tantos outros que em 1919 a Organização Internacional do Trabalho com o Tratado de Versalhes especificadamente no artigo 23, veio a se integrar à Sociedade das Nações Unidas, que tem como objetivo a proteção dos direitos humanos fundamentais, o melhoramento das condições de vida e de trabalho do trabalhador, o aumento das possibilidades de emprego dos trabalhadores e também a fiscalização e punição dos estados membros que não cumprirem com as normas estabelecidas.[55]

Após a segunda guerra mundial a Sociedade das Nações Unidas foi desintegrada e substituída pela Organização Nacional das Nações Unidas na qual a Organização Internacional do Trabalho se associou.

A OIT é uma pessoa jurídica independente e sua base institucional é o tripartismo, composta pelos representantes de governo, representantes dos empregadores e representantes dos trabalhadores. O Papa Paulo VI dizia que entre essas três forças deveria haver equilíbrio, harmonia e o dialogo deveria prevalecer para resolução dos problemas.[56] .

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os organismos que compõem a OIT são a Conferencia Internacional do Trabalho, o Conselho Administrativo e a Repartição Internacional do Trabalho.

O Conselho Internacional do Trabalho é composto por quatro delegados dos estados membros, dois delegados do governo um dos empresários e o outro dos empregados cada um terá direito a voto, essa conferencia ocorre uma vez por ano em junho onde discutem sobre convenções e recomendações a serem adotadas, a um controle de aplicação das normas internacionais ratificadas pelos estados membros, deliberação sobre novos estados membros, aprovação de orçamento e nomeação de Juízes do Tribunal Administrativo da OIT.[57]

Já o Conselho Administrativo compõe-se de 28 representantes do governo onde 10 são nomeados pelos estados membros de maior importância industrial e 18 serão nomeados pelos estados membros designados para esse fim, 14 dos empresários e 14 representando os empregados, os delegados nomeados pelos estados membros de maior importância que são: Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos, França, Índia, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia nunca serão renovados já os demais serão renomados de três em três anos.[58]

O Conselho reúne-se três vezes ao ano em fevereiro, março e novembro para promover o cumprimento das deliberações da Conferencia, supervisionar as atividades da Repartição Internacional do Trabalho e designar o Diretor Geral, escolher a ordem das sessões e elaborar projetos de orçamentos da organização.[59]

A Repartição Internacional do Trabalho é chefiada por um diretor geral designado pelo Conselho Administrativo que permanece no cargo por cinco anos e tem ajuda de dois diretores gerais adjuntos e dois sub-diretores gerais, a Repartição e como se fosse o secretariado da organização que terá toda a obrigação de que a Conferencia e o Conselho achar necessário assim como preparar documentos das reuniões, prestar toda a ajuda possível aos governos para elaborar legislações baseadas em conferências e redigir e editar nos idiomas que o Conselho achar pertinente questões relativas a indústria e ao trabalho de interesse internacional.[60]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há Comissão de Peritos é permanente e composta por 19 membros nomeados pelo Conselho de Administração tendo como mandato de três anos renováveis, tem como objetivo observar as obrigações e comportamentos dos estados membros quem analisa os seus relatórios e a Comissão Tripartite que deve dar publicidade aos atos incorretos dos transgressores.[61]

As convenções só entram em vigor depois de passar na votação de dois terços dos votos presentes assim o diretor geral da Repartição envia uma copia a cada estado membro aquele que ratificar a convenção tem o prazo de um ano para se adaptar já as recomendações tem o papel de acessório servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa.[62]

No fim do ano de 1919, a OIT tem sua primeira reunião realizada em Washigton surgem às primeiras convenções que limitavam as horas de trabalhos, regulamentavam o emprego das mulheres grávidas e fixaram a idade mínima para o inicio do trabalho também trataram das primeiras recomendações que falavam sobre o desemprego a reciprocidade de tratamento aos trabalhadores estrangeiros, a criação de serviços públicos de higiene.[63]

Em 1926 surge uma convenção sobre escravatura que tem como objetivo eliminar a escravidão que ainda permanecia. Em seu texto ela condenava o trafico de escravo definindo como captura, venda, troca de ser humano para trabalho escravo.[64]

Mesmo assim o índice de escravidão era muito elevado o que levou a Organização Internacional do Trabalho a criar a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura que teve como objetivo a abolição do trafico e o regime de trabalho forçado. Em razão disso estabelecia que todos os estados membros deveriam penalizar rigorosamente quem descumprisse com as ordens e ainda deveriam fiscalizar as fronteiras aeroportos e impedir a entrada de trabalhadores em condições de escravos.[65]

Ainda, abolia a servidão por dívida e todos os atos que em troca de algo recebia dinheiro como a entrega de mulher, adolescentes ou criança para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

casamento sem que esta pudesse expressar sua vontade a partir disso impôs aos estados que regulamentasse a idade mínima para o casamento e que esse fosse de livre vontade das partes.[66]

No ano de 1930 foi criada a Convenção nº 29, que foi ratificada pelo Brasil em 1957 e teve vigência em 1958 que tem como objetivo a abolição da escravidão em cinco anos, essa convenção penalizava quem obrigasse uma pessoa a se submeter a trabalhos forçados, mas descaracterizava os trabalhos militares, a obrigação cívica de qualquer cidadão, o trabalho exigido por condenação judicial e o trabalho necessário caso de força maior.[67]

Em 1966 a Convenção nº 105 veio para reforçar a Convenção nº 29 agora proibindo todas as formas de trabalho forçado como para punição por ter ou não expressado opiniões políticas, como para disciplina, punição por participar de greves e tantas outras, agora os estados estavam comprometidos com a OIT e deveriam proceder conforme convenções.[68]

A Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho foi criada em 1998, e traz consigo a liberdade de associação, reconhecimentos das Convenções, eliminação do trabalho forçado, eliminação de qualquer discriminação no emprego e também a abolição do trabalho infantil garantindo aos trabalhadores o direito ao emprego, crescimento econômico e diminuição da pobreza.[69]

Então em 1988 se reuniram 174 países onde 131 aprovaram a declaração e 43 de obstaram os países que aprovaram se obrigaram a respeitar a liberdade sindical, o reconhecimento do direito de negociação coletiva (conv.87 e 154), interdição do trabalho forçado (conv. 29 e 105), idade mínima para o trabalho (conv. 138) e igualdade de oportunidade e tratamento (conv. 100 e 111).[70]

A norma da OIT estabelece que o Estado que não a ratificou poderá ser constrangido pela Organização a emitir um relatório sobre as suas legislações e praticas tomada, e aqueles estados que ratificaram deveram elaborar um relatório anual que terá como objetivo demonstrar a evolução da proteção dos direitos fundamentais. [71]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3 TRABALHO FORÇADO ATUALMENTE

3.1 FORMAS ATUAIS DE TRABALHO FORÇADO E SUA CARACTERIZAÇÃO

Atualmente, há um grande índice de trabalho forçado no Brasil com condições precárias de trabalho, má alimentação, sobrecarga de trabalho e sem remuneração ou baixíssima remuneração é um total descaso com o trabalhador.

Uma das formas mais antigas de escravidão é a escravidão por divida, na Grécia no período homérico os gregos nobres empobreceram os pequenos agricultores por que estes tinham que pagar as dividas contraídas, já em Roma os plebeus tornaram-se escravos dos patrícios em razão das dividas tudo terminou em 366 a.C.[72]

Em 1960, com as grandes fazendas agropecuárias se instalaram na Amazônia, ressurge o uso da mão de obra sem remuneração, a relação patrão empregado iniciava-se com a dívida dos empregados e a partir de então o trabalho durava anos por causa da vigilância ostensiva e os castigos.[73]

Os trabalhadores não questionavam as dívidas como parte da relação, mas o motivo de não saber quanto deviam. Para eles era um motivo de honra sair do lugar onde estavam com dignidade e sem dever aos patrões, nem sempre a divida era material, mas também poderia ser moral.[74]

Essas dívidas adquiridas pelos trabalhadores começavam no aliciamento das vitimas pelos recrutadores de mão de obra conhecidos como “gatos” que prometiam trabalho de excelente qualidade faziam propostas irrecusáveis, adiantavam dinheiro aos trabalhadores e depois quando esses chegavam às fazendas descobriam que já estavam com uma divida muito alta, pois era cobrado até a viajem de suas casas para as fazendas e o dinheiro adiantado já tinha gerado multa e juros abusivos.[75]

O trabalho forçado por divida causa afastamento familiar, desamparo em caso de acidente de trabalho, condições de higiene precárias, baixa expectativa de vida, punições, mãos tratos e lesa as normas do Direito do Trabalho.[76]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outro tipo de trabalho forçado que é mais frequente no meio urbano é o dos imigrantes que se dá nas contratações de trabalhadores estrangeiros muitas vezes sem documentos para trabalhos temporários.

No Brasil, a exploração de mão de obra estrangeira começou no século XIX com o fim da escravidão. Com a grande comercialização do café no estado brasileiro viu-se a necessidade de importação de mão de obra que tinha como principal destino o estado de São Paulo.[77]

Com o apoio dos países de origem dos imigrantes, esses eram trazidos ao Brasil, onde trabalhavam por porcentagem da produção. Alguns imigrantes aceitavam vir para o estado brasileiro por acreditar que conseguiriam pagar suas despesas com viajem, estadia e ainda conseguir encontrar outro lugar melhor para viver e de preferência com um pouco de terra.[78]

Antigamente, a prática de importar imigrantes era mais frequente no Haiti por ser um país pobre, sem condições onde as pessoas aceitavam mais facilmente vir para o Brasil, mas ao chegar nas fazendas descobriam que as promessa feitas pelos "gatos" era mentira e seus benefícios eram bem inferior. Aqueles que conseguiam fugir mais tarde eram extorquidos pelos militares e trabalhadores ilegais e não podiam protestar contra os abusos, pois eram foragidos.[79]

No Brasil, atualmente há vários registros de trabalho forçados de imigrantes que na maioria são Bolivianos, Peruanos e Colombianos, e estão situados nas grandes regiões e normalmente exercem atividades como a de confecção, são atraídos pelos anúncios feitos em seu país de origem sobre ótimas oportunidades de trabalho, mas quando chegam ao estado brasileiro se deparam com jornadas exaustivas, ambiente de trabalho inadequado e salários baixos, a abolição dessa pratica é difícil por que os imigrantes não denunciam as vezes até mesmo por que as condições mesmo que desfavorável no Brasil é melhor que a do seu pais de origem.[80]

O Ministério do Trabalho encontrou 31 bolivianos e um peruano trabalhando para uma empresa de costura situada em São Paulo, com jornadas exaustivas, baixa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

remuneração e descontos de moradia e alimentação, a empresa foi multada em um milhão.[81]

Trabalhadores que estavam nas obras da reforma do Aeroporto de Cumbica em São Paulo foram submetidos à condição análoga a de escravo e resgatados pelo Ministério Publico do Trabalho, o empregador foi condenado a pagar as verbas trabalhista e uma multa de quinze milhões de reais onde sete milhões serão remetidos a instituições que visam a melhoria das condições de trabalho e oito milhões serão destinados a soluções de problemas como a falta de alojamento para os trabalhadores retirados de condições degradantes.[82]

A fiscalização feita em uma fazenda localizada no nordeste do Mato Grosso levou o Ministério Publico do Trabalho a descobrir trabalhadores em condições precárias, alojamentos sem condições, sem cama e sem ventilação, jornadas exaustivas, comida inadequada e remuneração baixíssima.[83]

Já na área rural os trabalhadores se sujeitam a salários baixos, falta de higiene e o distanciamento de suas famílias. Por possuir pouco estudo e não ter carteira de trabalho não conseguem emprego, por este motivo vão para as fazendas, angariados pelos "gatos" ou até mesmo por não ter mais opções, e neste lugar estão sujeitos a trabalho exaustivo, má alimentação, falta de liberdade e são obrigados a comprar sua própria comida no armazém das fazendas onde os produtos simples como: feijão, arroz, é o dobro do preço dos armazéns da cidade, assim a divida chega ser tão alta que os trabalhadores não recebem mais os seus salários.[84]

Aqueles trabalhadores que fogem ou de alguma maneira conseguem sair das fazendas acabam denunciando os fazendeiros que são presos, processados e os trabalhadores acabam ganham seus direitos, mas nem todos conseguem outro trabalho e pela falta de emprego acabam voltando para as fazendas.[85]

A Organização Internacional do Trabalho ao criar a Convenção nº 29 em 1930 utilizou-se do termo "Trabalho Forçado" para em seu artigo 2º defini-lo como " todo trabalho ou serviço exigido de um individuo, sob ameaça de qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade"[86]. Percebesse neste trecho que a OIT caracteriza o trabalho forçado pelo cerceamento da liberdade, já na Convenção nº 105 criada em 1957, é estabelecido que o "Trabalho Obrigatório" não pode ser utilizado para fins econômicos, políticos ou como punição por participação em greves. Nesta convenção percebesse que a OIT ao utilizar a palavra "trabalho obrigatório" modifica seu entendimento e defende que são vários os fatores para poder qualifica-lo. Ambas as convenções foram ratificadas pelo Brasil no ano de 1957.[87]

Conforme as convenções o trabalho forçado não se caracteriza só pelos baixos salários, más condições de trabalho, mas também pelo cerceamento da liberdade que decorre apreensão dos documentos dos trabalhadores, local de difícil acesso e forte represália de guardas para impedir a fuga.[88]

A partir deste momento começamos a verificar que não é apenas a liberdade que caracteriza o trabalho forçado, mas sim um conjunto de fatores, como a má alimentação, a falta de higiene e outros aspectos.

Em 1940 é criado o artigo 149 do Código Penal que trazia em sua redação a seguinte frase "reduzir alguém a condição análoga a de escravo: pena – reclusão, de dois a oito anos". Esta redação deixava muita margem para varias interpretações e permitia que o operador do direito aplicasse-a como queria o que a tornou ineficaz.[89]

Após varias criticas dos doutrinadores, inovou-se, o artigo 149 do Código Penal através da Lei 10.803/2003 que passou a conter a seguinte redação: "reduzir alguém a condição análoga a de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condição degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de divida contraída com o empregador ou preposto"[90]. A partir desse momento nota-se um grande avanço na legislação brasileira, pois agora a legislação não protege apenas o trabalho livre, mas também o trabalho digno do cidadão.[91]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os fatores que punem o crime de trabalho forçado não são cumulativos, ou seja, havendo apenas um desses fatores é o suficiente para punir quem pratica esse delito.[92]

Mesmo com a mudança a nova redação do artigo 149 do Código Penal deixou dúvidas para os aplicadores do direito como, por exemplo, o que seria condição análoga a de escravo ou o trabalho degradante, a legislação não deixa claro, por este motivo o Código Penal se torna insuficiente e despreparado para atuar nas novas formas de trabalho forçado.[93]

Alguns autores dizem que o artigo 149 do Código penal não tipifica o trabalho degradante, mas sim os artigos 203[94] e 207[95] do mesmo código. Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé afirma que o trabalho forçado se caracteriza pela subordinação do trabalhador ao empregador e as ameaças que este sofre.[96]

O "trabalho escravo" se caracteriza pelo poder de uma pessoa sobre a outra, essa nomenclatura estar sendo utilizada erroneamente nos dias atuais, pois a escravidão acabou em 1888 com a sanção da Lei Áurea pela Princesa Isabel, por tanto a palavra "escravidão" esta errada, pois não existe mais a escravidão no Brasil, mas sim a condição análoga a de escravo ou trabalhão forçado, mas mesmo assim essa nomenclatura é muito utilizada pela sociedade e também por juristas e doutrinadores.[97]

Conforme Márcio Túlio Viana, o trabalho degradante caracteriza-se pela ausência de liberdade, pela jornada exaustiva, abuso de poder do empregador, salário irrisório e descontos não previstos em lei, a saúde debilitada do trabalhador, falta de higiene nos alojamentos, falta de água potável e má alimentação e a falta de consideração do empregador pelo empregado.[98]

Para Luis Antonio Camargo de Melo, o trabalho degradante é caracterizado pela péssima condição de trabalho e de remuneração, pela ausência de boa alimentação, água potável, pelos alojamentos sem condições mínimas de habitação, pela cobrança ou não fornecimentos de equipamentos de trabalho e de segurança, o não fornecimento de matérias de primeiros socorros, fornecimento de transporte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inadequado e inseguro quando fornecido, ausência de registro em carteira de trabalho e o não pagamento de salário aos trabalhadores.[99]

Denise Lapolla de Paula Aguiar Andrade entende que o trabalho degradante priva o trabalhador de sua dignidade, que não garante às condições mínimas de segurança a saúde do trabalhador e que este esta sujeito à limitação de moradia e alimentação.[100]

Na legislação trabalhista, o trabalho degradante se caracteriza pela falta de condições de higiene nos alojamentos oferecidos pelos empregadores aos empregados, o não oferecimento de água potável para o trabalhador, falta de cuidados com a saúde e segurança dos trabalhadores, o não pagamento dos salários e benefícios como INSS do trabalhador, essas condições e muitas outras da realidade do trabalhador que é submetido ao trabalho forçado são o que configura há condição análoga à de escravo.[101]

O Deputado Moreira Mendes apresentou o Projeto de Lei nº 3842/2012 a Câmara dos Deputados com o intuito de modificar a redação do artigo 149 do Código Penal sua redação ficaria assim: "Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou obrigatórios mediante ameaça, coação ou violência, quer restringindo a sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador" e esse projeto não mudaria a pena estabelecida pelo código.[102]

Com o projeto o novo texto do artigo 149 CP, não teria à "jornada exaustiva", "condições degradantes de trabalho" e "preposto" e incluiria a necessidade de ameaça, coação e violência para a caracterização do trabalho escravo.[103]

O Deputado Mendes defende que a nova redação do artigo ficara mais clara e proporcionara uma segurança jurídica, pois os julgadores não ficariam a mercê de uma interpretação do artigo, mas sim aplicariam o seu texto sem deixar margens para questionamentos.[104]

Mas o projeto trouxe controvérsias e o Deputado Domingos Dutra Presidente da Comissão de Direitos Humanos, discorda do Deputado Mendes dizendo que:

"Trabalho degradante é todo aquele que degrada a dignidade da pessoa humana. Dormir num curral é degradante, tomar água no mesmo tanque utilizado pelo gado é degradante".[105]

O Projeto de Lei deixa claro que quem cercear o meio de transporte do trabalhador, manter vigilância ostensiva ou reter seus documentos será punido conforme a redação do projeto que pretende mudar o artigo 149 do Código Penal.[106]

3.2 A CONFIGURAÇÃO DO TRABALHO FORÇADO PELA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência caracteriza a condição análoga a de escravo como uma forma degradante em que não é necessário ter todos os fatores do artigo 149 para que empregador possa ser incriminado, mas sim apenas um fator já caracterizaria o trabalho forçado, passaremos a analisar alguns julgados.

> EMENTA - PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. **Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima "a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva" ou "a condições degradantes de trabalho", condutas alternativas previstas no tipo penal. A "escravidão moderna" é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos.** Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa "reduzir alguém a condição análoga à de escravo". Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal , pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais. (grifo nosso)[107]

O Supremo Tribunal Federal diz que a liberdade do trabalhador não é o fator mais importante para caracterização do artigo 149 Código Penal, mas sim um dos fatores, por tanto as jornadas exaustivas, o trabalho forçado, a violência intensa contra os trabalhadores e o modo em que são tratados entrariam no rol dos fatores que são utilizados para caracterizar o trabalho forçado. Percebesse que os trabalhadores recebem tratamento análogo a de escravo o que caracteriza o crime.

> EMENTA - RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRABALHO DEGRADANTE. CARACTERIZAÇÃO**.** A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. **O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 186, Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da**

> **valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88).** No caso concreto, houve ofensa à dignidade do Reclamante, configurada na situação fática descrita nos autos, segundo a qual ficou provado que a Reclamada não oferecia a seus empregados banheiros dignos, bem como abrigos próprios para refeições - pois os trabalhadores não dispunham de instalações e condições mínimas para alimentação e higiene pessoal. Recurso de revista conhecido e provido.(grifo nosso)[108]

No julgado do Tribunal Superior do Trabalho, percebesse que a dignidade da pessoa humana é um principio basilar encontrado na Constituição Federal e no Código Civil, e um dos princípios fundamentais para a proteção do trabalhador. Nesse caso concreto o empregador foi condenado á pagar indenização por danos morais por não fornecer condições mínimas aos trabalhadores como banheiros, refeições e moradia digna.

> EMENTA - DANOS MORAIS. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O autor demonstrou, por intermédio da prova deponencial que a **empresa não mantinha um número suficiente de banheiros e regularmente higienizados à disposição dos trabalhadores, os quais se submetiam a condições precárias de higiene no local de trabalho, obrigando muitas vezes o empregado a fazer suas necessidades fisiológicas ao relento.** Dito isto, fica registrado o constrangimento sofrido pelo recorrido. Confrontando-se as condições de trabalho vivenciadas pelo obreiro, tal qual **delineadas no conjunto probatório, com as normas regulamentadoras relativas à segurança e higiene do trabalho**, em específico àquelas traçadas pela NR 18, tenho como patente a c**onduta antijurídica do empregador o qual em menosprezo ao ordenamento jurídico pátrio, submete seus empregados a condições de trabalho degradantes, desprovidas dos requisitos**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **mínimos de higiene e conforto, em afronta à dignidade da pessoa humana.** O contexto dos autos torna imperativa a responsabilização do reclamado pelos danos morais ocasionados ao demandante em função das condições precárias relatadas, restando manifestamente presentes todos os pressupostos para a responsabilização por danos morais. Recurso improvido, no particular. (grifo nosso)[109]

Nesse julgado o Tribunal Regional do Trabalho de Pernambuco condenou o empregador ao pagamento de indenização por danos morais devido a vexatório sofrido pelo empregado ao ter que se submeter a condições precárias de higiene.

> EMENTA - DANO MORAL. TRABALHADOR MANTIDO EM ALOJAMENTO, EM CONDIÇÕES DEPLORÁVEIS DE HABITAÇÃO, ALIMENTAÇÃO E HIGIENE. CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO CARACTERIZADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA.
>
> Demonstrado que o **trabalhador era mantido por sua empregadora, em alojamento, em** condições deploráveis de habitação, alimentação e higiene, caracterizado está o trabalho em **condição análoga à de escravo, a tipificar o crime previsto no art. 149 do Código Penal** e a induzir o deferimento de indenização por danos morais, uma vez que **o trabalhador, em tais condições, tem violada sua dignidade, protegida pelo art. 1º, III, da CF, de modo a sentir-se desvalorizado e humilhado, como uma verdadeira coisa, que pode ser jogada e mantida em qualquer canto e em qualquer condição, sem nenhum problema**. Recurso da reclamada a que se nega provimento, no particular. Recurso do reclamante parcialmente provido, para aumentar o valor da indenização por danos morais. (grifo nosso)[110]

O TRT 15º afirma em seu julgado que a condição análoga a de escravo se caracterizou pela má alimentação, habitação e higiene deplorável e que tais

condições violaram a dignidade da pessoa humana protegida pela Constituição Federal.

> EMENTA - Indenização por dano moral. Condição análoga à de escravo. Tendo sido o reclamante resgatado de condição análoga de escravo, há motivo suficientemente forte para autorizar o reconhecimento da **lesão de ordem moral praticada pela ré, notadamente por violação à dignidade da pessoa humana do trabalhador, sendo inadmissível que nos dias de hoje existam reminiscências de práticas voltadas a reduzir gastos com mão-de-obra por meio da escravidão**, motivo pelo qual deve suportar a reclamada a indenização por lesão moral arbitrada na origem, inclusive pelo caráter didático da medida, no intuito de inibir a repetição de conduta semelhante. ACORDAM os Magistrados da 12ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo íntegra a decisão de origem. São Paulo, 22 de Outubro de 2009.
> MARCELO FREIRE GONÇALVES PRESIDENTE ADALBERTO MARTINS RELATOR CRISTINA APARECIDA RIBEIRO BRASILIANO PROCURADORA. (grifo nosso)[111]

No Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo foi reconhecido o dano moral exercido pelo empregador na violação da dignidade da pessoa humana e há como perceber a indignação do julgador ao argumentar que é inadmissível a condição análoga a de escravo nos dias de hoje.

> EMENTA - RELAÇÃO DE EMPREGO. CONDIÇÕES DE TRABALHO DESUMANAS E DEGRADANTES CONFIGURANDO O CRIME DE REDUÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. AUTO DE INFRAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. SUBSISTÊNCIA. **É inadmissível que, em pleno século XXI, empresa agrícola localizada em uma das regiões mais ricas do**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **Estado da Bahia, onde ocorre o plantio e cultivo de soja contrate empregados, sujeitando-os a condições de trabalho desumanas e degradantes, alojando-os em barracas de zinco, de chão batido, sem camas, muito menos instalações sanitárias ou refeitórios. Tal conduta, além de violar preceitos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece, no art. 23, que "Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho" , ofende princípios fundamentais da Carta Magna consistentes na dignidade da pessoa humana, no valor social do trabalho e na proibição de trabalho desumano ou degradante (incisos III e IV do art. 1º e inciso III do art. 5º).** COMPANHIA MELHORAMENTOS DO OESTE DA BAHIA nos autos de nº. 00715-2006-661-05-00-8-RO em que litiga contra UNIÃO FEDERAL, inconformada com decisão de fls. 414/419 que julgou IMPROCEDENTE a Ação Anulatória dos Autos de Infração, interpõe, dentro do prazo legal, RECURSO ORDINÁRIO , pelos motivos expendidos às fls. 432/438. Contra razões às fls. 442/449. O Ministério Público do Trabalho não exarou parecer, tendo em vista que as matérias, objeto do presente apelo, não se enquadram entre as hipóteses descritas na Lei Complementar nº. 75/93 e no Provimento nº. 01/2005 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho que justifiquem a sua intervenção. Os autos foram vistos pelo Exmº. Sr. Desembargador Revisor. É o Relatório. (grifo nosso)[112]

Nesse caso concreto do TRT 5º, o empregador foi condenado pelas atitudes tomadas contra os trabalhadores como subordina-los em condições degradantes, em barracas em vez de alojamentos adequados para o descanso dos mesmos, além de em seu depoimento mentir dizendo que era fornecido os equipamentos aos trabalhadores e que era fiscalizado o uso por estes, o que de fato não acontecia e

caracterizou o crime de condição análoga a de escravo estabelecido no Código Penal.

Percebesse que em todos os julgados a condição análoga a de escravo se caracteriza por vários fatores diferentes, mas sempre na proteção da dignidade da pessoa humana e da livre opinião dos trabalhadores que são submetidos as trabalhos forçados.

4 A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR CONTRA TRABALHO FORÇADO

4.1 A LIBERDADE DO TRABALHO ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um dos direitos fundamentais é o direito a dignidade da pessoa humana, este por sua vez assegura que o trabalhador não será tratado como coisa pelo empregador, mas sim como um ser humano e terá seus direitos trabalhistas e de dignidade assegurados pela Constituição Federal.[113]

Após a barbárie da Segunda Guerra Mundial no ano de 1948 é criado a Declaração Universal dos Direitos Humanos que em seu artigo 1º diz que: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade". A partir desse momento a dignidade da pessoa humana se torna um direito fundamental internacional.[114]

Em 1998 a OIT cria uma declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, este reafirmou o compromisso da comunidade internacional, de respeitar e aplicar os princípios fundamentais no trabalho, e estabelece que os estados membros devem erradicar o trabalho forçado e proporcionar a sobrevivência e a dignidade da pessoa.[115]

No ano de 1988 é estabelecida uma nova Constituição Federal no Brasil conhecida como Carta Magna, que trouxe em seu texto a dignidade da pessoa humana como direito fundamental caracterizando-a com o direito a vida, a integridade física, psíquica, moral, a liberdade e outros.[116]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O caput do artigo 5º da Constituição garante o direito à vida, e para Regina Maria Macedo esse direito e a base para todos os outros direitos, e este se considera no sentido de que a vida deve ser protegida e deve ter o mínimo de dignidade como boa alimentação, moradia, vestuário, saúde e educação.[117]

Regina Maria Macedo diz que o direito a igualdade esta relacionado à natureza do homem, pois a condição de vida econômica, social, moral ou psíquica se diferenciam uma da outro.[118]

A liberdade para Regina Maria Macedo é fundamental, por que estaria relacionado com o desenvolvimento da personalidade de cada pessoa, pois a autonomia de ir e vir e decidir livremente sobre a própria vida só pode ser restrita pela lei em casos excepcionais para evitar a lesão do direto de outras pessoas ou até mesmo garantir o direito dessas pessoas.[119]

A Constituição de 88 veio para igualar os direitos fundamentais entre os trabalhadores e garantir a proteção desses direitos entre trabalhadores e empregadores. Em seu texto a constituição fixou o salário mínimo ao trabalhador para que garantisse a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social a estes.[120]

Ingo Wolfgang Sarlet argumenta que a dignidade da pessoa humana e um direito fundamental, mas não o principal direito e sim apenas um dos muitos direitos garantidos pela Constituição Federal, ainda diz que cada ser humano é merecedor de respeito e consideração e que sua dignidade não poderá ser violada.[121]

O artigo 7º da Constituição Federal prevê em seus incisos vários direitos como: salário nunca inferior ao mínimo, décimo terceiro salário, proteção pela legislação contra despedida arbitraria ou sem justa causa, adicional de insalubridade e periculosidade, repouso semanal e férias remuneradas acrescida de um terço, licença maternidade e paternidade, direito ao FGTS, entre outros, todos sempre em garantia dos direitos dos trabalhadores.[122]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Um dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal é o direito a liberdade esta garantido no artigo 5º que diz: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)" (grifo nosso), este artigo garante que todas as pessoas são livres para agir ou não agir até o limite da lei.[123]

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 estabelece que; "**A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".(grifo nosso). A constituição garante que a saúde do trabalhador deve ser amparada pelo Sistema Único de Saúde em que o governo devera subsidiar os gastos.[124]

4.2 A PROTEÇÃO NORMATIVA APLICADA NO BRASIL

No ano de 1970 a Comissão Pastoral da Terra e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura denunciaram para o Brasil e para os estados estrangeiros a pratica de trabalho forçado no estado brasileiro e em 1985 Coordenadoria de Conflitos Agrários do Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário divulgou um relatório dizendo que em todas as fazendas que fossem encontrados trabalhadores em condições análogas a de escravo seria denunciou internacionalmente.[125]

Em 1990 após forte pressão da comunidade internacional o Brasil passou a adotar medidas de erradicação da condição análoga a de escravo e em 1992 foi instituído o Programa para Erradicação do Trabalho Forçado que teve diversos cooperadores.[126]

O Ministério do Trabalho e Emprego, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho e a Secretaria de Polícia Federal celebraram em 1994 um Termo de Compromisso para erradicação do trabalho forçado, de crimes contra a segurança, saúde e dignidade do trabalhador.[127]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Após o Brasil ser uns dos primeiros estados do mundo a reconhecer o trabalho forçado em seu território foi criado em 1995 o Grupo Executivo de Combate ao Trabalho Forçado e o Grupo Especial de Fiscalização Móvel que sempre obteve resultados importantes para a abolição do trabalho forçado.[128]

No ano de 2003 o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva lançou o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo tornando prioridade a eliminação do trabalho escravo. E em 2004 o Brasil reconheceu perante a ONU a existência de quase vinte e cinco mil trabalhadores em condições análogas a de escravo.[129]

O Ministério do Trabalho e Emprego editou uma Portaria nº 1.234/2003 em que determinava que o mesmo deveria encaminhar a cada seis meses uma relação de empregadores que submetem os trabalhadores em trabalho forçado aos órgãos governamentais para que estes tomassem a devida providencia, mas em novembro de 2004 o governo federal lançou a primeira Lista Suja que é um cadastro de nomes de empregadores que condicionam trabalhadores a condição análoga a de escravo, este documento teve grande importância na repressão do trabalho forçado.[130]

A Lista Suja condiciona o empregador a pagar todas as multas e débitos trabalhistas e ainda não reincidir no mesmo erro por dois anos para que depois possa ser retirado o seu nome da lista.[131]

O Ministério da Integração Nacional apesar de não penalizar os empregadores que estão nessa lista elaborou a Portaria nº 1.150 que determina que a lista seja remetida aos Bancos e estes com recomendação do Ministério se abstenham de liberar financiamento a essas pessoas que integram essa lista. [132]

Com o projeto Escravo Nem Pensar que foi criado em 2004 em parceria com o Repórter Brasil e a Secretaria Especial de Direitos Humanos, diminuiu-se muito o trabalho forçado na região Norte, Nordeste e Centro-Oeste, levando o tema para a sala de aula, explicando e formando líderes de algumas comunidades com o objetivo de diminuir ou eliminar o trabalho forçado por meio da educação da população.[133]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em 2005 é criado o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo onde reuniu 140 empresas voluntarias que se negavam a receber produtos ou serviços de empresas que estivessem na Lista Suja.[134]

A OIT junto com o Instituto Carvão Cidadão desenvolveram uma projeto no ano 2007 chamado Projeto de Reinserção de Trabalhadores Resgatados, esse projeto foi especifico para região do Maranhão e do Para que tinham grande índice de trabalhadores em condições de trabalho forçado e com o resgate não tinham trabalho e tampouco como se sustentar, assim com esse projeto foram reinseridos no mercado formal de trabalho.[135]

O Plano de Erradicação do Trabalho Escravo foi lançado pela segunda vez em 2008 com intuito de garantir o emprego, a reforma agrária e punir quem comete o crime de trabalho forçado, o plano prevê "disponibilizar equipes de fiscalização móvel nacionais e regionais em número suficiente para atender as denúncias e demandas do planejamento anual da inspeção; manter à disposição do Grupo Especial de Fiscalização Móvel adequada estrutura logística, como veículos e material de informática e de comunicação, garantir a execução de suas atividades; ampliar a fiscalização prévia, sem necessidade de denúncia, a locais com altos índices de incidência de trabalho análogo ao de escravo e realizar concurso, periodicamente, para a carreira de Auditores-Fiscais do Trabalho, de Policiais Federais, Policiais Rodoviários Federais, Fiscais do IBAMA, Procuradores do Trabalho e Procuradores da República". [136]

O Grupo Especial de Fiscalização Móvel que é um dos mais importantes no combate ao trabalho escravo tem como objetivo buscar os locais onde tem trabalho forçado, liberar os trabalhadores, garantir seus direitos e aplicar as punições ao empregador infrator, logo após, devera encaminhar ao coordenador nacional o relatório circunstanciado acompanhados de cópias dos autos de infração e notificação de débitos lavrados e outros documentos relevantes, no prazo Maximo de sete dias uteis contados da conclusão das operações realizadas.[137]

Na Secretaria de Inspeção do Trabalho o relatório enviado pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel devera ser entregue em cópia sempre que apontar indícios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de crime para o Ministério Publico Federal, Ministério Publico do Trabalho, Departamento de Policia Federal, Superintendência Regional do Trabalho e Emprego localizado no estado em que foi realizado a fiscalização e ao INCRA, para que estes possam combater o trabalho análogo ao de escravo.[138]

Ao receber a denuncia o coordenador regional do da fiscalização móvel deve verificar a veracidade dos fatos e se a possibilidade de ingressar com a ação estabelecendo contato com órgãos oficiais para saber a localidade e condições da fazenda como se a vigilância armada, quantidade de trabalhadores de quem pertence o imóvel e se o dono reside no local.[139]

Após comprovar as informações o coordenador regional elaborara a ação e encaminhara para a Secretaria de Inspeção do Trabalho que ao aprovar liberara a equipe, entrara em contato com a Policia Federal e ira escolher a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego que fornecerá as viaturas e os equipamentos necessários.[140]

Logo após a liberação da Secretaria de Inspeção do Trabalho as equipes se deslocam até a imóvel e verificam as condições estruturais, higiênica, documentações fazem gravações do local e fotografa alguns pontos fornece também atendimento medico aos trabalhadores que necessitarem e faz a prisão do responsável.[141]

Com a realização da oitiva dos trabalhadores, os gatos e os jagunços se o empregador efetuar o pagamento dos direitos dos trabalhadores o processo é encerrado e os trabalhadores voltam para o seu local de origem o não pagamento da verba leva o Ministério Publico do Trabalho acionar a Justiça do Trabalho para que este proceda o bloqueio das contas bancarias do proprietário ou dos sócios assim como cobrar os direitos sociais dos trabalhadores resgatados.[142]

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a chegada dos portugueses ao Brasil veio junto à escravidão em um primeiro momento a dos indígenas, mas por não estarem adaptados a trabalho forçosos começou a escravidão dos negros que eram importados dos da áfrica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Depois de muitas revoltas dos negros contra os trabalhos forçados e os movimentos que vinham ganhando força para abolição da escravidão, em 1888 a Princesa Isabel sancionou a Lei Áurea que acabou definitivamente com o trabalho escravo.

Após a abolição do trabalho escravo essa nomenclatura não deve ser mais usada, pois os vestígios desse tempo que ainda persiste até os dias atuais é chamado de condição análoga a de escravo.

Por tanto a nomenclatura "trabalho escravo" que é muito utilizado por órgãos governamentais, pela doutrina e pela sociedade é dita de forma errônea, pois a correta denominação é "trabalho análogo a de escravo" ou " trabalho forçado", esta ultima se torna mais adequada por que a vitima não é mais escrava, mas sim reduzida ao trabalho escravo.

Embora o artigo 149 do Código Penal não defina trabalho degradante, a doutrina nos permite caracterizar as formas degradantes de trabalho, por tanto se concretizam com serviço prestado sob condições subumanas, sem segurança, com a inobservância da saúde do trabalhador, com a retenção salarial, com submissão dos trabalhadores a tratamentos cruéis ou desumanos, com a jornada exaustiva, com o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e com prejuízos à integridade física ou psíquica dos trabalhadores.

Por tanto o trabalho análogo ao de escravo é aquele exigido de uma pessoa que se apresentou de forma voluntaria, por não ter emprego ou outro meio de subsistência e de forma involuntária quando foi submetida a erro de consentimento.

Por mais que a liberdade dos trabalhadores seja importante não pode-se deixar de lado a proteção da dignidade da pessoa humana, pois não há dignidade sem respeito à integridade física, mental e moral do ser humano, sem que haja liberdade, autonomia e igualdade em direitos, sem serem garantidos os direitos fundamentais, para uma vida melhor.

A OIT teve como um dos fundamentos para a sua criação a abolição do trabalho forçado, para isso elaborou varias Convenções duas mais importantes é a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Convenção nº 105 e a Convenção 29 essas tem como objetivo a fiscalização, abolição do trabalho forçado, metas a ser alcançadas pelos estados membros e punição desses estados caso haja o descumprimento de algum item.

Com relação aos mecanismos jurídicos utilizados para combater o trabalho análogo ao de escravo entendemos ser os mais eficazes o Grupo Especial de Fiscalização Móvel que tem como objetivo o resgate das vítimas e proporcionando à punição dos responsáveis pelo crime de redução a condição análoga à de escravo, as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho por possibilitar a condenação dos empregadores em multa, indenização por danos morais de caráter sancionador e pedagógico.

O Brasil teve grande êxito na erradicação do trabalho forçado, tanto que foi reconhecido pela OIT, mas mesmo assim o combate ao trabalho análogo ao de escravo não esta sendo suficientes para resolver o problema, por isso essa pratica ainda esta em constante crescimento.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em 15 de out de 2013.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp197a207.htm> Acesso em 25 de out de 2013.

_____. Constituição Federal de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em 12 de out de 2013.

_____. Constituição Federal de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em 12 de out de 2013.

_____. Superior Tribunal Federal. Inquérito Nº 3.412. Autor: Ministério Público Federal. Investigado:

João José Pereira de Lyra. Investigado: Antônio José Pereira de Lyra. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2012. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo> Acesso em: 27 out de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista Nº 2283-88.2011.5.15.0156. Recorrente: Francisco das Chagas Alves Pereira. Recorrido: LDC-SEV Bioenergia S.A. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. 2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo> Acesso em: 27 out de 2013.

ALEXIM, João Carlos. Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo - Trabalho Forçado. São Paulo.Loyola, 1999.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22068/os-direitos-fundamentais-e-aconstitucionalizacao-do-direito-do-trabalho> Acesso em: 28 de out de 2013.

ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. A servidão por dívidas e o princípio da dignidade humana. Apontamentos sobre trabalho escravo, forçado e degradante. São Paulo, Revista Synthesis: direito do Trabalho Material e Processual, 2006.

BAHIA. Tribunal Regional o Trabalho da Bahia. Recurso Ordinário Nº 00715-2006-661-05-00-8. Recorrente: Companhia Melhoramentos do Oeste da Bahia. Recorrido: União Federal. Relator: Desembargadora Dalila Andrade. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escrav o> Acesso em: 27 out de 2013.

BALMACEDA,Manuel Montt.Pricipios de Derecho Internacional Del Trabajo de la OIT. Ed. Juridica Del Chile, 1998.

BRASIL ESCOLA, Disponível em: <http://www.brasilescola.com/historiab/descobrimentobrasil.htm>.Acesso em 10 de out de 2013.

CANTARINO, Carolina, As Baianas do Acarajé. Disponível em: <http://www.labjor.unicamp.br/patrimonio/materia.php?id=65> Acesso em: 16 nov de 2013.

CHIAVENATO, Júlio Jose. Os Negros no Brasil, Da Senzala à Abolição. São Paulo: Moderna, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Disponível em: <http://www.cptnacional.org.br/index.php/quemsomos/-historico>. Acesso em 12 de out de 2013.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10642247/artigo243-da-constituicao-federal-de-1988> Acesso em: 06 de Nov de 2013.

CONVENÇÃO (29) SOBRE O TRABALHO FORÇADO OU OBRIGATÓRIO. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/convencoes.php> Acesso em: 20 de out de 2013.

DOS PASSOS, Viviane Andrade. Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4039> Acesso em 23 de out de 2013.

ENCICLOPÉDIA BRASILEIRA, Disponível em: <http://www.unificado.com.br/calendario/05/abolicao.htm>. Acesso em 22 de Ago de 2013.

ESTERCI, Neide. Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo - A Divida que Escraviza. São Paulo, Loyola, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito Constitucional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA SILVA, Tiago. Disponível em: <http://www.historiabrasileira.com/brasil-imperio/segundoreinado/>. Acesso em 11 de out de 2013.

FERREIRA SILVA, Tiago. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/campanhasabolicionistas/> Acesso em 16 de Nov de 2013.

FERREIRA SILVA, Tiago. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/lei-aurea/>. Acesso em 26 de Ago 2013.

G1 SÃO PAULO, Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/operariosestrangeiros-sao-resgatados-de-trabalho-escravo-em-sp.html> Acesso em: 06 de Nov de 2013.

GASPARETTO JUNIOR, Antonio. Disponível em: <http://www.historiabrasileira.com/escravidao-nobrasil/lei-dos-sexagenarios/>. Acesso em 26 de Ago 2013.

GASPARETTO JUNIOR, Antonio. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia/imigracaoportuguesa-no-brasil/>. Acesso em 10 de out de 2013.

GOMES, Cristina. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia/escravidao-no-brasil/>. Acesso em 11 de out de 2013.

GREGORI, Jose. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OITOrganiza%C3%A7%C3%A3o-Internacional-do-Trabalho/convencao-suplementar-sobre-abolicao-daescravatura-do-trafico-de-escravos-e-das-instituicoes-e-praticas-analogas-a-escravatura-1956.html>. Acesso em 12 de out de 2013.

GUNTHER, Luíz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Curitiba, Juruá, 2011.

JARDIM, Phelippe Gomes. As relações de trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Curitiba: Biblioteca de Ciência Jurídica - Universidade Federal do Paraná, 2007.

LIMITAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. Disponível em:<http://www.terceirosetoronline.com.br/limitacao-das-decisoes-judiciais/> Acesso em: 23 de out de 2013.

MELO, Luis Antônio Camargo de. As atribuições do Ministério Público do Trabalho na prevenção e no enfrentamento ao trabalho escravo. São Paulo, LTR, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Recurso Ordinário Nº 0112500- 09.2008.5.15.0156. Ambos Recorrente: Santelisa Vale Bioenergia S.A. e Recorrido: Júlio Francisco do Nascimento. Relator: Jorge Luiz Costa. 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo> Acesso em: 27 out de 2013.

MOURA. Clovis. Rebelião da Senzala. Rio de Janeiro: Consquista, 1972.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

NOBRE, Noeli, Projeto define o conceito de trabalho análogo ao de escravo, Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/417736-PROJETODEFINE-O-CONCEITO-DE-TRABALHO-ANALOGO-AO-DE-ESCRAVO.html> Acesso em 03 de Nov de 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, O que é Trabalho Decente. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>. Acesso em 16 de Nov de 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Perfil dos Principais Atores Envolvidos no Trabalho Escravo Rural. Brasília, OIT, 2011.

PERNANBUCO. Tribunal Regional do Trabalho de Pernambuco. Recurso Ordinário Nº 0001117-78-2010-5-06-0391. Recorrente: Consórcio Construtor Águas do São Francisco. Recorrido: Raimundo Nonato de Lima. Relator: Desembargador Federal do Trabalho Ivan de Souza Valença Alves. 2011.Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo> Acesso em: 27 out de 2013.

REBOUÇAS, Fernando. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/constituicao-de1937/>. Acesso em 12 de out de 2013.

REPORTE BRASIL, Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/trabalho-escravo/perguntas-erespostas/> Acesso em 06 de Nov de 2013.

RIBEIRO SILVA, Marcello. Trabalho Análogo a de Escravo Rural no Brasil no Século XXI: novos contornos de um antigo problema, Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2010.

SABINO SILVA, Cristiane de Melo Mattos. Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual – A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais. São Paulo, LTR, 2009.

SAKAMOTO, Leonardo. Mundo tem 20,9 milhões de vítimas de trabalho forçado, diz OIT. Disponível em: <http://www.tvt.org.br/blog/leonardo-sakamoto-mundo-tem-209-milhoes-de-vitimas-de-trabalhoforcado-diz-oit> Acesso em 17 de Nov de 2013.

SAKOMOTO, Leonardo. Disponível em: <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2013/11/07/oas-firma-acordo-e-

deve-pagar-r-15-mi-porescravos-para-obras-de-cumbica/> Acesso em 03 de Nov de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Recurso Ordinário Nº01612200344302000. Recorrente: Agrõcola e Comercial Banáuria Ltda. Recorrido: Pedro Moreira dos Santos. Relator: Juiz Adalberto Martins. 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escrav o> Acesso em: 27 out de 2013.

SARLET Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Sistema de Proteção dos Direitos Humanos e Trabalho Forçado:

O Brasil e o Organizador Internacional do Trabalho, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidadede São Paulo, 2010.

SENTO SÉ, Carolina de Souza Campos. Disponível em:<http://www.historiabrasileira.com/escravidao-no-brasil/trafico-de-escravos-para-o-brasil/>. Acesso em 28 de Ago de 2013.

SILVA, Enéas. Disponível em: <http://www.coladaweb.com/direito/trabalho-escravo-rural> Acesso em: 20 out de 2013.

SOUSA, Rainer Gonçalves. Disponível em:<http://www.mundoeducacao.com/historiadobrasil/escravidao-no-brasil.htm>. Acesso em 11 de out de 2012.

SOUSA, Rainer. Disponível em: <http://www.brasilescola.com/historiab/primeira-constituicao.htm>. Acesso em 11 de out de 2013.

SOUSA, Rainer. Disponível em: <http://www.joaodefreitaspereira.net.br/escravidao-indigena.htm>.Acesso em 10 de out de 2013.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. Os direitos sociais e o trabalhador na constituição da República.

Disponívelem:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5238> Acessado em: 23 out de 2013.

SUSSEKINF, Arnaldo. Comentários a Constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

TOLEDO. Talita Massucci.Trabalho em Condições Análogas a de Escravidão por Dividas,Curitiba: Biblioteca de Ciências Jurídicas- Universidade Federal do Paraná, 2007.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalho Escravo e "Lista Suja": um modo original de se remover uma mancha. São Paulo, LTR, 2007.

ZOCCHIO, Guilherme. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2013/10/fiscalizacao-flagratrabalho-escravo-em-fazenda-de-irmao-da-senadora-katia-abreu/> Acesso em: 03 de nov de 2013.

ZOCCHIO, Guilherme. Pecuária é o setor com mais casos de escravidão em 2012. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2013/06/principais-atividades-economicas-do-brasil-concentram-casos-detrabalho-escravo-em-2012/> Acesso em 17 de Nov de 2013.

NOTAS:

---

[1] GASPARETTO JUNIOR, Antonio. Disponível em: <**http://www.infoescola.com/historia/imigracao-portuguesa-no-brasil/**>**.** Acesso em 10 de out de 2013.

[2] Id.

[3] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p.19.

[4] BRASIL ESCOLA, Disponível em: <**http://www.brasilescola.com/historiab/descobrimentobrasil.htm**>**.** Acesso em 10 de out de 2013.

[5] SOUSA, Rainer. Disponível em: <**http://www.joaodefreitaspereira.net.br/escravidao-indigena.htm**>**.** Acesso em 10 de out de 2013.

[6] TOLEDO. Talita Massucci.**Trabalho em Condições Análogas a de Escravidão por Dividas**,Curitiba: Biblioteca de Ciências Jurídicas- Universidade Federal do Paraná, 2007, p. 08

[7] MOURA. Clovis. **Rebelião da Senzala**. Rio de Janeiro: Consquista, 1972, p. 30-35.

[8] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p. 20.

[9] CHIAVENATO, Júlio Jose. **Os Negros no Brasil, Da Senzala à Abolição**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 41.
[10] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p.20.
[11] SENTO SÉ, Carolina de Souza Campos. Disponível em: <**http://www.historiabrasileira.com/escravidao-no-brasil/trafico-de-escravos-para-o-brasil/**>**.** Acesso em 11 de out de 2012.
[12] Op. Cit. p. 22.
[13] SOUSA, Rainer Gonçalves. Disponível em: <**http://www.mundoeducacao.com/historiadobrasil/escravidao-no-brasil.htm**>**.** Acesso em 11 de out de 2012.
[14] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p. 22.
[15] Id.p. 23.
[16] Id., p. 23.
[17] Id., p. 23.
[18] Id., p. 23.
[19] Id., p. 23.
[20] CHIAVENATO, Júlio Jose. **Os Negros no Brasil, Da Senzala à Abolição**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 47.
[21] CHIAVENATO, Júlio Jose. **Os Negros no Brasil, Da Senzala à Abolição**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 50.
[22] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p.23.
[23] Id., p. 27
[24] GOMES, Cristina. Disponível em: <**http://www.infoescola.com/historia/escravidao-no-brasil/**>. Acesso em 11 de out de 2013.
[25] Id.
[26] SENTO SÉ, Carolina de Souza Campos. Disponível em: <**http://www.historiabrasileira.com/brasil-colonia/quilombo/**>. Acesso em 28 de Ago de 2013.
[27] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p.25.
[28] GOMES, Cristina. Disponível em: <**http://www.infoescola.com/historia/escravidao-no-brasil/**>. Acesso em 11 de out de 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[29] Op. Cit., p.25.
[30] SENTO SÉ, Carolina de Sousa Campos. Disponível em: <**http://www.historiabrasileira.com/escravidao-no-brasil/carta-de-alforria/**>. Acesso em 11 de out de 2013.
[31]FERREIRA SILVA, Tiago. Disponível em: <**http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/campanhas-abolicionistas/**>**.** Acesso em 11 de out de 2013.
[32] Op. Cit.
[33] GOMES, Cristina. Disponível em: <**http://www.infoescola.com/historia/escravidao-no-brasil/**>. Acesso em 06 de nov de 2013.
[34] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p.27.
[35]SOUSA, Rainer. Disponível em: <**http://www.brasilescola.com/historiab/primeira-constituicao.htm**>**.** Acesso em 11 de out de 2013.
[36] Op. Cit., p. 27.
[37] Op. Cit., p. 27.
[38] FERREIRA SILVA, Tiago. Disponível em: <**http://www.historiabrasileira.com/brasil-imperio/segundo-reinado/**>. Acesso em 11 de out de 2013.
[39] Id.
[40] ENCICLOPÉDIA BRASILEIRA, Disponível em: <**http://www.unificado.com.br/calendario/05/abolicao.htm>**. Acesso em 22 de Ago de 2013.
[41] CHIAVENATO, Júlio Jose. **Os Negros no Brasil, Da Senzala à Abolição**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 113.
[42] ARAÚJO, Nabuco. "A vós, artistas, eu a denuncio como roubo do trabalho; a vós, sacerdotes, como o roubo da alma; a vós, magistrados, como o roubo da lei;a vós, senhoras, como o roubo da maternidade; a vós, pais, filhos, irmãos, como o roubo da família; a vós, homens livres, como o roubo da liberdade; a vós, militares,como o roubo da honra; a vós, homens de cores, como o roubo dos irmãos; a vós, Brasileiros, como o roubo da pátria... Sim, a todos eu denuncio essa escravidão maldita como o fratricídio de uma raça, como o fratricídio de uma nação".
[43] GASPARETTO JUNIOR, Antonio**.** Disponível em: **<http://www.historiabrasileira.com/escravidao-no-brasil/lei-dos-sexagenarios/>.** Acesso em 26 de Ago 2013

[44] FERREIRA SILVA, Tiago. Disponível em: **<http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/lei-aurea/**>. Acesso em 26 de Ago 2013.
[45] Id.
[46] Id.
[47] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p.34.
[48] BRASIL. **Constituição Federal de 1934**. Art. 121- Alei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. §1º (...); b- salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador; c- trabalho diário não excedente a oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; f- férias anuais remuneradas. Art. 122-Para dirimir questões entre empregadores e empregador, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, (...)
Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>** Acesso em 12 de out de 2013.
[49] REBOUÇAS, Fernando. Disponível em: <**http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/constituicao-de-1937/**>**.** Acesso em 12 de out de 2013.
[50] _____. **Constituição Federal de 1946**. Seção VI-Dos juízes e Tribunais do trabalho. Art 122-Os órgãos da Justiça do trabalho são os seguintes: I- Tribunal Superior do Trabalho; II- Tribunais Regionais do Trabalho; III- Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>** Acesso em 12 de out de 2013
[51] COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Disponível em: <**http://www.cptnacional.org.br/index.php/quem-somos/-historico**>**.** Acesso em 12 de out de 2013
[52] GUNTHER, Luíz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Curitiba, Juruá, 2011, p. 36.
[53] Id., p. 29
[54] Id., p. 36.
[55] Id., p. 36
[56] BALMACEDA,Manuel Montt.**Pricipios de Derecho Internacional Del Trabajo de la OIT**. Ed. Juridica Del Chile, 1998, p.70. Papa Paulo VI: "Vossa Carta Original e orgânica faz concorrer as três forças que se movemna dinâmica do trabalho moderno: os homens do governo, os empregadores e os trabalhadores. E Vosso método consiste em harmonizar essas três forças; não fazê-las opor-se, senão que

concorrer em uma colaboração valente e fecunda através de um constante diálogo ao estudo de problemas sempre emergentes e sem cessar renovados".

[57] GUNTHER, Luíz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Curitiba, Juruá, 2011, p. 45.

[58] Id., p. 45.

[59] Id., p. 45

[60] GUNTHER, Luíz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Curitiba, Juruá, 2011, p. 47

[61] Id., 59.

[62] SUSSEKINF, Arnaldo. **Comentários a Constituição**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 336

[63] Op. Cit., p. 51.

[64] JARDIM, Phelippe Gomes. As relações de trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Curitiba: Biblioteca de Ciência Jurídica - Universidade Federal do Paraná, 2007, p. 54.

[65] GREGORI, Jose. Disponível em: <**http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OIT-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Internacional-do-Trabalho/convencao-suplementar-sobre-abolicao-da-escravatura-do-trafico-de-escravos-e-das-instituicoes-e-praticas-analogas-a-escravatura-1956.html>.** Acesso em 12 de out de 2013.

[66] Id.

[67] SILVA Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p. 39

[68] Id., p.51.

[69] GUNTHER, Luíz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Curitiba, Juruá, 2011, p. 79.

[70] GUNTHER, Luíz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Curitiba, Juruá, 2011, p. 53.

[71] Id., p. 70

[72] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p.52.

[73] Id. p. 52.

[74] ESTERCI, Neide. Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo - A Divida que Escraviza. São Paulo, Loyola, 1999, p. 103.

[75] Op. Cit., p.53.

[76] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p. 53.

[77] Id., p. 54.
[78] Id., p.55
[79] ALEXIM, João Carlos. Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo - Trabalho Forçado. São Paulo. Loyola, 1999, p. 45.
[80] SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino. **Do Escravismo Colonial ao Trabalho Forçado Atual - A Supressão dos Direitos Sociais Fundamentais**. São Paulo, LTR, 2009, p.55.
[81] G1 SÃO PAULO, Disponível em: **<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/operarios-estrangeiros-sao-resgatados-de-trabalho-escravo-em-sp.html>** Acesso em: 06 de Nov de 2013.
[82] SAKOMOTO, Leonardo. Disponível em: **< http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2013/11/07/oas-firma-acordo-e-deve-pagar-r-15-mi-por-escravos-para-obras-de-cumbica/>** Acesso em 03 de Nov de 2013.
[83] ZOCCHIO, Guilherme. Disponível em: **<http://reporterbrasil.org.br/2013/10/fiscalizacao-flagra-trabalho-escravo-em-fazenda-de-irmao-da-senadora-katia-abreu/>** Acesso em: 03 de nov de 2013.
[84] SILVA, Enéas. Disponível em: **<http://www.coladaweb.com/direito/trabalho-escravo-rural**> Acesso em: 20 out de 2013.
[85] SILVA, Enéas. Disponível em: **<http://www.coladaweb.com/direito/trabalho-escravo-rural**> Acesso em: 20 out de 2013.
[86] CONVENÇÃO (29) SOBRE O TRABALHO FORÇADO OU OBRIGATÓRIO. 1. Para fins desta Convenção, **a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.** 2. A expressão "trabalho forçado ou obrigatório" não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção: a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar; b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um pais soberano, c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta á sua disposição; * Data de entrada em vigor: 1º de maio de 1932. d) qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizoóticas, invasões de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população; e) pequenos serviços comunitários que, por ser em executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência á necessidade desses serviços. (grifo nosso) Disponível em: **<http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/convencoes.php>** Acesso em: 20 de out de 2013.

[87] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Perfil dos Principais Atores Envolvidos no Trabalho Escravo Rural. Brasília, OIT, 2011, p. 25.
[88] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Perfil dos Principais Atores Envolvidos no Trabalho Escravo Rural. Brasília, OIT, 2011, p. 25.
[89] PONTINHA, Priscila Lopes.**Trabalho em Condições Análogas a de Escravidão um diálogo com a realidade do Paraná**,Curitiba: Biblioteca de Ciências Jurídicas-Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 12
[90] BRASIL. **Código Penal**. **Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:** Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem:I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:I – contra criança ou adolescente;II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>** Acesso em 15 de out de 2013
[91] Op. Cit., p. 13
[92] Op. Cit., p. 29
[93] PONTINHA, Priscila Lopes.**Trabalho em Condições Análogas a de Escravidão um diálogo com a realidade do Paraná**,Curitiba: Biblioteca de Ciências Jurídicas-Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 16
[94]BRASIL, **Código Penal**. Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Na mesma pena incorre quem: **I** - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de

dívida; II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portador de deficiência física ou mental. Disponível em: **<http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp197a207.htm>** Acesso em 25 de out de 2013.

[95] _____, **Código Penal**. Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional: Pena - detenção de um a três anos e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. Disponível em: **<http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp197a207.htm>** Acesso em 25 de out de 2013.

[96]Apud., p. 18

[97] SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho Análogo a de Escravo Rural no Brasil no Século XXI: novos contornos de um antigo problema**, Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2010, p. 29.

[98] VIANA, Márcio Túlio. Trabalho Escravo e "Lista Suja": um modo original de se remover uma mancha. São Paulo, LTR, 2007, p. 925 à 938.

[99] MELO, Luis Antônio Camargo de. As atribuições do Ministério Público do Trabalho na prevenção e no enfrentamento ao trabalho escravo. São Paulo, *LTR,* 2004, p. 425-432.

[100] ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. A servidão por dívidas e o princípio da dignidade humana. Apontamentos sobre trabalho escravo, forçado e degradante. São Paulo, *Revista Synthesis:* direito do Trabalho Material e Processual, 2006, p.11-16.

[101] JARDIM, Philippe Gomes**. As relações de trabalho escravo contemporâneo no Brasil**, Curitiba: Biblioteca de Ciências Jurídicas- Universidade Federal do Paraná, 2007, p. 73

[102] NOBRE, Noeli, Projeto define o conceito de trabalho análogo ao de escravo, Disponível em**: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/417736-PROJETO-DEFINE-O-CONCEITO-DE-TRABALHO-ANALOGO-AO-DE-ESCRAVO.html>** Acesso em 03 de Nov de 2013.

[103] Id.

[104] Id.

[105] Id.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[106] Id.

[107] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Inquérito Nº 3.412. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: João José Pereira de Lyra. Investigado: Antônio José Pereira de Lyra. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2012. Disponível em: **< http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo>** Acesso em: 27 out de 2013.

[108] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista Nº 2283-88.2011.5.15.0156. Recorrente: Francisco das Chagas Alves Pereira. Recorrido: LDC-SEV Bioenergia S.A. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. 2013. Disponível em: **< http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo>** Acesso em: 27 out de 2013.

[109] PERNANBUCO. Tribunal Regional do Trabalho de Pernambuco. Recurso Ordinário Nº 0001117-78-2010-5-06-0391. Recorrente: Consórcio Construtor Águas do São Francisco. Recorrido: Raimundo Nonato de Lima. Relator: Desembargador Federal do Trabalho Ivan de Souza Valença Alves. 2011. Disponível em: **< http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo>** Acesso em: 27 out de 2013.

[110] MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Recurso Ordinário Nº 0112500-09.2008.5.15.0156. Ambos Recorrente: Santelisa Vale Bioenergia S.A. e Recorrido: Júlio Francisco do Nascimento. Relator: Jorge Luiz Costa. 2009. Disponível em: **< http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo>** Acesso em: 27 out de 2013.

[111] SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Recurso Ordinário Nº 01612200344302000. Recorrente: Agrõcola e Comercial Banáuria Ltda. Recorrido: Pedro Moreira dos Santos. Relator: Juiz Adalberto Martins. 2009. Disponível em: **< http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo>** Acesso em: 27 out de 2013.

[112] BAHIA. Tribunal Regional o Trabalho da Bahia. Recurso Ordinário Nº 00715-2006-661-05-00-8. Recorrente: Companhia Melhoramentos do Oeste da Bahia. Recorrido: União Federal. Relator: Desembargadora Dalila Andrade. 2007. Disponível em: **< http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=condi%C3%A7%C3%A3o+analoga+a+de+escravo>** Acesso em: 27 out de 2013.

[113] AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. Disponível

em: **<http://jus.com.br/artigos/22068/os-direitos-fundamentais-e-a-constitucionalizacao-do-direito-do-trabalho>** Acesso em: 28 de out de 2013.
[114] SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho Análogo a de Escravo Rural no Brasil no Século XXI: novos contornos de um antigo problema**, Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2010, p. 70.
[115] SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Sistema de Proteção dos Direitos Humanos e Trabalho Forçado: O Brasil e o Organizador Internacional do Trabalho, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 75.
[116] RIBEIRO SILVA, Marcelo.**Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema.** Goiânia**,** Universidade Federal de Goiás, 2010, p.. 74
[117] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito Constitucional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 564.
[118] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito Constitucional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 573
[119] Id., p. 604
[120] STEPHAN, Cláudia Coutinho. Os direitos sociais e o trabalhador na constituição da República. Disponível em: **<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5238>** Acessado em: 23 out de 2013.
[121] SARLET Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 144.
[122] Op. Cit.
[123] LIMITAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. Disponível em: **<http://www.terceirosetoronline.com.br/limitacao-das-decisoes-judiciais/>** Acesso em: 23 de out de 2013.
[124] DOS PASSOS, Viviane Andrade**.** Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: < **http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4039**> Acesso em 23 de out de 2013.
[125] RIBEIRO SILVA, Marcelo.**Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema.** Goiânia**,** Universidade Federal de Goiás, 2010, p. 161.
[126] Id., p. 162.
[127] RIBEIRO SILVA, Marcelo.**Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema.** Goiânia**,** Universidade Federal de Goiás, 2010, p. 163.
[128] Id., p. 164.
[129] Id., p. 164.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[130] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Perfil dos Principais Atores Envolvidos no Trabalho Escravo Rural no Brasil, Brasília, OIT, 2011, p. 153.
[131] Id., p. 154.
[132] Id., p. 154.
[133] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Perfil dos Principais Atores Envolvidos no Trabalho Escravo Rural no Brasil, Brasília, OIT, 2011, p. 155.
[134] Id., p. 154
[135] Id., p. 155
[136] RIBEIRO SILVA, Marcelo.**Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema.** Goiânia**,** Universidade Federal de Goiás, 2010, p. 165.
[137] RIBEIRO SILVA, Marcelo.**Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema.** Goiânia**,** Universidade Federal de Goiás, 2010, p. 167.
[138] Id., p. 168.
[139] Id., p. 168.
[140] Id., p. 169.
[141] Id., p. 169.
[142] RIBEIRO SILVA, Marcelo.**Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema.** Goiânia**,** Universidade Federal de Goiás, 2010, p. 170.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

GORJETAS VONTADE E LIBERALIDADE: UM BREVE ESTUDO JURÍDICO E AS RELAÇÕES CONSUMERISTA E TRABALHISTA

MARIA JULIA DE CASTRO ALBUQUERQUE MORAES:
Aluna do Ciesa Graduanda 2019

MARCELO DE VARGAS ESTRELLA[1]

(Orientador)

RESUMO: O objetivo deste trabalho foi analisar as gorjetas entre a vontade e liberalidade um breve estudo jurídico e as relações consumerista e trabalhista, frisar também estudar a importância das gorjetas no nosso dia a dia, seus aspectos poucos explorados e como repercutem nas vidas das pessoas. Fazer uma análise crítica e jurídica das gorjetas em relação aos consumidores (clientes), em relação aos empregados e empregadores, tendo como fontes principais, a Constituição Federal de 88, o Direito do Consumidor e Trabalhista,demonstrando, dessa forma, a origem da "taxa" de serviço e sua aplicação atual, tipos de gorjetas e como o consumidor pode se comportar a tal exigência, quando a cobrança se torna coação e prática abusiva contra o consumidor, bem como a importância da "taxa" para os empregados, como os empregadores devem agir diante do pagamento das gorjetas, as gorjetas na complementação da remuneração e suas conseqüências decorrentes: nas férias, 13° salário, FGTS, etc. Conclui-se, que apesar de ser controverso o tema e instigante, mostra que a empresa deve assegurar um atendimento de excelência e não praticar sobre preço de um serviço ao consumidor, por outro lado as gorjetas foram incorporadas como verbas adicionais ao salário dos trabalhadores que ficam aficionados e fazem de forma intencional atos que chegam à intimidação moral em busca de obter essa consectária (gorjeta), causando no cliente aborrecimentose violandoa liberalidade de vontade do consumidor, pois, o pagamento é facultativo e acaba se tornadoem uma obrigação. Isso tem que ser revisto por parte dos órgãos de controle e discutido pela sociedade para nãoonerar o consumidor.

Palavras-chave: gorjetas; vontade; liberalidade; jurídico; relações; consumerista; trabalhista.

ABSTRACT: The aim of this paper was to analyze the tips between will and liberality, a brief legal study and the consumerist and labor relations, also to study the importance of tips in our daily lives, their little explored aspects and how they affect people's lives. To make a critical and legal analysis of tips in relation to consumers (customers), in relation to employees and employers, having as main sources, the Federal Constitution of 88, the Consumer and Labor Law, thus demonstrating the origin of "rate "service and its current application, tip types, how the consumer may behave to such a requirement, when charging becomes coercion and abusive practice against the consumer, the importance of the fee to employees, how employers should act before the tip payment, the tips in the complementation of the remuneration and its consequences: in the vacations, 13th salary, FGTS, etc. It is concluded that, although the topic is controversial and thought provoking, it is shown that the company should ensure excellent service and not practice overprice of a customer service, on the other hand tips were incorporated with additional amounts to the salary of Workers who become passionate and intentionally perform acts that come to moral intimidation in seeking to obtain this sectarian (tip), causing in client hassle and infringe liberality of consumer's will, since this payment is optional and ends up not being. This has to be reviewed by control bodies and discussed by society to avoid further burden to consumer.

Keywords: tips; will; liberality; legal; relations; consumerist; labor market.

INTRODUÇÃO

O pagamento de gorjetas em restaurantes, hotéis e táxis, é uma regra de etiqueta a qual varia muito em todo o mundo.

No Brasil a Lei nº. 13.419/19 alterouo artigo 457 da Consolidação da Lei do Trabalho (CLT), disciplinando o rateio entre empregados, a cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares.

Há lugares em que a gratificação é esperada e, em outros, ela pode até ser uma ofensa. Em países como a França, por exemplo, o valor já está embutido na conta como taxa de serviço, mas os clientes podem deixar um valor extra como

agradecimento pelo atendimento. No Japão e em outros países asiáticos, a prática não é comum e você pode ofender um garçom se oferecer dinheiro a ele. Já na América do Norte a gorjeta é esperada, pois é uma fonte de renda dos trabalhadores, e esse valor pode representar até 25% a mais no custo final. (SANTOS, 2018).

A gorjeta é uma fonte de renda, mas a forma como é imposta pode causar constrangimentos. No comércio em geral, deve ser oferecido serviços completos no qual esteja contemplado no seu preço final a condição de que o cliente não tenha uma nova cobrança caracterizando o sobre-preço.

Não se pode esquecer que, nos serviços que envolvem fornecimento de alimentos no varejo, como hotéis, restaurantes, casa de shows, em sua maioria, já há a cobrançado couver artístico, bem como acobrança da gorjeta que são lançados diretamente na conta do cliente sem sua prévia aprovação e autorização, causando em alguns casos dissabores pelaintimidação em cobrar a qualquer custo o que a lei denota facultativa.

Por outro lado, observa-se, numa visão humanística e teleológica, que o trabalhador é um arrimo de família e precisa desses valores pelo reconhecimento pessoal de uma prestação de serviço feito com dedicação e o cliente, por livre e espontânea vontade,pode recompensar diretamente o trabalhador.

Os empresários, via de regra, ficam inclinados a participar deste processo recolhendo o dinheiro que deveria ser pago, em tese, ao funcionário prestador direto, justificando a existênciade uma equipe exitosa que se esforça para oferecer um atendimento de qualidade singular como os cozinheiros, e outros colaboradoresdevem participar desse rateio. Todavia, não é incomum recolherem para empresa uma fatia desse dinheiro de forma indevida, pois ao pagara contao cliente consumidor já adimpliu sua obrigação para com a a empresa.

Desta forma, o trabalho visa abordar esta dicotomia entre aspecto jurídico do direito consumerista e do direito trabalhista, apontando os limites dessa liberalidade do consumidor.

1 ASPECTOS CONCEITUAIS

1.1 Remuneração e salário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Miranda (2019) conceitua salário como pagamento que empregador realiza ao empregado, tendo em vista o contrato de trabalho. É a contraprestação direta pela prestação do serviço. Não são considerados salários, as indenizações, ajuda de custo, que não excedam a 50% do valor do salário do empregado, os pagamentos de natureza previdenciária, a participação nos lucros e as gratificações pagas por mera liberalidade e sem habitualidade.

Conforme Santos (2018), o salário deve ser considerado como sendo uma das espécies de remuneração e pode ser definido, inicialmente, como aquele pagamento que é realizado pelo empregador ao empregado em função de serviço ou disponibilidade no emprego.

Gorjeta pode ser definida como um título em pecúnia que se paga de forma separada ao garçom, por conta do seu serviço prestado.

Há duas espécies de da gorjeta: as de caráter espontâneo e as consideradas compulsórias. Entende-se por espontânea, aquela gorjeta dada diretamente pelo cliente ao empregado, que lhe prestou um serviço sem necessariamente passar pelo conhecimento do empregador. Já a gorjeta compulsória é aquela importância cobrada ao cliente, como adicional das despesas consumidas.

O empregadortem o dever de guardar e repartir os valores com os empregados e divisão desses valores é regulada pelo contrato de trabalho, regulamento interno da empresa ou fixada em instrumento coletivo de trabalho.

1.2 Salário no Mundo e no Brasil

Santos (2018) relata que, em meio a um ambiente cercado de ideologias difusas pela Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra no século XIX, época em que houve mudanças significativas no setor produtivo e deu-se origem à classe operária.

Miranda (2019) cita que as relações de trabalho passaram a ser uma forma de opressão aos mais fracos, refletindo a necessidade de surgimento de normas regulamentadoras do vínculo empregatício as quais protegessem o trabalhador explorado pelo mercado patronal. Na época muito mais preocupado com a necessidade de produzir do que com segurança e ambientes adequados de condições de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Direito do Trabalho surge no século XIX, na Europa, com um mundo marcado pela desigualdade econômico e social, fenômeno que tornou necessária a intervenção do Estado por meio de uma legislação predominantemente imperativa.

No Brasil, por sua vez, já existiam leis esparsas que regulamentavam formas de prestações de serviços desde o ano de 1500 trazidas pelo governo português com as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas, mas não garantiam direitos trabalhistas e não abordavam esse tipo de prestação serviço *in casu*.

Em 1943, a Consolidação das Leis de Trabalho foi editada e nela houve a compilação de toda a regulamentação existente, sendo assim, jamais existiu de fato um Código do Direito do Trabalho e sim uma compilação de toda a legislação trabalhista existente.

Rieger (2012) cita que, com a declaração da independência do Brasil em relação a Portugal, o nosso sistema jurídico de prestação de trabalho ainda encontrava-se fortemente pautado no modelo escravagista até o ano de 1888, quando foi editada a Lei nº. 3.353, de 13 de maio de 1888 ("Lei Áurea"), abolindo a escravidão e passando a ser adotado o sistema de servidão (trabalho remunerado), o que acarretou a edição de leis esparsas sobre o tema, fato este importante, visto que forma o início de uma regulamentação do salário. (BRASIL, 1888).

Conforme Barros (2009), com a abolição da escravatura, evoluiu no país as ideias do trabalho assalariado, sendo terreno fértil para edição de leis trabalhistas, bem como para o surgimento de um intenso movimento doutrinário, no qual despontam-se com a edição de obras destinadas à consolidação de um ideal de proteção ao trabalhador e ao salário.

Para Carmo (2013), este período compreende-se no interregno entre a entrada em vigor da Constituição Federal de 1934, indo até o golpe militar de 1964. Se a fase anterior havia sido fértil no surgimento de regramentos assistenciais e de ebulição de doutrina protecionista dos trabalhadores e do salário, neste período todo este afã culminou na consolidação dos ideais trabalhistas e salariais por meio de inúmeros dispositivos legais.

A fase seguinte, teve inicio com o regime militar de 1964, caracterizado por um intenso intervencionismo estatal na regulamentação dos salários, com o escopo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de combater a inflação que até então assolava a economia, a qual só foi efetivamente controlada no ano de 1994, com a adoção do Plano Real. (BRASIL, 2017).

1.3 Remuneração

Martins (2008) alega que, o termo remuneração pode ser compreendido, no âmbito do Direito do Trabalho, como sendo um conjunto de prestações que são recebidas habitualmente pelo empregado, em decorrência dos serviços por ele prestados a outrem e resultantes de contrato de trabalho.

Segundo Rieger (2012), ao conceito de remuneração o legislador institui a sua base de composição no *caput* do art. 457, da CLT, quando diz que *"compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber"*.

Barros (2009) alega que, pese à similitude dos termos, bem como a confusão com que invariavelmente são utilizados, salário e remuneração não correspondem à mesma coisa, estando o salário incluído na remuneração do empregado.

1.4 Gorjeta

De acordo com Rieger (2012), os primeiros rumores acerca da gorjeta aparecem na civilização grega, com os chamados pecúlios, dados a escravos por prestarem bons serviços e em Roma com a figura da espórtula, um valor de caráter donativo presenteado a funcionários por serviços prestados.

Relata Carmo (2013) que a gorjeta, no início da década de 70, geralmente estava associada a dinheiro de bebida, passando a entender que o cliente, após o serviço, pagaria uma bebida a quem lhe serviu como forma de agradecimento,poiso cliente conseguia evitar que o garçom tivesse inveja do seu privilégio de sentar, beber e ser servido.

Outra teoria segundo Ribeiro (2017) apresenta outra faceta da gorjeta no século XVIII, onde os senhores feudais atiravam moedas de ouro a camponeses na rua para garantir que sua travessia fosse segura.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo Ribeiro (2009) no Brasil, a gorjeta é mencionada na Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 457, § 3º, e preconiza a respeito das importâncias voluntárias dadas pelo cliente, como os adicionais cobrados pelos estabelecimentos.

Lage (2009) salienta que, não há obrigação prevista no referido artigo sobre consumidores darem gorjetas, mas, se assim procederem, esta gorjeta será do empregado. Necessário se faz explicar essa interpretação, buscando coibir o abuso de alguns estabelecimentos, os quais, além de exigir o adicional, espoliam-no do trabalhador.

Segundo Rieger (2012) a gorjeta é a quantia em dinheiro paga pelo cliente do empreendimento no qual labora o obreiro, não ao empregador como retribuição do serviço alcançado, mas ao empregado, pelo bom atendimento que este lhe dispensou.

Ludwig (2018) observa que, nem sempre a gorjeta será paga diretamente pelo cliente, potencialmente, por vezes, vir embutida na conta pelo serviço, onde que será paga ao empregador para, posteriormente, ser distribuída aos empregados conforme regramento interno da empresa.

2 ASPECTO DE CONSUMO DIRECIONADO A GORJETA

2.1 Direito do Consumidor Relacionado à Gorjeta

Ribeiro (2009) aborda que, o problema comum e recorrente que acontece no cotidiano das pessoas ocorre no momento de pagar a conta em estabelecimentos comerciais como bares, restaurantes e hotéis. Além do preço dos produtos consumidos, muitas vezes o consumidor se vê constrangido a pagar a taxa de serviço, gorjeta ou, vulgarmente falando, os dez por cento sobre o valor total da conta.

Segundo Lage (2009), muitas pessoas se sentem na obrigação de pagar o valor da taxa de serviço pelos simples fato de não querer passar pelo constrangimento da indagação dos garçons na hora do pagamento. A simples frase *"sem os 10% por favor"*,inúmeras vezes é motivo de questionamento por partes dos garçons, deixando os clientes em uma situação extremamente desconfortável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Hoffmann (2014) alega que, mesmo sabendo que não é obrigatório o pagamento das gorjetas, muitos garçons questionam os clientes perguntando se ele não foi bem atendido, se algum funcionário o tratou de forma desrespeitosa, e ainda, alguns falam que não recebem salário, apenas os valores das gorjetas acumuladas no mês. Tudo isso com apenas uma finalidade, convencer o cliente da necessidade do pagamento da gorjeta.

Nesse sentido, cita-se o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei".

Brechó (2015) salienta que, por meio desse dispositivo legal, pode-se afirmar que nenhum consumidor deverá ser obrigado a pagar a famosa e discutida "taxa" de serviço. Isso porque, devemos ainda lembrar que a referida taxa é praticamente vista como sendo a antiga gorjeta ofertada aos garçons pelo eficaz serviço prestado.

Ainda, Nascimento (2009) cita que, a partir daí, analisa-se minuciosamente o sentido da gorjeta, verifica-se que esse pagamento é caracterizado juridicamente como sendo uma doação remuneratória, a qual está devidamente prevista no artigo 540, do Código Civil Brasileiro.

Ludwig (2018) afirma que vários estabelecimentos que praticam essa cobrança acreditam que ao divulgarem que a gorjeta de 10% é opcional, haverá desestímulo ao consumidor a arcar com essa premiação.

A definição precisa do instituto é encontrada nos artigos 538 e 540 do Código Civil Brasileiro, os quais têm a seguinte redação:

> "Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.
>
> (...)
>
> Art. 540. A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto."

Para Cunha (2013), tem aver com um contexto anterior, pois mesmo que haja em alguns Estados como São Paulo, Ceará, Pernambuco e Bahia, leis que estabelecem essa obrigatoriedade de pagamento de 10% para os garçons, estas são inconstitucionais, pois versam sobre Direito do Consumidor, sendo de competência privativa da União.

Neste sentido fica o *nexus* de que este olhar pretende estabelecer a relação de exclusividade (privativa) da União:

> "Primeiro, porque compete à União legislar sobre Direito do Trabalho. Depois, pelo simples fato de que, a relação jurídica laboral existe apenas entre o estabelecimento e o garçom, não podendo ser transferido aos clientes o ônus, mesmo que parcial, da remuneração do profissional, já que a livre iniciativa, a condução da forma de realização do trabalho e o risco do empreendimento, são exclusivamente de responsabilidade daquele que se dispôs a empreender naquele ramo de negócio. Poucas são as possibilidades da gorjeta versar apenas no âmbito do direito civil, como por exemplo, a imposição de algum estado ou município de que todos os estabelecimentos comerciais de sua localidade territorial obriguem a colocação nos cardápios da seguinte frase "10% opcional". Nessa situação, não envolve direito trabalhista, porém caso essa lei complemente com algum dispositivo que envolva a distribuição da gorjeta entre os empregados já se tornaria inconstitucional. Assim, por não existir atualmente lei federal que obrigue o consumidor a pagar gorjeta, qualquer valor pago a mais por este terá o caráter de liberalidade." (CUNHA, 2013, p.18).

2.2 As Gorjetas: Natureza Jurídica e Repercussões

Segundo Ribeiro (2017), a renumeraçãoé feita em retribuição aos serviços prestados, mas que não tornam o doador devedor do donatário, ainda que estes serviços possam ser estimados pecuniariamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não se trata, portanto, de pagamento, mas pressupõe um crédito e não constitui contraprestação. O doador transfere bens ou vantagens, porque assim deseja, mas sob a afirmativa de uma determinada causa que não lhe retira o caráter de liberalidade naquilo em que a coisa doada exceder ao valor dos serviços remunerados. (ROLLO, 2014).

Nesse sentido, Venosa (2005) salienta que:

> Doação remuneratória consiste naquela que se faz em recompensa a serviços prestados ao doador pelo donatário. Ainda que estes serviços possam ser estimados pecuniariamente, não se consideram prestação exigível, isto é, o donatário não se torna credor. Como essa doação é conferida em retribuição, esses serviços devem ser anteriores ao ato. É o caso, do cliente que paga os serviços prestados por seu médico, mas quando a ação de cobrança já estava prescrita; e, ainda, do que faz uma doação a quem lhe salvou a vida ou lhe deu apoio em momento de dificuldade. (VENOSA, 2005, p.133).

Lage (2009) cita que, a doação remuneratória são liberalidades feitas em vistas de uma causa pretérita. Evidentemente, a causa jurídica continua a mesma das doações, porque a causa está profundamente ligada ao tipo contratual. Não há reciprocidade em sentido estrito porque, deste modo, perderiam o caráter da doação para adquirir o de contraprestação, não há dever jurídico.

Segundo Martins (2008) nos termos do art. 457 da CLT, compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

Portanto para Barros (2009) a remuneração é gênero que abrange o salário e as gorjetas. No particular e ainda no mesmo artigo, dispõe a CLT que se considera gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo Carvalho Júnior (2017) as gorjetas conforme a natureza jurídica consiste em repercussões onde:

> As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extra e repouso semanal remunerado. Pacificou-se, destarte, a concepção de que as gorjetas integram a remuneração do empregado e repercute apenas nas férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS com a respectiva indenização, além de comporem a base de cálculo para as contribuições previdenciárias, em conformidade com o art. 28 da Lei nº 8.212/91. Logo, caso o empregado receba salário fixo de R$ 1.000,00 (um mil reais) e, de gorjeta, aufira, em média, R$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês, com fundamento no art. 457 da CLT, sua remuneração é de R$ 3.000,00 (três mil reais), "*quantum*" este que servirá de referência para o pagamento das referidas parcelas e cumprimento das obrigações sociais correspondentes. (CARVALHO JÚNIOR, 2017, p.192).

Não se pode olvidar que, para todos os efeitos legais, a gorjeta deve ser considerada como remuneração como hoje prevê o Art. 457 da CLT, e as discussões nos tribunais pátrios acerca da distinção entre remuneração e salário acabam por acarretar prejuízos aos garçons. (BENJAMIN, 2008).

A Súmula nº 354 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) traz o seguinte texto:

> "GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES. As gorjetas cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não se pode negar que os trabalhadores do setor de restaurantes, bares e hotéis, os quais atendem ao público possuem expectativas de recebimento da gorjeta e estesvêm tendo inúmeros direitos desrespeitados por diversos empregadores, sendo recorrente a cobrança junto aos clientes da gorjeta, sem o devido repasse de modo integral aos garçons.

2.3 Das Modalidades de Gorjetas

Conforme Silva (2017) considera-se gorjeta não apenas a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados, nos termos do art. 457, § 3º, da CLT.

Conforme Carvalho Júnior (2017) no caso das empresas que cobram a gorjeta na nota de serviços, estas deverão assumir as seguintes obrigações, conforme disposto no § 6º do art. 457 da CLT *in litteris*:

> I- para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador; II- para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador. (CARVALHO JÚNIOR, 2017, p.195).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, Santos (2018) destaca que, as Convenções Coletivas são fontes normativas do Direito do Trabalho, não produzindo efeitos em relação a terceiros totalmente estranhos a esta relação. Assim foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o tema em questão:

> Violação ao princípio da legalidade e ao código de defesa do consumidor. I - O pagamento de acréscimo pecuniário (gorjeta), em virtude da prestação de serviço, possui natureza facultativa, a caracterizar a ilegitimidade de sua imposição, por mero ato normativo (Portaria nº 4/94, editada pela extinta SUNAB), e decorrente de convenção coletiva do trabalho, cuja eficácia abrange, tão somente, as partes convenentes, não alcançando a terceiros, como no caso, em que se pretende transferir ao consumidor, compulsoriamente, a sua cobrança, em manifesta violação ao princípio da legalidade, insculpido em nossa Carta Magna (CF, art. 5º, II, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 6º, IV "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços", e 37, § 1º". É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços"), por veicular informação incorreta, no sentido de que a referida cobrança estaria legalmente respaldada. II - Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. Constitucional, consumidor e processual civil. Ação civil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pública. Estabelecimentos comerciais. Prestação de serviços. Cobrança de acréscimo pecuniário (gorjeta). Portaria nº 4/94 (SUNAB). Violação ao princípio da legalidade e ao código de defesa do consumidor. (AC 2001.01.00.037891- 8/DF. (Apelação Cível AC. Desembargador Federal Souza Prudente. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Publicado em 13/10/2008). (SANTOS, 2018, p.4).

Segundo Carvalho Júnior (2017) as convenções e acordos coletivos apenas obrigam os celebrantes. A regulamentação das gorjetas diz respeito tão somente à sua contabilização e incorporação à remuneração dos empregados, não obrigando os consumidores:

2.4 Gorjetas e Práticas Abusivas

Benjamin (2008) alega que, nesta abordagem destaca-se a ação de gorjetas e a pratica abusiva atribuída, alguns estabelecimentos comerciais, onde se aproveitam da ingenuidade das pessoas e cobram abusivamente a "taxa" de 10% sobre o valor total da conta.

Outra abordagem, segundo Lage (2009) ocorre em restaurantes *self-service*, onde o cliente serve a sua própria refeição, apesar disso, é cobrada gorjeta sobre o valor da comida. Vale chamar a atenção para o fato de que, mesmo que a cobrança de 10% esteja disposta no cardápio, essa informação não obriga aos consumidores pagarem.

Ribeiro (2009) salienta que, no caso de recusa em pagar e houver a insistência do estabelecimento, como se a cobrança fosse obrigatória, há a configuração de uma prática abusiva.

De acordo com Benjamin (2008), a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é a marca pessoal, limitada a alguns, até mesmo a uma coletividade, mas nunca todos os consumidores.

Ribeiro (2009) ressalta que, ainda que não existe contrato de prestação de serviços entre os funcionários dos estabelecimentos e os consumidores para ensejar uma possível remuneração obrigatória destes àqueles.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3 ASPECTO LEGISLATIVO DE REGULAMENTAÇÃO DAS GORJETAS

3.1 Projetos de Lei em Regulação do Pagamento de Gorjetas

O Projeto de Lei nº 1048 de 1991, foi uma tentativa de regularizar a profissão de garçom no Brasil. No Projeto de Lei o Parlamentar considerava garçom todo empregado que, nos estabelecimentos do ramo de hotéis, restaurantes, bares e similares, exercesse a atividade de servir à respectiva clientela, na área de alimentação e bebidas.

O exercício da profissão de garçom estava condicionado ao registro respectivo na Delegacia Regional do Trabalho. Nas localidades onde não havia Delegacia Regional do Trabalho, o registro, seria feito em órgão da administração pública federal, estadual ou municipal, devidamente credenciado pela autoridade competente.

Sobre as gorjetas, o referido Projeto de Lei dizia que as "taxas" de serviços, que fossem cobradas, compulsoriamente, nas notas dos clientes, não poderiam ultrapassar a dez por cento do valor da respectiva nota e dependeriam de acordo escritos elaborados entre a empresa interessada e o sindicato profissional.

O § 1º do art. 4º dizia que *"o valor da taxa de serviço será rateado entre os empregados da respectiva empresa, segundo os critérios que forem adotados de comum acordo entre a empresa e o sindicato de classe."* De acordo com o § 2º do art. 4º, sobre o montante do valor apurado com a cobrança da taxa de serviço, 20% seriam destinados à cobertura dos gastos da empresa com recepção, distribuição e pagamento de encargos. (BRASIL, 2017), e 2% reverteriam a favor do sindicato profissional, para emprego em obra de assistência social.

Seria ainda instituída uma comissão paritária de, no máximo, seis membros, composta de representantes do empregador, dos empregados e do sindicato de classe para a verificação da regularidade na cobrança e distribuição da taxa de serviço.

Mesmo que haja, em alguns estados ou até mesmo em municípios, leis que estabeleçam essa obrigatoriedade de pagamento de 10% para os garçons, estas estão maculadas de inconstitucionalidade. Primeiro, porque compete à União legislar sobre Direito do Trabalho, conforme art.22, I, da CF/88. Em segundo plano,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

por que a relação jurídica laboral existe apenas entre o estabelecimento e o garçom, não podendo ser transferido aos clientes o ônus, mesmo que parcial, da remuneração do profissional, já que a livre iniciativa, a condução da forma de realização do trabalho e o risco do empreendimento, são exclusivamente de responsabilidade daquele que se dispôs a empreender naquele ramo de negócio. (BRASIL, 2017).

O Projeto de Lei nº 252, de 2007 de autoria do Deputado Gilmar Machado - PT/MG, foi uma tentativa de alterar a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para estabelecer a natureza salarial das gorjetas e obrigar o empregador a destiná-las integralmente aos garçons e trabalhadores assemelhados que laborem no mesmo horário. (BARROS, 2009).

Para o autor desse Projeto de Lei, o salário legal deve ser pago pelo empregador assim como 10% das gorjetas recebidas por contraprestação ao serviço e essa gorjeta seria destinada integralmente aos garçons e trabalhadores assemelhados que laborem no mesmo horário.

Através da proposição do Deputado Gilmar Machado - PT/MG, as gorjetas passariam a ter natureza salarial, para todos os fins, garantindo aos garçons e profissionais assemelhados o recebimento correto das gorjetas, bem como sua repercussão também em aviso prévio, adicional noturno, horas extra e repouso semanal remunerado.

O Projeto de Lei nº 1873, de 2007 de autoria do Deputado Rodrigo Rollemberg-PSB/DF, tinha como objetivo a alteração dos dispositivos da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452/1943, para definir percentual obrigatório de repasse das gorjetas aos garçons e dá outras providências.

De acordo com seu Projeto de Lei, o art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT passaria a vigorar acrescido do § 4º com a seguinte redação:

> "§ 4º. Do total recebido a título de gorjeta, serão repassados o percentual mínimo de 80% (oitenta por cento) aos garçons de bares, restaurantes e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> assemelhados podendo os 20% (vinte por cento) restantes ser reservado aos demais empregados que trabalhem no mesmo horário".

O Projeto de Lei nº 7658, de 2010 de autoria do Deputado Celso Russomanno PP/SP dispõe sobre o pagamento de gorjetas, não obrigatório, em restaurantes e similares.

Basicamente em seu Projeto de Lei, O Deputado Celso Russomanno, quer que o valor referente a dez por cento do total da conta de consumo em bares, restaurantes e similares, não obrigatório seja feito integralmente e diretamente pelos clientes aos garçons, barmen, *maitres* e funções correlatas, de acordo com a produção individual de cada profissional, da seguinte forma: em dinheiro, por transferência eletrônica, em cheque, por cartão de crédito ou débito.

Nas hipóteses de pagamento por transferência eletrônica e por cartão de crédito ou débito, poderia o estabelecimento descontar dos trabalhadores o valor do percentual cobrado pelas administradoras de cartão ou pelas instituições bancárias.

E caso haja o descumprimento dessa regulamentação, implicaria em imposição de multa, aos proprietários das empresas, equivalente a dez mil reais para os estabelecimentos que tenham capacidade para atender mais de duzentos consumidores; cinco mil reai para os estabelecimentos que tenham capacidade para atender entre cem e duzentos consumidores; dois mil e quinhentos reais para os estabelecimentos que tenham capacidade para atender até cem consumidores, e hum mil reais para os demais estabelecimentos.

3.2 Lei nº 13.419, de 13 de março de 2017, a nova Lei da Gorjeta

A Lei das Gorjetas, Lei n°. 13.419, foi sancionada pelo Presidente da República em 13/03/2017, alterando a CLT para assegurar, em definitivo, o repasse das gorjetas aos empregados.

O principal objetivo da Lei foi garantir que restaurantes, bares e hotéis, por exemplo, não se apropriem dessa verba paga pelos clientes aos trabalhadores ou à própria empresa, destinando-a aos empregados. Esta Lei altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para disciplinar o rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares.

3.3 Distinção entre às Leis nº 13.467/2017 e Lei nº 13.419/2017 aplicados a CLT

Falconi (2017) distingue § 4º do art. 457 da CLT, o qual foi alterado tanto pela Lei nº 13.419/2017 quanto pela Lei nº 13.467/2017. Contudo, poucos notaram uma questão de técnica legislativa, que pode extinguir prematuramente a Lei das Gorjetas de nosso ordenamento. Para explicá-la, faz-se necessário, antes de tudo, um breve incurso histórico.

O art. 457 da CLT foi recentemente alterado pela Lei nº 13.419/2017, publicada em 14 de março de 2017, denominada "Lei das Gorjetas". Este sucinto diploma somente alterou o § 3º daquele dispositivo e acrescentou-lhe os §§ 4º a 11, conceituando as gorjetas e regulando o pagamento e o rateio dessa verba remuneratória.

A promulgação desta Lei deu-se durante a tramitação do Projeto de Lei da Reforma Trabalhista (Projeto de Lei nº 6.787/2016, na Câmara dos Deputados, e Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017, no Senado Federal). Na elaboração do substitutivo do Projeto, na Câmara dos Deputados, o Relator, Deputado Rogério Marinho (PSDB/RN), propôs nova redação ao mesmo art. 457, alterando seus parágrafos 1º, 2º e 4º da seguinte forma (BRASIL, 2017).

3.4 Novas regras, as Gorjetas passam a Integrar o Salário do Trabalhador

Velasco (2018), inicialmente, destaca-se que até o advento da, Lei 13.419/17, vulgarmente denominada ''Lei da gorjeta'', não havia qualquer norma que disciplinasse o assunto. Entre outros aspectos, ela regulou o procedimento do rateio da cobrança em bares, restaurantes, hotéis e afins. Também passou a considerar a gorjeta como uma receita própria dos trabalhadores, impondo sanção pecuniária à empresa que não se desincumbisse de pagá-la, ou seja, obrigando o empregador a pagar uma quantia em dinheiro, caso ele não cumprisse a Lei.

Inesperadamente, a reforma trabalhista acabou por revogar as disposições outrora incluídas na CLT pela lei da gorjeta, de modo que, legalmente, a gratificação ficou sem amparo legal. Tal situação perdurou até a edição da MP 808, responsável

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

por recolocar na CLT as regras anteriormente fixadas pela Lei da gorjeta, entretanto, a referida MP não foi convertida em lei, perdendo seus efeitos.

Nesse sentido, por força das novas regras, as gorjetas passam a integrar o salário do trabalhador, sendo imperativo que o empregador anote na carteira de trabalho o salário fixo, acrescido da média das gorjetas dos últimos 12 meses.

Outra significativa reinserção é a garantia da gratificação como direito do empregado, com distribuição e rateios conforme critérios estabelecidos em convenção ou acordo coletivo, quando houver. Inexistindo norma coletiva, o rateio será definido em assembléia geral dos trabalhadores.

Outro ponto de atenção é a incorporação da gorjeta ao salário do empregado, com base na média dos últimos 12 meses. Tal condição ocorrerá nas hipóteses em que a empresa cessar o recolhimento após ter cobrado a gorjeta por um ano.

Dessa forma, as empresas precisam estar atentas às novas obrigações, evitando, assim, o pagamento de multas e eventuais demandas judiciais futuras. (SILVA, 2017).

CONCLUSÃO

Cumpre destacar que, tanto em relação ao Direito do Consumidor quanto ao Direito do Trabalho, verifica-se que a gorjeta, de maneira geral, é o dinheiro que se oferece a alguém como retribuição por um bom serviço prestado.

Para centenas e milhares de profissionais que labutam em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares, a percepção das gorjetas representa a parte mais expressiva da remuneração que auferem. Por tal razão, é fundamental avançar na compreensão do alcance e limites que as mudanças legislativas vão promover nas vidas desse enorme contingente de trabalhadores.

Com efeito, as alterações promovidas na CLT pela Lei nº 13.419/2017 demandam uma exegese que preserve o que há de mais expressivo na legislação trabalhista e que se constitui na sua principal razão de ser: o princípio da proteção ao trabalhador.

A CLT é uma regulação geral que sobreviveu a era Vargas e, ao longo de décadas, se incorporou ao imaginário do povo brasileiro, como uma conquista das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

classes trabalhadoras, de tal modo que a própria formação da classe operária no Brasil não pode ser compreendida sem se considerar a intervenção estatal nas relações de trabalho.

Portanto, conclui-se que as gorjetas são ações livres por parte de cada cliente, e dá-la depende de sua vontade, não podendo ser o cliente coagido a pagá-la, como acontece em muitos casos, e mais ainda, cobrada sobre o valor total do consumo. Todavia, se forem pagas, estas não poderão deixar de ser acrescidas à remuneração daqueles que prestam o serviço, devendo os empregadores excluírem da receita de seu negócio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTr, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Brasília (DF): Planalto, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm >. Acesso em: 20 set 2019.

_____. Presidência de República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília (DF): Internet: Site do Planalto, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

_____. Presidência de República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 13.419, de 13 de março de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para disciplinar o rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. Brasília (DF): Internet: Site do Planalto, 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13419.htm>. Acesso em: 09 jun 2019.a.

_____. Presidência de República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 13.467, de 13 julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília (DF): Internet: Site do Planalto, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 09 jun 2019.b.

BRECHÓ, Juliana. **Breves considerações jurídicas sobre a cobrança da taxa de serviço (gorjeta)**. Internet: Site Jus, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42404/breves-consideracoes-juridicas-sobre-a-cobranca-da-taxa-de-servico-gorjeta> Acesso em: 24 jun 2019.

CARMO, Julio Bernardo do. **Há 70 anos, o decreto-lei 5.452/43 aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, idealizada pelo, na época Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Alexandre Marcondes Filho. Setenta anos da CLT, uma retrospectiva histórica. Há 70 anos, o decreto-lei 5.452/43 aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho**. Internet: Site Migalhagas, 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI177642,21048-Setenta+anos+da+CLT+uma+retrospectiva+historica>. Acesso em 14 jun 2019.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. **A Nova Regulamentação das gorjetas**. Bahia: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, ano V, nº 9, Outubro, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/130389/2017_carvalho_jr_pedro_nova_regulamentacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 jun 2019.

CUNHA, Leonardo Dias da. **Os direitos dos consumidores em bares, casas noturnas, restaurantes e similares**. Internet: Site Jus, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24302/os-direitos-dos-consumidores-em-barescasas-noturnas-restaurantes-e-similares> Acesso em: 20 jun 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FALCONI, Ivan Furlan. **A reforma trabalhista extinguiu a Lei das Gorjetas?**. Uma questão de técnica legislativa. Internet: Site Jota, 2017. Disponível em: 32 <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-extinguiu-a-lei-das-gorjetas-28102017>. Acesso em: 09 jun 2019.

HOFFMANN, Frederico Silva. **As gorjetas e seus reflexos**. Internet: Site Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://fredericohoffmann.jusbrasil.com.br/artigos/114806352/as-gorjetas-e-seus-reflexos>. Acesso em: 09 jun 2019.

LAGE, Rafael de Oliveira. A cobrança da taxa de serviço (10%) em estabelecimentos comerciais à luz do direito brasileiro. Santa Catarina: UFSC, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10070-10069-1-PB.pdf >. Acesso em: 20 jun 2019.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **E a gorjeta?**. Internet: Site Estado de Direito informação formando opinião, 2018. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/e-a-gorjeta/>. Acesso em: 09 jun 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Salário e Remuneração**. Internet: Site Direito Brasil, 2019. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/aulas/dt/SR7.pdf>. Acesso em: 09 jun 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**: relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **Gorjeta**: uma análise jurídica. Internet: Site Direito Net, 2009. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4868/Gorjeta- uma-analise-juridica>. Acesso em: 09 jun 2019.

RIBEIRO, Luan Furtunato Nascimento. **Gorjetas**: uma breve análise jurídica sob o prisma do direito consumerista e trabalhista. Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Centro de Ciências Jurídicas - CCJ. Faculdade de Direito do Recife – FDR. Trabalho de Conclusão de Curso. Recife (PE): UFPE, 2017. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/24429/1/Monografia%20Finalizada3.pdf>. Acesso em: 09 jun 2019.

RIEGER, Bruno Mahlmann. **Aspectos Peculiares de Salário e Remuneração**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento De Direito Econômico e do Trabalho. Trabalho de Conclusão de Curso. Porto Alegre (RS): UFRS, 2012. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67312/000872241.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 jun 2019.

ROLLO, Arthur. **Couvert e Gorjeta**: Bares e restaurantes violam com frequência direito dos consumidores. Internet: SiteConjur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-01/arthur-rollo-bares-restaurantes-violam- direito-consumidores>. Acesso em: 25 jun 2019.

SANTOS, Letícia Rodrigues. **O Teletrabalho e o Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista**. Curitiba (BH): CUC, 2018. Disponível em: <https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/LETICIA-RODRIGUES-SANTOS.pdf>. Acesso em: 09 jun 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Internet: Site Fórum de Concursos, 2017. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/19450/1086-Comentarios-a-Reforma-Trabalhista-Homero-Batista.pdf>. Acesso em: 09 jun 2019.

VELASCO, Marcela de Farias. **MP traz mudanças sobre gorjeta**. Internet: Site Mgalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272792,91041- MP+traz+mudancas+sobre+gorjeta>. Acesso em: 25 jun 2019. Acesso em: 12 ago 2019.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil**: contratos em espécie. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOTA:

---

[1]Professor MSc e Orientador do artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/3943414159978016.

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DA PUBLICIDADE DOS VOTOS NAS DELIBERAÇÕES PARLAMENTARES PARA A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

DAYSE RIBEIRO NETTA: Graduanda em 2019 em Direito pelo CIESA/AM.

SEBASTIÃO RICARDO BRAGA BRAZ[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir a importância da publicidade dos votos parlamentares nas casas legislativas, enquanto parte constituinte de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, buscou-se explanar os dispositivos constitucionais voltados à regulamentação dos processos de votação no Congresso Nacional, além de um breve estudo sobre os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, passando-se à apreciação da Emenda Constitucional n. 76/2013, que determina a abolição da votação secreta nos casos de cassação parlamentar e de apreciação do veto do Presidente. Analisou-se também a recente PEC 01/2019, que dispõe sobre o voto aberto na eleição das mesas no Congresso Nacional. Para tal, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, valendo-se das premissas maiores para formação das premissas menores, para finalmente destacar-se a tendência à expansão das possibilidades do voto aberto. Portanto, verificou-se que a publicidade dos votos é de suma importância para a democracia representativa, uma vez que é necessário que o povo tenha ciência das decisões de seus representantes eleitos.

Palavras-chave: Publicidade. Voto aberto. Deliberações parlamentares. Democracia representativa.

ABSTRACT: This article has the goal to discuss the relevance of publicizing parliamentary votes in legislative houses as a constituent part of a Democratic State of Law. As such, an attempt was made to explain the constitutional provisions aimed at regulating voting procedures at the National Congress, besides that, a brief study on the internal regulations of the Chamber of Deputies and the Federal Senate, taking in consideration the Constitutional Amendment no. 76/2013, which determines the abolition of secret voting in cases of parliamentary cassation and of the President's veto appreciation. The recent PEC 01/2019 was analyzed as well, which is about open voting during the election of the tables at the National Congress. For this, the hypothetical-deductive method was employed, making usage of larger assumptions to form smaller ones, in order to finally highlight the

tendency to expand open voting possibilities. Therefore, it was verified that publicizing votes is of vital importance for representative democracy, once that it is necessary for the people to be aware of the decisions made by the representatives that they elected.

Keywords: Publicizing. Open voting. Parliamentary Deliberations. Representative Democracy.

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, a função dos representantes eleitos é zelar pelos direitos e interesses daqueles que os elegeram, uma vez que se trata de um modelo de governo onde a soberania é exercida pelo povo. Tais representantes, por sua vez, são responsáveis por aprovar uma série de decisões e leis de sumo interesse popular nas Casas Legislativas, como no Senado Federal e na Câmara dos Deputados.

Em virtude dos escândalos relacionados à corrupção que assolaram o país, nos últimos anos, tem-se questionado, cada vez mais, a prevalência do sigilo dos votos parlamentares, em assuntos de grande interesse para a sociedade, em detrimento da transparência nas deliberações administrativas do Congresso Nacional.

Dessa forma, muito se tem discutido acerca da possibilidade de ampliação do rol de situações que preveem a publicidade dos votos nas casas legislativas, justificada pela premissa de que o exercício de poder estabelecido pela Constituição é sempre regido pelo princípio da publicidade e se estende a todos os Poderes do Estado.

Na Constituição Federal, as exceções previstas para quebra do sigilo entre parlamentares, atualmente, envolvem a derrubada de um veto do Presidente da República, exoneração do Procurador-Geral da República, processos de cassação por quebra de decoro parlamentar e aprovação de ministros para tribunais superiores que são amparadas no princípio da preservação da autonomia da atuação parlamentar.

No entanto, em julho de 2019, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), concedeu parecer favorável à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 1/2019, da senadora Rose de Freitas (Podemos-ES), que pretende acrescentar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ao art. 57, o §4º, ao texto constitucional, com o escopo de dispor sobre o voto aberto na eleição das mesas no congresso.

O objeto desta pesquisa, portanto, está relacionado ao estudo da possibilidade de ampliação legal das hipóteses de previsão do voto aberto nas deliberações parlamentares, proposta pela PEC 01/2019, passando pela análise das disposições já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, nesse sentido, de modo a verificar se as disposições vigentes estão de acordo com o que se espera de um Estado Democrático de Direito, regido por uma democracia representativa.

Para tanto, utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo para estabelecer a delimitação e a caracterização do modelo de democracia representativa, bem como a observação dos requisitos essenciais para que ela seja exercida de fato em um Estado Democrático de Direito, no que diz respeito à seara dos representantes e representados.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Conceito de Democracia

Para aduzir-se a concepção atual de um Estado Democrático, precisa-se primeiramente reportar-se ao conceito de democracia, tanto no sentido formal quanto substancial.

Em seu termo etimológico democracia significa governo do povo, governo da maioria:

> Por democracia entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mais de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e oligarquia (BOBBIO, 2000, p.07).

Segundo Maluf (2016, p.315) "em sentido formal ou estrito, democracia é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na forma de governo".

Silva (2014, p.128), seguindo a mesma linha de raciocínio, traz a concepção de "a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A qualidade da democracia pode ser medida pelo nível de participação política encontrada em cada sociedade que permite ao cidadão comum inserir-se nos processos de formulação, decisão e implementação de Políticas Públicas, e desta forma, "quanto mais direto for o exercício do poder político, mais acentuada será a capacidade democrática das instituições políticas, cujas decisões estarão mais próximas de traduzir a genuína vontade popular" (DIAS apud VIGLIO, 2004, p.18).

Por esse motivo, participação efetiva e consciente da sociedade civil no sentido de exigir a ética, transparência e a moralidade da classe política, são posicionamentos marcantes que vêm favorecendo o amadurecimento da política brasileira e a elevação dos índices de interesse público pelo debate e a participação da política.

Destarte, o cerne da democracia em um Estado de Direito está fundamentado no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas no seu completo desenvolvimento.

1.2 Estado Democrático de Direito

Dallari (2016, p.149) faz uma síntese dos princípios que fundamentam os Estados Democráticos, destacando três pontos fundamentais:

> A **supremacia da vontade popular**, que colocou o problema de participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários.
>
> A **preservação da liberdade**, entendida, sobretudo, como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado.
>
> A **igualdade de direitos**, entendida como a proibição de distinção no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.

Tal concepção pode ser comprovada analisando-se o preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a **liberdade,** a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Destarte, o preâmbulo assinala que, a partir da reunião do povo brasileiro, através de Assembleia Nacional Constituinte, foi instituído um Estado Democrático com a finalidade de assegurar os direitos sociais e individuais, tendo como valores supremos a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, o bem-estar, a igualdade e a justiça. São esses os valores supremos a serem garantidos pela Constituição.

Mais adiante, em seu art. 1º, a referida Carta Magna, apresenta a seguinte redação:

> 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:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político.
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de **representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988, p.1)

Analisando-se a disposição no parágrafo único do art. 1º de que "todo poder emana do povo que o exerce direta ou indiretamente por meio de seus representantes", verifica-se que o texto constitucional elevou a democracia à

categoria de princípio fundamental, como fonte de legitimação do exercício do poder político pelo povo, entendido como comunidade política (sujeito constitucional), além de definir as bases de uma democracia onde todo o poder emana do povo, diretamente ou através da eleição de representantes políticos.

Nos dizeres de Silva:

> A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1.º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 2014, p.119-120).

Desta feita, consoante conclui Galuppo (2003, p.236), "o Estado Democrático de Direito tem como ponto central os direitos que os cidadãos precisam se reconhecer, reciprocamente, uns aos outros se quiserem que o direito por eles produzido seja legitimo, ou seja, democrático".

Não basta, portanto, apenas a observância das leis, para que um para que um estado seja realmente um Estado Democrático de Direito; é indispensável à obediência aos princípios fundamentais que dão garantias ao cidadão.

1.3 Democracia Representativa

Atualmente, vivemos em um modelo de democracia representativa, também conhecida como democracia indireta, onde a sociedade delega a um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

representante o direito de representá-lo, e de tomar as decisões que melhor favoreça os interesses de toda a população.

Para Bonavides (2014, p.294) tal modelo tem como fundamentos:

> A soberania popular, o sufrágio universal, a observância constitucional, o princípio da separação dos poderes, a igualdade de todos perante a lei, a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social, a representação como base das instituições políticas, limitação de prerrogativas dos governantes, Estado de Direito, temporariedade dos mandatos eletivos, direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem.

Assim, um dos mais importantes elementos de uma democracia representativa se encontra compreendido no processo de escolha dos representantes: as eleições periódicas. Por meio delas, os cidadãos dão o consentimento para que outros tomem decisões importantes e que afetarão a vida da sociedade. O processo eleitoral é um dos pilares do governo representativo, não por ser exclusivo deste modelo, mas porque ocupa um lugar privilegiado nesta teoria.

O sufrágio universal permite aos cidadãos a escolha de seus representantes, que melhor possibilite a manutenção dos interesses popular com justiça e igualdade para todos. Para muitos, o voto é uma poderosa arma contra a corrupção e os regimes totalitários que possam vir a oprimir a população.

Nas palavras de Lima Júnior, o sufrágio universal é um dos princípios basilares do sistema eleitoral democrático:

> "O sufrágio universal e a igualdade perante a lei são os princípios estruturantes do sistema eleitoral democrático: um homem, um voto, um valor, constitui assim a expressão síntese e, simultaneamente, o teste efetivo da soberania popular" (LIMA JÚNIOR *apud* SELL, 2006, p.87).

No entanto, tal processo não assegura que os eleitos farão, de fato, a vontade de seus eleitores. Isso porque, na democracia representativa os representantes conservam uma independência parcial com relação às preferências dos eleitores. Justamente nesse ponto é que está fundamentada a importância de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

eleições periódicas: é a maneira de avaliar e mudar o quadro de governantes, caso não estejam agindo de acordo com o esperado.

Dessa forma, para que o eleitor tenha ciência de como está votando seu representante, no âmbito das deliberações parlamentares, é fundamental a predominância do voto aberto, em sessões públicas consideradas de grande interesse popular, como a cassação de mandato ou apreciação de veto presidencial. E mais, como se refere às decisões estatais, cabe supor que elas devam ser, inclusive, motivadas.

A complexidade do processo legislativo, obviamente, não permite que se exija que em cada decisão parlamentar todos os votos sejam especificamente justificados por cada um dos votantes, mas, o sistema de pareceres, o encaminhamento de voto pelas lideranças partidárias, a discussão aberta das matérias, o contato dos representantes com suas bases eleitorais, todos esses procedimentos se impõem, em parte, pela necessidade de dar a conhecer à coletividade a motivação dos votos de seus representantes políticos.

1.4 O Princípio da Publicidade

Importante salientar que a regra geral expressa na Constituição Federal de 1988, é a da votação em aberto, em consonância com o princípio da publicidade, previsto no art. 37, que é aplicável a todos os Poderes, em todos os níveis de governo:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...). (BRASIL, 1988).

Tal disposição revela que, mesmo o Poder Judiciário, neutro, isento, soberano em suas decisões, nos termos do art. 93, IX e X, está sujeito às regras da publicidade de todos os julgamentos e da motivação (explicitação dos motivos) de todas as decisões:

> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão **públicos**, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;
>
> X- as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em **sessão pública**, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros. (BRASIL, 1988).

Quanto ao Poder Legislativo, no art. 53, está prevista a inviolabilidade de Deputados e Senadores por seus votos: "Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos", assegurando, portanto, ao parlamentar, a independência e a liberdade no exercício do mandato que o cargo requer.

Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio afirma que é "direito inalienável dos cidadãos" a submissão dos atos públicos "à luz meridiana, dogma do regime constitucional democrático":

> No mérito, prevalece, como direito inalienável dos cidadãos, a submissão dos atos de exercício de poder, tanto do Executivo como do Judiciário e do Legislativo, à luz meridiana, dogma do regime constitucional democrático. Constitui fator de legitimação das decisões governamentais, indissociável da diretriz que consagra a prática republicana do poder, o permanente exercício da transparência. Inexiste órgão – menos ainda composto por mandatários eleitos – que escape à claridade imposta pela Lei Maior e ao crivo da ampla e nítida fiscalização social, prerrogativa inafastável da cidadania. (BRASIL, 2018, p.5).

Dessa forma, fica explícito que a exigência da atuação em público tem irredutível relevo porque a publicidade é, por si mesma, forma de controle, garantindo aos representados exercerem fiscalização constante no que tange à atuação dos representantes, não havendo justificativa plausível para a manutenção do sigilo dos votos nas deliberações parlamentares.

2 O SIGILO DO VOTO PARLAMENTAR

Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, têm previsão legal para a utilização do voto secreto, no intuito de garantir o pleno exercício e autonomia do parlamentar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destarte, o sigilo do sufrágio nas casas legislativas está fundamentado, especialmente, no receio das possíveis reações a que a publicidade pode dar ensejo, partam elas de alguém externo ao corpo deliberativo, de outros votantes ou do próprio autor do voto. Tais reações são de ordens variadas.

A divulgação do voto pode comumente inibir o votante de emitir sua opinião sincera a respeito da matéria posta em deliberação, por temor de reprovação moral da parte dos outros votantes ou do público externo à assembléia. Já em Tucídides se encontra um exemplo disso, quando o autor relata a decisão, pela assembléia popular ateniense, de enviar uma expedição bélica à Sicília, e do medo daqueles que se opunham à empreitada de parecerem desleais à sua Cidade-Estado.

Numa assembléia cujos participantes são eleitos pelo povo e cujos mandatos são renováveis, o voto aberto pode fazer com que o representante popular opte por decidir contra suas convicções e sua consciência, para não pôr em risco sua reeleição, quando a opinião do eleitorado é diversa da sua. Não é preciso refletir muito para identificar as consequências disso resultantes, quando o parlamento realiza, por exemplo, o julgamento de algum de seus membros ou de outra autoridade. Estes podem vir a ser condenados mesmo quando a maioria do corpo deliberativo esteja convicta de sua inocência, se a pressão popular ou midiática for ao sentido da condenação.

Outra justificativa, muito comum entre os defensores do voto secreto, é a de que a publicidade exporia o representante ao ódio público decorrente de erros de julgamento sobre condutas que, em lugar disso, mereceriam a gratidão popular.

Assim, se por um lado o voto aberto favorece a responsabilidade do representante perante o eleitorado, munindo os eleitores de informações para decidirem se vale a pena reconduzir ao corpo legislativo o parlamentar, no oposto extremo, pode fazer com que este oriente suas manifestações a partir de incentivos diversos, oriundos, não apenas, do Poder Executivo, mas também, da liderança partidária ou de poderes privados, podem se traduzir em sanções tanto negativas quanto positivas. Não à toa é recorrente na história a invocação, em defesa do voto secreto, dos casos de sanção negativa consistentes em represálias do Governo e da máquina partidária.

Além disso, num regime que preze pelo sigilo do voto parlamentar, não haverá total segurança para a aplicação de punições ou recompensas individuais (salvo o caso de votações unânimes). Quando muito, poder-se-á cogitar de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

punições coletivas, que poderão prejudicar também quem votou como desejava o autor da ameaça, ou recompensas igualmente coletivas, que poderão beneficiar quem votou contra os desígnios do autor da oferta.

2.1 O Sigilo do Voto na Constituição Federal de 1988

Em relação ao sigilo das votações, a (BRASIL, 1988) se aproxima do texto de 1946, tendo como regra a publicidade das sessões e dos votos. Mas, exceções são explicitamente inseridas na Carta, prevendo três situações possíveis em que os parlamentares votam secretamente.

O primeiro caso encontra-se disposto no art. 52, III, ao prever que cabe ao Senado aprovar previamente, por **voto secreto**, após arguição pública, a escolha de magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; de Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; de Governadores de Territórios; de Presidente e Diretores do Banco Central; do Procurador-Geral da República; e, de titulares de outros cargos que a lei determinar. Nesse caso, a confidencialidade do voto serviria para dar maior liberdade aos Senadores. No entanto, os Senadores já possuem autonomia, independência e uma série de garantias, como por exemplo, o sistema de imunidades, não justificando, portanto, que tal votação seja secreta.

O segundo caso reside no art. 52, IV, atribuindo, também, ao Senado o encargo de aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente. Nesse caso em questão, faz-se oportuno questionar a necessidade da exigência de votação secreta para a designação chefes de missões diplomáticas de caráter permanente.

A terceira hipótese encontra abrigo no art. 52, XI, que afirma caber ao Senado Federal aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término do seu mandato. Nesse caso, se há motivo para se exonerar o Procurador-Geral da República, o povo deve ser informado acerca do motivo para entender como seus representantes estão votando.

Além destes casos expressos explicitamente na Constituição Federal de 1988, deve-se considerar também: a) a eleição para composição das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 57, §4º), conforme salienta a

doutrina e dispõe o regimento interno da Câmara dos Deputados (art. 7º) e o regimento interno do Senado Federal (art. 291, II); b) a hipótese de deliberação sobre a suspensão das imunidades parlamentares durante o estado de sítio (art. 53, §8º), também por força da doutrina.

Verifica-se assim, que as previsões existentes no texto constitucional, têm como via de regra, a publicidade das votações, em consonância com o princípio da publicidade característico de um Estado Democrático de Direito, e como exceção, o voto secreto, em situações específicas devidamente pontuadas.

2.2 O Sigilo do Voto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

A Constituição Federal estabelece que compita privativamente à Câmara dos Deputados (art. 51, III) e ao Senado Federal (art. 52, XII) elaborar seus respectivos regimentos internos.

Os regimentos internos disciplinam minuciosamente a votação dos parlamentares, definindo as situações nas quais estabelecem quando a votação poderá ser ostensiva ou secreta (art. 184, RI da Câmara dos Deputados, e art. 289, RI do Senado Federal).

2.2.1 Regimento Interno da Câmara dos Deputados e os Tipos De Votação

A votação é a última etapa da tramitação de uma proposição. Para dar início a uma votação, é necessária a verificação de quórum. A votação no Plenário da Câmara dos Deputados requer a presença de, no mínimo, 257 deputados.

As modalidades de votação estão expressas na Seção V do referido Regimento Interno:

> Art. 184. A votação poderá ser ostensiva, adotando-se o processo simbólico ou o nominal, e secreta, por meio do sistema eletrônico ou de cédulas. Parágrafo único. Assentado, previamente, pela Câmara determinado processo de votação para uma proposição, não será admitido para ela requerimento de outro processo.
>
> Art. 185. Pelo processo simbólico, que será utilizado na votação das proposições em geral, o Presidente, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convidará os Deputados a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> favor a permanecerem sentados e proclamará o resultado manifesto dos votos.
>
> (...)
>
> Art. 187. A votação nominal far-se-á pelo sistema eletrônico de votos, obedecidas às instruções estabelecidas pela Mesa para sua utilização. (BRASIL, 1988).

Quanto à votação nominal, temos que:

> Art. 186. O processo nominal será utilizado:
>
> I - nos casos em que seja exigido quórum especial de votação;
>
> II - por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Deputado;
>
> III - quando houver pedido de verificação de votação, respeitado o que prescreve o § 4º do artigo anterior;
>
> IV - nos demais casos expressos neste Regimento.
>
> § 1º O requerimento verbal não admitirá votação nominal.
>
> § 2º Quando algum Deputado requerer votação nominal e a Câmara não a conceder, será vedado requerê-la novamente para a mesma proposição, ou para as que lhe forem acessórias. (BRASIL, 1988).

Em relação à definição da votação secreta:

> Art. 188. A votação por escrutínio secreto far-se-á pelo sistema eletrônico, nos termos do artigo precedente, apurando-se apenas os nomes dos votantes e o resultado final, nos seguintes casos:
>
> I - deliberação, durante o estado de sítio, sobre a suspensão de imunidades de Deputado, nas condições previstas no § 8º do art. 53 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, as votações podem ser ostensivas, adotando-se o processo simbólico ou nominal; ou secretas, por meio do sistema eletrônico ou de cédulas. Na votação simbólica, utilizado na votação da maioria das proposições, o presidente da Câmara, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convida os deputados a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

favor a permanecerem sentados e proclama o resultado manifesto dos votos. Em caso de dúvida, o presidente consultará o Plenário quanto ao resultado proclamado, assegurando o direito aos deputados de pedirem verificação de votação. Já a votação nominal é feita pelo sistema eletrônico de votos, em casos previstos no Regimento Interno da Câmara, como na votação de matérias que exigem quórum especial.

A votação secreta, por sua vez, é feita pelo sistema eletrônico, apurando-se apenas os nomes dos deputados votantes e o resultado final, nos seguintes casos: na deliberação, durante o Estado de Sítio, sobre a suspensão de imunidades de deputado; por decisão do Plenário, a requerimento de um décimo dos parlamentares ou de líderes que representem esse número; nas eleições em geral, como para presidente e demais membros da Mesa Diretora; e em caso de pronunciamento sobre a perda de mandato de deputado ou suspensão das imunidades constitucionais dos parlamentares durante o estado de sítio.

2.2.2 Regimento Interno do Senado Federal e os Tipos de Votação

A votação de matérias no Senado é feita de forma ostensiva ou secreta. Nas proposições em geral, como projetos de lei ordinária, a votação é feita, com frequência, pelo processo simbólico, em que os senadores se manifestam pela aprovação permanecendo sentados, enquanto os que se levantam votam pela rejeição. Quando é requerida verificação de votação, esta será repetida, só que pelo processo nominal, feito pelo registro eletrônico de votos do painel instalado no Plenário. Esse processo também é exigido para a votação de matérias que exigem quórum especial ou qualificado, como proposta de emenda à Constituição (PEC) ou projeto de lei complementar. Caso o sistema de votação eletrônico esteja com defeito, a votação será feita mediante a chamada dos senadores, que se manifestarão pela aprovação ou rejeição do projeto respondendo “sim” ou “não”.

A votação secreta – usada na apreciação de mensagens de indicação de autoridades, vetos presidenciais e cassação de parlamentares, entre outras matérias – também utiliza o sistema eletrônico, mas o painel mostra somente os dados referentes ao resultado da deliberação.

Dessa forma, as votações podem ser ostensivas, adotando-se o processo simbólico ou nominal; ou secretas, por meio do sistema eletrônico ou de cédulas, conforme disposto na subseção II:

> Art. 289. A votação poderá ser ostensiva ou secreta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 290. Será ostensiva a votação das proposições em geral.
>
> Art. 291. Será secreta a votação: I - quando o Senado tiver que deliberar sobre:
>
> a) exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República (Const., art. 52, XI);
>
> b) perda de mandato de Senador, nos casos previstos no art. 55, § 2º, da Constituição;
>
> c) prisão de Senador e autorização da formação de culpa, no caso de flagrante de crime inafiançável (Const., art. 53, § 2º);
>
> d) suspensão das imunidades de Senador durante o estado de sítio (Const., art. 53, § 8º);
>
> e) escolha de autoridades (Const., art. 52, III); II - nas eleições; III - por determinação do Plenário.
>
> Art. 292. Na votação, serão adotados os seguintes processos:
>
> I - ostensiva: a) simbólico; b) nominal;
>
> II - secreta: a) eletrônico; b) por meio de cédulas; c) por meio de esfera. (BRASIL, 1970).

Assim, na votação simbólica, utilizado na votação da maioria das proposições, o presidente da Câmara, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convida os deputados a favor a permanecerem sentados e proclama o resultado manifesto dos votos.

Em caso de dúvida, o presidente consultará o Plenário quanto ao resultado proclamado, assegurando o direito aos deputados de pedirem verificação de votação. Já a votação nominal é feita pelo sistema eletrônico de votos, em casos previstos no Regimento Interno da Câmara, como na votação de matérias que exigem quórum especial.

A votação secreta é feita pelo sistema eletrônico, apurando-se apenas os nomes dos deputados votantes e o resultado final, nos seguintes casos: na deliberação, durante o Estado de Sítio, sobre a suspensão de imunidades de deputado; por decisão do Plenário, a requerimento de um décimo dos parlamentares ou de líderes que representem esse número; nas eleições em geral, como para presidente e demais membros da Mesa Diretora; e em caso de

pronunciamento sobre a perda de mandato de deputado ou suspensão das imunidades constitucionais dos parlamentares durante o estado de sítio.

3 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 76/2013

A Emenda Constitucional Nº 76, de 23 de novembro de 2013, alterou a redação do § 2º do art. 55 e do § 4º do art. 66 da Constituição Federal, com o objetivo de abolir o sigilo das votações nos casos específicos de cassação de mandato de Deputado ou Senador e de julgamento de veto, trazendo à baila a ostensividade dos votos, através das seguintes delimitações:

> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
>
> **I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;**
>
> **II- cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;**
>
> III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
>
> IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
>
> V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
>
> **VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado**.
>
> § 2º Nos casos dos incisos **I, II e VI**, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, ~~**por voto secreto**~~, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (BRASIL, 2013).

Dessa forma, o §2ºdo art. 55, prevê que o parlamentar terá seu mandato cassado caso seu procedimento seja incompatível com o decoro parlamentar ou se sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado, a ser decretada pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

provocação da respectiva Mesa ou partido político representado no Congresso Nacional, assegurados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Já o §4º do art. 66, determina o tratamento dado ao veto do Presidente da República a projeto, ou parte de projeto de lei oriundo de uma das Casas Legislativas, devendo, a partir da vigência da EC, o veto, ser apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, não havendo mais a exigência de voto secreto: "O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores". (BRASIL, 2013).

Ou seja, ambos os parágrafos alterados pela EC 76/2013, revogam o sigilo das votações, nos casos supracitados, considerados de relevante interesse social, não podendo ser resolvido às escuras, uma vez que a votação secreta insulta a teoria da representação e o princípio da soberania popular.

Barbosa (*apud* LIMA, 2002) afirmou:

> "Dever é, logo, do membro do Congresso Nacional responder à nação pelo modo como exerce as funções legislativas. Para isso, exerce ela a sua fiscalização contínua sobre os atos dos seus representantes, acompanha as deliberações parlamentares, sobre as quais deve atuar constantemente, a opinião pública, no seu papel de guia, juiz, freio e propulsor."

Dessa forma, percebe-se que, para o efetivo exercício de uma democracia representativa, é imprescindível a ostensividade dos votos nos parlamentos, com grande tendência à publicidade dos votos, implicando na responsabilidade do parlamentar sobre seus votos, a partir da existência de uma motivação plausível para a tomada de posição.

As influências que o parlamentar sofre não seriam suficientes para legitimar a adoção exclusiva do voto secreto. O voto ostensivo é a tendência que um ordenamento democrático deve seguir, sob pena de fomentar a irresponsabilidade do parlamentar, e o seu discernimento em relação aos anseios populares.

4 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 01/2019

A Proposta de Emenda Constitucional nº 1/2019, de autoria da senadora Rose de Freitas (Podemos-ES), tem por objetivo estabelecer voto aberto para todas as eleições das mesas do Congresso Nacional, abolindo-se o voto secreto, através da adição do §4º- A no art. 57 da Constituição Federal para dispor sobre o voto aberto na eleição das mesas no congresso.

Tal PEC não se restringe à escolha dos integrantes das Mesas da Câmara e do Senado. Por extensão e analogia, o voto aberto deverá ser aplicado, também, nas eleições para o comando das Assembleias Legislativas Estaduais; das Câmaras Municipais e da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Assembleias Legislativas Estaduais; das Câmaras Municipais e da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Dessa forma, o art. 57 passaria a contar com a seguinte redação:

> Art. 1º O art. 57 da Constituição Federal passa a vigorar com as' seguintes alterações:
>
> "Art. 57 .....
>
> §4º- A. As eleições das mesas no congresso nacional serão realizadas mediante sessão pública e voto aberto
>
> ....."(NR)
>
> Art. 2° Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação. (BRASIL, 2019).

A justificativa contida na PEC faz alusão à necessidade do voto aberto em obediência ao princípio da publicidade e da transparência nas deliberações administrativas do congresso nacional.

Atualmente, em fase de tramitação, a referida PEC recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), no dia 10 de julho de 2019, encontrando-se pronta para deliberação em plenário. Caso seja aprovada, o voto aberto nas eleições da mesa do Congresso Nacional, Assembléias Legislativas Estaduais; das Câmaras Municipais e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, passará a ter status constitucional.

CONCLUSÃO

O regime democrático de direito, no Brasil, se manifesta através da eleição, mediante sufrágio universal, de representantes políticos, para estabelecer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

um canal de ligação entre os anseios da população e os seus gestores locais, no que diz respeito à luta pela aquisição de seus direitos e anseios.

O fato de os eleitores escolherem deliberadamente os seus representantes gera uma necessidade implícita de se saber quais estão sendo as demandas realizadas por determinado parlamentar em determinadas ocasiões, consideradas de extremo interesse público. Assim, o representante eleito tem o dever moral de prestar contas à sociedade, para que esta possa verificar se seus interesses estão sendo observados, ou não, mesmo que não haja, ainda, uma previsão legal que obrigue tal condição.

No entanto, tendo em vista esse cenário, percebe-se que a Constituição Federal falha nesse aspecto, pois, ao mesmo tempo em que dá vazão a um regime democrático de direito, não só prevê o sigilo das votações dos represente público como também o insere na seara das cláusulas pétreas.

A justificativa para tal mecanismo estaria fundamentada na necessidade de se proteger o parlamentar eleito, de pressões exteriores, de possíveis ameaças ou compra de votos e, consequentemente, salvaguardar a autonomia parlamentar nas votações, de modo a não criar uma propensão intencional a um resultado específico e evitar as conhecidas disparidades de poder.

No entanto, atualmente, muito se tem falado sobre a imperatividade da publicidade nas votações parlamentares em sessões públicas, visando demonstrar à sociedade, a motivação de seus representantes frente a um tema específico, em consonância com o princípio da publicidade, previsto na CF/88, em seu artigo 37, considerado princípio essencial para o exercício de qualquer democracia. Apesar de não fazer nenhuma menção ao Poder Legislativo, não é admissível excluir esse Poder da apreciação de um princípio que é norteador de todos os atos proferidos pela administração pública.

O voto aberto seria, portanto, fruto do respeito ao princípio da publicidade, além de representar uma maneira de levar o parlamentar a justificar o seu voto para a comunidade que o elegeu, permitindo, ao eleitor, de certa forma, exercer certo controle sobre as ações do representante, visto que, tendo ciência da atuação do parlamentar em uma votação importante, o eleitor pode questionar tal decisão e cobrar por explicações, além de constituir fator importante a se considerar para a reeleição, ou não, desse político.

Destarte, enquanto parte constituinte de um Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo, o voto ostensivo de faz indispensável para a

concretização da democracia representativa, onde o eleitor designa seus representantes mediante o sufrágio universal, devendo, consequentemente, ser participado das decisões que esse representante tem tomado ao opinar nas votações de grande interesse da população, através da publicidade e da transparência em deliberações parlamentares de interesse da população.

Uma vez que o povo exerce seu poder através de seus representantes, eleitos via sufrágio universal, nada mais justo, portanto, que o povo seja participado das decisões tomadas por esses representantes, nas decisões de interesse comum da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Aparecida de Moura. **A participação da sociedade civil no processo legislativo:** a contribuição da comissão de legislação participativa da câmara dos deputados. (Monografia de Especialização). Programa de Pós-Graduação da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2003.

AVRITZER, Leonardo. **Modelos de Deliberação Democrática**: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela BeccacciaVersiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 De março De 1824. Disponível em http://www4.planalto.gov.br/legislacao/. Acesso em 14 de março de 2019.

_____. **Constituição Federal**, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Emenda Constitucional Nº. 76, de 28 de Novembro de 2013**. Altera o § 2º do art. 55 e o § 4º do art. 66 da Constituição Federal, para abolir a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado ou Senador e de apreciação de veto.

_____. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Resolução da câmara dos deputados nº 17, de 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/>. Acesso em 15 jun 2019.

_____. **Regimento Interno do Senado Federal. Resolução no 93, de 1970**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 14 mar 2019.

_____. Senado Federal Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 1 de 2019**. Acrescenta o art. 57 o §4º-A para dispor sobre o voto aberto na eleição das mesas no congresso. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7910171&ts=1565032223636&disposition=inline>. Acesso em: 15 ago 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 36.169**. Distrito Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307395&ext=.pdf>. Acesso em: 1 jun 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Fernando Machado da Silva. **Voto Secreto**. NET. Disponível em: <http//:www.jus.com.br>. Acesso em: 08 mar 2019.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, B. de S. & AVRITZER, L. "Para ampliar o cânone democrático", In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.): **Democratizar a democracia. Os caminhos** da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à sociologia política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.183.

VIGLIO, José Eduardo. **Avaliação da experiência do Orçamento Participativo numa cidade média**: o caso de Jaboticabal – SP. Dissertação (Mestrado em Engenharia Urbana). Centro de Ciências Exatas e de Tecnologia da Universidade Federal de São Carlos. São Carlos-SP, 2004.

NOTA:

[1] Professor Mestre e Orientador do Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/4723594112732956.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REVERSÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELO CONGRESSO NACIONAL

NELSON BARBOSA DA SILVA JÚNIOR:
Bacharelando em Direito vinculado ao Centro de Ensino Superior do Estado do Amazonas – CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo aborda o tema Reverão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional. Como metodologia de trabalho, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico, na literatura pertinente, com uma abordagem exploratória e resultados qualitativos. O trabalho foi dividido em três capítulos, onde primeiramente foi analisado o Controle da Constitucionalidade, suas normas, formas e eficácia, no segundo capítulo foi apresentada a Reversão Jurisprudencial por reação legislativa e por fim no terceiro capítulo foi apresentado um caso concreto relativo ao tema abordado. O conteúdo apresentado, assim como a metodologia empregada visou uma avaliação da Reversão do STF da ótica de jurisprudência.

Palavras-chave: Reverão; Jurisprudência; Supremo Tribunal Federal; Congresso Nacional.

ABSTRACT: This article deals with the theme "Review the Jurisprudence of the Federal Supreme Court by the National Congress. As a working methodology, a bibliographical research was carried out, in the pertinent literature, with an exploratory approach and qualitative results. The work was divided in three chapters, where the Constitutionality Control, its norms, forms and effectiveness were first analyzed, in the second chapter the Jurisprudential Reversal is presented by legislative reaction and finally in the third chapter a concrete case is presented regarding the subject addressed. The content presented, as well as the methodology employed, aimed at an evaluation of the STF Reversal from the point of view of jurisprudence.

Keywords: Reversion; Jurisprudence; Supreme Federal Court; National Congress.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Equilíbrio e Gestão da Constitucionalidade. 2.1. A hierarquia das normas no ordenamento Jurídico. 2.2. Controle de Constitucionalidade: Conceito e Formas. 2.3. Efeito e eficácia do Controle de Constitucionalidade. 3. REVERSÃO JURISPRUDENCIAL POR REAÇÃO LEGISLATIVA. 4. ANALISE DE CASO CONCRETO - ADI´s 4430, 4795 E 5051. 5. Análise Conclusiva. 6. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal – STF desempenha um papel de grande importância no cenário político do ordenamento jurídico consuetudinário do país. É o órgão máximo do Judiciário, sendo, portanto, responsável pela guarda da constituição, dentre outras competências, como o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, descumprimentos de lei.

A convergência entre o papel político desempenhado pelo STF e o fato deste ser um Tribunal de última instância, constitui um agravante na identificação de uma linha interpretativa do Tribunal em relação a diversos temas. Esta temática ganha relevância quando relacionada aos casos de ocorrência de reversão de jurisprudência, quando há por parte do Tribunal uma revisão do entendimento consolidado em julgados anteriores e adoção de um novo posicionamento que pode ser parcial ou totalmente contrário ao sedimentado em seus precedentes.

O termo "jurisprudência consolidada" pode ser entendido como sendo um compêndio de decisões com tese de solução única na aplicação e na resolução de casos variados, por um período específico que compreende o necessário para a criação de uma imagem ou de uma expectativa acerca da solução de um litígio.

Portanto, é fato conhecido que a jurisprudência consolidada gera certo grau de expectativa na sociedade, por conta da contiguidade da interpretação acerca da aplicabilidade de uma determinada tese, cuja eficácia tenha sido constatada em outros casos. Essa expectativa acaba por servir de referência acerca do desempenho dos atores jurídicos envolvidos no processo, tais como juízes, tribunais inferiores, demais poderes e até normas de conduta em maior ou menor escala.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desta forma é natural uma possível quebra, ou que este cenário ganhe proporções de insegurança jurídica, mediante uma não previsibilidade da atuação da Corte. Essa inconsistência entre a estabilidade e o dinamismo jurisprudencial é um item intrínseco à própria função interpretativa, sendo passível a identificação de formas de amortização dos possíveis impactos negativos ocasionados pela mutação jurisprudencial.

Considera-se que, dado o desempenho político central e suas respectivas competências outorgadas na revisão de precedentes, o STF possui um ônus argumentativo mais amplo.

Quanto à segurança jurídica, é necessário que a Corte demonstre as justificativas para escolha dos elementos que culminaram numa alteração da postura até então adotada, além da fundamentação de sua decisão frente ao caso concreto. Esta mudança de postura costuma ocorrer, seja por conta de peculiaridades do caso ou por alterações no ordenamento jurídico. Entretanto para que se considere que houve a manutenção da coerência decisória e segurança jurídica, esta alteração deve ocorrer de forma coerente, com a devida argumentação lógica e embasamento jurídico, além de clareza e de explicitação das razões que levaram à reversão.

Desta forma, destaca-se a importância do entendimento da forma como se constitui a jurisprudência desse Tribunal e de forma particular sobre sua transformação, com base numa análise e entendimento acerca da coerência argumentativa necessária para as tomadas de decisões nesse âmbito.

2. EQUILÍBRIO E GESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Hierarquia e ordenação das normas no ordenamento Jurídico

Um dos elementos-chave para a existência de um determinado nível de controle dentro um conjunto de processos é a parametrização. E para que haja uma compreensão das normas no sistema jurídico é importante conhecer os critérios relevantes na construção da hierarquia de comandos de legalidade.

É fato conhecido a peculiar competência da área de Direito de auto regularização, porquanto é uma característica intrínseca de uma determinada

norma a capacidade de determinar tanto o processo de produção, quanto o conteúdo de outra norma (NOVELINO, 2013).

A partir do conceito de supra-infra-ordenação de Hans Kelsen, a norma superior é reguladora do processo de produção da norma inferior, assim como de sua validação, desde que respeitada à forma de prescrição definida pela norma superior. Deste modo, a determinação por uma norma do processo de elaboração de outra norma é indicativa de sua posição hierarquicamente superior.

Este parâmetro, entretanto, é questionado quando da ocorrência de uma norma cuja criação esteja associada a parâmetros distintos, ou mesmo nos casos em que mais de uma norma tenha obediência a um exclusivo regramento de formação. Para os dois casos, estabelece-se um nível de superioridade a partir da existência de conflito entre as normas, onde se parte da premissa de que somente a primeira possui validade.

Para Novelino o entendimento é escorreitamente apresentado, a ver:

> Na classificação proposta haverá hierarquia todas as vezes em que a forma de elaboração ou o conteúdo de uma norma forem determinados por outra. Para que seja validada, a norma deverá ser elaborada em conformidade com o seu fundamento de validade. A subordinação jurídica implica a prevalência da norma superior sobre a inferior sempre que houver um conflito entre elas (NOVELINO, 2013, p.218).

A ordenação das normas pode ser analisada a partir de distintos patamares. Na esfera federal, a Constituição da República Federativa Brasileira representa o posto máximo, sendo fato notório que neste campo não há hierarquias jurídicas dentre suas normas, independentemente de suas naturezas, original ou derivada. A partir do estabelecimento de uma equiparação entre emendas constitucionais, são, portanto, atendidos os respectivos tratados e convenções internacionais, cuja aprovação ocorre na Casa do Congresso Nacional, por dois turnos de votação e por pelo menos três quintos dos membros, conforme o §3º do art. 5º da CRFB/88. (BRASIL/1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No nível hierarquicamente abaixo, encontram-se os atos normativos primários que apresentam supedâneo direto constitucional (leis ordinárias, delegadas, complementares, decretos legislativos, medidas provisórias e outras resoluções). Também se encontram tratados e convenções internacionais, cujo teor não contemple questões relacionadas aos direitos humanos.

Por fim, no nível ligeiramente inferior, encontram-se os decretos regulamentares de cunho do Poder Executivo, ou atos normativos secundários, cujo proposito é a facilitação do processo de cumprimento e execução das leis. Estes atos normativos obtêm fundamentação de validade a partir das próprias leis que se propõem regulamentar, mas a que devem subordinação. Possuem ainda fundamentação indireta na Carta Magna.

No âmbito estadual, estão as Constituições Estaduais, que se encontram hierarquicamente em patamar abaixo da Constituição da República Federativa Brasileira. Devem, portanto, submissão aos seus princípios e normas de observância. As Constituições Estaduais encontram-se, entretanto, em um patamar acima em relação às legislações estaduais e municipais. Em relação à lei orgânica do munícipio, existem pontos de vista diferentes, havendo uma parcela de defensores da ideia de igualdade hierárquica, sob a defesa de garantia da autonomia dos entes. A doutrina possui a premissa de que a lei orgânica está sob julgo de obediência da Constituição Estadual do referido ente federativo, caracterizando um sistema de hierarquia entre normativas justificadas materialmente (SARMENTO/2012).

Na esfera municipal, encontram-se por ordem hierárquica, no topo, a Constituição Federal, abaixo as Constituições Estaduais, mais abaixo as leis orgânicas do Municípios e na base as leis municipais ordinárias e complementares. Para casos em que haja divergência de interesses entre a lei orgânica e demais leis municipais, este se resolve a partir da legalidade.

Visto que a Constituição Federal se constitui como fundamento imediato de legitimidade das leis em todas as esferas, não se identifica uma ordem hierárquica entre os níveis federativos. Esta tem por estabelecido uma sistemática de repartição horizontal de competências, onde casos de usurpação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

competência legislativa entre entes acarreta transgressão constitucional, independente da classificação hierárquica entre ambos.

Continentino explica:

> Os sujeitos políticos brasileiros são servos do texto constitucional, devendo, assim, atuar em conformidade à rígida distribuição de competências. Um não pode se aventurar em searas normativa e administrativa reservadas constitucionalmente ao outro Ente. Um não pode usurpar do outro sua competência constitucional. Daí, a conclusão é simples e de clareza solar: não é pelo fato de uma lei emanar do Órgão legislativo da União Federal (Congresso Nacional) que gozará de supremacia sobre uma lei confeccionada pelo Órgão legislativo municipal (Câmara de Vereadores). Se o legislador federal invadir o campo de competência legislativa reservado constitucionalmente à atuação do legislador municipal, a lei federal será inconstitucional (inconstitucionalidade formal orgânica), ou seja, inválida em nosso ordenamento jurídico (CONTINENTINO, 2012 p.2).

Ao serem verificados possíveis conflitos normativos, a competência para anulação de normas cuja edição não obedeça ao prescrito para e por ordens hierarquicamente superiores, cabe somente a alguns órgãos. Para os casos de conflito com a Constituição, a declaração da inconstitucionalidade pode ser realizada por qualquer juiz ou tribunal.

Nos casos em que seja configurado o conflito com a Constituição, cabe a um juiz ou tribunal a constatação da inconstitucionalidade por intermédio do controle difuso. Nestes casos, a verificação terá validade, somente para o caso concreto objeto da decisão. Quanto à competência, para referir à inconstitucionalidade em termos abstratos da norma, retirando-a do ordenamento, esta é restringida apenas ao STF, desde que em exercício do monitoramento de constitucionalidade, no controle concentrado, com efeito *Erga omnes*.

2.2 Controle de Constitucionalidade: Conceitos e Formas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto à sua definição conceitual, uma gestão de constitucionalidade está vinculada à Constituição Federal e sua predominância sobre o ordenamento jurídico, assim como a austeridade constitucional e a manutenção de direitos elementares. Em um primeiro momento, constitui um pressuposto vital a manutenção da supremacia constitucional o escalonamento das normas do ordenamento, visto que, dada a posição de primazia da Constituição Federal, constitui um arcabouço referencial para elaboração legislativa e limitação de conteúdo ordinário das normas.

Outro fator a ser considerado é a inflexibilidade constitucional no estabelecimento de procedimentos de maior solenidade, tornando o processo de alteração constitucional mais dificultoso e conferindo um status de superioridade à Constituição em relação às normas ditadas pelo Legislativo no exercício da função ordinária.

A interseção entre o controle e a rigidez constitucional é de tal forma acentuada que no Estado onde não existe este controle, automaticamente a Constituição acabará por adquirir alto nível de flexibilidade, ainda que se autodenomine rígida, enquanto o poder constituinte derivado encontrar-se-á em estado livre para o legislador.

Com relação à supremacia dos direitos e garantias fundamentais, afirma Moraes:

> O controle configura-se, portanto, como uma garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que configuraram limites ao poder do Estado, e também compõe uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando, portanto seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito (MORAES/2010 p.71).

Em termos conceituais o controle da constitucionalidade representa conferir a correspondência de um ato normativo com a Constituição Federal, assegurando a invariabilidade de seus requisitos formais e materiais, tarefa esta, que cabe inicialmente a órgãos específicos. Desta forma, a operação dos possíveis

controles de leis e atos normativos ocorre a partir de elementos e momentos distintos.

Quanto aos aspectos temporais, o controle pode ser preventivo ou repressivo.

No primeiro caso, ele ocorre previamente à promulgação do ato normativo, com objetivo de evitar discordância ou conflito com a Constituição Federal. Seu exercício se dá nos poderes da seguinte forma: No Poder Legislativo, o controle de constitucionalidade se dá através da ação das Comissões de Constituição e Justiça. No Poder Executivo, através do veto do colegiado ou ainda a *Prima facie* a um projeto de lei considerado inconstitucional. No Poder Judiciário, em caso de impetração de mandado de segurança por parlamentar nos casos de denúncia a inobservâncias ao processo legislativo constitucional.

Segundo Pedro Lenza:

> Explicando, a única hipótese de controle preventivo a ser realizado pelo Judiciário sobre projeto de lei em trâmite na Casa Legislativa é para garantir ao parlamentar o devido processo legislativo, vedando a sua participação em procedimento desconforme com as normas da Constituição. Trata-se, como visto, de controle exercido, no caso concreto, pela via de exceção ou defesa, ou seja, de modo incidental (LENZA, 2011, p.238).

Desta forma, entende-se que o direito público subjetivo de participação de um processo legislativo hígido compete apenas ao Legislativo. A jurisprudência do STF fixou-se na acepção do sentido de negação à legitimidade ativa de terceiros, que não possuem condição de parlamentar, embora se valendo da condição de destinatários da lei ou de emenda proposta à Constituição e sob possível julgo de inválida alteração em controle preventivo de constitucionalidade em abstrato, o que constitui algo não existente em nosso sistema constitucional (LENZA/2011).

Quanto ao controle repressivo, opera após a conclusão definitiva do processo legislativo e confirmada a real lesão aos ditames constitucionais. No Poder Legislativo, a efetivação ocorre no exercício de sustação dos atos do Poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Executivo pelo Congresso Nacional, quando estes ultrapassam as barreias da delegação legislativa, havendo inclusive a possibilidade de rejeição das medidas provisórias inconstitucionais pelo parlamento. No Poder Executivo compete a negação do cumprimento a qualquer lei que seja considerada como inconstitucional.

Exige-se uma justificativa formal com os motivos ensejadores de recusa e de publicação do ato. No Poder Judiciário, a afirmação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pode ser realizada por qualquer juiz ou tribunal, no exercício do controle difuso, conquanto que o controle concentrado, em nível nacional, fica reservado somente ao STF, conforme anteriormente explicitado.

Há internamente no controle, uma distinção entre os aspectos concreto e abstrato. Uma vez em processo constitucional subjetivo, avalia-se em termo de constitucionalidade para atendimento de possíveis interesses privados que envolvam direitos subjetivos. Este controle é chamado de incidental, por meio de defesa ou exceção.

Para estes casos, anteriormente à sentença do objeto litigioso, é necessário aferir as questões de direito que envolvam concordância entre lei e parâmetro constitucional, portanto, a posição constitucional embasará a cognição do juízo de convicção decorrente da matéria principal.

Entretanto, a perspectiva abstrata será exercida, indiferentemente à existência de caso concreto a ser levado ao Judiciário e desaguando no conflito direto que há entre a norma impugnada e o parâmetro constitucional, considerados os aspectos jurídicos e outros atores fatídicos do questionamento. A partir do fato de que essas diferenciações sejam consideradas e avaliadas, ressalta-se que ambas as formas de controle apresentam, conformidades e particularidades em comum.

Segundo Novelino:

> No controle dito ‘concreto’ o processo mental de verificação da constitucionalidade é semelhante ao desenvolvido no controle abstrato, com a diferença de que a aferição da constitucionalidade do ato (antecedente) precede a decisão de um caso concreto (consequente). Apesar de se

> influenciarem reciprocamente, as duas análises, a rigor, são feitas em separado. A primeira envolve uma 'questão de direito' consistente na verificação, a partir do problema suscitado, da compatibilidade entre a lei (objeto) e a Constituição (parâmetro). A segunda está relacionada a uma 'questão de fato' na qual é analisada especificamente a situação concreta do autor, ou seja, todo e qualquer fato relevante para a aplicação da norma. A análise da questão de direito (constitucionalidade da lei) será um pressuposto para decidir a questão de fato (procedência do pedido) (NOVELINO, 2013, p.204).

Uma vez conceituado o Controle de Constitucionalidade e suas maneiras de execução, deve-se atentar à análise da sua eficácia e seus possíveis efeitos, mediante o que concerne à atuação do Poder Judiciário enquanto entidade guardiã da legalidade e a Administração Pública, no que concerne sua atuação enquanto ferramenta estatal para veiculação das execução das obrigações do Estado-Nação para com a População e a integridade de seu poder de polícia enquanto legitimado pela própria legalidade, entidades estas que maculadas em suas teias estariam em caso .

2.3 Efeito e Eficácia no Controle de Constitucionalidade

Com relação à análise de resultados e sua eficácia, percebe-se que divergem conforme a modalidade (concreta ou abstrata). Para o controle concreto-difuso, com posicionamento relevante no processo judicial subjetivo, resguardados seus interesses, o órgão de jurisdição age com discrição, não declarando as possíveis inconstitucionalidades da norma, mas reconhecendo a adição e afastando sua aplicabilidade no caso concreto.

Observa-se que nos tribunais, entretanto, para que haja uma inaplicação da norma é necessário que tenha sido formulada anteriormente declaração de invalidade, quer seja pelo tribunal ou pelo STF. Esta oficialização da inconstitucionalidade, gera resultados somente entre os envolvidos, não se estendendo a terceiros, no chamado efeito *Inter pars*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com relação ao controle abstrato-concentrado, o art. 102, § 2º, da CF/88 atribui expansiva cobertura às deliberações do STF, gerando auto grau de eficácia e associação do Judiciário e a Administração pública:

> Art. 102, § 2º, CF/88 – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública.

O nível de eficácia que não requer existência de formalidades tem grande poder de alcance em esferas particulares e públicas. O seu poder de vinculação é mais limitado, com alcance a órgãos envolvidos, não acobertando órgãos particulares em totalidade, apenas em sentido reflexo, através de possíveis interações.

Desta forma, possível encontrar semelhanças entre esta estruturação e elementos do direito no que constitui um sistema, no qual os órgãos do judiciário prestam respeito aos seus antecessores. Esta constitui uma resolução judicial de caráter paradigmático com produção de uma associação entre poderes.

Para Novelino:

> Em sua direção horizontal, o sistema determina a observância aos elementos precedentes, cuja produção ocorre de forma interna. Em sua direção vertical, o sistema direciona o vinculo com outros órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Em se tratando do direito norte-americano a abrangência é maior e as decisões emitidas pela Suprema Corte contemplam tanto os membros, quanto demais órgãos do Poder Judiciário (*binding effect*). (NOVELINO/2013, p.288).

É notório que, embora esta função seja observada por relatores do STF, não há uma aproximação do plenário, apesar deste possuir liberdade para a revisitação e revisão dos seus julgados. Percebe-se também que não há uma interligação com

o Legislativo, apesar da sua capacidade de elaboração de possíveis leis que contrariem a tese ora tida como inconstitucional pelo Tribunal, por conta da conexão de equidade presente entre os poderes.

Apesar da racional preposição, é fato que no ato de edição de uma norma cujo entendimento seja firmado, nota-se divergências de entendimento entre os órgãos abrangidos. Esta situação, permite em casos de abuso, a possibilidade de transgressões à constitucionalidade.

3. REVERSÃO JURISPRUDENCIAL POR REAÇÃO LEGISLATIVA

Embora as decisões constitucionais possuam alto grau de eficácia e efeito associativo, não possuem nenhuma proibição para que seja possível editar leis ou emendas opostas ao outrora decidido pela Corte, não sendo portanto, vetados previamente.

Trata-se, portanto, de um proceder legislativo em resposta à decisão da Corte Constitucional, cujo propósito é a reversão jurisprudencial. O doutrinador e professor Pedro Lenza explica que esta eventual coibição ao Legislativo de opor-se jurisprudência do Superior Tribunal Federal representa um inaceitável fenômeno de regressão constitucional, para o qual:

> O Legislativo, portanto, mantém sua autoridade para a ação legislativa, no direcionamento da suprema corte, ou ainda esmo em sentido inverso a ela, embora em caso de impedimento dessa ação, configurar uma paralização em termo de desenvolvimento social. Justifica-se isso devido a valoração da segurança jurídica, realizado com a extensão dos efeitos, comprometeria a capacidade de decisão, posto que impediria o processo de atualização das normas por obra do Poder Legislativo (Lenza, 2011, p.128).

Todavia, esta conduta parlamentar com o intuito de exceder a autoridade decisória do STF pode se apresentar abusiva se ultrapassadas as fronteiras das funções constitucionais do Legislativo, com ação desconstituída da execução legítima do Judiciário, com propósitos e interesses obscuros, constituindo uma grave violação ao princípio da separação dos poderes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Constata-se nestes casos que, mediante as insatisfações do parlamento com possível declaração de inconstitucionalidade da Suprema Corte, a ação comum por parte do Parlamento é a busca por fazer prevalecer as suas determinações, independentemente da edição normativa que entre em conflito com a decisão judicial, comprometendo a autoridade do Judiciário. Este cenário é digno de recusa, portanto foram traçadas limitações à prerrogativa de reação legislativa, de forma a manter a harmonização das relações entre poderes (LENZA, 2011, p.143).

Conforme decisão plenária na ADI n. 5.105/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, julgada em 01 de outubro de 2015, cuja divulgação ocorreu no informativo n. 801, o STF observou o texto e determinou limitações à atuação congressual. Por tratar-se de revisão legislativa instituída através de emenda constitucional, a rescisão só pode ocorrer em se tratando de hipótese de violação ao art. 60 e §§ da CF/88.

Portanto, em caso de edição da uma emenda pelo Congresso Nacional com fins de modificar as interpretações dadas pelo STF a determinada temática, essa emenda unicamente será declarada inconstitucional se houver ofensa a cláusula superior ou a processo legislativo relativo às edições de emendas. Este cenário, se deve ao fato de se tratar de proposta de modificação de modelo de controle que baseou a compreensão da corte julgadora, não sendo, portanto possível a continuidade do julgado, pois, os princípios em que se baseava foram alteradas no ordenamento pátrio.

No caso da reversão jurisprudencial proposta por lei ordinária que se diferencia pois entrará em conflito direto com a jurisprudência do STF, originando-se, desta forma, com pretensão relativa de inconstitucionalidade. Assim, ficará cabível ao legislador o ônus de argumentar quanto a legitimidade da proposta de correção do precedente (SARMENTO E NETO, 2012, p.384).

A validade se dará a partir da comprovação pelo Congresso Nacional de que as premissas fáticas e jurídicas alegadas na fundamentação do texto, não são mais válidas.

Este cenário constitui um quadro considerado por muitos autores como sendo uma "mutação constitucional" operada pelo Poder Legislativo, não excluindo, entretanto, a prerrogativa do Supremo Tribunal Federal, da revisão e reapreciação

da referida matéria, respeitada a argumentação congressual que venha a justificar a alteração do entendimento por parta da Corte.

Esta temática constitui um diálogo de abertura permanente, no qual qualquer alteração no contexto socia, influencia diretamente o cenário constitucional, podendo gerar alterações e mutações constitucionais, seja por iniciativa do Poder Judiciário ou por iniciativa do Poder Legislativo. Nos dois casos mantém-se um controle equilibrado, acarretando uma sistemática jurídica em consonância com a dinâmica social.

Para Sarmento e Souza Neto:

> Não é benéfico conferir a um único órgão determinada prerrogativa de conceder a decisão final a cerca do sentido da Constituição. (...). É mais adequada à adoção de um padrão que não confira a instituições esta obrigação última, produzindo um espaço propicio as auto-correções entre envolvidos no sentido constitucional, baseadas no princípio do diálogo, ao invés de uma postura tradicionalista, que concede a decisão final nessa área STF (SARMENTO E NETO, 2012, p.402).

Ainda segundo os autores:

> Os entendimentos do STF não são suscetíveis de serem invalidadas. Este fato, entretanto não é impedimento para edição de uma nova lei, cujo conteúdo seja similar ao que foi declarado inconstitucional. Esse posicionamento pode vir a ser derivado do texto constitucional, que não expandiu ao Poder Legislativos os efeitos de vinculação do entendimento do STF na gestão constitucional (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Caso isto ocorra, é plausível que a nova lei venha a ser declarada também como inconstitucional (SARMENTO E NETO, 2012, p. 386).

O Superior Tribunal Federal, entretanto, tem o poder de reflexão acerca da argumentação fornecida pelo Parlamento ou ainda debatida publicamente, para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

embasamento de novo ato normativo. Caso venha a ignorar esta argumentação, corre o risco de converter a medida em uma afronta à sua autoridade. Neste cenário, há a probabilidade de modificação da disposição dos ministros, podendo existir alterações na composição da Corte.

4. ANÁLISE DE CASO CONCRETO – ADIs 4430, 4795 E 5051

O tema discutido pode ser ilustrado da seguinte maneira. a partir de uma análise minuciosa de um caso concreto, que contribuiu para o robustecimento do entendimento em discussão. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento às ADIs 4430 e 4795, ocorridas em outubro de 2012, promulgou como inconstitucionais alguns dispositivos da Lei nº 9.504/97, conhecida como Lei das Eleições.

Demonstrando insatisfação com essa promulgação, o Congresso Nacional editou a editou a Lei nº 12.875/2013 que trouxe modificações a Lei nº 9.504/97, com objetivo de reestabelecer algumas normas, similares às anteriormente declaradas como inconstitucionais na decisão do Supremo Tribunal federal no julgamento das ADIs 4430 e 4795.

Embora a Lei nº 12.875/2013 tenha sido uma conduta reativa à decisão do Supremo Tribunal Federal, deve-se considerar o fato de que foi uma maneira de o Parlamento suplantar a interpretação legislativa dada pela Corte Suprema ao tema. Não obstante, foi elaborada a ADI desfavorável à novel Lei nº 12.875/2013, tombada sob o n. 5.105, o que alvoreceu para a regulação da temática pelo Superior Tribunal Federal.

O Min. Luiz Fux, relator, efetivou a revisão dos precedentes e julgados da corte, conforme abaixo:

> Da análise dos retromencionados arestos, e da postura institucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai ex ante a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (ii) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus

> §§, da Constituição, e (iii) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexiste, descritivamente, qualquer supremacia judicial nesta acepção mais forte. (STF/2015).

A partir desta lógica, foi verificado pelo relator que a hipótese de revisão legislativa não era legítima em sua totalidade. A análise partiu do pressuposto de que a argumentação justificadora da nova Lei, constante em seu projeto, era composta em sua maior parte de termos genéricos, não possuindo, portanto a arcabouço necessário para eliminar certas premissas fixadas pelo Superior Tribunal Federal na composição jurídica do controle concentrado de constitucionalidade.

Este fato motivou a denunciação de uma configuração de desrespeito legislativo à decisão da Corte. Como ponto pendente ao Parlamento, ficou a demonstração dos desacertos de entendimento judicial, baseados nas alterações factuais. Nos termos do julgado:

> Consoante afirmado, não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis *in your face*), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos novos argumentos, bem como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional.
>
> (...)
>
> *In casu*, a situação de inconstitucionalidade se agrava porquanto a decisão se ancorou em sólida construção argumentativa calcada em cláusulas pétreas (e.g., pluralismo político, liberdade de criação de partidos políticos, tutela das minorias partidárias etc.). Ora, se o exame de validade da lei superadora se submete, prima facie, a escrutínio severo e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estrito de constitucionalidade, de forma a exigir do legislador a demonstração de inadequação do precedente à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas, este ônus é imposto, *a fortiori*, nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal assenta a inconstitucionalidade com espeque em cláusulas pétreas (STF/2015).

Mediante o embasamento apresentado na conclusão da análise, ficou pautada a condição de irrefutabilidade quanto ao deferimento dos pedidos da ADI 5.105/DF quanto à declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei nº 12.875/2013. Quanto à representatividade dessa procedência, constituiu uma legitima "resposta" do Poder Judiciário aos desplantes muitas vezes exercidos pelo Poder Legislativo na edição de atos normativos. Como forma de estímulo à consonância e ao equilíbrio entre os poderes e salvaguarda da sociedade, da já promulgada austeridade na observância dos preceitos constitucionais, conforme conclusão do julgado na ADI 5.105/DF:

> Por esses motivos, entendo que a reação jurisprudencial, materializada na Lei nº 12.875/2013, ao subtrair dos partidos novos, criados no curso da legislatura, o direito de antena e os recursos do fundo partidário**, remanesce eivada do vício de inconstitucionalidade, na medida em que, além de o legislador não ter logrado trazer novos e consistentes argumentos para infirmar o pronunciamento da Corte**, referido diploma inviabiliza, no curto prazo, o funcionamento e o desenvolvimento de minorias político-partidárias, em flagrante ofensa aos postulados fundamentais do pluralismo político, e da liberdade partidária, insculpidos no art. 17, caput, e § 3º, da Constituição de 1988. Ex positis, voto pela procedência total dos pedidos deduzidos, a fim de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013 (STF. ADI nº 5.150/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão julgador: plenário. Julgamento: 01/10/2015).

5. ANÁLISE CONCLUSIVA

Com o que se pôde concluir do presente trabalho de conclusão de curso, em que pese o objetivo principal de análise do papel do Congresso Nacional na reforma de decisões da Suprema Corte e o mecanismo gerado para o exercício desta função, na perspectiva de seu aspecto constitucional, foi possível aferir que sua atuação de fato é satisfatória, sendo a hipótese traçada, para análise do correto Controle de Constitucionalidade, bem como sobre a acurácia do mecanismo do Congresso, confirmada.

Entretanto, cumpre destacar alguns alarmes encontrados.

A organização escalonada e hierárquica das normas no ordenamento jurídico cujo parâmetro mediador é a determinação do modo de produção ou conteúdo, é propícia à ocorrência de conflitos entre as diferentes normas.

Nestes casos, a norma ligeiramente superior hierarquicamente sobressai-se.

Verificou-se que, para conflitos envolvendo a Constituição Federal, faz-se uso do controle de constitucionalidade concentrado pelo STF, mas que pode ser exercido por um juiz ou Tribunal, mediante caso concreto ou tese, transformando-se assim em controle difuso, aliado ao how-to do paradigma adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Percebe-se que, neste caso, a decisão não incorpora vínculo com o plenário da corte, cuja liberdade e avaliação é ampla. Em contrapartida não são percebidos os reflexos de vinculação ao entendimento da corte suprema.

Cabe ao Poder Legislativo, no interim de suas atribuições de legislação, a intervenção na coisa julgada pelo STF, por meio da promulgação de atos normativos supervenientes, com potencial ensejo ao ato de reversão da jurisprudência constitucional. Observa-se, entretanto, que esta prerrogativa do Legislativo não é autônoma, por risco de comprometimento da autoridade e ocorrência de institucionalidade, por caber ao Supremo Tribunal Federal a autoridade jurídica para invalidar determinados atos legislativos.

Uma vez editada determinada emenda constitucional, está assegurada quanto à declaração de inconstitucionalidade, salvo nos casos de ofensa direta a alguma cláusula pétrea ou ainda ao próprio processo de edição de emendas, por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constituir uma mudança na construção do modelo de controle, fundamental no entendimento da corte, impossibilitando a subsistência de suas vezes.

Conclui-se ainda que uma vez proposta lei ordinária para revisão jurisprudencial, há portanto hipótese relativa de inconstitucionalidade da mesma, cabendo à figura do legislador o ônus da comprovação de legitimidade da correção e comprovação de invalidade das premissas fundamentais da decisão e julgado. Este fenômeno jurisprudencial constitui o ato de superação legislativa da jurisprudência constitucional pela promoção de mutação constitucional.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de mai.2019.

BRASIL. Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 2015. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=425 7995. Acesso em 30 de mai.2019.

BRASIL. Lei nº 12.875 de 30 de outubro de 2013. Altera as leis nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 e 9,504 de 30 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12875.htm. Acesso em 22 de mai.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONTINENTINO, Rafael Arrieiro. **Existe hierarquia entre lei federal, estadual ou municipal?** Disponível em: http://voxadvocatus.blogspot.com.br/2012/03/existe-hierarquia-entre-lei-federal.html. Acessado em: 20 de jun.2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 8ª Ed. São Paulo: Método, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Reversão de Jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: Um olhar sobre a coerência decisória. Disponível em: http:/www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/165_Monografia%20Tamiris%20Guimaraes.pdf Acesso em 02 de jun.2019.

Reversão Legislativa da Jurisprudência do STF. Disponível em: https://www.emagis.com.br/area-gratuita/vocesabia/reversaolegislativadajurisprudenciadostf/. **Acesso em 22 de jun.2019**.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressual. Entenda. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html. **Acesso em 08 de jun.2019**.

STF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDAD: ADI 5150 DF. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4606768. Acesso em 08 de jun.2019.

STF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDAD: ADI 4430 DF. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807819/acao-direta-deinconstitucionalidade-adi4430-df-stf. Acesso em 09 de jun.2019.

STF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDAD: ADI 4795 DF. Disponível em: http://por HYPERLINK "http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4257995" HYPERLINK "http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4257995" HYPERLINK "http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4257995"tal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4257995. Acesso em 09 de jun.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS DE TESTEMUNHAS E VÍTIMAS: COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROIBIÇÃO DO DÉFICE

KEILA LACERDA DE OLIVEIRA MAGALHÃES GARCIA: Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa, com reconhecimento validado pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Consultora Legislativa da Assembleia Legislativa da Paraíba, aprovada no concurso de 2013.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo demonstrar a necessidade de uma regulamentação nacional sobre a proteção de dados de testemunhas e vítimas que sofreram algum tipo de ameaça para que não colaborem com a Justiça, sob pena de ofensa à integridade física dela e de sua família. Não é raro ver uma pessoa que reconhece um imputado, descreve com detalhes sua conduta criminosa em sede de inquérito policial, mas em juízo há retratação inexplicável de suas palavras. Muitas delas tem até medo de revelar que a retratação está direta e intrinsecamente relacionada a ameaças graves sofridas para deixarem de colaborar com a Justiça. As normas sobre o assunto são esparsas e vagas, podendo-se dizer sem sombra de dúvida que há necessidade de um detalhamento sobre os procedimentos a serem seguidos pelos órgãos de persecução penal na defesa dos direitos à vida e à integridade física dessas pessoas.

Palavras-chave: Direito fundamental, proteção de testemunha, sigilo

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the need for national regulation on the protection of data of witnesses and victims who have suffered some kind of threat to not collaborate with the Court, under penalty of offense to physical integrity of the person and her family. It is not uncommon to see a person who recognizes an imputed person, describes in detail his criminal conduct in police inquiry, but in court there is inexplicable retraction of his words. Many of them are even afraid of revealing that retraction is directly and intrinsically related to serious threats to stop collaborating with the courts. The rules on the subject are sparse and vague, and it can be said without a doubt that there is a need for details on the

procedures to be followed by the criminal prosecution bodies in defense of their rights to life and physical integrity.

Key words: Fundamental right, Witness protection, secrecy

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da dignidade da pessoa humana. 3. Das normas e jurisprudência pátria referentes ao direito de proteção das testemunhas no tocante ao sigilo. 4. Do direito ao contraditório e ampla defesa: ponderação necessária com a proibição do défice. 5. Conclusão. 6. Referências

---

1. INTRODUÇÃO

A sociedade de risco e a globalização trouxeram também o crescimento da violência e das organizações criminosas. Nestas, há muitas vezes uma verdadeira estrutura, equipada com complexo aparato aos membros do grupo. Não raras vezes, a atuação desse grupo envolve ameaça a vítimas e testemunhas de crimes para que não colaborem com a persecução penal estatal, garantindo a impunidade dos infratores da lei.

Neste diapasão, é necessário que o Estado garanta a vida e a integridade física e psíquica das pessoas que colaboram com a Justiça. Mas essa proteção não está apenas na mudança de nome e de local do declarante/depoente, o que gera maior custo tanto financeiro ao Estado como de ruptura de vínculos aos protegidos, cujo preço pode atingir diretamente sua dignidade.

Existe uma medida menos gravosa que é a proteção de dados pessoais da testemunha, devendo ser acompanhada de designação de audiências de vítimas/testemunhas em data distinta da que será ouvido o suspeito, garantindo ao defensor o direito de presenciar os depoimentos, assumindo o compromisso de não revelar a identidade e dados pessoais do protegido.

2. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O art. 1º, III, da Constituição Federal traz a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. A impunidade é carta branca para o crescimento das Organizações criminosas, que além de terem grande responsabilidade pelos mais de 553 mil homicídios devido à violência intencional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no Brasil[1], nos últimos dez anos, ainda trazem inúmeros prejuízos aos cofres públicos, tamanho o valor movimentado pelo mercado ilícito.

Nesta senda, as vítimas e testemunhas muitas vezes são ameaçadas diretamente ou têm receio da famigerada lei do silêncio que funciona como verdadeiro direito penal paralelo, tornando a persecução penal fadada ao resultado da absolvição por ausência de provas, embora haja testemunhas que saibam do detalhamento da conduta delituosa, mas não colaboram ou desistem de colaborar com o direito de punir estatal.

3. DAS NORMAS E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA REFERENTES AO DIREITO DE PROTEÇÃO DAS TESTEMUNHAS

Insta esclarecer a necessidade da salvaguarda do direito à vida e à integridade física de testemunhas que sofrem ameaças ou temem lei do silêncio implantada em determinado contexto.

Ab initio, é imperioso memorar que a Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do direito à vida e à integridade física das pessoas, in litteris:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Ainda na Carta Magna, cumpre destacar, há a previsão de que, excepcionalmente, justifica-se o sigilo de determinadas informações, inclusive no processo judicial, ou antes dele, tendo em vista à segurança da sociedade, do Estado e do próprio indivíduo interessado no sigilo, ipsis litteris:

> Art. 5º. (...)
>
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

> LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;
>
> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Desta forma, pode-se dizer que o sigilo serve muitas vezes como garantia da segurança, o que açambarca o direito à vida e à integridade física das pessoas.

Nesta senda, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil, na forma do Dec. 678/92, art. 8º, § 5), tendo caráter de norma supralegal, consoante entendimento do Pretório Excelso[2], também prevê que "o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça" (Dec. 678/92, art. 8º, § 5).

Também a Convenção de Palermo, de 2000, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015/2004, em seu art. 24, determina que cada Estado-Parte adote medidas para a proteção eficaz contra atos de violência ou intimidação das testemunhas que depõem sobre infrações previstas na própria Convenção, o que inclui o crime organizado (art 3 nº 1, "a", c/c art. 5), e de seus familiares. Em meio a estas medidas protetoras, incluem-se aquelas destinadas a "impedir ou restringir a divulgação de informações relativas a sua identidade e paradeiro" (art. 24, nº 2, alínea "a").

No mesmo delinear, o próprio Código de Processo Penal[3] determina, em seu art. 20, que a autoridade policial deverá garantir o sigilo exigido pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interesse da sociedade, o qual certamente inclui a proteção de testemunhas e vítimas que se dispõem a colaborar com o poder-dever de punir os que desrespeitam os direitos sob o manto constitucional, mormente quando se trata de homicidas, que desdenham a vida humana. Como a seguir transcrito:

> Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

A reforma processual de 2008 também trouxe inovações para a proteção de dados pessoais, vejamos:

> Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) § 6o O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
>
> Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outrossim, a Lei 9.807/99 estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, in verbis:

> Art. 1o As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.
>
> Art. 7o Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:
>
> IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;
>
> VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

No tocante ao sigilo sobre a qualificação da testemunha, este é válido na fase de inquérito, conforme se depreende da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

> Habeas corpus. Banco de tecidos musculoesqueléticos clandestino. Venda, guarda e distribuição de tecidos ou partes do corpo humano (arts. 15 e 17 da Lei nº 9.434/97). Investigação criminal. (...) Testemunha sigilosa. Depoimento. Nulidade. Inexistência. Necessidade de preservação de sua higidez física ou psíquica, ante o temor de represálias. Inidoneidade do writ para revolvimento desses fatos. Ordem denegada. (...). O sigilo sobre a qualificação da testemunha na fase policial é válido para a preservação de sua higidez física ou psíquica, em face do temor de represálias, na forma da Lei nº 9.807/99. (HC nº 112.811/SP, Segunda Turma, Relatora a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Ministra Cármen Lúcia, DJe de 12/8/13). 8. Ordem denegada. (HC 136503, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 04/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 28-04-2017 PUBLIC 02-05-2017)
>
> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...) SUPRESSÃO DOS NOMES DE TESTEMUNHAS AMEAÇADAS OU COAGIDAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA(...) Legal a determinação de omissão dos nomes das testemunhas na denúncia e no libelo-crime. Tal ato não esbarra nas garantias constitucionais, mormente quando aos advogados dos réus foi permitida a participação na inquirição das testemunhas. Processo-crime que apura suposta quadrilha de guardas municipais e policiais militares. Fundada a necessidade de proteger aqueles que podem ajudar a esclarecer os graves fatos increpados aos que deveriam zelar pela segurança pública, por ser esse o seu próprio dever de ofício (artigo 144 da Constituição Federal). Recurso improvido. (RHC 89137, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 20/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29- 06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00059 EMENT VOL-02282-06 PP-01165)

Os julgados acima transcritos, arraigados nos princípios, direitos e garantias constitucionais, refletem a salvaguarda da vida e da integridade física daqueles que colaboram com a justiça. Ademais, é uma medida menos custosa e gravosa do que inserir a testemunha/vítima em um programa que poderá culminar em uma mudança de nome ou até mesmo no rompimento completo de todas as relações sociais e hábitos de vida em que estava inserido o indivíduo, tendo impacto direto em sua dignidade, desestimulando muitas dessas pessoas a colaborarem com o jus puniendi estatal, causando aumento da impunidade e da criminalidade.

Na mesma linha de entendimento, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem assentado reiteradas decisões:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. FURTO DE VEÍCULOS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES.
> AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA EFETIVA DURANTE A FASE DE APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. EVENTUAL VÍCIO AFASTADO PELA CORTE ESTADUAL.
> IMPOSSIBILIDADE DE SE ENTENDER DE MANEIRA DIVERSA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.
> PROVIMENTO N. 14/03 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. NORMA QUE PREVÊ A PROTEÇÃO DOS NOMES, QUALIFICAÇÕES E ENDEREÇOS DE TESTEMUNHAS E VÍTIMAS AMEAÇADAS OU COAGIDAS. ATO ADMINISTRATIVO QUE PREVÊ O ACESSO AOS DADOS SIGILOSOS PELA ACUSAÇÃO E DEFESA. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA.
> 1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
> 2. Não existe nulidade por cerceamento ao direito de defesa decorrente do fato de algumas das testemunhas arroladas na denúncia terem sido beneficiadas com o sigilo de sua qualificação, porque temiam represálias. Ademais, é imperioso assinalar que tanto o réu quanto o seu defensor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estiveram presentes à audiência de instrução em que ouvidas as testemunhas protegidas, oportunidade na qual lhes foi oportunizado o contraditório, circunstância que afasta, por completo, a arguição de nulidade do feito.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1680561/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 16/02/2018)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO INTERPOSTO APÓS O QUINQUÍDIO LEGAL.

INTEMPESTIVIDADE. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO NOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 115/STJ. SIGILO NA QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA PROTEGIDA.

POSSIBILIDADE. ART. 7º, INCISO IV, DA LEI N. 9.807/99. PROCESSO SIGILOSO DE CORRÉU. PEDIDO DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DEFERIDO PELO MM. JUIZ PROCESSANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

I - Verifica-se que o v. acórdão objurgado foi publicado em 2/10/2015 e o presente recurso interposto apenas em 14/10/2015, portanto, quando já expirado o prazo de 5 (cinco) dias previsto no artigo 30 da Lei 8.038/1990, restando configurada a intempestividade recursal.

II - "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos" (Enunciado n. 115 da Súmula do STJ).

III - O inciso IV do art. 7º da Lei n. 9.807/99, de forma especial, dispõe sobre a possibilidade de se preservar a identidade, a imagem e os dados pessoais de testemunha, observadas a gravidade e as circunstâncias do caso concreto (precedentes).

> IV - In casu, o sigilo imposto pelo MM. Juiz processante, no que tange à identificação da testemunha protegida, não teve caráter absoluto, uma vez que foi permitido à defesa ter acesso a tais informações antes do julgamento pelo eg. Tribunal popular. Ademais, conforme se verifica do parecer do Ministério Público Federal, "a testemunha protegida foi ouvida em Juízo, na presença do Defensor constituído dos pacientes", que formulou "intenso questionário à testemunha" e, ainda, "em nenhum momento, a Defesa, na fase instrutória e nem mesmo nas alegações finais, se insurgiu contra a medida determinada, deixando para fazê-lo apenas através de habeas corpus e depois de proferida a sentença de pronúncia, e sem comprovar a existência de prejuízo, sendo pois, matéria preclusa".
>
> V - Observado o princípio do contraditório e da ampla defesa e não comprovada a ocorrência de efetivo prejuízo à defesa (art. 563 do Código de Processo Penal), não há falar em nulidade dos autos (precedentes). VI - Segundo ressaltado no acórdão, o MM. Juiz processante esclareceu que, a pedido da Defesa, em 28/07/2015, foi facultado o acesso aos demais autos corréus relativos aos fatos constantes da denúncia .
>
> Recurso ordinário não conhecido.
>
> (RHC 68.767/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017)

Sobre a possibilidade de decretação de sigilo de dados, de outro modo os colendos tribunais citados não poderiam entender, pois se toda testemunha que fosse coagida ou ameaçada tivesse que ser destituída de seus laços afetivos e sociais, na verdade a mesma estaria recebendo uma punição, que se assemelharia a um exílio.

No caso de testemunhas com qualificação correndo em segredo de justiça, o interesse social na proteção de seus dados está consubstanciado pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

proteção à vida, integridade física e moral da testemunha e pela própria realização do jus puniendi.

Para corroborar o direito ao sigilo, vejamos provimento 32/2000, exarado pela Corregedoria do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[4], que estabelece parâmetros para a proteção dos aludidos dados pessoais:

> Artigo 2º - Quando vítimas ou testemunhas reclamarem de coação, ou grave ameaça, em decorrência de depoimentos que devam prestar ou tenham prestado, Juízes de Direito e Delegados de Polícia estão autorizados a proceder conforme dispõe o presente provimento.
>
> Artigo 3º - As vítimas ou testemunhas coagidas ou submetidas a grave ameaça, em assim desejando, não terão quaisquer de seus endereços e dados de qualificação lançados nos termos de seus depoimentos. Aqueles ficarão anotados em impresso distinto, remetido pela Autoridade Policial ao Juiz competente juntamente com os autos do inquérito após edição do relatório. No Ofício de Justiça, será arquivada a comunicação em pasta própria, autuada com, no máximo, duzentas folhas, numeradas, sob responsabilidade do Escrivão.
>
> Artigo 5º - O acesso à pasta fica garantido ao Ministério Público e ao Defensor constituído ou nomeado nos autos, com controle de vistas, feito pelo Escrivão, declinando data. "se o Estado não tem condições de garantir, totalmente, a segurança da vítima e das testemunhas que vão depor, é preciso que o magistrado tome tais providências, valendo-se dos princípios gerais de direito e do ânimo estatal vigente de proteger as partes envolvidas num processo criminal". (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 402.)

Em palmilhar semelhante, há outros provimentos das Corregedorias de outros Egrégios Tribunais do país, a saber:

> Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça da Bahia[5]:
>
> PROVIMENTO CONJUNTO Nº CGJ/CCI-02/2015
>
> Art. 2º – O Juiz de Direito e o Delegado de Polícia, no âmbito de suas atribuições, estão autorizados a proceder de acordo com o disposto neste provimento, nos casos em que vítima ou testemunha reclame de coação ou grave ameaça em decorrência da colaboração a ser prestada durante investigação policial ou instrução criminal.
>
> Art. 3º – Os endereços e dados de qualificação das vítimas e testemunhas coagidas ou submetidas a grave ameaça, em assim desejando, não serão lançados nos termos de seus depoimentos. Aqueles ficarão anotados em impresso distinto, remetidos pela Autoridade Policial, ao Juiz competente juntamente com os autos do inquérito após edição do relatório. No Ofício de Justiça, será arquivada a comunicação em pasta própria, atuada com, no máximo, duzentas folhas, numeradas sob responsabilidade do Escrivão ou Diretor de Secretaria de Vara.

Neste diapasão, é mister enaltecer o conteúdo destes provimentos, no tocante à proteção do direito à vida e à integridade física das testemunhas e vítimas colaboradoras, de modo que se evitem represálias, as quais respaldam o poder paralelo de criminosos, que invadem a esfera social quando o Estado se omite no seu dever de garantir direitos fundamentais.

Entretanto, ad argumentandum tantum, é imprescindível destacar que, para além dos aludidos provimentos, existem inúmeras normas presentes na ordem brasileira que trazem espeque jurídico à proteção da testemunha/vítima ameaçada. Nesse despacho foram citadas algumas delas: Constituição Federal (art. 5º, caput, incisos III, XXXIII e LX, art. 93, IX); Pacto de São José da Costa Rica (Dec. 678/92, art.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

8º, § 5); Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/2004, art. 24, nº 2, alínea "a"); Código de Processo Penal (art. 20, art. 201, §6, art. 217, art. 792,§1º); Lei nº 9.807/99.

Semelhantemente, reiteradas decisões do STF e STJ aplanam o sigilo e segredo de justiça no tocante aos dados pessoais de testemunhas e vítimas ameaçadas.

Igualmente, a doutrina também alicerça o tema em pauta, nas palavras de NUCCI:

> "se o Estado não tem condições de garantir, totalmente, a segurança da vítima e das testemunhas que vão depor, é preciso que o magistrado tome tais providências, valendo-se dos princípios gerais de direito e do ânimo estatal vigente de proteger as partes envolvidas num processo criminal". (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 402.)

4. DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: PONDERAÇÃO NECESSÁRIA COM A PROIBIÇÃO DO DÉFICE

No que se refere ao direito de defesa do suspeito/acusado/réu, igualmente com patamar constitucional, no art. 5º, LV, da Constituição[6], em nada o mesmo fica suplantado, tendo em vista que os dizeres dos fatos que lhe são imputados por testemunhas/vítimas permanecem intactos, de modo que como o mesmo se defende dos fatos e não de sua capitulação legal, seu direito será preservado.

Ademais, como o defensor constituído terá acesso aos dados sigilosos, com controle de vistas, comprometendo-se a manter o sigilo, não divulgando para o imputado os dados protegidos, cabe ao patrono contestar eventuais incoerências nestes.

O art. 217 do Código de Processo Penal traz a previsão de o juiz fundamentar a oitiva de testemunha ou de vítima por videoconferência ou na ausência do réu quando verificar que a presença do réu pode causar humilhação, temor ou sério constrangimento, de modo que a inquirição será realizada com a presença do defensor. Ora, a presença do defensor garante o direito constitucional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

à ampla defesa e contraditório, podendo o patrono contraditar eventual depoimento eivado de vícios.

Ademais, em consonância com o art. 201, §6º, do Código de Processo Penal, o direito à honra, à vida privada e à proteção de dados pessoais do ofendido devem ser garantidos pelo Poder Judiciário, o qual deve decretar segredo de justiça sobre tais dados, quando necessário para salvaguardar direitos fundamentais.

É necessário, portanto, ao julgador, ponderar sobre a aplicação de ambos os direitos fundamentais, em verdadeira aplicação do princípio da concordância prática. Se por um lado, é necessário garantir o direito à ampla defesa e contraditório ao acusado/imputado/investigado, por outro, não se pode deixar a sociedade indefesa, protegendo seus direitos fundamentais, até mesmo sob a ótica da proibição do déficit.

Sobre o tema, é mister trazer à colação lições de Claus Roxin:

> "O direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo." (Roxin, Claus. Problemas fundamentais de direito penal . 3ª. ed., Lisboa, Coleção Veja Universitária,1998, pp. 76 e ss.)

O excerto acima elenca um ponto importante sobre o funcionalismo penal, que é o papel social da tutela penal de bens jurídicos essenciais da sociedade, que deve estar devidamente protegida contra abusos de indivíduos que infringem a lei, em completo desrespeito à paz social.

Destarte, percebe-se que o direito ao sigilo de dados qualificativos e demais informações sobre testemunhas e vítimas é medida que se impõe, como corolário do princípio da proporcionalidade, em sua vertente positiva, que encontra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

respaldo no devido processo legal substancial, estampado no art. 5º, LIV, da Constituição.

5. CONCLUSÃO

À guisa de arremate, pode-se concluir que as normas de proteção de informações pessoais de vítimas e testemunhas ainda não trazem a regulação necessária para efetiva garantia do sigilo, de modo que muitas vezes não há a proteção necessária desses dados, provocando enorme prejuízo e risco à integridade física e psíquica dessas pessoas que colaboraram com a justiça.

Algumas corregedorias de tribunais trazem um avanço na matéria, mas ainda necessitamos de uma norma nacional que indique aos participantes dos órgãos de persecução penal qual o procedimento necessário para garantir o sigilo, sem tolher o direito de defesa do imputado, aplicando os direitos fundamentais envolvidos na melhor medida possível, sob a ótica da ponderação.

6. REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. 3ª. ed., Lisboa, Coleção Veja Universitária,1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decreto 678, 06 de novembro de 1992.

BRASIL. Convenção de Palermo. Decreto 5.015, 12 de março de 2004.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689, 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei nº 9.807, 13 de julho de 1999.

Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em 01/02/2018.

Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia. Acesso em 01/02/2018.

Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33. Acesso em 22/09/2019.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 22/09/2019

Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/diariojustica/20181120.pdf. Acesso em 22/09/2019.

Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoCriminal/PortalDeTrabalho/Provimento32CGJ.pdf. Acesso em 21/09/2019.

NOTAS:

---

[1] Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432. Acesso em 22/09/2019.

[2] RE 466.343-1 (STF).

[3] Insta acrescer que o CPP ainda menciona outras regras sobre restrição de publicidade, cuja menção corrobora os fundamentos jurídicos do atual despacho, vejamos: Art. 792. (...) § 1o Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

[4] Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoCriminal/PortalDeTrabalho/Provimento32CGJ.pdf. Acesso em 21/09/2019.

[5] Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/diariojustica/20181120.pdf. Acesso em 22/09/2019.

[6] Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

EXCLUSIVIDADE NA REALIZAÇÃO DE TRABALHO PORTUÁRIO NAS ATIVIDADES DESCRITAS NO ARTIGO 40, CAPUT, DA LEI Nº 12.815/2013, POR TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO OU TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

ALEXANDRE ZAMBELLI PIRES: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Auditor Fiscal do Trabalho integrante do Ministério da Economia.

GLAUCE REGINA COSTA DE ALMEIDA PIRES

(coautora)[1]

RESUMO: O texto a seguir expõe as razões pelas quais a realização de trabalho portuário nas atividades de estiva, capatazia, bloco, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações demandam a utilização exclusiva de trabalhador portuário avulso (TPA) ou trabalhador portuário com vínculo empregatício, cadastrado no OGMO, o que implica em indispensável revisão acerca da admissibilidade de utilização desta mão de obra apenas com o cumprimento do requisito da prioridade. Este escrito apresentará fundamentação cunhada na doutrina e jurisprudência de estudiosos do assunto, a fim de subsidiar as conclusões sobre o tema.

Palavras-chave: Trabalhador portuário avulso. Trabalhador portuário com vínculo empregatício. Cadastramento no OGMO. Exclusividade. Prioridade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O trabalhador portuário avulso ou trabalhador portuário com vínculo empregatício e a exclusividade na realização de trabalho portuário nas atividades de estiva, capatazia, bloco, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva estudar se a hodierna prática de alguns operadores portuários no sentido de contratar trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, sem que os trabalhadores sejam portuários com vínculo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos, detém respaldo jurídico. O estudo se baseia na dissonância jurisprudencial relativa ao tema.

Inicialmente, este estudo se destina a identificar todos os agentes envolvidos e conceituar a relação jurídica existente entre eles.

Posteriormente, buscar-se-á estabelecer a evolução histórico normativa, com a qual será possível desenvolver raciocínio hermenêutico lógico que possibilitará concluir que o trabalhador portuário avulso ou trabalhador portuário com vínculo empregatício detém a exclusividade na realização de trabalho portuário nas atividades de estiva, capatazia, bloco, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações.

Por derradeiro, aferir-se-á a melhor abordagem que está sendo conferida pela jurisprudência pátria.

2. O TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO OU TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO E A EXCLUSIVIDADE NA REALIZAÇÃO DE TRABALHO PORTUÁRIO NAS ATIVIDADES DE ESTIVA, CAPATAZIA, BLOCO, CONFERÊNCIA DE CARGA, CONSERTO DE CARGA, BLOCO E VIGILÂNCIA DE EMBARCAÇÕES

No Brasil o trabalho portuário foi reestruturado por meio da Lei nº 8.630/1993, haja vista a completa modificação do modelo que anteriormente vigia, revogando a quase totalidade dos artigos que cuidavam da temática, inserindo na gestão da relação capital-trabalho o Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), que se limita a exercer atividade vinculada à gestão de mão de obra. Posteriormente ocorreu o advento da Lei nº 9.719/98, regulamentando parte da supracitada normatização quanto a proteção e execução do trabalho portuário. Esta evolução legislativa foi novamente reformulada através da Lei nº 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, culminando na revogação da Lei nº 8.630/1993, entretanto conservando os princípios relativos à administração e a execução do trabalho portuário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

À movimentação de mercadorias que ocorre dentro de um porto organizado se denomina operação portuária. É imprescindível a pré-qualificação dos operadores portuários, o que resulta no fato de que toda movimentação caracterizada como operação portuária somente poderá ser efetuada por operador portuário pré-qualificado. Inteligência do artigo 2º, incisos I e XIII, combinado com o artigo 17, inciso III, todos da Lei nº 12.815/2013.

A operação portuária se trata de um complexo de tarefas relacionadas entre si, tais como movimentar manualmente mercadorias, conferi-las e arrumá-las. A energia humana empregada na efetivação destas tarefas é o que se denomina "trabalho portuário".

A Lei nº 12.815/2013 estabelece nos artigos 32 e 33 que os operadores portuários devem constituir em cada porto organizado um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário (OGMO), destinado a administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso, inscrevendo-os e mantendo, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso.

Nesta esteira, somente ao OGMO é permitido ceder trabalhador portuário para laborar com vínculo empregatício por prazo indeterminado junto ao operador portuário. E mais, para que a contratação seja considerada regular, é pressuposto intransponível que o trabalhador esteja devidamente registrado no OGMO, o que se extrai do artigo 40, § 2º, da Lei nº 12.815/2013 combinado ao artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9.719/1998. De outro lado, o fornecimento pelo OGMO, e a utilização pelo operador portuário, da mão de obra do trabalhador portuário em caráter avulso, devem observar como requisitos a escalação e também o registro no OGMO, tal qual previsto no artigo 32, inciso II, da Lei nº 12.815/2013 e no artigo 5º, da Lei nº 9.719/1998.

Estabelece o artigo 40, *caput*, da Lei nº 12.815/2013 que o trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos, definindo em seu §1º o que compreende as atividades referidas. Então,

trabalho portuário nas atividades retro citadas dentro da área do porto organizado só pode ser realizado por trabalhador com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhador portuário avulso - TPA. Assim, de forma geral, o operador portuário querendo realizar sua operação com TPA, o requisitará ao OGMO, que o escalará. Entretanto, se pretender realizar a operação portuária com mão de obra própria, ou seja, realizar o trabalho das atividades acima mencionadas por trabalhador com vínculo empregatício por prazo indeterminado deverá requerer sua contratação ao OGMO, que é o administrador da mão de obra do trabalho portuário, que ofertará, exclusivamente, aos trabalhadores portuários avulsos registrados.

Sem embargo ao exposto, sob a égide do artigo 26 e seu parágrafo único, da Lei nº 8.630/1993, operadores portuários passaram a mitigar o requisito de que os trabalhadores portuários contratados com vínculo empregatício por prazo indeterminado devessem ser "exclusivamente" cedidos pelo OGMO dentre trabalhadores portuários cadastrados no órgão. Firmaram entendimento de que as vagas disponíveis no mercado de trabalho do porto organizado seriam distribuídas "prioritariamente" de forma equânime entre os trabalhadores que ostentassem regular habilitação profissional e dedicação exclusiva ao labor portuário, porém, na impossibilidade de preenchimento, as aludidas vagas poderiam ser destinadas a trabalhadores celetistas sem o devido cadastro no OGMO. O posicionamento tem como esteio o artigo 3º, item 2, da Convenção nº 137, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que passou a vigorar no território nacional por meio do Decreto nº 1.574, de 31 de julho de 1995.

Não obstante atualmente a jurisprudência ainda conte com julgados acatando a tese acima citada relativa a prioridade no preenchimento desta modalidade de vaga de trabalho portuário, a Lei nº 12.815/2013 contém expressa determinação em sentido contrário:

> "Artigo 40, § 2º: A contratação de trabalhadores portuários de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> por prazo indeterminado será feita exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados.".

No Brasil, o sistema paritário que equipara juridicamente o tratado à lei federal está em vigor na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde 1977, quando ocorreu o julgamento do Recurso Extraordinário 8004.

Havendo conflito entre um tratado (Convenção nº 137, da OIT, em vigor a partir de 1995) e uma lei infraconstitucional (Lei nº 12.815/2013), adota-se a regra da 'lei posterior derroga a anterior', pois ambos estão no mesmo nível hierárquico.

Em 02/09/2016, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) ratificou o entendimento acima registrado:

> "TRABALHADOR PORTUÁRIO. CAPATAZIA. CONTRATAÇÃO COM VÍNCULO DE EMPREGO POR TEMPO INDETERMINADO DE TRABALHADORES NÃO CADASTRADOS OU REGISTRADOS NO OGMO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.630/93. CONVENÇÃO Nº 137 DA OIT. ARTIGO 40, § 2º, DA LEI Nº 12.815/2013 (NOVA LEI DOS PORTOS). A discussão está cingida à possibilidade de contratação, com vínculo permanente, de trabalhadores portuários de capatazia sem registro ou cadastro no OGMO por operador portuário. Com efeito, a jurisprudência desta Corte vem se sedimentando no sentido de que, interpretando-se o artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.360/93 em face da Convenção nº 137 da OIT, o operador portuário deve contratar, com vínculo de emprego a prazo indeterminado, o trabalhador portuário de capatazia que estiver devidamente cadastrado e/ou registrado no OGMO. Ademais, vale destacar que, por se tratar esta lide de uma relação jurídica continuativa, com efeitos futuros, sobre ela incide também no seu respectivo período de vigência, a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, que regula a exploração pela União de portos e instalações portuárias bem como as

atividades desempenhadas pelos operadores portuários, e que revogou a Lei nº 8.630/93. No pertinente ao caso ora em análise, verifica-se que a referida Lei nº 12.815/2013, ao tratar da questão da contratação do trabalho portuário, pôs fim à questão em debate nestes autos, pois dispõe, expressamente, que os trabalhadores portuários contratados com vínculo empregatício pelos operadores portuários, incluídos aqueles que exercem o trabalho de capatazia, devem ser escolhidos dentre os avulsos cadastrados e/ou registrados no OGMO. Conforme se extrai do seu artigo 40, § 2º, outra questão que ficou expressamente consagrada na nova Lei dos Portos é que essa obrigação de contratação dentre os cadastrados e registrados passou de prioritária para exclusiva, surgindo a partir da data de vigência dessa lei celeuma sobre a continuidade ou não da possibilidade de contratação de trabalhadores não registrados no OGMO, desde que fosse concedida prioridade aos cadastrados e registrados. A Seção de Dissídios Coletivos deste Tribunal Superior recentemente enfrentou em um dissídio coletivo de natureza jurídica (e não econômica), no Processo RO-1000543-19.2014.5.02.0000, DEJT 25/09/2015, justamente a questão da interpretação sobre a exigência de exclusividade trazida pela nova Lei dos Portos, concluindo, a partir de uma interpretação histórica, sistemática e até mesmo literal do artigo 40, § 2º, da Lei nº 12.815/2013, que a exegese a se atribuir a essa norma é a da imposição legal da exclusividade, ou seja, a contratação de trabalhadores portuários por prazo indeterminado deve ser realizada apenas dentre aqueles que possuem registro ou cadastro no OGMO. Assim, deve ser restabelecida a sentença na parte em que se determinou ao TGG - Terminal de Granéis do Guarujá - que requisitasse trabalhadores habilitados e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> inscritos no cadastro ou registro do OGMO para o desempenho de qualquer atividade de capatazia, devendo esta contratação dar-se de forma exclusiva, a partir da data da vigência da Lei nº 12.815/2013, nos termos de seu artigo 40, § 2º, ficando mantidos os contratos de trabalho em curso celebrados até a data da publicação deste acórdão. No entanto, os autos devem retornar ao TRT da 2ª Região para análise do recurso ordinário da ré CODESP, cujo julgamento ficou prejudicado em razão do provimento do recurso do réu TGG.". Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 52500-43.2007.5.02.0446 Data de Julgamento: 22/06/2016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2016.).".

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo em questão teve como cerne estabelecer se o operador portuário pode ou não contratar trabalhadores com vínculo empregatício por prazo indeterminado sem que estes estejam cadastrados no OGMO e por este sejam cedidos.

O retrocesso praticado por operadores portuários ao relativizar a exclusividade preconizada no artigo 40, *caput*, da Lei nº 12.815/2013, no sentido de que o trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos, não deve prevalecer, uma vez que não encontra fundamento jurídico para tanto.

Ressalte-se que o critério da prioridade ganhou força quando eram analisadas em conjunto a Lei nº 8.630/1993, artigo 26, parágrafo único e a Convenção nº 137, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com vigência a partir do Decreto nº 1.574, de 31 de julho de 1995. No entanto, não só a Lei nº 8.630/1993 foi revogada, como a nova Lei nº 12.815/2013 ampliou o caráter da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exclusividade no artigo 40, §2º, da Lei nº 12.815/2013, colidindo frontalmente com o critério da prioridade previsto na Convenção nº 137, da OIT.

É importante enfatizar que a contratação baseada no critério da prioridade, que implica na admissão de trabalhadores não registrados ou cadastrados junto ao OGMO, causa prejuízos à categoria organizada, que sofre não apenas com a redução das oportunidades de trabalho, mas também com o aviltamento da remuneração.

Embora o tema não esteja pacificado na doutrina e nem tampouco na jurisprudência, exegese sistemática do arcabouço jurídico alhures discriminado, permite concluir, seja diante da literalidade do artigo 40, §2º, da Lei nº 12.815/2013, seja em razão desta norma ser posterior a Convenção nº 137, da OIT, que trabalhadores portuários contratados com vínculo empregatício por prazo indeterminado devessem ser "exclusivamente" cedidos pelo OGMO dentre trabalhadores portuários cadastrados no órgão.

4. REFERÊNCIAS

Lei nº 12.815/2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm#art76. Acesso em 22.09.2019.

Convenção nº 137, da OIT. Disponível em: https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao137.pdf. Acesso em 22.09.2019

Lei nº 9.719/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9719.htm. Acesso em 22.09.2019.

Lei nº 8.630/1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm. Acesso em 22.09.2019.

Manual do Trabalho Portuário e Ementário – Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, SIT, Edição 2001.

_____, **O Brasil e os Tratados Internacionais**. Benigno Núñez Novo. Disponível em: https://artigojuridico.com.br/2017/09/04/o-brasil-e-os-tratados-internacionais/ Acesso em 22.09.2019

CARVALHO, Francisco Edivar. **Trabalho Portuário Avulso. Antes e depois da Lei de Modernização dos Portos**. 1ª ed. São Paulo: Ltr, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____**A realidade do trabalho portuário avulso nos portos brasileiros**. Fiscosoft. Julho de 2002. Disponível em: www.fiscosoft.com.br.

_____**Trabalhadores portuários avulsos e órgão gestor de mão-de-obra. Aspectos trabalhistas e previdenciárias**. Jus Navigandi, julho de 2004. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5434>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2004.

NOTA:

[1] Graduada na Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Pós Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Doutora pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Auditora Fiscal do Trabalho integrante do Ministério da Economia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DESCASO DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS ESTÉTICOS ACERCA DO DESÍGNIO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

KAIKE DE SOUZA NASCIMENTO:
Graduando em Direito 2019 pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA;

BERNARDO SILVA DE SEIXAS
(Orientador)[1]

RESUMO: Referido artigo propõe uma exploração dentro da responsabilidade civil estética em busca de um melhor desígnio para a indenização no tocante ao dano moral, ao passo que mostre sua insuficiência atual no objetivo de punir materialmente o agente danoso, visto este ser uma pessoa jurídica. Sua finalidade é a instauração de uma melhor relação jurídica das partes em um contrato de serviço estético, à medida que se resulte um eficaz equilíbrio entre fornecedor e consumidor, relação esta que já nasce desigual. Tal pesquisa traz consigo o método hipotético-dedutivo de estudo, responsável pela criação e eliminação de hipóteses, restando a priorização do dano moral pedagógico e a reeducação profissional como melhores conjecturas, desenvolvido mediante análise à legislação vigente, sítios eletrônicos, artigos e obras literárias do direito brasileiro.
Palavras chave: responsabilidade civil estética, indenização, insuficiência, pedagógico.
ABSTRACT: This article proposes an exploration within the aesthetic civil liability in search of a better purpose for indemnity with respect to moral damage, while showing its current insufficiency in the objective of materially punishing the harmful agent, since he is a legal entity. Its purpose is to establish a better legal relationship of the parties to an aesthetic service contract, as an effective balance between supplier and consumer results, which is already uneven. Such research brings with it the hypothetical-deductive method of study, responsible for the creation and elimination of hypotheses, leaving the prioritization of pedagogical moral damage and professional reeducation as best conjectures, developed through analysis of current legislation, websites, articles and literary works of the Brazilian law.
Keywords: aesthetic civil liability, indemnity, insufficiency, pedagogical.

INTRODUÇÃO

É perceptível que pessoas jurídicas são dotadas de mais poder frente ao consumidor, ao passo que um erro danoso estético cometido pela primeira na segunda enseja um reparo imediato, muitas vezes cumulado com danos morais como punição judicial. Porém afirma-se que na prática a fornecedora não

corresponde ao papel de punida, visto que na atualidade não há um receio de reincidência na mesma pratica danosa, ensejado então descaso de sua parte.

Danos estéticos em maioria são passíveis de lentidão em sua reparação e na pior das hipóteses, mesmo com o passar do tempo, pode não havê-la. O Código Civil (LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002) e as mais diversas doutrinas sempre possuíram dificuldades em estabelecer uma justa indenização para o dano moral em tais situações, não restando alternativas senão a reparação de modo material, porém evidencia-se que há situações em que este método não traga a devida justiça a vítima.

Atenua-se o erro humano do fornecedor por não desejar esta consumação, entretanto o alvo a ser problematizado seria a falta de boa-fé objetiva profissional, mais precisamente em sua ética, nos casos em que não há justificação em erro humano, em que se pressupõem tais condutas como negligência, imprudência, malgrado ou desprazer em seus atos laborais, mencionado comportamento reprovável é bastante comum em fornecedores de diversas áreas, porém há necessidade de reforçar que neste contexto em específico poderá não haver reparação. Classifica-se, então, um campo onde a boa-fé objetiva do profissional é imprescindível.

A integridade do corpo humano é de suma importância para a sociedade atual, arriscando afirmar que há um relevado grau de vaidade em cada indivíduo de forma em que busquem sempre uma melhor aparência. Determinado dano causado frustra tal relação contratual que visa obrigação de resultado ou meio, e evidentemente a segurança de um consumidor perante a profissionalização da atualidade, deixando dúvidas se realmente estão todos em boas mãos.

O dano moral em tese é uma reparação de dano subjetivo da vítima, sendo necessária uma análise sobre o dissabor vivenciado pela mesma, contudo determinadas ocasiões duvidam de sua eficácia de ressarcimento, especificamente em um dano estético. Ademais a falta de boa-fé objetiva criada como princípio básico das relações de consumo encontra-se em crítica situação, tendo em vista que a perda do equilíbrio entre ética profissional e fins econômicos.

Nota-se a indispensabilidade de métodos resolutivos para que referidas relações fluam de forma progressiva com intuito sociológico ao invés de puramente econômico, jamais afastando o fato de que cada indivíduo, de certa forma, responde pelo outro, conforme conceitua o Código Civil no tocante a responsabilidade civil.

1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Tem-se estabelecido o conceito de responsabilidade civil desde meados do século XIX, onde se surgiu a idéia de obrigação de reparar aquilo que tivemos culpa em algum tipo de dano causado em prejuízo de outrem, assim como imposto ao agente causador o dever legal de suportar a devida pena.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tal idealização é fazer com que o indivíduo assuma um papel em prol da sociedade, de forma em que todos sejam responsáveis por si, bem como, pelos outros.

Este possui ao todo três funções não hierárquicas, com o propósito de ensejar a devida justiça social, são elas as funções reparatória, punitiva e precaucional, a reparatória visa reparar o dano patrimonial ou extra patrimonial lesado, ao passo que a punitiva consiste em punir devidamente o agente causador através de uma sanção e por fim, a precaucional almeja cessar as ações lesivas, inibindo comportamento semelhante.

Salienta-se que o termo dano pode dividir em determinadas modalidades, assim, podendo advir por atos ou omissões, individuais ou coletivos, e por fim, próprios ou de terceiro, havendo diferentes meios de indenização conforme impõe o Código Civil.

1.1. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme artigo 186 do Código Civil, aquele que por ação ou omissão voluntária, tanto como negligência ou imprudência, violar determinado direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Logo, a responsabilidade civil tem como pressuposto a ação, devidamente originada de um fazer, através de um movimento corporal voluntário lesivo ou danoso que resulte em prejuízo a outrem. E, portanto, a omissão, no que se difere da ação, é a falta do fazer na ocasião em que se poderia, acarretando em prejuízo a vítima.

Considera-se imprescindível a devida análise ao agente, antes mesmo de se pensar em imputar alguma responsabilidade ao mesmo, Savatier entendeu que:

"quem diz culpa diz imputação. E que um dano previsível e evitável para uma pessoa pode não ser para outra, sendo iníquo considerar de maneira idêntica a culpabilidade do menino e a do adulto, do leigo e do especialista..." (SAVATIER. 2007, P.18).

Logo, é também, pressuposto da responsabilidade civil, a imputabilidade do agente frente à culpa no ato lesivo ou danoso, que eventualmente gere prejuízo, devendo-se observar sua idade ou capacidade psíquica, de modo que levante uma hipótese crucial sobre tal sujeito possuir, ou não, aptidão para responder por seus atos.

O dano, sendo um fato de caráter significativo para falar-se em indenização, se divide em duas modalidades, podendo ser material ou imaterial. O Dano material incide sobre o dano causado ao patrimônio ou a integridade física da vítima, ou seja, há a necessidade que o bem seja corpóreo, de natureza física, portanto, é passível de indenização material. Por outro lado, o dano imaterial não trata a respeito de algo concreto ou físico, sendo exclusivo de lesões aos direitos de personalidade, protegidos constitucionalmente, em seu artigo 5°, incisos V e X, da CF, trazendo a tona a conhecida reparação por danos morais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ademais, é fundamental haver uma conexão óbvia entre o fato com resultado danoso e a conduta comissiva ou omissiva do agente, tal conexão é chamada de nexo causal, responsável por um estudo com finalidade de provar, ou não, a existência de culpa e se há indenização devida.

Haverá excludentes de responsabilidade em casos específicos, não constituindo de forma alguma a ilicitude do ato em situações em que haja legítima defesa ou exercício regular de um direito reconhecido, e somente em ocasiões provadas serem absolutamente necessárias, poderá haver a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou lesão a pessoa com finalidade de remover perigo eminente, desde que seja praticado dentro dos limites indispensáveis para a remoção de tal perigo, na forma do artigo 188 do Código Civil.

1.2. TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil se divide em duas modalidades, sendo elas: Responsabilidade civil objetiva e Responsabilidade civil subjetiva, apesar de tal conteúdo sempre abordar a culpa como principal tese, a modalidade objetiva independe desta para haver a devida reparação do dano, ou seja, uma responsabilidade desobrigada de provar se há, ou não, culpa, para então possuir o dever indenizar o lesado. Tal responsabilidade é imputada ao Estado, às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público ou em relações de consumo.

No entanto, a responsabilidade civil subjetiva possui a necessidade de comprovação da existência do dano, do nexo causal e principalmente da culpa, ao passo que a objetiva só necessita de comprovação do dano e nexo causal. Tal lei tem em mente que na modalidade subjetiva não há uma relação desigual como lidar com o Estado ou pessoas jurídicas de todos os portes, tendo em vista que há uma superioridade que necessita de amparo legislativo para a devida justiça, a medida que a subjetiva incide nas relações entre indivíduos desacompanhados de alguma vantagem perante outrem, ou seja, cada um com seus devidos direitos.

Carlos Gonçalves a respeito da responsabilidade subjetiva entende que:

Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, Carlos, 27 Idem, p.48.).

Também é possível que o dano surja em hipóteses de relações contratuais e extracontratuais, quando se fala em contratual há o devido acordo firmado por escrito, com a respectiva anuência e assinatura de todos os envolvidos, portanto, se por acaso, alguma parte deixar de cumprir sua obrigação nos exatos moldes do contrato, causará prejuízo a outra. Referida modalidade é acompanhada de mais facilidade em sua reparação, tendo em vista que há o instrumento comprobatório que evidencia o dano, sem necessidade de produção de tantas provas.

Vanderlei Ramos exemplifica da seguinte forma:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"existe um acordo onde A quer vender e B quer comprar, se B paga e não recebe temos um inadimplemento da parte de A, que não entregou o objeto da compra e venda, com isso traz o dever a aquele que não cumpriu sua parte, de reparar aquele que não teve sua pretensão atendida, situação que permite uma maior facilidade em reconhecer o ilícito ou o dano, pois tendo diante um contrato uma obrigação que não foi respeitada por uma parte, deixando a outra parte sem receber aquilo que era de direito, não sendo necessário apurar muito sobre provas." (RAMOS, 2014)

É extracontratual, quando inexiste um compromisso assumido em contrato, não havendo, obviamente, alguma cláusula de proteção em caso de dano advindo de alguma das partes, porém sempre restará a proteção legislativa ao indivíduo, que obriga sempre o agente danoso a reparar o prejuízo a que deu causa.

1.3. RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA MÉDICA

É possível afirmar que a responsabilidade civil na área médica necessita de uma grande cooperação por parte profissional, sabe-se que em grande parte das situações o paciente vulnerável é leigo e desconhece os procedimentos aplicados, Imputa-se ao profissional da saúde a imprescindível boa-fé objetiva, esta que visa à participação ética de ambas as partes, que priorizem a relação de consumo antes da econômica, de modo que seja uma relação contratual saudável para todos.

Leonardo de Medeiros Garcia conceitua a boa-fé objetiva da seguinte maneira:

Em outras palavras, a boa-fé objetiva constitui um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção. (GARCIA, 2017).

Rizzatto Nunes reforça:

A boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agirem conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças (NUNES, 2017).

Outro fato que sustenta a idéia de que a responsabilidade civil médica é algo além do que uma mera prestação de serviço é o simples fato de que os deveres e cuidados médicos independem de um contrato para serem realizados, podendo advir antes ou depois do contrato e em casos de urgência este pode nem existir.

Tem-se imposto no Código de ética médica (Resolução n° 1931/2009, DOU 24.9.2009) a obrigação do profissional de notificar ao paciente, o prognóstico, diagnóstico, os riscos e os respectivos objetivos do tratamento, salvo quando estes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

forem causar um impacto danoso no paciente, neste caso deve-se informar ao acompanhante ou representante legal.

2. O PROPÓSITO DO DANO MORAL

O dano moral sempre foi bastante discutido em toda evolução histórica, afinal é complicado indenizar um sofrimento vivido de uma forma eficaz como ocorre no dano material. Hoje este é garantido constitucionalmente assim como no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, como uma afronta aos direitos morais de um indivíduo, quais sejam a sua imagem, honra, liberdade e saúde mental ou física.

Acredita-se que esta modalidade de dano não surgiu apenas para simplesmente indenizar alguém lesado moralmente, e sim há um propósito maior e dificilmente visto em sua execução judicial no Brasil, partindo do princípio de que a legislação brasileira existe principalmente para um eficaz convívio harmônico em sociedade, portanto é impensável acreditar que referido dano moral objetiva meramente uma indenização pecuniária, há por trás deste um intuito pedagógico que, através da penalização, faça com que o autor da lesão não incida novamente em ato semelhante, de forma que a situação também sirva de lição para os demais membros da sociedade.

A tríplice do dano moral é composta por três funções básicas para sua melhor eficácia social, a função compensatória, apesar da dificuldade em compensar algo imaterial, busca atenuar a lesividade da conduta com ressarcimento pecuniário, ao passo que a punitiva almeja punir o agente danoso pelo seu comportamento reprovável e intolerável para a justiça e por fim, a função preventiva, que visa inibir que o agente enseje em prática lesiva igual e espelhe terceiros em também não praticá-las.

O juiz Sérgio Pinto Martins ao julgar o processo de número: 01480200540102007, onde uma vendedora fora ofendida várias vezes pelo gerente, teve o seguinte entendimento:

a indenização por dano moral tem objetivos pedagógicos, de evitar que o réu incorra no mesmo ato novamente. Visa desestimular ou inibir situações semelhantes.

não pode ser fundamento para o enriquecimento do lesado, mas apenas compensar ou reparar o dano causado, sem arruinar financeiramente o réu. (MARTINS, 2007)

Logo, confirma-se que o dano moral não busca somente enriquecer o lesado e punir o agente danoso, como lamentavelmente é visto na prática judicial e notavelmente acarreta mais frustrações consequenciais. Afinal o intuito geral não é tão somente resolver o litígio inter partes, mas como beneficiar a todos na sociedade para a melhor coexistência possível.

2.1. DO DANO ESTÉTICO

No momento em que há uma lesão ou modificação na integridade física de outrem para pior se consuma o dano estético, resultando em deformidade na sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aparência, em outros termos, um "afeamento" da vítima. Referida modificação danosa causa um impacto psicológico, tendo em conta que o visual externo de um indivíduo é, em muitos casos, sua própria identidade na sociedade, ocasionando o sentimento de exclusão provocado por olhares de terceiros que habitualmente observam e questionam algo fora do padrão.

João Pedro Marques caracteriza o dano estético da seguinte forma:

Temos três elementos que são capazes de caracterizar o dano estético: o primeiro é a transformação para pior, o segundo é a permanência ou efeito danoso prolongado e o ultimo é a localização na aparência externa da pessoa.

O primeiro elemento não é necessário que seja feito uma caracterização por etapas para identificá-lo, basta qualquer deterioração da aparência do individuo.

A lesão permanente ou ao menos de efeito prolongado da a possibilidade do agente que cometeu o erro consiga ressarcir e corrigir o erro que ele cometeu.

O Ultimo elemento, a localização na aparência externa da pessoa não tem a necessidade que a lesão seja visível. Ela traz o aspecto da pessoa possuir deformidades em áreas intimas que os outros não veem no dia a dia. Mas podem ser caracterizadas como dano estético, pois a pessoa pode ficar constrangida ou envergonhada perante um momento de ato mais carinhoso com um terceiro. Ou ocorre até mesmo em países que possuem uma temperatura mais quente, e as pessoas normalmente usam roupas menores, ou até mesmo retiram suas camisas, essas pequenas deformidades que geralmente são escondidas podem gerar outro tipo de constrangimento ao ser demonstrado em locais como a praia, campo de futebol, parques, piscinas. (MARQUES, 2017)

O Supremo Tribunal de Justiça ao criar a súmula n°387 abriu a possibilidade de o dano estético ser cumulado aos demais danos no tocante a indenização, pois houve a quebra da harmonia entre o indivíduo e seu bem estar.

Existem dois tipos de tratamento estético, o tratamento estético reparador ou corretivo visa a reparação de imperfeição já existente, com origem desde o nascimento do indivíduo ou por outros meios, esta reparação traz consigo o intuito de eliminar a sensação de exclusão causada pela deformidade preexistente, portanto um eventual erro profissional que lhe cause uma deformidade que seja ainda pior do que antes, acarretará um dano psicológico grave na pessoa cuja finalidade era totalmente a diversa, consumando um dissabor mais gravoso, ainda que a obrigação médica fosse de meio.

Por outro lado, o tratamento estético embelezador não pretende reparar alguma deformidade presente, trata-se de um aperfeiçoamento da aparência para diversas finalidades subjetivas do cliente, seja por motivo profissional ou por pura vaidade e agrado deste. Neste campo a obrigação médica diverge do tratamento reparador que é apenas de meio, ou seja, o cirurgião não possui obrigação de um resultado satisfatório, mas sim de corrigir o máximo possível da deformidade, ao passo que no embelezador a obrigação é de resultado, por uma questão lógica, um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

indivíduo que busca remoção de cicatrizes causadas por acne, deve ter sua demanda realizada pelo cirurgião que se obrigou a realiza-lá.

O erro médico no tratamento embelezador, tal como no reparador, acarreta em um desprazer imensurável, pois uma pessoa que até antes do procedimento encontrava-se em sua situação normal, e por querer um adicional de vaidade acaba por receber desastrosamente o oposto, acarretando em uma frustração e desgosto para alguém cuja finalidade era apenas um contentamento consigo mesmo.

2.2 DO DESCASO DAS EMPRESAS FORNECEDORAS DE SERVIÇO ESTÉTICO

Nota-se que vivenciamos uma época onde as frustrações contratuais ocasionadas por parte dos fornecedores são, sem dúvidas, demasiadas, afinal é difícil encontrar um indivíduo que nunca passou horas esperando aquele técnico que nunca apareceu ou perdeu tempo em ligações em serviços de telemarketing resultadas em "quedas de ligações". Tais aborrecimentos sentidos sempre geram danos morais, afinal o Código de Defesa do Consumidor busca equilibrar esta relação injusta entre um mero consumidor e o poderoso fornecedor, porém percebe-se que o desígnio pedagógico do dano moral não é cumprido, já que o índice de insatisfação consumerista apenas cresce sem que o agente danoso revise seus atos administrativos antes de lesar outrem.

Apesar de existir variadas discussões a respeito do dano moral realmente ensejar justiça em alguns casos, na prática percebe-se certa insuficiência mesmo pra quem é indenizado, pois é apenas uma questão de tempo para ser lesado por outra fornecedora de serviços que não enxerga consequências na punição judicial atual no Brasil.

O dano moral causado enseja evidentemente desgaste na vida dos brasileiros, muitos destes, apesar da atual situação se sentem satisfeitos apenas com o ressarcimento monetário, porém é complicado afirmar que alguém que sofrera um dano em sua estética tenha referida satisfação, afinal de contas, um desgosto causado por uma deformidade tende a durar mais que qualquer valor pecuniário que este venha a receber judicialmente.

É necessário um questionamento a respeito da proporção entre um valor monetário e a angústia presenciada e lembrada todos os dias ao se olhar no espelho, ao receber olhares tortos ou até mesmo ter sua identidade formada a partir desta imperfeição.

Obviamente, considera-se que a medicina, por mais avançada que seja, ainda é suscetível a erros, afinal não há possibilidade de empregar ao profissional responsabilidade desumana de nunca errar. A referida problematização se delimita aos casos onde é notada a falta da imprescindível ética médica no procedimento estético, ou seja quando há outras prioridades antes da importância da vida ou dignidade da pessoa humana depositada nas mãos do cirurgião.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga entendem que:

Registre-se, em linha de princípio, que podemos nos valer, como critério interpretativo para avaliação da conduta médica, do dever de tutela do melhor interesse do paciente. Trata-se do vetor hermenêutico em favor da integridade física e psíquica do paciente. Trata-se, dizemos nós, do princípio da boa-fé objetiva, particularizado na conduta médica. Não agir apenas à luz das próprias conveniências (deixar para o mês que vem algo que deveria ser feito agora porque está com viagem marcada), ou interesses econômicos (resolver, entre dois pacientes, por internar aquele que lhe traz maior proveito financeiro). O Brasil, aliás, se chocou ao tomar conhecimento de certo hospital em Curitiba, em cuja UTI os médicos dispunham, perversa e irresponsavelmente, do poder de decidir a respeito de vidas humanas. Nada mais triste do que se apoderar, terrestremente, de certas qualidades divinas. (FARIAS. ROSENVALD. NETTO, 2017, P. 782).

É importante frisar que dentre todas as responsabilidades civis, a modalidade médica é, sem dúvidas, uma das mais cruciais, por evidentemente não existir um bem maior do que a vida, tendo a saúde, tanto física quanto mental, como sua derivada. Restando provado que no Brasil há certo descontentamento com os serviços prestados por fornecedores sendo eles públicos ou privados, é considerável dizer que nesta área é inadmissível que existam erros por malgrado, negligência ou imprudência por conta de mãos profissionais, afinal a saúde é o bem mais valioso atualmente e em maioria esmagadora dos casos não existe bem material que a compense.

Flávia Lucas Gomes e César Peghini reforçam:

Mesmo sendo passíveis de falhas, a relação médico-paciente ganha contornos mais drásticos trata-se de cirurgião plástico. Quando o paciente procura por este tipo de profissional, o nível de exigência é diferente. Tratando-se especificamente do erro em cirurgia plástica.

É imprescindível que seja verificado a obrigação assumida, neste caso, pelo cirurgião estético, se o mesmo assegurou que garantiria o resultado, ou apenas assumiu o compromisso de meio, usando as técnicas disponíveis para obter o melhor resultado possível. É a chamada responsabilidade de resultado e responsabilidade de meio. (GOMES. PEGHINI. 2018)

É, infelizmente, notado que na atualidade um indivíduo possui mais receio de se comprometer a qualquer tipo de cirurgia do que o cirurgião em atender a expectativa de seu cliente, afinal os erros médicos estão cada vez mais presentes à medida que a procura pelo procedimento aumenta.

A sociedade em toda sua experiência consolidou diversas concepções a respeito do mercado de consumo, sendo uma delas a grande desconfiança dos profissionais da saúde pública, visto que estes, estatisticamente, são os maiores causadores de danos estéticos em procedimentos, assim como também possuem carência de fé em fornecedores de serviços estéticos de pequeno porte ou de baixo custo. Ainda que venham a consumir tais serviços e porventura se lesarem, alguns

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

chegam a consentir o dano, por se submeterem a tal situação que julgam ser de natureza duvidosa e até mesmo desistem de procurar a devida justiça, afinal sabe-se que uma demanda judicial é um processo longo e desgastante para qualquer um, porém é válido afirmar que tal consentimento é errôneo, afinal de contas, um fornecedor independente de sua influência no mercado, possui as mesmas obrigações e deveres dos demais. Porém não se afasta a compreensão do raciocínio que os membros da sociedade possuem em relação aos litígios, em casos onde seu adversário é um fornecedor de pequeno porte, ainda que venha a vencer a demanda, poderá não receber o ressarcimento a altura do estresse que veio a passar durante todo o procedimento tendo em vista o baixo capital do vencido.

2.3 RESOLUÇÃO COM FINS PEDAGÓGICOS

Restando comprovado que a luz da ciência atual ainda tem dificuldades em reparar totalmente um dano estético, evidentemente é impossível falar-se em algum método resolutivo para a devida deformidade consumada, porém é válido considerar que com meios pedagógicos em prática na punição brasileira é um caminho para que muitos desses desagrados deixem de acontecer.

É sabido que muitos dos brasileiros, por ausência de uma educação basilar notável, não enxergam certas consequências que são impostas pelo estado em certas ações ou omissões ilegais, afinal se tem como exemplo o demasiado número de nomes inscritos em cadastros negativos como no SPC. Desta forma também age o fornecedor de serviços brasileiro, mesmo com vários litígios na justiça, este não descontinua seus atos reprováveis.

O código de ética tem o objetivo de humanizar a profissão de modo que seja saudável para ambas as partes, porém é visto que há limites até onde esta pode agir, afinal, sabe-se que a lei não pode obrigar ninguém a agir com gentileza e carinho, fazendo com que tal comportamento seja de caráter subjetivo. Não restando escolha, senão, uma reeducação profissional para que este enxergue e priorize a profissão com fins humanitários.

Propõe-se a criação de um órgão educador e avaliador específico da área médica/estética que tenha o objetivo de reeducar e avaliar periodicamente o profissional brasileiro, que faça com que a ética médica prevaleça ante algum valor econômico ou pessoal, realize palestras interativas a respeito dos direitos humanos, dignidade da pessoa humana e as devidas conseqüências desastrosas de uma falha de profissão, de modo que a ausência ou recusa acarrete em suspensão das atividades laborais até que esteja em dia com sua obrigação.

Assim como priorize a função preventiva do dano moral na pratica judicial brasileira, de modo que seja criada uma multa específica que aumente gradativamente para reincidentes em dano estético quando comprovadas serem de erros vencíveis.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.208.498 - SP (2017/0296445-8)[2]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA AGRAVANTE : SERGIO PERACIOLI ADVOGADOS : JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454 CLÁUDIO M HENRIQUE DAÓLIO - SP172723 THIAGO FERNANDES CONRADO - SP282002 AGRAVANTE : MIRTES DA SILVA ADVOGADOS : JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454 CLÁUDIO M HENRIQUE DAÓLIO - SP172723 BRUNA MARIA ANCHIETA RODRIGUES RIBEIRO - SP332120 AGRAVADO : MOVENOS INTERMEDIAÇOES DE SERVIÇOS EM GERAL LTDA ADVOGADOS : EDUARDO FERREIRA LEITE - SP070386 MICHELE BARBOZA JUNQUEIRA PASTOR - SP232832 AGRAVADO : CINTIA RIOS CAMILO ADVOGADOS : ROSMARI A ELIAS CAMARGO - SP152535 ROBERTO AUGUSTO DE

CARVALHO CAMPOS - SP152525 EMERSON FLAVIO PINHEIRO PIMENTEL SILVA - SP294984 DECISÃO Trata-se de agravo interposto por SÉRGIO PERACIOLI e MIRTES DA SILVA contra decisão que inadmitiu recurso especial. O apelo extremo, fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas ae "c", da Constituição Federal, insurge-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado: "RESPONSABILIDADE CIVIL DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS LEGITIMIDADE PASSIVA DA MOVENOS PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE ULTRAPASSOU A MERA INTERMEDIAÇÃO - PRELIMINAR REJEITADA ERRO MÉDICO DANOS PROVENIENTES DE SEQUELAS DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE RITIDOPLASTIA (REJUVENESCIMENTO FACIAL, LIFTING FACIAL) ASSOCIADA À BLEFAROPLASTIA (CIRURGIA PLÁSTICA DE PÁLPEBRAS CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA ENVOLVE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO CICATRIZ ANORMAL E LÓBULOS AURICULARES MAL POSICIONADOS, INCOMPATÍVEL COM O DESEJO DE MELHORA DA APARÊNCIA DANO MATERIAL REALIZADO O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, A MÉDICA FAZ JUS AOS SEUS HONORÁRIOS PEDIDO DE DEVOLUÇÃO AFASTADO DANO MORAL INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM R$15.000,00 VALOR QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA COMPENSAR O DANO MORAL APRESENTADO DANOS REVERSÍVEIS QUE PODEM SER CORRIGIDOS POR NOVA CIRURGIA PREQUESTIONAMENTO DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS - SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS (fls. 677-698 e-STJ).

Referido julgado trata-se de uma vítima de dano estético em procedimento de ritidoplastia que seria um rejuvenescimento facial afiliado ao tratamento de pálpebras (blefaroplastia), por se tratar de procedimento embelezador sabe-se que a obrigação médica é de resultado, logo resultou em uma cicatriz anormal e uma má posição dos lóbulos articulares, entendeu o Tribunal de Justiça que a médica-cirurgiã faria jus aos seus honorários médicos, não devendo restituir o valor pago à vítima lesionada e que o valor do dano moral já seria suficiente, tendo em vista que os danos eram reparáveis. Os respectivos advogados da autora recorreram através de recurso especial, sendo este não admitido, logo entraram com agravo em recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça para combater decisão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça decidiu e argumentou:

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar um prejuízo que se causa a [3]outrem pela violação a um dever de conduta (ato ilícito). Ela é a consequência da obrigação de indenizar. Pressupõe um dano relacionado a uma ação, que, no caso da responsabilidade subjetiva, deve ser culposa. A responsabilidade civil do médico depende de aferição da culpa, salvo se se tratar de cirurgia meramente estética, uma vez que, nesse caso, por não haver tratamento de uma doença, o profissional deve garantir o sucesso do procedimento. Assim, a cirurgia estética acarreta uma obrigação de resultado. Caso o resultado esperado da cirurgia meramente estética não seja alcançado, há obrigação de reparar o dano, independentemente de ter agido culposamente ou não. O paciente que se submete a uma cirurgia plástica espera ter resultado estético melhor do que o anterior, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado estético pretendido. Essa expectativa não se coaduna com a existência de cicatrizes após o término do procedimento. Reconhecida a responsabilidade, por defeito na prestação do serviço apontado pela perícia (cicatriz anormal e lóbulos auriculares mal posicionados), é dever das rés indenizar a paciente[4].

Nota-se que a Vossa Excelência afirmou que o propósito da responsabilidade civil é a obrigação de reparação por danos causados a outrem causados por atos ilícitos, neste caso uma violação de conduta profissional através de uma ação, afastando a responsabilidade subjetiva, tendo em vista que a responsabilidade civil médica independe de culpa em cirurgia meramente estética, devendo o profissional ter obrigação com o resultado satisfatório do cliente, ressalta-se que existe o dever de reparação caso sua pretensão não seja atendida independente de culpa, reforça que o indivíduo que busca uma cirurgia em sua estética tem, obviamente, o propósito de ter um resultado melhor que o anterior, afinal este almeja a melhora em sua aparência, logo a existência de cicatrizes advindas do tratamento não é digna da expectativa do cliente, depois de reconhecida a má prestação de serviços pela perícia, é obrigação da fornecedora indenizar a paciente.

Por fim, concedeu com fundamento no artigo 20, inciso II, do Código de Defesa ao Consumidor a condenação dos requeridos pela restituição dos valores pagos monetariamente atualizados, pelo procedimento estético, dando reconhecimento e provimento para o recurso especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável afirmar que existem padrões de beleza na sociedade, logo, existem indivíduos que almejam alcançá-los e geralmente se submetem a procedimentos de cirurgias plásticas estéticas, seja para reparar um defeito ou aformosar-se, de como que uma alta expectativa seja depositada nas mãos do cirurgião profissional, independente da obrigação deste, erros são inadmissíveis, salvo os invencíveis. Danos nesta situação possuem grandes chances de ocasionar deformação ou

mutilação, estas que são passíveis de indenização caso ocorram, porém o objetivo principal não é fazer com que seja uma espécie de quitação definitiva, ou seja, caso venha a existir danos não é admissível que uma mera indenização por dano moral deixe tudo harmônico.

Sabe-se que em muitos casos o agrado do valor pecuniário não cria a devida satisfação a ponto de servir como uma punição a altura da humilhação e desgosto que vítima de "afeamento" passa diariamente com seu corpo, logo, o principal objetivo deste artigo é concluir que a prática profissional banhada de boa-fé objetiva é o único meio de evitar tantos desagrados, devendo fazer com que o profissional aja com lealdade, zelo e cooperação, de modo que tenha o caráter subjetivo de fazer tudo ao seu alcance para não frustrar indivíduos que depositaram fé em sua profissão.

Conclui-se que na prática é percebido que ainda com a política nacional das relações de consumo e o Código Civil, a dignidade, saúde e segurança do consumidor ainda são prejudicadas, não pelo fato da punição ser insuficiente, mas pela visão inconsequente do fornecedor, que ainda que seja punido não revisa seus atos administrativos lesivos.

Logo, é certo dizer que o fornecedor de modo notório ainda é a parte esmagadoramente mais forte, ainda que a justiça brasileira busque equilibrar tal relação, portanto consuma-se a conclusão de que o meio pedagógico é o único caminho passível de resultado ao invés de punição e ressarcimento puramente material.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. In: VadeMecum Compacto. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 51ª ed.Brasília, DF: Edições Câmara, 2017.

_____. Resolução n° 1931/2009, DOU 24.9.2009, Código de Ética Médica. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de setembro de 2009. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/cem_e_cpep.pdf. Acesso em: 30 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Agravo em Recurso Especial. Responsabilidade Civil. AREsp Nº 1.208.498 SP 2017/0296445-8. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 07 dez. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de direito civil – responsabilidade civil – volume 3 – 2017 – Editora JusPODIVM.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
NETTO, Felipe Braga. NOVO MANUAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL . ed.1ª, Editora JusPODIVM, 2019.
GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 9. Ed. São Paulo: Saraiva 2012.
GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil brasileiro, Ed. Saraiva, 2007.
RAMOS, Vanderlei. Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8754/Responsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-pressupostos-e-especies. Acesso em: 28 ago. 2019.
GOMES, Flávia Lucas. PEGHINI, Cesar. Tratamento estético: responsabilidade civil do médico em caso de danos. Disponível em: https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/tratamento-estetico-responsabilidade-civil-do-medico-em-caso-de-danos. Acesso em: 10 set. 2019.
MARQUES, João Pedro. Dano estético e responsabilidade civil. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56580/dano-estetico-e-responsabilidade-civil. Acesso em: 17 set. 2019.
ABRÃO, Felipe. A boa-fé objetiva nas relações médicas. Disponível em: https://felipeabrao.jusbrasil.com.br/artigos/622095807/a-boa-fe-objetiva-nas-relacoes-medicas. Acesso em: 17 set. 2019.
FAVARETTO, Cícero. A tríplice função do dano moral. Disponível em: https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral. Acesso em: 17 set. 2019.
MARTINS, Sérgio Pinto. TRT/SP: Indenização por dano moral deve ter objetivo pedagógico. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI44329,41046TRTSP+Indenizacao+por+dano+moral+deve+ter+objetivo+pedagogico. Acesso em: 19 mar. 2019.
NETTO, Felipe Braga. O que é a responsabilidade civil hoje? Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/20/o-que-e-responsabilidade-civil-hoje/. Acesso em: 28 ago. 2019.
AUGUSTO, Otávio. A responsabilidade civil dos profissionais e a nova legislação. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-fev-05/responsabilidade_civil_legislacao_brasil#author. Acesso em: 30 ago. 2019.
OLIVA, Bruno Karaoglan. Dano estético: Autonomia e cumulação na responsabilidade civil. Disponível em https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/dano-estetico-autonomia-e-cumulacao-na-responsabilidade-civil/. Acesso em: 01 set. 2019.

NOTAS:

[1] Professor Mestre do Curso de Direito – CIESA

[2] Inteiro teor em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532924741/agravo-em-recurso-especial-aresp-1208498-sp-2017-0296445-8/decisao-monocratica-532924762?ref=juris-tabs

[3] Inteiro teor em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532924741/agravo-em-recurso-especial-aresp-1208498-sp-2017-0296445-8/decisao-monocratica-532924762?ref=juris-tabs

[4] Inteiro teor em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532924741/agravo-em-recurso-especial-aresp-1208498-sp-2017-0296445-8/decisao-monocratica-532924762?ref=juris-tabs

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UMA ANÁLISE DA SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

YASMIN SOUZA DA SILVA: Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Direitos Difusos pela Universidade Anhanguera – LFG. Advogada.

RESUMO: Este artigo foi escrito com o intuito de analisar a constitucionalidade do enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Far-se-á uma análise do sistema de dosimetria penal vigente no Código Penal brasileiro, bem como uma análise crítica acerca da Súmula 231 do STJ. Em seguida, discorrer-se-á sobre eventual violação ao princípio da individualização da pena e ao princípio da isonomia, considerando os posicionamentos doutrinários sobre o tema.

Palavras-Chave: Superior Tribunal de Justiça. Individualização da Pena. Isonomia. Súmula 231 do STJ.

ABSTRACT: This paper was written with the intention of analysing the constitutionality of the precedent 231 from the Superior Court of Justice. A analysis will be made of the Brazilian criminal dosimetry system, as well as a critical analysis of STJ precedent 231. Then, it will be discussed about the possible violation of the principle of legal individualization and the principle of isonomy, considering the doctrinal positions on the subject.
Keywords: Superior Court of Justice. Legal Individualization. Isonomy, Precedents. Precedent 231.

Sumário: 1. Introdução; 2. Da Dosimetria da Pena; 3. Da Súmula 231 do STJ; 4. Dos Princípios da Individualização da Pena e da Isonomia; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O art. 68 do Código Penal Brasileiro adotou o sistema trifásico para o cálculo da dosimetria da pena. Referido método considera, em três fases distintas, as circunstâncias judiciais, as agravantes e atenuantes, e, por fim, as causas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aumento e diminuição incidentes no caso concreto, visando assim adequar a pena ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CRFB), bem como viabilizar o exercício do direito de defesa (CUNHA, 2018, p. 466).

Dentro desse espectro, far-se-á inicialmente uma análise das fases da dosimetria da pena, ou seja, da aplicação das circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59 do CP, das circunstâncias atenuantes (presentes nos arts. 65 e 66 do CP) e agravantes (presentes nos arts. 61 e 62 do CP), e das causas de aumento e de diminuição de pena.

É na segunda fase que ocorre a incidência da Súmula 231 do STJ, ao estabelecer que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal[RN1] ". Destarte, far-se-á uma análise crítica dos precedentes que ensejaram a edição do enunciado da Súmula 231 do STJ, considerando o entendimento doutrinário divergente acerca do tema.

Por fim, analisar-se-á a ocorrência de eventual violação aos princípios da isonomia e da individualização da pena, expondo o entendimento doutrinário acerca do tema.

2 DA DOSIMETRIA DA PENA

Assim como a sociedade, o Direito também passa por transformações com o decorrer do tempo, não sendo estanque. É claro que aqui as transformações ocorrem de forma mais lenta, até pelo fato de que toda transformação jurídica é oriunda de um anseio social a partir do qual se percebe que determinada norma já está ultrapassada, ou então que há a necessidade de uma nova normatização.

O que existia no mundo, até finais do século XIX, era um Direito Penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. No entanto, tal metodologia de aplicação de pena acabava gerando insegurança jurídica e ia de encontro às garantias e aos direitos fundamentais. Assim, o período anterior ao iluminismo ficou marcado por um arbítrio judicial demasiado (BITENCOURT, 2018, p.1216).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o iluminismo, e em contrapartida à realidade até então existente, surgiram correntes que acabaram gerando um engessamento dos juízes na aplicação da lei. Ou seja, os juízes exerciam um papel de meros aplicadores da lei, sem a possibilidade de analisá-la e interpretá-la conforme o caso concreto. O sistema de penas que surgiu neste momento, rigorosamente determinado pelo Código Francês de 1791, era um sistema de *"absoluta determinação"*, independente da realidade social do acusado, ou do contexto fático de cada caso prático (BITENCOURT, 2018, p.1217).

Neste contexto, percebeu-se que o sistema de absoluta disposição da pena pela determinação do magistrado era tão indesejado quanto o sistema de absoluta determinação, sem espaço para disposição do juiz, estando ele completamente adstrito às disposições legais.

A partir disso, chegou-se a um sistema intermediário, o qual estabelecia limites mínimos e máximos de determinação da pena, mas dentro dos quais poderia o juiz, a partir da interpretação e aplicação da lei no caso concreto, variar a aplicação da pena, adequando às circunstâncias, condições pessoais e consequências do delito e do agente em análise. Acerca do tema, destaca Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 1218):

> Essa constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve — pelo princípio do livre convencimento — estabelecer fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto.

É iniciado assim um sistema de individualização da pena, o qual traz a possibilidade de o juiz ter a discricionariedade de, individualmente, a depender dos fatores envolvidos dentro da realidade fática dos atos ilícitos praticados, bem como

da realidade pessoal de cada agente, aplicar a pena correspondente, dentro de um parâmetro legal prévio.

Frise-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLVI, trouxe expressamente a ideia de que a pena deverá ser individualizada, senão vejamos: "Art.5º.[...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]".

> Ao falar em pena, está a Constituição se referindo a uma sanção penal destinada a pessoa que foi condenada, em razão da prática d uma infração penal, com o objetivo de retribuição pelo crime praticado e de prevenção da prática de outra conduta delituosa. Ao determinar a necessidade de individualização, está a Carta Maior exigindo que, no momento da aplicação da pena, sejam considerados aspectos do delito, de quem o cometeu e das circunstâncias envolvidas.

A individualização da pena determinada pela Constituição Federal de 1988 possui três aspectos distintos, que se manifestam em diferentes momentos (BITENCOURT, 2018, p. 1217-1218). Inicialmente, há uma individualização efetuada pelo próprio legislador ordinário, determinando-se os limites máximos e mínimos e critérios de fixação da pena, a depender do grau de relevância do bem jurídico tutelado.

Neste momento, é fundamental um juízo de proporcionalidade acerca do bem jurídico tutelado e da pena que será imposta. Quanto mais relevante o bem afetado, maior deverá ser a pena *in abstrato* prevista pelo legislador. Neste sentido, destaque o entendimento de Bitencourt (2018, p. 93):

> Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal — vedação do arbítrio (*Ubermassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade "*stricto sensu*": todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais.

Em um segundo momento, será realizada uma individualização judicial, que é a que ocorre no momento da sentença Esta será realizada de acordo com os parâmetros do Código Penal para fixação da pena, bem como de acordo com a pena mínima e máxima indicada pelo legislador para o delito praticado.

Por fim, seguindo a determinação constitucional, deverá haver também uma individualização executória ou administrativa, que é aquela que ocorre no momento do cumprimento de pena. Tal individualização está prevista no art. 5º da Lei de Execução Penal, e ocorrerá conforme os antecedentes e personalidade do condenado, fatores que influenciarão nas permissões de saída, na progressão de regime e na concessão do livramento condicional.

Acerca dos momentos de individualização da sanção penal, destaque-se o entendimento de Cléber Masson (2018, p. 50):

> No prisma legislativo, é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimendas cabíveis. A individualização judicial (ou jurisdicional) complementa a legislativa, pois esta não pode ser extremamente detalhista nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo magistrado, mediante a aplicação da pena, utilizando-se de todos os instrumentais fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal (pena privativa de liberdade), ou ainda ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art. 49). Finalmente, a

> individualização administrativa é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: retribuição, prevenção (geral e especial) e ressocialização.

Quanto aos critérios de individualização da pena adotados pelo Brasil, Masson (2018, p. 705-706) destaca que, no Direito Penal brasileiro, há dois sistemas principais: o critério bifásico e o critério trifásico. O primeiro, idealizado por Roberto Lyra, prevê que a pena deverá ser calculada em duas fases. Na primeira, a pena base seria fixada considerando as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Num segundo momento, incidiriam as causas de aumento e diminuição de pena.

Já o critério trifásico, elaborado por Nelson Hungria, sustenta que a pena deverá ser calculada em três fases. Na fixação da pena base, seriam consideradas apenas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Posteriormente, incidiriam as atenuantes e agravantes, e então, na terceira fase, as causas de aumento e diminuição de pena.

Segundo a doutrina amplamente majoritária, o art. 68 do Código Penal adotou o critério trifásico para aplicação da pena privativa de liberdade, ao passo em que, para a pena de multa, foi adotado o critério bifásico (art. 49, § 1º, do CP). Assim, atualmente, no Brasil, a pena é calculada em três fases distintas.

No primeiro momento, o juiz deverá fixar a pena base com fulcro no art. 59 do Código Penal, levando em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Considerando os critérios previstos pela lei, deverá o juiz estabelecer a pena base, sem ultrapassar o limite máximo e nem o limite mínimo previsto no tipo penal pelo legislador.

Num segundo momento, o juiz poderá reduzir ou aumentar a pena base aplicada, de acordo com a presença ou não de circunstâncias agravantes ou atenuantes previstas nos art. 61, 62, 63, 65 e 66 do Código Penal. As referidas circunstâncias legais podem ser de natureza objetiva (de acordo com o fato) ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

subjetiva (de acordo com o agente), não integram a estrutura do tipo penal e são de aplicação compulsória pelo magistrado (MASSON, 2018, p. 723-724).

Quanto às agravantes, estas estão previstas em um rol taxativo, não podendo o juiz considerar como agravante circunstância não prevista no Código Penal ou na legislação especial. Já as atenuantes estão previstas em um rol exemplificativo, na medida em que o art. 66 do Código Penal possibilita que qualquer circunstância favorável ao réu, anterior ou posterior ao crime, seja considerado pelo magistrado para reduzir a pena base fixada. Exemplificando, Damásio de Jesus afirma que o juiz deverá considerar circunstâncias como ser o "réu portador de doença incurável, influência religiosa, ser portador de defeito físico relevante" etc. (2014, p. 278).

Por fim, na terceira fase de dosimetria da pena, o julgador irá avaliar as minorantes (causas de diminuição de pena) e as majorantes (causas de aumento de pena) previstas na parte geral ou na parte especial do Código Penal ou da legislação especial, aplicando as frações correspondentes à obtida após a segunda fase da dosimetria, ou seja, à pena intermediária. Chegar-se-á, assim, à pena definitiva aplicável ao caso concreto.

Conforme narrado, é na segunda fase da dosimetria da pena que são avaliadas as circunstâncias atenuantes e agravantes, de modo a reduzir ou aumentar a pena base anteriormente fixada pelo juiz na primeira fase do cálculo da pena.

No entanto, por vedação expressa da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a incidência de circunstancias atenuantes não poderá reduzir a pena abaixo do mínimo legal previsto abstratamente pelo legislador para o delito praticado, o que gera uma controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade da referida Súmula.

3 DA SÚMULA 231 DO STJ

O enunciado da Súmula 231 foi publicado em 15 de outubro de 1999 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, e seu enunciado dispõe: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O referido enunciado de Súmula não possui caráter vinculante. Contudo, vem sendo aplicado de forma amplamente majoritária pelos Tribunais pátrios, bem como defendida pela doutrina majoritária. O conteúdo do enunciado determina que, na segunda fase de dosimetria da pena, ainda que presentes circunstâncias atenuantes aptas a reduzir a pena base obtida na primeira fase, esta não poderá ser reduzida aquém da pena mínima em abstrato prevista pelo legislador para o tipo penal em análise.

Ou seja, se num determinado caso concreto, considerando a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a existência de circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), o juiz fixou a pena base no mínimo legal, ainda que incidam atenuantes como a confissão espontânea, a menoridade relativa ou a existência de coação à qual podia resistir, não poderá o juiz reduzir a pena base anteriormente fixada, devendo assim desconsiderar as circunstâncias atenuantes existentes no caso concreto.

Ocorre que o artigo 65 do Código Penal estipula, sem qualquer ressalva, que a pena será atenuada sempre que for constatada a presença de uma das circunstâncias ali previstas, nos seguintes termos (grifo nosso): "Art. 65 - São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]". Malgrado não haja ressalvas acerca da impossibilidade de aplicação da atenuante, o Superior Tribunal de Justiça entende que estas não serão aplicáveis caso reduzam a pena abaixo do mínimo legal. Em uma análise crítica acerca dos precedentes que determinaram a edição da Súmula 231 do STJ, Aline Cássia Bozza (2014, p. 41-42, grifo nosso) afirma:

> O mais antigo, o REsp 7.287/PR (Rel. Ministro Willian Patterson, Sexta Turma, julgado em 16/04/1991, DJ 06/05/1991). O recurso foi interposto contra decisão que diminuiu a pena abaixo do mínimo em virtude da incidência de uma circunstância atenuante. No voto, o recorrente afirma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> que em nenhum momento da história foi permitido estabelecer pena inferior ao mínimo legal por causa de uma atenuante. O Relator citou trechos do recurso, em que o recorrente diz não ser possível agravantes e atenuantes levaram a pena para fora dos limites mínimos e máximos estabelecidos. Para isso fez referência a Damásio de Jesus (Direito Penal, vol. 1, p. 506, 1985) "em face de uma circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação de seu efeito é obrigatória. Isso porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo". [...] Passa-se a análise desse julgado. Inicialmente, mesmo que estivesse exato o primeiro argumento colacionado, o qual afirma que nunca na história fora permitido aplicar uma circunstância atenuante quando a pena base estivesse no mínimo, **apenas o fato de isso nunca ter ocorrido não pode ser motivo capaz de impedir que se reveja o tema, estudando-o de acordo com a Constituição Federal de 1988, e seus princípios norteadores**, pois o direito está em constante desenvolvimento. As doutrinas citadas nesse julgado se limitaram a afirmar que as circunstâncias atenuantes não podem incidir quando a pena base encontra-se no mínimo legal. Desta forma, **não houve sequer alguma explicação jurídica que justificasse a ocorrência de tal afirmação**. Em um ordenamento como é o brasileiro, pautado no princípio da legalidade, tal afirmação feita da maneira como foi, só seria possível se houvesse lei expressamente determinado essa imposição.

A autora (BOZZA, 2014, p. 47) afirma que nos recursos que foram utilizados para a edição da Súmula, um dos principais argumentos utilizados pelos Ministros do STJ era que, "ao incidir uma circunstância atenuante quando a pena

estivesse no patamar mínimo, estaria ocorrendo uma interferência entre os poderes, pois era o Legislativo quem ditava a pena, e o Judiciário não poderia de forma alguma diminuí-la". Porém, salienta que os próprios ministros reconheciam não haver proibição legal para tal redução (BOZZA, 2014, p. 51)

Numa análise detida dos diversos precedentes que foram considerados para edição da Súmula 231 do STJ, Bozza (2014, p. 54) conclui que os argumentos utilizados nos votos que serviram de precedentes carecem de fundamentação condizente com a Constituição Federal de 1988, ignoram os princípios trazidos pela Carta Magna, bem como não trazem explicação jurídica suficiente para o entendimento.

Assim, a autora entende que a referida Súmula é inconstitucional, pois viola o princípio da individualização da pena, da culpabilidade e da legalidade. Com posicionamento também contrário à Súmula 231 do STJ, Rogério Greco, ex-Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, expõe que (2017, p. 314):

> Objeto de muita discussão tem sido a possibilidade de se reduzir a pena-base aquém do mínimo ou de aumentá-la além do máximo nesse segundo momento de fixação da pena. O STJ, por intermédio da Súmula nº 231, expressou o seu posicionamento no sentido de que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Essa, infelizmente, tem sido a posição da maioria de nossos autores, bem como de nossos tribunais, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo. [...] Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma, categoricamente, que são circunstâncias que sempre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> atenuam a pena. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena- -base fosse fixada em seu grau mínimo?

Também discorrendo sobre o tema, Paulo Queiroz (apud BOZZA, 2014, p.47). ensina que "o que realmente importa é aplicar uma pena justa pra o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas e variáveis que o envolvem, e fundamentalmente, ainda que para tanto tenha de fixá-la aquém do mínimo legal."

Em crítica mais aflorada ao enunciado da Súmula 231 do STJ, Bitencourt (2018, p. 1242-1243) afirma:

> Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a diminuição da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal. Seria igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento de atenuante, previamente conhecida do

julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica.

No entanto, a doutrina majoritária é consonante com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, defendendo a legalidade da Súmula 231. Neste sentido, é o entendimento defendido por Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 909):

> Utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. [...] Parece-nos incorreta essa visão, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. O mesmo se dá com as agravantes. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador.

No mesmo sentido é a doutrina de Lycurgo de Castro Santos (O princípio de legalidade no moderno direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 15/182, apud NUCCI, 2017, p. 909-910):

> Com efeito, dois são os motivos pelos quais não se pode admitir tal individualização da pena abaixo do mínimo legal: em primeiro lugar contraria o princípio da legalidade, já que a pena mínima estabelecida pelo legislador é o limite mínimo a partir do qual a pena pelo injusto culpável cumpre seus pressupostos de prevenção especial e geral. Em segundo lugar, a adoção do critério de rebaixar a pena aquém do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

marco mínimo traz consigo um perigo, desde o ponto de vista político criminal, à segurança jurídica.

Neste contexto, conclui-se que, malgrado as crescentes críticas da doutrina acerca da inconstitucionalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, esta vem sendo aplicada de forma majoritária pelos Tribunais pátrios. Como fundamento, consideram os defensores que, a redução da pena aquém dos limites fixados pelo legislador, supostamente implicaria em violação à legalidade e ao princípio da separação dos poderes, bem como possibilitaria ao juiz uma maior discricionariedade na aplicação da pena.

4. DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA ISONOMIA

Malgrado a aplicação majoritária do enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça pelos tribunais pátrios, é possível observar que a aplicação da referida orientação implica em violação aos princípios constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB) e da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB).

Ora, o princípio da individualização da pena – consectário do princípio da igualdade material – determina que as singularidades do indivíduo e do fato a ele imputado devem ser consideradas quando do momento da aplicação da pena.

Neste contexto, a aplicação da Súmula 231 do STJ desrespeita a garantia da individualização da pena, na medida em que impede que o julgador de considerar as particularidades do caso concreto, adequando assim a pena ao merecimento do agente. Destarte, a aplicação da Súmula contribui para uma punição desproporcional e mais gravosa do que a efetivamente merecida (FREIRE, 2016, p. 27).

É exatamente nessa perspectiva que fica evidenciada a inconstitucionalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, pois ela não permite uma verdadeira individualização da pena. Basta considerar o fato de que ela poderá acarretar com que uma pessoa acabe por ser penalizada de forma desproporcional quando comparada com outro indivíduo que, apresentando mais circunstâncias desfavoráveis, acabará com a mesma pena.

A referida Súmula também viola o princípio constitucional da isonomia, em seu caráter material. A igualdade material determina que todos os seres humanos

recebam tratamento igual caso estejam na mesma situação fática, ao passo em que,se as situações forem distintas, deverão ser tratadas de formas diferentes.

Acerca do princípio da igualdade, ensina José Afonso da Silva (2014, p. 216-217):

> Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI, que já indicamos no n. 1 supra.
>
> A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.

Nesse sentido, percebe-se que além da afronta ao princípio da individualização da pena, a Súmula 231 também afronta o princípio constitucional da isonomia, dado o fato de tratar de forma igual réus que se encontram em situações distintas.

A aplicação da referida orientação do STJ acaba por gerar situações completamente contraditórias. Basta imaginar, por exemplo, o caso de duas pessoas (A e B) terem cometido o crime de roubo simples, tendo ambos menos de 21 (vinte e um) anos e tendo ambos confessado o crime em juízo. No entanto, A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apresenta antecedentes criminais como circunstância judicial desfavorável, ao passo em que B não apresenta nenhuma circunstância judicial desfavorável.

Ocorre que, na aferição da dosimetria, o juízo verifica que a pena base de A seria 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses em decorrência dos antecedentes, mas seria reduzida para 4 (quatro) anos em razão da incidência das atenuantes. Já para B, tanto a pena base quanto a pena definitiva ficariam em 4 (quatro) anos, tendo em vista que, em decorrência da Súmula 231 não seria possível a redução da pena aquém do mínimo legal.

Trata-se, portanto, de evidente afronta ao princípio da individualização da pena e da igualdade material, na medida em que a conduta de A, malgrado mereça uma reprovação maior, receberá o mesmo tratamento da conduta de B, o qual não possuía nenhuma circunstância desfavorável.

No mesmo sentido, e citando exemplo narrada no artigo de Letícia Caixeta Lima Bossi e Gylliard Matos Fontecelle, destaca Pedro Fellipe Araújo Freire (2016, p. 27):

> "Dois furtos cometidos por pessoas diferentes. A primeira praticou o crime sem a presença de qualquer circunstância legal, seja atenuante ou agravante. A outra, por sua vez, era menor de 21 anos ao tempo da ação (Art. 65, I, CP), furtou para alimentar seu filho que se encontrava desnutrido (Art. 65, III, a, CP) e confessou espontaneamente a prática do delito (Art. 65, III, d, CP). Em sentença penal condenatória, ambos tiveram a pena base fixada em seu mínimo. No entanto, o segundo agente não se viu beneficiado por três circunstâncias atenuantes, justamente em razão do disposto na Súmula 231 do STJ". E concluem: "Nota-se, ainda, que a aplicação da Súmula nega ao acusado o direito de ver-se beneficiado com uma circunstância atenuante, que é de aplicação obrigatória, fazendo com que réus em situações distintas, tenham tratamentos iguais". Diante do exemplo, indaga-se: merece o indivíduo que furtou para alimentar os filhos, confessou o fato

> e era menos de 21 anos, receber a mesma pena que o indivíduo que não faz jus a nenhuma circunstância atenuante? Nos parece que não.

Destarte, não resta dúvidas de que a incidência da Súmula 231 do STJ, a depender do caso concreto, acaba gerando situações de evidente afronta aos princípios da igualdade e da individualização da pena, ensejando assim o seu afastamento, sob pena de afronta aos referidos princípios. Neste sentido, destaque-se o entendimento de Rogério Sanches Cunha (2016, p. 419):

> Esta orientação, no entanto, merece críticas, pois, não existindo previsão legal, a proibição viola a legalidade. Aliás, não permitir ao juiz reduzir a pena intermediária aquém do mínimo quando diante de uma atenuante, significa impedi-lo de individualizar a reprimenda, culminando, não raras vezes, por tratar sentenciados com condições distintas, com penas iguais (afrontando a isonomia).

Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 563-564) destaca que a aplicação da referida Súmula também implicaria em violação da legalidade, bem como configuraria analogia *in malam partem*, a qual é vedada em nosso ordenamento jurídico:

> Não obstante, crescente posição minoritária admite atenuação da pena abaixo do mínimo da pena cominada, por duas razões principais: primeiro, não existe nenhuma proibição legal contra atenuar a pena abaixo do mínimo legal, porque o princípio da legalidade garante a liberdade do indivíduo contra o poder punitivo do Estado - e não o poder punitivo do Estado contra a liberdade do indivíduo; segundo, o critério dominante quebra o princípio da igualdade legal (no concurso de pessoas, o co-réu menor de 21 anos é prejudicado pela fixação da pena no mínimo legal, com base nas circunstâncias judiciais), porque direitos definidos em lei não podem ser suprimidos por aplicação invertida do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> princípio da legalidade. Aliás, a proibição de reduzir a pena abaixo do limite mínimo cominado, na hipótese de circunstâncias atenuantes obrigatórias, constitui analogia *in malam partem*, fundada na proibição de circunstâncias agravantes excederem o limite máximo da pena cominada - precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade. Mais não é preciso dizer.

Portanto, conclui-se que malgrado o entendimento doutrinário em contrário, que considera que a redução da pena abaixo do mínimo legal implicaria em violação à legalidade e a separação dos poder, tem-se que uma leitura do art. 65 do Código Penal, seja em sua literalidade, seja através de uma leitura pelo filtro constitucional – de cunho protetivo e garantista – revela a inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ, a qual viola os princípios da individualização da pena e da igualdade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise feita, verifica-se que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça gera intensa controvérsia doutrinária, malgrado sua aplicação recorrente nos Tribunais pátrios. Isto porque, de um lado, os defensores da Súmula alegam que a redução da pena aquém do mínimo fixado pelo legislador no tipo penal implicaria em violação á legalidade e à separação dos poderes. De outro lado, é sustentada a violação sobretudo ao princípio da igualdade e da individualização da pena, ambos de cunho constitucional.

Ocorre que é perceptível a referida Súmula implica em violação aos princípios da individualização da pena e da igualde, na medida em que, conforme demonstrado, ela acaba gerando situações contraditórias e desproporcionais, nas quais réus em situações distintas, acabam recebendo a mesma sanção penal de réus em situação mais gravosa, que possuem circunstâncias judiciais ou mesmo agravantes em seu desfavor.

Destarte, uma leitura constitucional do sistema de aplicação da pena previsto no Código Penal, bem como a literalidade do art. 65 conduzem à conclusão de que

é sim possível a redução da pena aquém da mínima prevista abstratamente, caso incidem atenuantes na situação concreta, sob pena de violação dos referidos princípios constitucionais.

Em razão de tais motivos, considerando a doutrina crescente neste sentido, de expoentes como Cezar Roberto Bitencourt, Juarez Cirino dos Santos, Rogério Greco e Paulo Queiroz, e com fundamento nos princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia, bem como no princípio da legalidade e na impossibilidade de analogia *in malam partem*, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da Súmula nº 231 do STJ.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. CARLOS BIANCA BITTAR, Eduardo; **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto; **Tratado de direito penal : parte geral 1**– 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOZZA, Aline Cássia. ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2014. 60 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1 o ao 120)** - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. - 6. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2018.

FREIRE, Pedro Fellipe Araújo; A Súmula 231 do STJ: Uma Análise Principiológica. JRevista Juris Rationis, Ano 9, n.1, p. 23-30, out.2015./mar.2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Juris_Rationis_v.9_n.1.02.pdf >. Acesso em: 15 set. 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado.** – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de; **Código Penal anotado/Damásio de Jesus**. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MASSON, Cleber; **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1** /12. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral I**. - 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILVA, José Afonso da; **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 38. ed. – São Paulo: MALHEIROS, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EFICIÊNCIA DA PERSECUÇÃO PENAL, CONSTITUCIONALIDADE E OUTROS ASPECTOS RELEVANTES

KEILA LACERDA DE OLIVEIRA MAGALHÃES GARCIA: Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa, com reconhecimento validado pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Consultora Legislativa da Assembleia Legislativa da Paraíba, aprovada no concurso de 2013.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo demonstrar características, natureza jurídica, condições e requisitos do acordo de não persecução penal. Foram feitas ponderações sobre os principais argumentos que envolvem a discussão da constitucionalidade ou não formal do acordo, já que foi instituído por resolução do Conselho Nacional do Ministério Público. Por derradeiro, foram trazidas algumas questões pertinentes sobre o assunto, como o momento da audiência de custódia para implementar a celebração do acordo e sua aplicabilidade ou não à Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal, eficiência da persecução penal

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the characteristics, legal nature, conditions and requirements of the non-prosecution agreement. Considerations were made on the main arguments involving constitutional or non-formal discussion of agreement, as it was instituted by resolution of the National Council of the Public Prosecution Service. Finally, some relevant questions were raised, such as the time of the custody hearing to implement the conclusion of the agreement and its applicability or not to the Maria da Penha Law.

Key words: non-criminal prosecution agreement, efficient criminal prosecution

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do princípio da eficiência. 3. Natureza jurídica do acordo de não persecução penal. 4. Sobre a questão da constitucionalidade do acordo. 5.Acordo de não persecução e audiência de custódia. 6. Requisitos e condições do acordo. 7. Acordo de não persecução e Lei Maria da Penha. 8. Considerações Finais. 9. Referências.

---

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Um dos principais problemas hodiernos da persecução penal são os longos anos pelos quais se arrastam os processos judiciais, com inúmeros recursos, muitas vezes, protelatórios, bem como várias formas de prescrição, culminando em muitos processos fadados à extinção de punibilidade por ausência de capacidade estatal de garantir o jus puniendi de forma eficiente.

No palmilhar acima descrito, a população perde a credibilidade na Justiça e acaba não levando ao órgãos estatais muitos crimes. São as nomeadas cifras negras, douradas, verdes, rosas, dentre outras, a depender do tipo de crime envolvido[1].

Uma das soluções apresentadas pela doutrina é justamente o acordo de não persecução penal, que visa evitar um processo judicial e os seus efeitos deletérios na vida de um cidadão, no tocante a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

2. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi introduzido na Carta Magna de 1988 pela emenda constitucional de número 19, de 1998. Isso não quer dizer que antes de sua expressa menção a Administração não necessitava de eficiência, podendo-se dizer que era um princípio implícito à teleologia de existir da própria Administração Pública, que recebe o dinheiro público para serviço da população, devendo prestá-lo da melhor forma possível.

Os órgãos de persecução penal também estão subordinados ao cumprimento deste princípio. Entretanto, pode-se dizer que tais órgãos passam por uma verdadeira crise institucional, em que não se consegue cumprir em um tempo razoável a prestação jurisdicional na esfera penal, devido a uma imensa multiplicação de processos, associados ao crescimento dos índices de violência nos últimos anos, havendo registro de cerca de 553 mil homicídios violentos intencionais nos dez últimos anos[2].

Nesta senda, o acordo de persecução penal é proposto como uma solução ao problema, deixando o processo judicial penal para casos de crimes mais graves, garantindo dois direitos fundamentais, quais sejam a razoável duração do

processo e a eficiência estatal, guardando mais recursos e mais tempo para solucionar crimes mais graves.

3. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Renato Brasileiro de Lima[3] explica que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é a de negócio jurídico extrajudicial, com necessária homologação pelo juízo competente.

Quando do seu surgimento na Resolução 181/2017 do CNMP[4], o art. 18 não previa o crivo do Poder Judiciário, o que foi amplamente criticado pela doutrina pátria. Em 2018, a Resolução 183 acrescentou ao acordo a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário, em consonância com a sistemática processual penal acusatória, em que claramente estão separadas as funções de acusar e de julgar.

Apesar de não haver propriamente a acusação e o julgamento no acordo, os papéis exercidos pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário são distintos, de modo que o Juiz deve velar pelos princípios que regem o direito processual penal, verificando a regularidade e legalidade do acordo.

É mister recordar que, no processo penal, enquanto o parquet exerce a acusação, quando encontrar justa causa suficiente, com materialidade e autoria delitiva, o Judiciário aplica o direito de punir quando há juízo de certeza, aplicando o princípio do favor rei quando necessário.

4. SOBRE A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO

Há argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade do acordo de não persecução penal. O principal argumento contrário à constitucionalidade do acordo é que ele foi estabelecido por resolução do CNMP, sendo que deveria ter sido regulado por lei formar, já que traz uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, de modo que a competência para legislar sobre processo penal é privativa da União, consoante art. 22, I, da Constituição.

Ademais, tal argumento é corroborado pela impossibilidade de comparação com a audiência de custódia, que também foi instituída por resolução (213/CNJ), haja vista haver previsão expressa no Pacto de São José da Costa Rica, norma supralegal do ordenamento pátrio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já os argumentos favoráveis contornam a necessidade de lei para excepcionar o princípio da obrigatoriedade com algumas alegações. A primeira delas diz respeito às regras de Tóquio (Resoluçao 45/110) das Nações Unidas, que versa no item 5.1:

> Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Nesta senda, o item exposto incentiva que quando adequado e suficiente à prevenção do crime e proteção da sociedade, tanto o Ministério Público quando a Polícia podem retirar procedimentos contra o infrator. É mister observar que a Polícia mencionada pelo item deve ser interpretada como a Polícia Judiciária ou quem a Lei der competência similar, sob pena de interpretação destoante do art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal[5], bem como ao que aduz o art.2º da Lei 12.830/13.[6] Ademais, como o Ministério Público é o titular da ação penal e um dos destinatários das investigações de Polícia Judiciária, caberia ao delegado a função de sugerir o acordo, com necessária participação do parquet e posterior homologação judicial.

Outra justificação favorável à constitucionalidade do acordo é a força normativa das resoluções do CNMP, de modo que esta retiram seu fundamento de validade da própria Constituição. Ademais, a Resolução 181 apenas trouxe aplicação aos princípios da eficiência, da proporcionalidade, da celeridade e do acusatório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há ainda a alegação de que o acordo em si não tem natureza processual, mas sim procedimental, pois perfilha-se no âmbito extrajudicial, não envolvendo denúncia, nem prestação jurisdicional, nem necessidade de contraditório. Por isso, à semelhança do procedimento de investigação criminal, não se submete ao crivo do art. 22, I, da Constituição.

Ademais, uma das bases legais para o acordo é o próprio art. 28 do Código de Processo Penal, o qual diz que o Ministério Público pode requerer o arquivamento, apresentando "razões" para tanto, as quais podem ser ou não homologadas pelo juiz, de modo que o Código não menciona quais as razões necessárias para o arquivamento, podendo o acordo de não persecução ser uma dessas razões.

Há ainda quem diga que o acordo de não persecução sequer tem natureza penal, diferenciando-se do plea bargain anglo saxão, já que este impõe uma sanção, enquanto que o acordo não aplica qualquer pena.[7]

Ademais, quem defende o acordo explica que se trata de uma política criminal exercida por membro do ministério público, que é agente político e titular da ação penal, detendo a prerrogativa de fixar as prioridades no exercício da persecução penal.

Destarte, é imperioso mencionar que já há projeto de lei 882/2019 em tramitação que tem o fito de incluir o art. 28-A no Código de Processo Penal e trazer ao âmbito de Lei formal o acordo de não persecução penal, dirimindo as discussões [8]

5. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Muito se discute se o acordo de não persecução penal pode ou não ser realizado na audiência de custódia. Uma primeira corrente doutrinária entende não haver tal possibilidade, uma vez que não se pode discutir o mérito da ação na audiência de custódia.

Já uma segunda posição, que parece prevalecer, ex vi do §7º do art. 18 da Resolução 181 do CNMP, aduz que há sim essa possibilidade, desde que haja respeito aos demais requisitos da Resolução. Entretanto isso não significa que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

acordo sempre deverá ser celebrado quando da audiência de custódia[9], cabendo ao parquet verificar o momento adequado de sua viabilidade.

Pelo princípio da eficiência e razoável duração do processo, é muito acrertado o momento inicial da audiência de custódia para esboçar uma proposta de acordo, desde que haja respeito à legalidade e proporcionalidade, evitando-se proposta apressada, sem averiguação sobre as reais delineações do caso concreto.

6. REQUISITOS E CONDIÇÕES DO ACORDO

O art. 18 da Resolução 181 traz alguns requisitos fundamentais para a celebração do acordo. São eles: pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, houver confissão formal e circunstanciada.

Percebe-se que a tendência é desafogar o Poder Judiciário, mas sem contemplar crimes violentos, pois este merecem um processo judicial efetivo, já que o bem jurídico violado é mais essencial, ultrapassando o liame patrimonial, atingindo a dignidade da pessoa humana, a integridade física/psíquica da vítima.

Já as condições do acordo são a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade; renúncia voluntária a bens e direitos instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social preferencialmente que proteja bens jurídicos semelhantes; outras condições impostas pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a prática delitiva imputada.

É vedado o acordo nos casos em que cabe transação penal, pois esta é mais favorável ao imputado, nem nos seguintes casos: dano superior a vinte salários mínimos ou parâmetro diverso definido pelo órgão de revisão, nos casos em que não se admite transação penal[10], o aguardo para cumprimento do acordo possa acarretar prescrição, delito for hediondo ou equiparado e a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

7. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E LEI MARIA DA PENHA

A política criminal da Lei 11.340/06 trouxe consigo uma tutela da violência doméstica absolutamente incompatível com a alegação de lesividade

mínima[11]. Não é por outra razão que há enunciados de súmula do Superior Tribunal de Justiça que veda a aplicação de institutos despenalizadores a delitos cometidos no contexto de violência doméstica.

São exemples desse entendimentos os verbetes sumulares 536, 588 e 589, os quais proíbem a aplicação de suspensão condicional do processo, transação penal, substituição de pena por restritiva de direitos e do princípio da insignificância.

Pelas mesmas razões, ainda que seja cometido um crime sem violência no contexto de relação doméstica e familiar contra a mulher, não há que se falar em acordo de não persecução penal, pois os bens jurídicos tutelados da Lei Maria da Penha ultrapassam a violência física ou grave ameaça, violando a própria dignidade da pessoa humana, na esfera íntima e essencial da mulher.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, é mister colacionar a importância do acordo de não persecução penal como uma das soluções para a verdadeira crise que assola a persecução penal seletiva no Brasil. O processo judicial penal deveria ser destinado a crimes mais graves, desafogando o Judiciário com tutelas que poderiam ser resolvidas em ótica semelhante ao sistema multiportas do Judiciário, implantado com métodos autocompositivos e até heterocompositivos.

Entretanto, isso não significa impunidade, pelo contrário, traz uma resposta célere e sensação de Justiça, tendo em vista que a vítima deve ser ressarcida, já que uma das condições do acordo é a reparação do dano ou restituição da coisa.

9. REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. in: CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de não persecução Penal. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.p. 266.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal in: CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de não persecução Penal. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 7ª ed. Rev. Ampl. e Atual. Salvador: Ed. JusPodivm,2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. in: CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de não persecução Penal. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689, 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei nº 9.099, 26 de setembro de 1995.

BRASIL. Lei nº 12.830, 20 de junho de 2013.

Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em 22/09/2019.

Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432. Acesso em 22/09/2019.

Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf. Acesso em 22/09/2019.

NOTAS:

---

[1] Cifras negras: sentido genérico de crimes que não chegam às agências estatais. Cifras douradas: crimes contra o patrimônio que não chegam às agências estatais. Cifras verdes: crimes ambientais que não chegam às agências estatais. Cifras rosas: crimes de homofobia que não chegam às agências estatais.

[2] Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432. Acesso em 22/09/2019.

[3] LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 7ª ed. Rev. Ampl. e Atual. Salvador: Ed. JusPodivm,2019.P. 200

[4] Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf. Acesso em 22/09/2019.

[5] Art. 144(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.
[6] Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.
§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais
[7] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal in: CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de não persecução Penal. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.p. 32
[8] Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em 22/09/2019.
[9] SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. in: CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de não persecução Penal. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 141.
[10] Condenação definitiva por crime à pena privativa de liberdade, anterior benefício de transação nos últimos cinco anos e circunstâncias judiciais desfavoráveis. (art. 76, §2º, da Lei 9.099/95).
[11] BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. in: CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de não persecução Penal. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.p. 266.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ACESSO INTEGRAL AO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

DANIEL DAL PONT ADRIANO: Pós-Graduado em Direito Ambiental – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Constitucional – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduação em Direito Penal – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito do Idoso – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Civil – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito da Criança e do Adolescente – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Constitucional – Anhanguera Uniderp. Bacharel em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – UF.

RESUMO: O presente estudo visa analisar a sistemática do direito à saúde, a ser prestado de forma integral e universal pelo Poder Público, e sua compatibilização com os requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.657.156, de Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, publicado em 4 de maio de 2018.

PALAVRAS-CHAVE: saúde, direito fundamental, dignidade, universalidade, integralidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ACESSO INTEGRAL AO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 2.1. DO DIREITO À SAÚDE. 2.2. ACESSO A MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

---

1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde possui sede constitucional e se encontra indissociável do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Precipuamente compete ao Poder Público efetivar referido direito fundamental de segunda

dimensão, a fim de que o indivíduo possa gozar de suas prerrogativas fundamentais.

Contudo, por vezes existem situações fáticas que as políticas públicas de acesso à saúde, informadas pelos princípios da universalidade e integralidade, não são o bastante para atender a todos as demandas sociais postas a sua apreciação.

Pretende-se abordar a temática do fornecimento de medicamentos como política pública estatal, notadamente quanto a problemática da entrega de fármacos que não sejam incorporados nas listas oficiais de assistência com base em precedente obrigatório firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1657156/RJ.

A relevância do tema é inegável, especialmente por causa dos diários entraves postos ao efetivo acesso integral à saúde.

2. ACESSO INTEGRAL AO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.

2.1. DO DIREITO À SAÚDE

As Constituições pretéritas não salvaguardavam a integralidade do acesso à saúde como direito subjetivo do cidadão. A Constituição Imperial fazia menção à garantia de socorros públicos (artigo 179, item 31), ao passo que a Carta de 1891 implicitamente assegurava o aludido direito por intermédio da genérica expressão segurança individual aos indivíduos.

A primeira Constituição Social do Brasil (Constituição de 1934) previu a existência de normas programáticas e conferiu à União e aos Estados a competência concorrente para o trato da saúde e assistência públicas, bem como garantiu assistência médica e sanitária às gestantes e aos trabalhadores, senão vejamos:

> Art 10. Compete concorrentemente á União e aos Estados: (...)
> II - cuidar da saúde e assistência públicas;
>
> [...]
>
> Art 121. A lei promoverá o amparo da producção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz. § 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> collimem melhorar as condições do trabalhador: (...) h) assistencia medica e sanitaria ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuizo do salário e do emprego, e instituição de previdencia, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de accidentes de trabalho ou de morte;

Não obstante o tratamento constitucional da matéria, o que se observou na realidade social subjacente fora a falta de efetividade das referidas normas programáticas. As Cartas Magnas de 1937, 1946 e 1967 mantiveram a proteção dos trabalhadores, mas restringiram a competência legislativa referente à saúde para a União Federal.

Sem prejuízo a análises valorativas, é cediço que a primeira Constituição desta República a estabelecer o direito à saúde como verdadeiro direito fundamental de todos os indivíduos e de incumbência do Poder Público foi a Constituição de 1988. Houve uma descentralização da competência para a tutela da saúde pública, a qual passou a ser comum de todos os Entes desta Federação (artigo 23, inciso II, da Constituição Federal).

Cumpre consignar que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), vetor axiológico máximo que rege o ordenamento jurídico nacional, constitui importante elemento irradiador dos demais direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivos. Nesse diapasão a atual Constituição da República estabelece o direito à saúde como direito social e o assegura como:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse diapasão lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 675):

> É no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu respectivo objeto (no caso da dimensão positiva, trata-se de prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.) com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade atribuída ao ser humano é essencialmente da pessoa humana viva. O direito à vida (e, no que se verifica a conexão, também o direito à saúde) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana.

Consoante classificação de Karel Vasak e Paulo Bonavides, o direito fundamental à saúde corresponde a um direito de segunda dimensão e assume *status* positivo do indivíduo perante o Estado em sentido lato. São os direitos prestacionais, nos quais o cidadão possui o direito subjetivo e a possibilidade de instar o Poder Público para que este os realize e os assegure. No caso do direito à saúde, como ramo da assistência social, manifesta-se por intermédio dos serviços públicos prestados pelo Sistema Único de Saúde (e também particulares conveniados), consoante expressa disposição constitucional:

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
>
> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
>
> I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
>
> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
>
> III - participação da comunidade.

Destarte, a prestação integral à saúde é direito de todos e obrigação do Estado *lato sensu*, compreendido neste conceito a União, Estados-membros e Municípios, de modo que lhe cabe assegurar o adimplemento da obrigação estatal referente ao fornecimento dos meio necessários à preservação de sua saúde. No

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

âmbito infraconstitucional o legislador preconizou as balizas para o acesso ao Sistema Único de Saúde com a publicação da Lei n. 8.080/1990.

Em relação à responsabilidade na efetividade do direito fundamental à saúde, em que pese a ainda fracassada tentativa dos Entes Federativos tentarem se eximir de sua responsabilidade constitucional e transferi-la para outra Fazenda Pública, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento, em recurso repetitivo representativo de controvérsia, de que a responsabilidade pelo referido direito fundamental é comum e solidária dos três Entes Federativos, sendo descabida qualquer tentativa de chamar ao processo eventual corresponsável, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTADO.
>
> CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. ART. 77, III, DO CPC.
>
> DESNECESSIDADE.
>
> Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC 1. O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde.
>
> Precedentes do STJ.
>
> 2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende que "o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios", e "o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar

> a devida prestação jurisdicional", razão por que "o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida" (RE 607.381 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011). Caso concreto 3. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido negou o chamamento ao processo da União, o que está em sintonia com o entendimento aqui fixado.
>
> 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art.
>
> 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.
>
> (REsp 1203244/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 17/06/2014)

Na solidariedade compete a todos, ou qualquer dos obrigados, cumprir o comando ao qual foi vinculado pela Carta Magna, não podendo mera estrutura organizacional do Sistema Único de Saúde ser oponível ao direito de acesso à saúde, tendo em vista que a Constituição Federal prevê, prioritariamente, a redução do risco de doença e de outros agravos.

Aludido entendimento se fundamenta precipuamente no reconhecimento do direito fundamental à saúde como garantia inviolável e direito público subjetivo do cidadão. Colocar qualquer entrave ou burocratização ao acesso seria transformar a norma programática constitucional – que possui aplicabilidade imediata, por expressa dicção do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal – em promessa constitucional inconsequente. A respeito do tema já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

> O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (ARE 743841 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013)

O Sistema Único de Saúde é regido precipuamente por três princípios. Sob o prisma da universalidade, incumbe ao Poder Público prestar os serviços atinentes à efetivação do direito prestacional à saúde para toda a população, independentemente de qualquer fator pessoal ou diferenciado.

O princípio da equidade visa diminuir as desigualdades, sendo reflexo do princípio da isonomia material, de modo que se deve tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de forma desigual (Rui Barbosa e a Oração dos Moços). O princípio da integralidade dispõe que se deve atender a todas as necessidades da pessoa e pressupõe a articulação dos serviços de saúde com demais políticas públicas para assegurar aos indivíduos uma satisfação superior ao primado do direito à saúde.

Entretanto, a previsão dos aludidos princípios merece ser interpretada com temperamentos, uma vez que inexistem direitos fundamentais absolutos e o direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, merecem interpretação conforme a realidade social subjacente e consoante a interpretação por intermédio do princípio da proporcionalidade.

2.2. ACESSO A MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Considerando que o ordenamento jurídico preconiza a integralidade e universalidade do acesso aos serviços públicos de saúde, por muitos anos se discutiu o caráter absoluto ou relativo dessas características, de modo a se compelir os Entes Federativos a entregar medicamentos incorporados pelo Sistema Único de Saúde, bem como aqueles ausentes dos róis fixados nas políticas públicas dessa seara.

A partir da solidificação do neoconstitucionalismo, cuja uma das características principais consiste no fortalecimento da jurisdição constitucional, verifica-se que o ativismo judicial ganhou forças na correção das más escolhas trágicas do administrador público.

O controle judicial das políticas públicas advém do princípio da inafastabilidade da jurisdição e ocorre nos casos em que há inércia estatal na consecução de políticas públicas destinadas a efetivar direitos fundamentais. Referida omissão constitucional ofende a Constituição Federal e os direitos que nela se fundam.

O caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive aquelas programáticas, impõe limitações à discricionariedade administrativa e, tendo em vista que as disposições referentes aos direitos e garantais fundamentais gozam de aplicabilidade imediata, como forma de outorgar concretude fática, não se insere no juízo de conveniência e oportunidade a função típica do Poder Executivo em implementar políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial. As promessas constitucionais, portanto, devem ser observador por todos os atores públicos.

A ausência de eventuais limitações orçamentárias não ilide o dever estatal de promover as medidas destinadas à materialização do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Nesse diapasão, não se cogita suposta infração ao princípio da reserva do possível. Cumpre registrar que não se ignora que o adimplemento das cláusulas constitucionais pelo Poder Público depende, sobremaneira, de prévio orçamento para fazer valer os direitos fundamentais.

Contudo, descabida a invocação do princípio da reserva do possível "*com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*" (STF, RE 482611, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 23/03/2010, DJe-060 Divulgado em 06/04/2010 Publicado em 07/04/2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o objetivo de assegurar as promessas constitucionais relacionadas à efetivação do direito fundamental à saúde, a Lei n. 8.080/1990, ao regulamentar o Sistema Único de Saúde, assegurou a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, por intermédio da formulação de política pública de medicamentos (artigo 6º, incisos I, alínea "*d*" e IV). A respeito do tema, assim dispõe a legislação citada:

> Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6o consiste em:
>
> I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;
>
> II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.
>
> Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:
>
> I - produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;
>
> II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.
>
> Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados

em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Depreende-se do arcabouço legislativo exposto alhures que uma das formas de prestar o atendimento à população se caracteriza pelo fornecimento dos ditos medicamentos padronizados, que são aqueles incorporados nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde (RENAME e REMUME), e que possuem o escopo básico de atender as moléstias que acometem a população.

Para tanto se faz necessária a apresentação de atestado médico que prescreve o insumo medicamentoso pretendido, a ser fornecido por médico conveniado à rede pública de saúde.

Entretanto, é cediço que as doenças se manifestam de forma diversa em cada organismo e um medicamento que pode ser recomendado para determinada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pessoa, pode conter contraindicações para outra. A eficácia de um fármaco para um indivíduo não significa, necessariamente, que será meio hábil a tratar a moléstia de outrem.

Diante disso advém a discussão acerca da possibilidade – ou impossibilidade – de se determinar, pela seara jurisdicional, que o Poder Público entregue à população medicamentos que não estejam incorporados pelo Sistema Único de Saúde, embora aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Nesse tema, esclarecem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 675/676):

> Uma das grandes dificuldades com as quais nos deparamos diz respeito à tarefa de identificar quais os efeitos que podem ser extraídos das normas constitucionais que conformam o direito à saúde. Além disso, resulta problemático estabelecer os contornos do que constitui o objeto do direito à saúde e os seus limites objetivos e subjetivos.
>
> [...]
>
> Em outras palavras, cuida-se de saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente deste aspecto, qual o nível dos serviços a serem prestados. Em suma, pergunta-se se o particular (qualquer um ou apenas os que comprovarem carência de recursos para manutenção de um plano de saúde privado?) poderá ter acesso, por exemplo, além de aos serviços essenciais na esfera médica, a atendimento odontológico, psicológico, serviços de fisioterapia etc. Ademais, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos da melhor qualidade (equipamento de última geração, quarto privativo em hospitais etc.)? Cuida-se, também neste particular, do clássico dilema do Estado Social no que concerne às suas funções precípuas, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para a autoajuda), ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> se deve (a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão ótimo nesta seara.

Não se pode olvidar que na atual fase do constitucionalismo o ativismo judicial, por intermédio da determinação de políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial, torna-se indispensável para a concretização dos direitos fundamentais, especialmente pelo fato público e notório da reiterada persistência dos administradores públicos efetivarem os direitos fundamentais estampados na Constituição da República.

Todavia, o fato do Poder Judiciário se imiscuir na atividade típica da administração pública não afronta o princípio da separação dos poderes.

Com efeito, diante da complexidade das relações sociais vivenciadas em sociedade, "*Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora*". José Afonso da Silva (2014, p. 111) explica que "*A ampliação de atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e deste com o judiciário, [...]*".

Sobre o tema, elucida Moraes (2015, p. 426) que inexiste "*qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação dos poderes e dos direitos fundamentais como requisito sine qua non para a existência de um Estado democrático de direito*". Arremata o doutrinador:

> Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentre de um mecanismos de controle recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (checks and balances)

Inconcebível pensar que o princípio da separação dos poderes, originariamente concebido para limitar o poder estatal e assegurar liberdades individuais, possa ser obstáculo á prestação dos direitos sociais, especialmente no ramo da saúde pública, que está contida no núcleo do mínimo existencial.

Tendo como base referidas premissas, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Repetitivo e, portanto, de observância obrigatória,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estabeleceu que o Poder Público pode ser compelido a fornecer medicamentos não incorporados nas listas oficiais de assistência, desde que atendidos aos requisitos assim estabelecidos:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.
>
> TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015.
>
> FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.
>
> [...]
>
> 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.
>
> 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: **(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.**
>
> 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.
>
> (REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018, sem grifos no original)

Depreende-se que o Tribunal da Cidadania resguardou o acesso à medicamentos que não estejam padronizados no âmbito do Sistema Único de Saúde, mas não de forma indiscriminada ou negligente, mas sim de acordo com critérios objetivamente esclarecidos.

Considerando a inexistência de direitos fundamentais absolutos (a não ser, segundo a doutrina internacional, referente ao direito de não ser escravizado e torturado) a decisão transcrita alhures compatibiliza o acesso à saúde e o princípio da proporcionalidade, uma vez que, de fato, incabível o fornecimento irrestrito de qualquer medicamento por parte do Poder Público sem qualquer aferição da necessidade e ineficácia dos fármacos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde.

Isso porque, quando instado, o Poder Judiciário se simpatiza com a micro justiça, olvidando-se, por vezes, da macro justiça e os impactos que uma decisão judicial pode ter perante a coletividade. Destaca-se que se coaduna com o entendimento de que o Estado *lato sensu* deve fornecer os meios hábeis para que a população tenha o devido acesso ao direito à saúde, mas de forma objetiva, impessoal e com a devida razoabilidade.

A propósito, assim defendem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 676):

> Considerando o exposto, convém registrar que, se a posição adotada é, de fato, em prol do reconhecimento, no caso concreto e a depender das circunstâncias, até mesmo de um direito originário a prestações na esfera da saúde, não se está a chancelar aqui – pelo menos não automaticamente – a tese da gratuidade absoluta dos serviços públicos de saúde, no sentido de uma impossibilidade de qualquer tipo de cobrança pelo uso do sistema público de saúde. Ao contrário do que pretende expressiva doutrina, 703 não há como deduzir (pelo menos não de modo cogente) do princípio da universalidade um princípio da gratuidade do acesso, visto que acesso igualitário e universal (como expressamente enuncia o art. 196 da CF) não se confunde – pelo menos não necessariamente – com um acesso totalmente gratuito, e isso por mais de uma razão.
>
> [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Além disso, o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde. Considerando que a própria Constituição autoriza a existência de sistemas privados de prestação de serviços de saúde (pagos diretamente pelas pessoas que a estes sistemas resolvem aderir), além do fato de cada vez mais vozes sustentarem que o particular que contribui para plano de saúde privado não poderá ser atendido pelo SUS, já se vislumbra que a gratuidade em qualquer caso se revela como questionável.

Tendo isso em foco, infere-se a existência de um sem número de medicamentos inclusos nas listas oficiais de assistência e para que o indivíduo possa fazer uso de algum outro fármaco ausente das relações de assistência pública deve atentar a três requisitos.

O primeiro compreende a "*comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS*".

Ora, se existem medicamentos fornecidos gratuitamente à população, não pode o particular pretender o fornecimento de outro por mera conveniência, oportunidade ou por ser mais confortável o uso de um em detrimento de outro. Interpretar da aludida forma é subverter o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Cabe unicamente ao profissional da área médica prescrever o medicamento a ser utilizado pelo paciente, de acordo com seu quadro clínico e as especificidades da patologia diagnosticada. Dessa forma, o profissional que assiste o paciente deve prescrever, fundamentadamente, o medicamento não padronizado e justificar os motivos por sua escolha. Ademais, a justificação acerca da ineficácia do medicamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde também é inafastável.

Nesse sentido também entende o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "*O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário*

a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. (...)". (1ª Turma. RE 831.385 AgR/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 06/04/2015).

O segundo requisito se resume a comprovação da "*incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito*", também conhecida como hipossuficiência financeira, deve ser analisado casuisticamente.

Não se exige comprovação de pobreza ou miserabilidade. Uma pessoa que aufere um salário mínimo por certo não possui condições de arcar com um tratamento mensal de trezentos reais. Nesse diapasão, consigna-se que um empresário que percebe dez mil reais mensais também carece de recursos financeiros para adquirir um tratamento de alto custo, na casa dos dois milhões de reais. A hipossuficiência é concreta, e não abstrata.

A Corte da Cidadania acertadamente deixou de fixar um percentual, deixando essa análise ao julgador, principalmente pela diversidade social que assola esse país de dimensões continentais.

A respeito dessa temática, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, pp. 678/679) aduzem que:

> Seguindo esta linha argumentativa, não se poderá olvidar que o princípio da
>
> proporcionalidade também opera nesta esfera, de modo que se pode questionar o quanto se afigura como proporcional (e até mesmo razoável) que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado (sem o comprometimento de um padrão digno de vida para si e sua família, e sem prejuízo, portanto, do acesso a outros bens fundamentais, como educação, moradia etc.) possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição, o sistema público de saúde nas mesmas condições que alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal. O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda. Em termos de direitos sociais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> (e, neste caso, existenciais) básicos, a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade. Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual aos desiguais) – compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas também pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que este pode esperar do Estado), revela que no mínimo o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui a regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, como, de resto, já vem ocorrendo em parte da doutrina e até mesmo na esfera jurisprudencial.

Por derradeiro, a jurisprudência demanda a "*existência de registro na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência*" (redação dada após o julgamento dos Embargos Declaratórios interpostos no REsp n. 1657156/RJ).

Referido critério observa a prescrição legal contida no artigo 19-T, da Lei n. 8.080/1990:

> Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:
>
> I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;
>
> II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

A intenção do legislador ordinário ao prever referida vedação consiste na proteção do indivíduo dos medicamentos experimentais, sem comprovação efetiva de sua eficácia, efetividade e segurança. Contudo, referida norma não merece interpretação literal ou absoluta.

Há casos em que medicamentos aprovados por agências estrangeiras (FDA e EMA) possuem ampla aceitação e estudos científicos acerca da eficácia e alto grau de cura. Por vezes inexiste interesse do próprio laboratório em submeter o medicamento para a aprovação da ANVISA, por questões comerciais e/ou

financeiras, ou entraves democráticos para a inclusão do medicamento no mercado nacional.

Sendo assim, ainda que o referido precedente obrigatório imponha a vedação exposta alhures, em determinados casos, a depender da análise do caso concreto e do conjunto probatório amealhado no processo, na opinião deste autor, torna-se possível o deferimento, pelo magistrado, de pedido no sentido de se autorizar, de forma excepcional, o fornecimento de medicamento ainda não aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, mas desde que fundamentada sua eficácia e segurança por outras agências também merecedoras de igual crédito às decisões da ANVISA.

Desse modo, uma vez preenchidos os três requisitos mencionados, inexiste qualquer óbice para que o Poder Judiciário determine que o Poder Público forneça, em prazo razoável, um medicamento não incorporado nas listas oficiais de assistência do Sistema Único de Saúde, a fim de salvaguardar o direito fundamental à saúde, umbilicalmente interligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exposto alhures, inegável que o direito fundamental à saúde, por vezes, recebe entraves do poder público para sua integral satisfação.

Especialmente no tocante ao fornecimento de medicamentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde se depreende que os requisitos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça em precedente de observância obrigatório se coadunam com a macro e micro justiça atinente à entrega de medicamentos.

Isso porque o Poder Público possui política pública nessa seara, a qual em determinadas situações fáticas se torna incompleta e omissa. Diante disso, descabe manter determinado cidadão privado do acesso ao direito subjetivo à saúde por mera justificativa de que o medicamento não se encontra padronizado no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A autorização para o fornecimento em caráter excepcional, atendidos aos requisitos expostos, atende ao princípio da proporcionalidade e ao postulado da relatividade dos direitos fundamentais.

Somente àqueles que possuam justificativa técnica adequada para utilizar um fármaco específico e não incorporado nas listas oficiais de assistência e que não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

possuam recursos financeiros suficientes sem comprometer sua subsistência podem ter acesso aos medicamentos não incorporados no SUS, desde que os insumos possuam registro prévio na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Por derradeiro, impende destacar que os pressupostos fixados também não merecem ser interpretados de modo absoluto e, a depender da especificidade do caso concreto, também merecem flexibilização, como no caso do registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a fim de se salvaguardar, com primazia, o direito fundamental à saúde.

4. REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo; BRASIL. **Constituição Federal anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Antônio Dionísio. **Controvérsias constitucionais atuais**. Porto Alegre: Do Advogado, 2014.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12. ed. São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. **Constituição interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais**: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Michelle Emmanuella de Assis. **Direito à saúde: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper**. São Paulo: 2016. Disponível em:

<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/12251/8480/>.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO DE PROPRIEDADE FACE À EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA.

THOMAS BRYANN FREITAS DO NASCIMENTO: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará; pós graduado em Direito Público; Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

RESUMO: Este artigo tem como pretensão analisar as modificações pelas quais passou o direito de propriedade, acompanhando a evolução do Movimento Constitucionalista, desde a Antiguidade Clássica, e o ápice do pensamento liberal no século XVIII, até os dias atuais. O objetivo final é delinear os contornos que o direito de propriedade assumiu no Estado Democrático de Direito atualmente vigente na Ordem Constitucional Brasileira.
Palavras-chave: Direito de Propriedade. Movimento Constitucionalista. Estado Democrático de Direito.
ABSTRACT: This article aims to analyze the changes that the right to property went through, following the evolution of the Constitutionalist Movement, from Classical Antiquity, and the rise of liberal thought in the eighteenth century, until the present day. The final objective is to outline the contours that the right of property assumed in the Democratic Rule of Law currently in force in the Brazilian Constitutional Order.
Keywords: Property Law. Constitutionalist Movement. Democratic State of Law.
SUMÁRIO: Introdução. 2. Direito de Propriedade. 3. O Movimento Constitucionalista e a evolução do direito de propriedade. 4. O direito de propriedade no atual Estado Democrático de Direito. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Não é com dificuldade que se define propriedade como o direito de dispor, usar ou fruir de um bem, reclamando-o de quem, ilegitimamente, o possua. No entanto, em observância ao Texto Constitucional de 1988, percebe-se que este conceito é bastante reducionista. Atualmente, é pacífico entre os constitucionalistas que o Estado Social e Democrático de Direito alargou o conceito de propriedade, atribuindo-lhe o ônus de observar a chamada Função Social. Hoje, a propriedade deixa de ser um direito individual ilimitado e curva-se a serviço da Justiça Social.

A pretensão deste trabalho, é demonstrar, de forma clara e simples, que as exigências que, hoje, recaem sobre a propriedade devem ser entendidas como resultado, inevitável, da evolução do Movimento Constitucionalista e das respectivas Declarações de Direitos. É por meio de análise desta evolução que se objetiva compreender o modo como a propriedade foi recepcionada pela

Constituição Federal de 1988. Não se almeja desenvolver, com profundidade e pormenores, os tipos de propriedades, os desdobramentos deste direito ou, mesmo, seus instrumentos de limitação. Apenas, é proposta uma discussão teórica do sentido do direito de propriedade, em face do Constitucionalismo, possibilitando a compreensão das exatas proporções atuais deste direito.

2. Direito de Propriedade.

No artigo 5º da Constituição Federal de 1988, incisos XXII e XXIII, está expresso, respectivamente:

Art. 5º XXII – é garantido o direito de propriedade.

Art. 5º XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

É partindo destes dois dispositivos, principalmente, que a Doutrina Brasileira contemporânea tem desenvolvido um conceito moderno de propriedade: o direito de usar, fruir, gozar de um bem, reivindicando de que o possua de forma ilegítima, acrescido e inseparável, do ônus de submetê-la à satisfação da Função Social. Há certa unanimidade entre os estudiosos do Direito Constitucional em admitir que a propriedade já não pode ser compreendida de modo absoluto, inquestionável, sagrado. Ela deve sofrer limitações, a fim de garantir a satisfação de seu papel enquanto instrumento de estabilização da vida social. Estas limitações são estabelecidas pelo legislador, atento às necessidades e transformações sociais de cada momento. É desta forma, que autores como José Afonso da Silva firmam o entendimento de que o completo sentido do Direito de Propriedade somente pode ser compreendido em observação às disposições da legislação ordinária, obedecido o núcleo geral instituído pela Constituição, ou seja, a defesa da liberdade privada diante da propriedade, associada ao cumprimento da Função Social.

O professor Gilmar Ferreira Mendes alarga este entendimento afirmando que a propriedade, embora direito subjetivo reconhecido, não pode ser vislumbrada integralmente, se lhe é negado o caráter de "garantia institucional". Diferente do direito à vida, ou ainda, do direito à liberdade, que estão, diretamente, relacionados à própria existência digna do ser humana, e, desta forma, indispensáveis em qualquer hipótese, a propriedade é elevada à condição de direito fundamental apenas por iniciativa do legislador. O direito de propriedade não está, necessariamente, vinculado à própria noção de natureza humana. Nas palavras do ilustre Ministro do Supremo Federal: "(...) é a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade (...). A proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de sucessão não teria, assim, qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade (...)". Seguindo este raciocínio, o autor conclui que "confia-se ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado".[1]

Com enorme respeito às idéias dos eméritos constitucionalistas citados, apenas não compartilhamos da grande responsabilidade que ambos atribuem à função legislativa na construção do direito de propriedade. Aderimos, neste ponto,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

à argumentação de Fábio Konder Comparato, que, foca sua análise na evolução do direito de propriedade desde a Antiguidade até alcançar o modo como descrito na Carta Constitucional Brasileira, ressaltando que já entre as civilizações mais primitivas, a propriedade aparece como elemento inseparável das relações humanas.

Antes de maiores compreensões acerca do status jurídico da propriedade no ordenamento constitucional vigente, deve-se compreender a evolução deste instituto ao longo da História.

3. O Movimento Constitucionalista e a evolução do direito de propriedade.

O professor José Afonso da Silva esclarece que, primordialmente, a propriedade era compreendida como uma relação jurídica entre o possuidor e a coisa. No entanto, quando se entendeu que só pode haver relação jurídica entre dois sujeitos de direito, a propriedade tornou-se o poder ou domínio exclusivo que o proprietário exerce sobre seus bens.

É com muita autoridade que o professor Fábio Konder Comparato analisa as formas das quais o direito de propriedade revestiu-se ao longo da evolução das civilizações humanas.

Na Antiguidade Greco-Romana, a propriedade pertencia, essencialmente, ao gens ou grupo familiar; e este domínio estava sob a proteção dos deuses, revestindo-se de uma conotação religiosa. Logo, a propriedade era percebida entre os antigos povos latinos como algo sagrado, intocável, protegido pelas divindades e, dessa forma, insuscetível a qualquer condição, limitação ou dever.

Já na Idade Moderna, com o advento da sociedade burguesa, entre os séculos XVIII e XIX, o conceito de propriedade foi limitado à utilidade econômica que um bem representava para seu possuidor, ensejando a constituição de um poder absoluto e incondicionado. Assim como na Antiguidade, a propriedade era percebida como direito exclusivo, irrestrito e ilimitado, atuando como uma garantia contra as arbitrariedades do Estado, em uma sociedade que vivia sob as ameaças do Absolutismo. Na época burguesa, no entanto, o pressuposto ético deixa de ser a religiosidade e torna-se o Direito Natural, ligado à inviolabilidade da subsistência e liberdade dos indivíduos. Estava materializada, na propriedade privada, a perspectiva dos Direitos Humanos de Primeira Geração, ou seja, impunha-se ao Estado uma postura negativa, omissa, não interventora e abstencionista em face da propriedade dos sujeitos sociais. Aos demais particulares cabia também o ônus de respeitar a propriedade dos demais sujeitos de direito.

Este entendimento permeava as idéias dos pensadores iluministas: Rousseau, citado por Comparato, defendia: "(...) o fundamento do pacto social é a propriedade, e sua primeira condição é que cada qual se mantenha no gozo tranqüilo do que lhe pertence." Ainda segundo o contratualista, a propriedade representava o fundamento de todo e qualquer direito e sua abolição representaria a ruína de qualquer Estado de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As declarações de Direitos da Época Liberal, como o Bill Of Rights, a Declaração de Virgínia e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, apresentavam a propriedade privada, ao lado da liberdade individual e segurança pessoal, como direitos naturais, imprescritíveis e inseparáveis do ser humano.

Ainda no Estado de Direito Liberal, era nítida a separação entre a sociedade civil (a vida privada) e o Estado (a sociedade política). Nesta dicotomia, a propriedade ocupava lugar reservado e restrito ao âmbito do direito privado, indiferente à vida política e social.

Este argumento foi o principal alvo de críticas pelo movimento marxista, segundo o qual o Estado acaba sendo transformado em uma Propriedade, apropriado e dominado que é pelas classes dominantes. Estas reflexões acabaram refletidas nas Constituições Sociais do México de 1917 e Constituição Alemã de Weimar de 1919. Foi na ótica do Estado Social de Direito, com a superação dos Direitos Humanos de Primeira Geração – exclusivamente negativos, que não previam qualquer atuação positiva por parte do Estado – que o atual conceito de propriedade começou a ser desenhado. A propriedade foi onerada por um dever jurídico – o de satisfazer sua Função Social. Embora já mencionado no Constitucionalismo Liberal, foi a partir do século XX que ganhou força o desdobramento do direito de propriedade em direito à propriedade, ou seja, era função do Estado garantir a toda a sociedade a aquisição dos bens indispensáveis a uma vida digna. A propriedade foi deslocada do âmbito do direito privado e sofreu influências de uma concepção publicista. Além disso, conforme ensinamento de Comparato, a proteção da liberdade econômica individual e do direito de digna subsistência deixaram de ligar-se, unicamente, à propriedade, envolvendo, também, regulamentação das relações de trabalho assalariado e a Seguridade Social. Neste ponto, o professor Gilmar Mendes, seguindo a apreciável doutrina alemã, argumenta que estas garantias devem ser compreendidas a partir da própria noção do direito de propriedade, uma vez que compreendem posições jurídicas patrimoniais, de reconhecida utilidade econômica aos indivíduos sociais, que, muitas vezes, decorrem de sua contribuição e são fundamentais à sua própria subsistência.

4. O direito de propriedade no atual Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito inaugura a fase mais atual do Movimento Constitucionalista. É neste sentido que a Carta Brasileira de 1988, ao lado dos direitos individuais e sociais, estende sua proteção aos chamados Direitos de Terceira Geração – difusos e coletivos – atentos às idéias de Fraternidade, Solidariedade e Justiça Social.

Assim, o direito de propriedade no atual Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como continuidade à evolução alcançada durante o século XX. Conforme já mencionado, o significado do direito de propriedade, na ordem constitucional brasileira vigente, deriva, sobretudo, dos incisos XXII e XXIII do artigo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5º. A interpretação do direito de propriedade deve partir de dois núcleos fundamentais: a sua utilidade privada, como elemento de preservação da liberdade individual; e a sua Função Social, traduzida na sua vinculação ao interesse da comunidade. De um lado, incide o Direito Privado, eminentemente, patrimonialista, e, do outro, o Direito Público, observando os anseios e a prosperidade do grupo social. Estes dois pólos, segundo entendimento do professor Gilmar Ferreira Mendes, concorrem igualmente para a construção da noção de propriedade, sem hierarquia ou superposição entre eles. Trata-se da conformação da propriedade enquanto direito de primeira geração e enquanto direito social de segunda geração, resultando em uma modalidade híbrida, característica do contemporâneo Estado Democrático de Direito.

O ilustre professor afirma que a Função Social da propriedade, antes de ser um elemento de limitação ou restrição deste direito, corresponde a um elemento de conformação, atribuindo à propriedade um significado contemporâneo. Neste sentido, é seguido por José Afonso da Silva que propõe que a função social "constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo" [2]. Logo, a função social constitui elemento integrante do próprio direito de propriedade, correspondendo à adequada utilização dos bem, em atenção às necessidades sociais. A própria Constituição Brasileira de 1988 trouxe, expressamente, elementos caracterizadores do cumprimento da Função Social, nos artigos 182, § 2º e 186: obediência ao Plano Diretor urbano; aproveitamento racional e adequado da propriedade; a preservação do meio ambiente e manutenção do bem-estar de proprietários e trabalhadores, entre outros:

Art. 182. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

É partindo da Função Social da Propriedade, e jamais exaurida nesta, que são estabelecidas as limitações a este direito pela legislação ordinária. Estas, ainda segundo José Afonso da Silva, são de três tipos: restrições, servidões e desapropriação, visando eliminar, respectivamente, os status

de absoluta, exclusiva e perpétua que, tradicionalmente, incidem sobre a propriedade privada.

O professor Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, ao analisar as limitações ao direito de propriedade, e revelando grande apreciação pela doutrina alemã, argumenta que estas devem ser compreendidas a partir do Princípio da Proporcionalidade: adequação, necessidade e razoabilidade. Desta forma, deve o legislador, bem como o aplicador da norma jurídica, ponderar se a restrição a este direito é realmente necessária à satisfação dos interesses do grupo social, ou se há institutos menos radicais para tal; e, ainda, se os meios eleitos são adequados e razoáveis aos fins almejados. Ao comentar decisão do Corte Constitucional alemã, expõe o jurista que "(...) a Constituição autoriza o legislador a concretizar o princípio da função social. Ele não deve restringir a liberdade além do que estritamente necessário; não deve todavia descurar-se também da concretização da função social da propriedade."[3]

Este entendimento já foi seguido pelo Supremo Tribunal Federal em Julgado transcrito pelo referido autor, na ADI-MC 2.623, relatado pelo Min. Maurício Corrêa em 2002:

1. Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Esp. Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. Ausência de intenção de controle ambiental. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. (...) 2. Direito de Propriedade. Garantia Constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade. (...) (grifo nosso).

Segundo o professor Fábio Konder Comparato, na ordem constitucional contemporânea, nem sempre o direito de propriedade equivale a Direito Humano. Esta apreciação deve incidir sobre cada caso concreto, considerando que os direitos humanos estão sempre em função da proteção à dignidade humana e da justa distribuição de poder. Uma vez que a propriedade surge como meio de ratificação de desigualdade ou exploração, sem observância à sua Função Social, está desfigurada qualquer reflexão em torno da temática dos direitos humanos. O professor destaca, no ordenamento brasileiro vigente, a proteção atribuída à pequena e média propriedade rural, no artigo 185 da Carta Magna.

Ainda segundo o constitucionalista, a atual concepção de propriedade institui, além de direitos, também deveres, que se resumem, em essência, à sua Função Social, que incide sobre o Estado-Administração, sobre o Legislador e mesmo sobre os particulares. Cabe ressaltar que, mesmo diante da indispensável atuação do legislador infraconstitucional, a Carta Magna estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem imediata eficácia, autorizando sanções impostas pelo texto constitucional à desobediência à Função Social, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a desapropriação sancionadora expressa nos artigos 182 e 184 da Constituição Federal.

Ao perceber que o direito de propriedade já não pode ser intitulado de direito individual, e muito menos que está o legislador autorizado a abolir a propriedade privada, o professor José Afonso da Silva determina que esta deve ser entendida como verdadeira "Instituição de Ordem Econômica", regulando as relações sociais neste âmbito. Este entendimento, ainda segundo o autor, parece já ter sido pacificado pela Constituição de 1988, ao incluir, no inciso III do artigo 170, entre os princípios da Ordem Econômica, a obediência à Função Social da Propriedade. Embora não concordemos, permissa venia, com a demasiada responsabilidade que o autor atribui ao legislador ordinário na definição do direito de propriedade, é inquestionável a contribuição do ilustre constitucionalista ao afastar a propriedade dos dois extremos representados pelo individualismo liberal e pelo comunismo radical.

Por fim, ainda norteando-se pelos ensinamentos de Comparato, deve-se considerar que o direito de propriedade, nos moldes como hoje construído, deve ser entendido no conjunto constitucional como um todo, muito além dos incisos XXII e XXIII do artigo 5º. Interessante considerar, por exemplo, que o crime de esbulho possessório, que tem por objetividade jurídica a proteção da propriedade, deve ser analisado à luz das exigências referentes ao cumprimento da Função Social. A inobservância deste elemento, inclusive, é capaz de atuar como "excludente de tipicidade" para este delito.

Já ao revelar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o constituinte regula o direito de propriedade. Ao expressar a importância da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da garantia do desenvolvimento nacional; ou mesmo da erradicação da pobreza e das desigualdades sociais (artigo 3º), a Constituição impõe que sejam tomadas medidas de justa distribuição da propriedade, garantindo o digno acesso a todo sujeito social, a fim de garantir um concreto e efetivo Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, ousamos discordar, data venia, das lições de José Afonso da Silva e Gilmar Mendes - para os quais o sentido contemporâneo do direito de propriedade deve ser inferido das decisões do legislador constituinte - aproximando-nos das idéias de Comparato. Assim, defendemos que a propriedade, no atual Estado Democrático de Direito, deriva da própria evolução deste direito em face do Constitucionalismo. Apenas cabe à legislação ordinária fixar instrumentos para que possam ser atendidos os contornos constitucionais deste direito fundamental.

Compreendida a evolução do Movimento Constitucionalista e a percepção dos Direitos em cada uma das chamadas gerações de Direitos Humanos, constata-se que talvez poucos, entre os direitos fundamentais listados no artigo 5º, tenham

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sofrido tantas transformações como a propriedade. Isto está ligado ao fato de que, mesmo antes do Estado Liberal, e já na Antiguidade, a propriedade possuía importância inquestionável. Inicialmente permeado por uma conotação individualista e privatista, a propriedade, conforme a superação do Estado Liberal e a pacificação de um Estado Social, transpôs estes limites e tornou-se elemento a serviço dos interesses da coletividade. A importância que a propriedade exerce em face de um Estado que prima pela Justiça Social materializou-se no contemporâneo Estado Democrático de Direito, que, cada vez mais, busca instrumentos e institutos, em prol da satisfação da Função Social da Propriedade, como a desapropriação, servidões e restrições.

Hoje, percebe-se que a Constituição Brasileira de 1988, bem como inúmeras outras Cartas estrangeiras, tentaram convergir, num único conceito dinâmico de propriedade, o ideal liberal (de 1ª geração) – em defesa à liberdade de gozo – e as concepções sociais – a vinculação da propriedade aos interesses da coletividade.

Isto exposto, finalize-se com o entendimento de que a propriedade, em um Estado Democrático de Direito, deve ser vislumbrada, jamais como um direito-fim, exaurido em si próprio, mas como um direito - meio, a serviço da Igualdade e Justiça Social e da Solidariedade Coletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Disponível em: http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/123/166. Acessado em: 01 jul.2010.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, promulgada em 5 de outubro de 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5 ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22a. edição.São Paulo:Malheiros, 2002.

NOTAS:

---

[1] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Pag. 517.

[2] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22a. Edição. Pag. 280

[3] MENDES. Op. cit. Pag. 539.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: PERSPECTIVAS DA LEI Nº 11.340/2006 NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR PARA PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

LUIZ FELIPE DA COSTA VALENCIA:
Graduando 2019 em Direito pelo CIESA/AM.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES[1]

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a Lei nº 11.340/2006 em face de seu cumprimento legal, suas medidas de proteção e inovações da lei, os serviços e objetivos quanto a assistência psicológica e social para as mulheres que sofreram violência doméstica e familiar. Frente a essa demanda este trabalho tem como objetivo geral: compreender a atuação e gestão das políticas púbicas voltas para o combate da violência doméstica e familiar contra a mulher. Objetivo específico: verificar os sujeitos, apontar o cumprimento em face da proteção da mulher ao que prever o legislador na Lei Federal 11.340/2006, identificando quais as medidas de proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar e verificar os serviços e objetivos do poder público no amparo das mulheres quanto assistência psicológica e social. Foi elaborado com método de abordagem dedutivo de pesquisa utilizando a doutrina e jurisprudência. Procedimento monográfico e Método de Pesquisa Indireta. Portanto, o presente trabalho demonstra de forma objetiva o cumprimento ao que prever na Lei Federal nº. 11.340/2006, referente às formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Palavras- chave: Violência contra a mulher; Políticas Públicas; Medidas Protetivas.

ABSTRACT: This article aims to analyze Law No. 11.340 / 2006 in view of its legal compliance, its protective measures and innovations of the law, the services and objectives regarding psychological and social assistance for women who suffered domestic and family violence. In face of this demand, this work has as its general objective: to understand the performance and management of public policies aimed at combating domestic and family violence against women. Specific objective: to verify the subjects, to point the fulfillment in the face of the protection of the women to what the legislator foresees in the Federal Law 11.340 / 2006, identifying which the protection measures to the women in situation of domestic and family violence and to verify the services and objectives of the public power in the protection of women regarding psychological and social assistance. It was elaborated with method of deductive approach of research using the doctrine and jurisprudence. Monographic Procedure and Indirect Research Method. Therefore, this paper

objectively demonstrates compliance with what is provided for in Federal Law no. 11,340 / 2006, referring to forms of domestic and family violence against women.

Keywords: Violence against women; Public policy; Protective Measure

INTRODUÇÃO

Iniciou-se este artigo com a construção do objeto do estudo, delineando a temática escolhida. A violência doméstica e familiar constitui-se, portanto, em uma das mais inaceitáveis formas de violência dos direitos das mulheres, por negar-lhes, principalmente, o exercício do direito à vida, à liberdade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. O Trabalho constitui-se, fundamentalmente, com o objetivo geral sobre a atuação e gestão das políticas públicas voltadas para a violência doméstica e familiar contra a mulher, no conhecimento acerca dos mecanismos que devem nortear o cumprimento ao que prever o legislador na Lei Federal nº. 11.340/2006.

Objetivo específico: verificar os sujeitos, apontar o cumprimento em face da proteção da mulher ao que prever o legislador na Lei Federal 11.340/2006, identificando quais as medidas de proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Verificar os serviços e objetivos do poder público no amparo das mulheres quanto assistência psicológica e social. Foi elaborado com método de abordagem dedutivo de pesquisa utilizando a doutrina e jurisprudência. Procedimento monográfico e Método de Pesquisa Indireta.

No capítulo um abordaremos sobre o mecanismo de cumprimento criados pela lei visam coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, assegurando que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goze dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e tenha oportunidades e facilidades para viver sem violência, com a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

No capítulo dois abordaremos sobre o sujeito ativo da violência doméstica e familiar para proteção da mulher.

No capítulo três abordaremos medidas de urgência delineada no art. 22 da Lei nº. 11.340/06 tem como objetivo inicial e de imediato cessar a violência no convívio familiar, entre estas medidas estão o afastamento do agressor da residência, de não frequentar lugares onde a vítima trabalhe etc.

No capítulo quatro abordaremos os serviços e objetivos do poder público desenvolvido no amparo das mulheres quanto à assistência psicológica e social, visando o total amparo das mulheres em situação de violência, para a proteção da dignidade e a vida.

Portanto, o presente trabalho demonstra de forma objetiva o cumprimento ao que prever na Lei Federal nº. 11.340/2006, referente às formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

1. PROTEÇÃO DA MULHER AO QUE PREVER O LEGISLADOR NA LEI FEDERAL Nº. 11.340/2006

A Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006 instituem mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Frez (2008) assegura, sendo um marco importante nas conquistas das mulheres na luta pela promoção da igualdade. O projeto de lei foi elaborado por um consórcio de 15 Organizações Nacionais Governamentais, ONG's, que lutam contra a violência doméstica. Com o Decreto 5.030/2004 foi criado um Grupo de Trabalho Interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, que aprimorou o projeto e o enviou ao Congresso Nacional em novembro de 2004.

> Define-se violência doméstica como aquela ocorrida dentro do seio familiar, no domicílio da vítima e também em todo o âmbito de circunscrição da família. Aqui a vítima pode ser toda e qualquer pessoa inserida no contexto da família, independente do sexo, podendo ser o parentesco por consanguinidade ou afinidade, abrangendo até mesmo os empregados ou agregados. (FREZ 2008, p.28).

Segundo Coelho (2006) destaca que o novel texto legal, em seu art. 7°, enumerou as formas de manifestação da violência doméstica e familiar contra a mulher, que são: violência física, psicológica, sexual, patrimonial, moral.

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

A violência psicológica foi incorporada através da Convenção de Belém do Pará, também conhecida como Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica. Está tipificada no artigo 7º, inciso II, da Lei nº. 11.340/06:

> (...) II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Trata-se da agressão emocional, podendo esta ser através de ameaças, humilhações ou discriminações, bem como, do momento em que o agente sente prazer em ver a vítima sentindo-se amedrontada, aterrorizada, diminuída e inferiorizada. Ou seja, trata-se de qualquer ação que provoque dano emocional e diminuição da autoestima intencionalmente, como por exemplo: controlar decisões e comportamentos da vítima, por meio de ameaça, manipulação, chantagem, humilhação, ridicularização, insulto, exploração ou através de qualquer outro meio que cause prejuízo à autodeterminação ou à saúde psicológica, podendo ser através de atos como os de proibição de usar determinadas roupas, proibição de trabalhar fora de casa, proibição de sair de casa e, até mesmo, ser forçada a retirar a queixa e outras situações semelhantes.

No mais, as mulheres que sofrem violência emocional poderão ter os seguintes sintomas: ansiedade, depressão, medos, pânico, entre outras. São graves, tendo em vista que afetam a saúde psicológica da mulher, mesmo que não deixem cicatrizes ou marcas aparentes. Embora esta seja uma das violências mais frequentes, é uma das menos denunciadas.

> A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciados. Para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> configuração do dano psicológico não é necessária a elaboração de laudo técnico ou realização de perícia. (DIAS, 2007, p. 48).

No tocante à violência sexual, esta também foi reconhecida pela Convenção de Belém do Pará. No entanto, houve uma certa resistência da jurisprudência e da doutrina em reconhecer que poderia haver, nos vínculos familiares, ocorrência de violência sexual. Conforme Dias (2007, p.49), "a tendência sempre foi identificar o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, a legitimar a insistência do homem, como se estivesse ele a exercer um direito". Verifica-se no artigo 7º, III da Lei nº 11.340/06:

> (...) III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Portanto, violência sexual é qualquer conduta que force a vítima a manter, presenciar ou participar de uma relação sexual não desejada; que impeça a vítima de utilizar métodos contraceptivos ou que a force à gravidez, à prostituição, ao casamento, ao aborto, seja mediante chantagem, ameaças, manipulação ou até mesmo suborno; ou também, que possa limitar ou anular o exercício de seus direitos reprodutivos ou sexuais. Como por exemplo: quando o parceiro, namorado, marido pratica atos sexuais que não lhe agradam ou até mesmo, quando obriga a mulher a manter relações sexuais sem que ela concorde. Desta maneira, considera-se crime de estupro quem obriga uma mulher a manter uma relação sexual não desejada. Também, como refere Dias (2007, p. 50), "mesmo o delito de assédio sexual, que está ligado às relações de trabalho, pode constituir violência doméstica quando, além do vínculo afetivo familiar, a vítima trabalha para o agressor". Já no que se refere à violência patrimonial, a Lei nº 11.340/06, no artigo 7º, IV, dispõe que:

> (...) IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos

> econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Sendo assim, quanto à violência patrimonial, considera-se o ato de "subtrair" objetos da mulher. Desta maneira, no caso de delito de furto, tendo em vista que o agente subtrai para si coisa alheia móvel prevalecendo-se de uma relação de afeto com a vítima, não há o que se falar em possibilidade de isenção da pena. Nesse mesmo sentido, afirma Dias (2007, p. 52, grifo do autor):

> O mesmo se diga com relação á apropriação indébita e ao delito de dano. É violência patrimonial „apropriar-se" e „destruir", os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, o crime não desaparece nem fica sujeito à representação.

Isto é, violência patrimonial é quando o agressor se apodera ou destrói objetos pertencentes à vítima, podendo ser seus documentos pessoais, bens, instrumentos de trabalho, como também o ato de vender um determinado bem sem o consentimento da mulher, apossar-se ou destruir carros, joias, roupas, documentos ou até mesmo a casa onde vivem. Ainda, em relação aos alimentos prestados à mulher, tem-se:

> Identificada como violência patrimonial a subtração de valores, direitos e recursos econômicos destinados a satisfazer as necessidades da mulher, neste conceito se encaixa o não pagamento dos alimentos. Deixar o alimentante de atender a obrigação alimentar, quando dispõe de condições econômicas, além de violência patrimonial tipifica o delito de abandono material. (DIAS, 2007, p.53).

Acerca da violência moral, dispõe o artigo 7º, V, da Lei nº 11.340/06: "a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria".

> A violência moral encontra proteção penal nos delitos contra honra: calúnia, difamação e injúria. São denominados delitos que protegem a honra, mas, cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência moral. Na calúnia, fato atribuído pelo ofensor à vítima é definido como crime; na injúria não há atribuição de fato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> determinado. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva; a injúria atinge a honra subjetiva. A calúnia e a difamação consumam-se quando terceiros tomam conhecimento da imputação; a injúria consuma-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação. (DIAS, 2007, p.54).

Posto isso, ocorre a violência moral quando a mulher é caluniada, injuriada ou difamada. A injúria ocorre nos casos em que o agressor ofende a honra subjetiva da mulher, como por exemplo, chamá-la de idiota, de safada, imbecil, entre outras. Já a calúnia se configura sempre que o agressor afirma falsamente que a vítima praticou um crime que não cometeu, como dizer que a vítima faz programas ou que furtou o seu carro. Por sua vez, a difamação acontece quando o agressor atribui à mulher fatos que denigram a sua reputação, quando diz que a vítima é incompetente, é bêbada, entre outros. Salienta-se que a violência moral também pode ocorrer através de contato telefônico ou até mesmo pela internet.

O Habeas Corpus, HC, nº 110113 dispõe:

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/1995. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PRECEDENTE. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher. 2. Ordem denegada. (STF - HC: 110113 MS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 20/03/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-068 DIVULG 03-04-2012 PUBLIC 09-04-2012).

A Lei nº 11.340/06 excluiu do âmbito dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) a violência doméstica. Logo, resta claro que a violência doméstica contra a mulher não constitui crime de menor potencial ofensivo. O artigo 41 da referida lei prevê expressamente tal situação, explicitando que "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2. SUJEITO ATIVO E PASSIVO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

O Cumprimento em face a proteção da mulher, além da lei proteger das diversas formas possíveis de violência, mostra-se ainda mais severa na sua aplicabilidade material em crimes de menor potencial ofensivo que por suas penas mais brandas poderiam ser levadas ao Juizado Especial, porém tal jurisprudência do STF deixa claro esse não mandamento.

No entendimento de Dias (2007), para que seja configurada violência doméstica, não é necessário que as partes tenham sido casadas, nem que sejam marido e mulher. Para ser caracterizada a violência doméstica, basta apenas que esteja caracterizado o vínculo de afetividade, de relação doméstica ou de relação familiar. Posto isso, considera-se sujeito ativo homem ou a mulher que praticou a violência, dentre qualquer uma de suas formas, no âmbito familiar.

> Também na união estável – que nada mais é do que uma relação íntima de afeto – a agressão é considerada como doméstica, quer a união persista ou já tenha findado. Para ser considerada a violência como doméstica, de relação familiar ou de afetividade, pois o legislador deu prioridade à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor. (DIAS, 2007, p.41).

Sendo assim, o agressor poderia ser o homem (marido, ex-marido, companheiro, ex-companheiro, namorado, ex-namorado, filho, neto, irmão) ou também, em relações homoafetivas, a mulher que agride a sua companheira, ex-companheira, namorada, ex-namorada.

> A parceira da vítima, quando ambas mantêm uma união homoafetivas (art. 5º, parágrafo único), também responde pela prática de violência de âmbito familiar. Os conflitos entre mães e filhas, assim como os desentendimentos entre irmãs está ao abrigo da Lei Maria da Penha quando flagrado que a agressão tem motivação de ordem familiar. (DIAS, 2007, p.41).

Em contrapartida, no entendimento de Porto (2012), a Lei Maria da Penha tem o intuito de proteger a mulher em face do homem, o qual é supostamente mais forte, dominante e ameaçador, desta maneira, não se aplicaria a referida legislação quando o sujeito ativo é do gênero feminino.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Insta frisar ainda que toda história da Lei 11.340/06, desde as convenções internacionais que lhe sirvam de supedâneo, toda história de luta do movimento feminista, aponta o homem como maior agressor do gênero feminino. Agressões perpetradas por outras mulheres se inserem dentro de uma certa ‘‘normalidade‟ no plano da estatística criminal, que não justificariam uma lei própria para dissuadi-las e, nesse caso, podem estar protegidas por meio de tipificação genérica de violência doméstica do art. 120, §9º, do Código Penal, sem as restrições de benefícios penais contidas na Lei 11.340/06. (PORTO, 2012, p.31, grifo do autor).

Já quanto ao sujeito passivo de um crime, nada mais é do titular do bem jurídico ameaçado ou lesado por uma conduta criminosa. A agressão no âmbito familiar constitui violência doméstica.

> Não só esposas, companheiras ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o polo passivo da ação delituosa. (DIAS, 2007, p.41).

3. IDENTIFICAR QUAIS AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

De acordo com Gomes (2018) aborda os seguintes aspectos quanto às medidas de proteção e a violência doméstica:

A violência praticada contra mulheres é conhecida como violência de gênero porque se relaciona à condição de subordinação da mulher na sociedade, que constitui na razão implícita do número estarrecedor de casos de agressões físicas, sexuais, psicológicas, morais e econômicas (patrimoniais), perpetrados em desfavor de mulheres, revelando a incontestável desigualdade de poder entre homens e mulheres, sobretudo nas relações domésticas.

O efeito da violência doméstica e familiar contra a mulher, decorrentes de maus tratos, humilhações, agressões físicas, sexuais, morais, patrimoniais e psicológicas, é, sem dúvida, devastador para sua autoestima, sem falar no medo vivenciado cotidianamente, temor aterrorizante causador de insegurança e instabilidade, agravados pelo fato das vítimas nunca saberem a razão capaz de desencadear nova

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fúria dos agressores e na vergonha que passam diante de familiares, vizinhos, amigos e conhecidos.

Essa situação provoca ansiedade, depressão, dores crônicas, dentre outras moléstias. Estando tal quadro instalado, necessária se faz a intervenção do Estado, por meio de efetivação de políticas públicas adequadas, com mecanismos de discriminação positiva ou de ações afirmativas, capazes de reduzir a tragédia da violência de gênero, fim a que se destina a Lei nº. 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha.

No dia 22 de setembro de 2006 entrou em vigor a Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispõe sobre a criação dos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Esse diploma legal, tão aguardado especialmente pelas instituições e organizações que militam na tutela dos direitos de gênero e de enfrentamento da violência doméstica, evidencia, a preocupação de minudenciamento e pormenorização de direitos e garantias da mulher.

É uma lei inovadora, porque nela o legislador incluiu a instituição de medidas protetivas de urgência, com possibilidade inclusive de concessão de alimentos provisórios ou provisionais, em favor da mulher, bem como aumento da pena do crime de lesão corporal praticado com violência doméstica, dando elasticidade considerável ao conceito para nele imbuir toda e qualquer forma de violência, seja ela física, psicológica, moral ou sexual, elevando-a, inclusive, ao patamar de violação de direitos humanos.

Dentre as inovações da Lei, destaca-se:

- Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher;

- Estabelece as formas da violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral;

- Determina que a mulher somente poderá renunciar à denúncia perante o juiz;

- Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual;

- Ficam proibidas as penas pecuniárias (pagamento de multas ou cestas básicas);

- É vedada a entrega da intimação pela mulher ao agressor;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- A mulher vítima de violência doméstica será notificada dos atos processuais, em especial quando do ingresso e saída da prisão do agressor;

- A mulher deverá estar acompanhada de seu advogado(a) ou defensor(a) em todos os atos processuais;

- Retira dos juizados especiais criminais a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher;

- Altera a Lei de Execuções Penais para permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação;

- Determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para abranger questões as questões de família decorrentes da violência;

- Altera o Código de Processo Penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher;

- Caso a violência doméstica seja cometida contra mulher com deficiência, a pena será aumentada em 1/3.

- O juiz poderá conceder, no prazo de 48 horas, medidas protetivas de urgência (suspensão do porte de armas do agressor, afastamento do agressor do lar, distanciamento da vítima, dentre outras), dependendo da situação, a requerimento do Ministério Público ou da ofendida.

- Modifica a ação penal no crime de lesão corporal leve, que passa a ser pública incondicionada.

- Aumenta a pena de lesão corporal no caso dela ser praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade.

- Permite a autoridade policial prender o agressor em flagrante sempre que houver qualquer das formas de violência contra a mulher.

- Proíbe a aplicação da lei dos juizados especiais criminais (Lei nº. 9.099/1995) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Uma vez feita a ocorrência na delegacia de polícia, o Ministério Público apresentará a denúncia ao juiz e poderá propor penas de 3 meses a 3 anos de detenção.

Conforme Gomes (2006) com a Lei nº. 11.340/06, estão elencadas em seus artigos 22, 23 e 24, as medidas protetivas de urgência:
A ofendida poderá pedir à Justiça as providências necessárias para a sua proteção por meio da Autoridade Policial. No prazo de 48 horas deverá ser encaminhado pelo Delegado de Polícia, o expediente referente ao pedido, juntamente com os documentos necessários à prova, para que este seja conhecido e decido pelo juiz.

De acordo com a Lei nº. 11.340, em seus artigos 22, 23 e 24, as MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA podem ser:

I. Suspensão da posse ou restrição do porte de armas do agressor, com comunicação ao órgão competente nos termos da Lei nº. 10.826 de 22 de dezembro de 2003;

II. Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência do agressor com a ofendida;

III. Proibição de determinadas condutas do agressor, entre as quais:

1. Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

2. Contato com a ofendida, seus familiares e das testemunhas por qualquer meio de comunicação;

3. Frequentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

IV. Restrição ou suspensão de visitas do agressor aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V. Prestação de alimentos provisionais ou provisórios;

VI. Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

VII. Determinar a recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

VIII. Determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IX. Determinar a separação de corpos;

X. Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

XI. Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra e venda e locação da propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

XII. Suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

XIII. Prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Frez (2008) a Lei nº 11.340/2006 possui várias inovações no processamento dos casos de violência contra a mulher, as mudanças atingiram profundamente o atendimento prestado a tais crimes na esfera policial quanto na judicial.

Frez (2008) pode-se afirmar que a Lei nº. 11.340/2006 trouxe consigo um conjunto de regras penais, extrapenais, princípios, objetivos e diretrizes com intuito de prevenir a todas as formas de violência

Dentre as principais mudanças advindas temos a obrigatória notificação da vítima da prisão ou da liberação do agressor, a necessidade de representação da vítima por advogado em todos os atos processuais e a incumbência legal presente no artigo 8º que obriga o Poder Público a instituir políticas públicas tendentes a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, como o Programa de Assistência à Mulher.

> O referido programa deverá originar-se de uma série de ações concatenadas visando uma articulação entre o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as equipes multidisciplinares, a sociedade, as organizações não governamentais de proteção à mulher e os órgãos da segurança pública, da assistência social, da saúde, da educação, do trabalho e da habitação, formando um elo forte e capaz de captar convênios, protocolos, ajustes, termos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> outros instrumentos eficazes a auxiliar a mulher que pretende se livrar de uma situação de violência. FREZ (2008, p. 40)

O Habeas Corpus, HC, nº 102643 dispõe:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AMEAÇA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO RÉU. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A prisão preventiva do Recorrente está devidamente fundamentada, haja vista que a jurisprudência considera idônea a decretação da custódia cautelar fundada no descumprimento de medidas protetivas, de acordo com o previsto no art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal. 2. As instâncias ordinárias assinalaram, ainda, a necessidade da constrição diante da periculosidade do Recorrente que, descumprindo medidas protetivas anteriormente estabelecidas com base na Lei Maria da Penha, foi flagrado tentando invadir a residência de sua genitora de 80 (oitenta) anos, ameaçando-a de morte. 3. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RHC: 102643 MG 2018/0229427-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 13/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2019).

Esta Jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça) deixa claro a aplicação das Medidas Protetivas e suas Inovações que a Lei 11.340 traz em sua efetividade no qual o agressor deve respeitar quando impostas pela justiça, sofrendo a punição da lei quando desrespeitada como forma de coerção e ao mesmo tempo a proteção integral a mulher como ser humano a todas as formas de violência contra a mulher.

4. VERIFICAR OS SERVIÇOS E OBJETIVOS DO PODER PÚBLICO NO AMPARO DAS MULHERES QUANTO ASSISTÊNCIA PSICOLÓGICA E SOCIAL

Coelho (2006) destaca que o Título V da referida Lei disciplina a criação, composição e as atribuições da equipe multidisciplinar nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por equipe multidisciplinar entende-se o conjunto integrado de profissionais que sejam especializados na área de psicossocial (psicólogos, psiquiatras e assistentes social), na área jurídica (advogados, procuradores e defensores públicos) e na área da saúde (médicos, enfermeiros e atendentes). No caso de comarcas menores, outros programas ou serviços poderão suprir as funções técnicas da equipe multidisciplinar, e viabilizar o funcionamento adequado e resolutivo do Juizado.

> A Equipe multidisciplinar tem como principal atribuição o fornecimento de subsídios, por escrito ou verbalmente, ao Juiz, ao Parquet e à defensoria pública, em relação aos casos concretos previstos nos processos cíveis e criminais. É também prerrogativa desta equipe, o desenvolvimento de ações voltadas à orientação, encaminhamento, prevenção e de outras medidas que representem atendimento multidisciplinar adequado não apenas para a vítima como também para o agressor e aos demais familiares atingidos pela violência doméstica, devendo como disposto no artigo 30, proteger preferencialmente a criança e o adolescente. (COELHO, 2006, p.11).

Frez (2008) o Poder Público deve promover divulgações nas escolas de todo o Brasil, campanhas educativas para a prevenção da violência contra a mulher inserindo nas escolas o combate radical a violência de qualquer forma e tipo.

Frez (2008) fica garantido, de acordo com os artigos 29 a 32 que o atendimento deve ser prestado por uma equipe técnica multidisciplinar, envolvendo profissionais das áreas psicossocial, jurídica e saúde.

Os serviços e Objetivos são respectivamente:

CENTROS DE REFERÊNCIA (CRAS e CREAS) – Visam o acolhimento, o atendimento, a proteção básica de famílias em situação de vulnerabilidade ou com direitos violados, a orientação e o encaminhamento jurídico das mulheres em situação de violência, a fim de que se fortaleçam e resgatem sua cidadania. Além disso, devem articular, acompanhar e monitorar as ações desenvolvidas pela rede.

CASAS ABRIGO – Fornecer, em caráter sigiloso e temporário, moradia protegida e atendimento integral a mulheres quando a violência doméstica coloca suas vidas em risco.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – Oferecer ações de cunho cível e criminal, contam com equipe de atendimento multidisciplinar nas áreas psicossocial, jurídica e da saúde.

DELEGACIAS DA MULHER – Prevenir, apurar, investigar casos de violência contra a mulher e, caso necessário, enquadrar legalmente o agressor.

CENTRAL DE ATENDIMENTO À MULHER – Orientar mulheres em situação de violência e oferecer serviço de denúncias, através de ligações gratuitas para o número 180. Informar os serviços que auxiliam no enfretamento à violência e encaminhar as mulheres para os serviços da rede de atendimento mais próxima.

OUVIDORIAS – Ofertar escuta qualificada e atendimentos diretos, com intuito de enfatizar os direitos humanos.

DEFENSORIAS DA MULHER – Prestar assistência jurídica, orientação e encaminhamento às mulheres em situação de violência, além de defender aquelas que não possuem condições econômicas para contratação de advogado.

SERVIÇOS DE SAÚDE – Prestar assistência médica, de enfermagem, psicológica e social às vítimas de violência sexual orientando e atuando, também na interrupção da gravidez prevista em lei nos casos de estupro.

CONCLUSÃO

A violência doméstica e familiar constitui-se, portanto, em uma das mais inaceitáveis formas de violência dos direitos das mulheres, por negar-lhes, principalmente, o exercício do direito à vida, à liberdade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Este artigo foi elaborado a partir das ações das políticas públicas voltadas para a violência doméstica e familiar contra a mulher, foi organizado para demonstrar de forma objetiva o cumprimento ao que prever o legislador na Lei Federal nº. 11.340/2006, no que se refere às formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desta forma, cabe aos órgãos competentes executar adequadamente a Lei que ampara a mulher, vítima da violência doméstica. Para sua execução foi necessário usufruirmos de métodos específicos de várias ciências, elaborado com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

método de abordagem dedutiva, Procedimento Monográfico e Método de Pesquisa Indireta.

Assim o que podemos observar, é que vivemos em uma sociedade que não tem conflito ético e sim moral, já que todo regramento social mantém o homem em estado de obediência às normas, ao menos era o que era para ser, e quanto à moral apenas o próprio individuo é que é capaz de avaliar se sua conduta é moral ou imoral, passível de sua própria consciência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 11.340/2006 – Dispõe sobre a Lei Maria da Penha. Disponível em** https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/95552/lei-maria-da-penha-lei-11340-06. Acesso 20 Jul 2019.

COELHO, Renata Pinto; LIMA, Raphael Rocha. **A Contribuição da Lei 11.340/06 (Lei Maria Da Penha) Para o Combate da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**, 2006. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/renata_pinto_coelho.pdf> Acesso em: 15 jan. 2019.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREZ, Elenice. **A Nova Construção Jurídica da Lei 11.340/06 e a Inaplicabilidade da Lei 9.099/95**. Cacoal-RO 2008. Disponível em: http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1587/1/a%20nova%20constru%c3%87%c3%83o%20juridica%20da%20lei%2011.340-06%20e%20inaplicabilidade%20da%20lei%209099-95.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019

GOMES, Lumara Bezerra. **Instruções para atendimento nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher com base na Lei 11.340/2006**. Internet: Site Circulos, 2018.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.

_____. Violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NOTA:

[1] Professora Mestra e Orientadora do Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/8597777809090859.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR PREVISTA NO ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93, DE 21 DE JUNHO DE 1993: CONFRONTO ENTRE O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABRIEL PEDROZA BEZERRA RIBEIRO: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Uniderp Anhanguera. Pós-graduando em Direito Processual pela PUC Minas. Procurador Legislativo da Câmara Municipal de Ituporanga/SC. Advogado.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a doutrina e a jurisprudência administrativa e judiciária relativa à sanção prevista no artigo 87, III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a fim de buscar a resposta se a referida reprimenda possui abrangência geral ou apenas com relação ao órgão sancionador. Nesse interim, serão destacadas as posições doutrinárias defensórias dos dois posicionamentos, além de julgamentos do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça, bem como os atos normativos exarados pelos entes públicos, em especial a União, a fim de concluir pela adoção de uma ou outra corrente no seio de cada órgão analisado.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Licitações, Contratos Públicos

Sumário: 1. Introdução; 2. Do regime de sanções previsto na Lei de Licitações; 3. Da interpretação literal dos arts. 6º e 87 da Lei nº 8.666/93: restrição da sanção à entidade sancionadora; 4. Da abrangência nacional da sanção: o entendimento do Superior Tribunal de Justiça; 5. Considerações finais. Referências

INTRODUÇÃO

Apesar de possuírem maiores garantias que os contratos firmados no âmbito privado, haja vista a possibilidade de aplicação do poder extroverso (MELLO, 2015), os contratos administrativos não são imunes à inadimplência.

Não são raros os casos de descumprimentos contratuais das mais variadas ordens, por parte dos contratados da administração pública.

Diante de tal inarredável conjuntura, os legisladores fizeram incluir no estatuto de normas gerais sobre licitações e contratos públicos, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - gerada sob os auspícios do artigo 37, XXI da Constituição da República - regramento específico sobre o tratamento da inadimplência contratual por parte dos contratados, de modo que, após garantidos a ampla defesa e o contraditório, possibilita-se ao ente público contratante a aplicação de sanções ao particular faltoso.

Tal regime sancionatório encontra-se positivado na "Seção II" do "Capítulo IV" da supracitada lei, nos artigos 86 a 88, cabendo ao artigo 87 enumerar as punições passíveis de aplicação pelo poder público, quais sejam: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração - doravante reduzida apenas à expressão suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar, conforme autorizada doutrina (SUNFELD, 1995) e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

O presente artigo busca analisar com maior profundidade as duas últimas modalidades de gravame a ser imposto ao contratado, na tentativa de – apesar de ferrenho embate doutrinário - diferenciá-las, especialmente quanto à sua abrangência geográfica, tendo como parâmetros aqueles traçados pelo Tribunal de Contas da União e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Inicia-se realizando uma breve digressão acerca das sanções previstas na lei de licitações, passando à análise literal da abrangência das referidas sanções defendidas por parte da doutrina e do Tribunal de Contas da União, para, por fim, registrar o entendimento, até certo ponto consolidado, do Superior Tribunal de Justiça, ao qual o autor deste trabalho se filia.

2. DO REGIME DE SANÇÕES PREVISTO NA LEI DE LICITAÇÕES

É de relativa simplicidade o regime de sanções previsto pelos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, dispositivos povoados de conceitos abertos, tendo o legislador deixado ao intérprete a tarefa de balizar as punições de maior relevo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dado o objeto do presente estudo, faz-se imprescindível trazer à baila o *caput* e os incisos do artigo 87 do referido diploma legal:

> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
>
> I - advertência;
>
> II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
>
> III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
>
> IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Da mera leitura do dispositivo, depreende-se que a norma prevê uma gradação crescente entre as penalidades, ressalvada a possibilidade de cumulação, prevista no parágrafo segundo do mesmo artigo, entre a multa e as demais sanções.

É oportuno salientar que as penalidades supracitadas não são vinculadas a fatos determinados ou tipos fechados, cabendo ao Administrador Público, com cunho discricionário, estabelecer a punição dentro de uma proporcionalidade com a conduta infratora, tarefa tormentosa aos intérpretes, mormente diante da similitude entre as duas últimas modalidades repressivas.

Na tentativa de diferenciá-las, ao menos quanto aos efeitos, surgem duas correntes: a primeira, embasada na interpretação literal da Lei nº 8.666/93, seguida pelo Tribunal de Contas da União, e a segunda, concebida a partir de um esforço

teleológico acerca da norma, reconhecida e pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. DA INTERPRETAÇÃO LITERAL DOS ARTS. 6º E 87 DA LEI Nº 8.666/93: RESTRIÇÃO DA SANÇÃO À ENTIDADE SANCIONADORA

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, é conhecida por sua primazia técnica e minuciosidade procedimental, avançando, inclusive, sobre conceitos caros ao Direito Administrativo.

Exemplo de tal vertente encontra-se no art. 6º, inserido na "Seção II – das definições" do "Capítulo I" da Lei, no qual encontra-se diversas definições que o diploma, supostamente, visava utilizar para nortear a aplicação da norma.

Dentre tais conceitos, para o objeto deste trabalho, destacam-se os seguintes:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> (...)
>
> XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;
>
> XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

Tal "positivação de conceitos", analisada conjuntamente com as expressões presentes nos incisos III e IV do artigo 87 do Estatuto, levou diversos autores a, defendendo a estrita literalidade legal, utilizar as definições para responder à questão do âmbito de aplicação das sanções.

Como bem explicita Marçal Justen Filho (2014, p. 1155), sem, contudo, adotar tal corrente, como doravante será demonstrado:

> A distinção mais evidente entre as duas figuras envolve uma interpretação literal, fundada nas definições adotadas pelos incs. XI e XII do art. 6.º da Lei. A suspensão do direito de licitar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa a aplicasse, enquanto a declaração de inidoneidade alcançaria todos os órgãos da administração pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo "Administração", enquanto que o incis. IV contém "Administração Pública".

Por sua vez, Jessé Torres Pereira Junior (2009, p. 860/861) adota posicionamento consonante com a interpretação literal, de viés garantista:

> A diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública.

Na mesma toada é a tradicional lição de Hely Lopes Meirelles ao discorrer que "*a suspensão provisória pode restringir-se ao órgão que a decretou ou referir-se a uma licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou*" (MEIRELLES, 2010, p. 337).

Renomada guarida doutrinária conduziu diversos órgãos judicantes a adotar tal posicionamento, restringindo a sanção de suspensão de licitar e impedimento de contratar ao órgão ou entidade que aplicou a reprimenda, de modo que inexistiria óbice à participação do licitante faltoso em certame realizado por outro núcleo da administração.

Destaca-se na aplicação de tal interpretação o Tribunal de Contas da União, que por meio de seu órgão plenário já ratificou o entendimento sucessivas vezes, na esteira do excerto de acórdão abaixo colacionado:

> 9. Ocorre que, depois disso, o Plenário desta Corte de Contas já ratificou em várias oportunidades o entendimento contrariado nesses dois acórdãos da 1ª Câmara, reafirmando a ausência de base legal para uma interpretação da norma

que amplie os efeitos punitivos do art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 a todos os entes e órgãos da Administração Pública (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 842/2013, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário).

10. Tem-se, em especial, o Acórdão 3.243/2012, quando restaram vencidos os votos dos Ministros Ubiratan Aguiar e Walton Alencar Rodrigues, que traziam os mesmos argumentos que haviam embasado os Acórdãos 2.218/2011 e 3.757/2011 da 1ª Câmara.

11. Desse modo, ainda que em decisões recentes o Ministro Walton Alencar Rodrigues tenha apresentado voto de ressalva demarcando sua posição, não se pode dizer que haja propriamente controvérsia tumultuosa sobre a matéria nesta Corte, motivo pelo qual, diferentemente da unidade técnica, que propõe a procedência parcial da reclamação devido à existência de "entendimento minoritário" no Tribunal no sentido de que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 possui efeitos subjetivos amplos, penso que, nesse ponto, a representação deve ser considerada totalmente procedente.

12. Com relação à doutrina e julgados da 2ª Turma do STJ mencionados pelo Serpro, frise-se que seus argumentos foram devidamente ponderados nas decisões do TCU, não tendo sido suficientes, no entanto, para suplantar as razões que alicerçam a convicção do Plenário desta Casa, valendo assinalar que as sentenças do STJ, proferidas em 2003 e 2004, não conformam um entendimento firme e pacífico daquela Corte sobre o tema.

13. A propósito, no voto condutor do Acórdão 3.439/2012-Plenário foram apresentados, de forma resumida, os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

elementos nos quais se funda a posição do TCU acerca do assunto, que são os seguintes: a) as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, ao diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV; b) em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva; c) o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade.

14. No que concerne ao parecer da AGU mencionado, sabe-se que não reflete as diretrizes definidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão na Instrução Normativa 2/2010, cujo § 1º do art. 40 estabelece expressamente que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 "impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção".

15. Cabe, portanto, nos termos propostos pela unidade técnica, dar ciência ao Serpro/SP de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador. (TCU, Acórdão 2.242/2013, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Data da sessão: 21/08/2013)

Tendo em vista a proeminência técnica da corte de contas no seio da administração pública federal, diversos órgãos e entidades permitiram a participação de licitantes punidos com esteio no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93 seguindo os fundamentos adotados pelo Tribunal, cizânia que culminou em

demandas judiciais ajuizadas pelos licitantes preteridos em detrimento do faltoso, de modo que o Poder Judiciário foi instado acerca do questionamento da área de abrangência da respectiva sanção.

4. DA ABRANGÊNCIA NACIONAL DA SANÇÃO: O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antes de tratar da solução definida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da abrangência geográfica da reprimenda positivada no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, faz-se necessário analisar os argumentos doutrinários que, contrariamente aqueles apontados pelo Tribunal de Contas da União, concluem pela maior amplitude da penalidade, independentemente da diferença terminológica entre os institutos "Administração" e "Administração Pública".

O jurista Marçal Justen Filho (2014, p. 892) apresenta uma ponderação pela maior efetividade da sanção de suspensão de licitar e impedimento de contratar, no sentido que:

> (...) pode-se contrapor que a lógica excluiria o cabimento de sancionamento ao sujeito no estrito âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. Se o agente apresenta desvio de conduta que o inabilitam para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamento a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança. Um exemplo prático permite compreender o raciocínio. Suponha-se que o contratado deixe de adimplir às obrigações assumidas num contrato de empreitada de obra pública. Entrega à Administração uma obra defeituosa. Sancionado com a suspensão do direito de licitar, estaria ele livre para contratar com outros entes da Administração pública? Reputa-se que a resposta negativa é a mais compatível com a ordem jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na mesma ótica é a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 219):

> Questão que tem sido frequentemente discutida reside nos efeitos derivados das sanções de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, Estatuto) e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87, IV). Há três correntes de pensamento.
>
> Para grande parte dos especialistas, o efeito é *restritivo*, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: (1ª) a autonomia das pessoas da federação; (2ª) a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto.
>
> Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionatório é *restritivo* para a suspensão e *extensivo* para a declaração, ou seja, neste último caso, deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à *Administração* – definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente -, ao passo que no art. 87, IV, refere-se à *Administração Pública* – definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos.
>
> Na verdade, não conseguimos convencer-nos, *data venia*, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre *extensivo*. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art.87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura.

Adotando a corrente da abrangência nacional da sanção, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014, p. 192) destaca que:

> Em primeiro lugar é importante destacar a completa imprecisão da distinção entre os vocábulos "Administração Púbica" e "Administração", uma vez que a doutrina considera as expressões como sinônimas, e a própria Lei 8.666/93 não se utiliza dessas expressões de forma clara (ex.: o art. 87, IV, da Lei, ao tratar da declaração de inidoneidade, adota, em verdade, as duas expressões). Em segundo lugar, não há violação ao princípio federativo na utilização dessas sanções por outros Entes com o objetivo de impedir a contratação de empresa que apresenta risco ao interesse público, não sendo razoável considerar que uma empresa penalizada coloque em risco apenas o Ente sancionador, e não os demais. Por fim, os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> princípios da moralidade e da eficiência, insculpidos no art. 37 da CRFB, devem pautar todas as Administrações Públicas, não importa o nível federativo, sendo certo que a contratação de risco vulneraria os citados princípios.

A lógica principal utilizada pelos doutrinadores é simples: se a empresa fora declarada suspensa de licitar, o motivo fora a inexecução total ou parcial de contratos firmados com a Administração, fato que causou um dano à mesma, de modo a tornar temerária a contratação da empresa por todo e qualquer ente, haja vista o risco de novo inadimplemento e novos danos.

Ademais, não se pode olvidar ainda que administração constitui um todo uno e indivisível, bem como que todos os entes federados, suas administrações indiretas e órgãos estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.666/93, que em seu art. 3º dispõe acerca da necessidade de observância dos postulados da moralidade e probidade administrativa.

Seguindo tal vertente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que congrega a 1ª e 2ª Turmas do Tribunal, as quais possuem atribuição regimental para tratar do tema "licitações e contratos administrativos", em julgamento decidido de forma unânime, consolidou o entendimento de que a abrangência da penalidade contida no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 é nacional, nos termos da seguinte ementa:

> MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE. 1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade. 2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado. 3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo

> violação de lei em tese. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional. 5. Segurança denegada. (STJ, MS 19657/DF, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 14/08/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

Inclusive, este já era o entendimento da Corte, que sucessivas vezes já o havia reafirmado, a exemplo do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32628/SP, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, do Recurso Especial nº 174274/SP, relatado pelo Ministro Castro Meira e o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 9707/PE, relatado pela Ministra Laurita Vaz.

Embasada nas reiteradas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a Advocacia-Geral da União exarou o parecer nº 087/2011/DECOR/CGU/AGU, o qual foi aprovado pelo Consultor Geral da União, concluindo que:

> (...) a aplicação denominada suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 (dois) anos prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 determina o afastamento das empresas apenadas das licitações e contratações promovidas por toda a Administração Pública brasileira.

Vislumbra-se, portanto, que a administração pública, ao menos em nível federal, já tem adotado o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, em detrimento daquele apresentado pelo Tribunal de Contas da União, havendo, inclusive, a expectativa de que a Corte de Contas passe a seguir os precedentes judiciais, uniformizando a análise da temática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Expostos os argumentos e debates concernentes ao âmbito de abrangência da sanção positivada no art. 87, III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1993, vislumbra-se que os órgãos responsáveis pela aplicação da lei têm se inclinado à adotar a validade nacional da reprimenda, como medida de proteção dos entes contratantes em face de um licitante ou contratado que demonstrou incapacidade de cumprir com avenças anteriormente firmadas com o Poder Público.

A exceção a tal entendimento reside no posicionamento do Tribunal de Contas da União, na defesa da restrição da sanção ao órgão punidor. Todavia, aguarda-se a revisão de tal entendimento, mormente diante da pacificidade do tema nos órgãos do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012.

CRETELLA JR., José. **Licitações e Contratos do Estado**. 2a ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15º ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativo**s. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SUNFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**, 2 Ed., Editora Malheiros, 1995.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOBRE O PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE RELATIVA DO NOME CIVIL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

YASMIN SOUZA DA SILVA: Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Direitos Difusos pela Universidade Anhanguera – LFG. Advogada.

RESUMO: Este artigo possui como escopo analisar como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem influenciado as possibilidades jurídicas de alteração do nome civil e flexibilizando o Princípio da Inalterabilidade do Nome Civil. Far-se-á uma análise dos principais julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, inclusive sobre a possibilidade de alteração do prenome do transgênero, bem como da retirada do sobrenome do genitor em razão de abandono afetivo. Demonstrar-se-á que o nome, como direito da personalidade, possui papel de formação e consolidação da personalidade, de modo que, em determinadas situações, é possível sua alteração, em atendimento ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Dignidade da Pessoa Humana. Nome Civil. Imutabilidade do Nome. Constituição Federal. STJ. STF.

ABSTRACT: This article was written with the intention of analysing how the Principle of the Dignity of Human Person is having influence over the legal possibilities in which is possibly for people to change their civil names and over the loosening of the Principle of Stability (Immutability) of Name. It´s done an analysis of the main cases ruled by the Supreme Justice Court and by the Supreme Court about the subject, including about the possibility of transgender people changing their first name, as well as the possibility of removing the surname of a parent regarding cases of affective abandonment. It´ll be demonstrated that Name, as a personality law, has a fundamental role in formation and consolidation of someone's personality, in a matter that in such occasions it´s possibly it´s transformation as a way of meeting the needs brought by the Principle of the Dignity of Human Person.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Keywords: Dignity of Human Person, Civil Name, Supreme Justice Court, Supreme Court, Stability of Name.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3. Direito ao Nome; 4. Reflexos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sobre a Imutabilidade do nome civil; 5. Conclusões; 6. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de um estudo acerca do direito personalíssimo ao nome, elemento de identificação social da pessoa, o qual, em regra, é regido pelo princípio da inalterabilidade. Contudo, além das situações expressamente previstas na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem admitindo a flexibilização do referido princípio com base na Dignidade da Pessoa Humana.

Inicialmente, há de ser demonstrado o conceito do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Posteriormente, analisaremos as particularidades do direito ao nome e do princípio da inalterabilidade relativa do nome civil. Por fim, faremos uma análise de algumas das principais decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da flexibilização da imutabilidade do nome civil, com base na Dignidade da Pessoa Humana.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil. Trata-se, portanto, de um valor constitucional Supremo, núcleo axiológico do ordenamento jurídico pátrio.

Sobre as razões para a elevação do princípio da dignidade humana à categoria de fundamento da República, José Afonso da Silva (1998, p. 1) explica que há nítida relação com uma situação anterior de grave violação dos direitos humanos. O autor afirma que a Alemanha foi a primeira a erigir o princípio como direito fundamental expressamente previsto no art. 1º de sua constituição,

declarando que "A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais".

Tal declaração ocorreu após o fim da 2ª Guerra Mundial, e da intensa violação de direitos ocorrida durante o regime nazista. As mesmas razões teriam justificado também a positivação do princípio da dignidade humana nas constituições portuguesa e espanhola, findo os respectivos regimes ditatoriais. No Brasil, não foi diferente. O fim do regime militar, e seu contexto de restrição das liberdades públicas, de torturas e violação de direitos humanos levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 1998, p. 1-2), como um princípio fundamental.

Para Uadi Lâmmego Bulos (2015, p. 508), princípios fundamentais são diretrizes imprescindíveis à configuração e formação do Estado, refletindo valores do ordenamento jurídico, postulados básicos e os fins da sociedade. Segundo o autor, os princípios elevados pela Constituição Federal à condição de fundamentos da República são o alicerce do "edifício constitucional", e devem servir de orientação ao intérprete, na tomada de suas decisões, sobretudo pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo.

Para o autor (BULOS, 2015, p. 513), ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o constituinte consagrou um imperativo de justiça social, um "valor constitucional supremo". Ainda acerca da elevação do princípio da dignidade humana ao patamar de princípio fundamental, André Ramos Tavares (2018, p. 305), destaca que:

> A Constituição de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º. Como se sabe, a opção constitucional brasileira, quanto à dignidade da pessoa humana, foi por considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º. Parece que o objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja, como bem anota JORGE MIRANDA, "fundamento e fim

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> da sociedade, porque não pode sê-lo o Estado, que nas palavras de ATALIBA NOGUEIRA é "um meio e não um fim", e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem.

Tavares (2018, p. 306-307) salienta que o princípio da dignidade da pessoa humana não surgiu com Kant, visto que já no pensamento estoico, a dignidade era tida como uma qualidade que distinguia o ser humano das demais criaturas. No entanto, frisa que o filósofo Immanuel Kant foi quem provavelmente mais contribuiu para a delimitação do conceito da dignidade da pessoa humana, ao definir o homem como fim em si mesmo.

A contribuição de Kant para o desenvolvimento teórico da dignidade humana também é comentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2010, p. 17), o qual destaca que o referido filósofo fez conceituações imprescindíveis sobre autonomia e dignidade. Quanto à dignidade, esta teria fundamento na autonomia, que nada mais é do que a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal traz as diferenciações fundamentais realizadas por Kant acerca das coisas e das pessoas. Para Kant, tudo tem um preço ou dignidade. As coisas que têm preço são plenamente substituíveis por outras ou pelo preço. No entanto, quando algo esta acima do preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, estar-se-ia diante de uma pessoa. A pessoa, então, não possui preço, mas dignidade.

Assim, segundo a filosofia kantiana, as coisas seriam verdadeiros "meios", valores relativos e condicionados. Já as pessoas, enquanto seres racionais, existiriam como fins em si mesmas, e não como meios. O ser humano, portanto, seria um valor absoluto, pois existe como fim em si mesmo (SILVA, 1998, p. 2).

Acerca do conteúdo da dignidade da pessoa humana, Tavares (2018, p. 306) adverte que há uma dificuldade de conceituação e de delimitação do conteúdo. Para ele, a dignidade do homem não abarcaria tão somente a questão do homem não poder ser um instrumento, como afirmava Kant, mas também, em razão disso, ser o homem capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar, seu agir e decidir.

Já Bulos (2015, p. 513) expõe de forma ampla o conteúdo da dignidade humana, o qual englobaria diversos valores:

> O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens sem os quais o homem não subsistiria.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 4), ao discorrer sobre a evolução da dignidade da pessoa humana, também destaca que há uma dificuldade na conceituação do conteúdo mínimo deste princípio:

> A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a idéia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. **Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil**, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional. (Grifos ausentes no original).

Apesar da dificuldade de conceituação e de delimitação do seu conteúdo mínimo, é possível identificar um determinado consenso na doutrina, no sentido de que a dignidade da pessoa humana é reconhecida como valor supremo pela Constituição Federal de 1988, bem como que o referido princípio atrai e determina a realização, implementação e efetivação dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Segundo Tavares (2018, p. 312), "ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa". Assim, os direitos fundamentais – sejam políticos, liberais, sociais etc – buscam justamente garantir a dignificação do homem.

Neste contexto de elevação da dignidade da pessoa humana à princípio fundamental da República – inclusive como uma orientação ao legislador ordinário – os novos diplomas normativos que vieram a ser editados sob o prisma da Constituição de 1988, passaram a refletir e implementar os direitos fundamentais constitucionais, com fundamento na dignidade humana. A Constituição Federal passa a irradiar seus princípios para todo o ordenamento jurídico, seja de forma expressa, seja de forma interpretativa. É a chamada constitucionalização do Direito Civil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desta forma, os institutos do Código Civil brasileiro também passaram por uma releitura, tanto com a edição do Código Civil de 2002, como com uma interpretação à luz dos direitos e garantias consagrados na Constituição de 1988. Ou seja, a Carta de 1988 impôs uma releitura dos institutos do Direito Civil, reformulando-os em seu conteúdo (FARIAS, 2017, p. 65).

Não foi diferente com o instituto do nome civil, direito da personalidade expressamente previsto no Código Civil Brasileiro de 2002, e que passa a ser lido pelos Tribunais Superiores à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição, de modo a garantir o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3 DIREITO AO NOME

A doutrina civilista, dentro de uma abordagem classificatória didática, tende a encaixar os vários direitos da personalidade em três categorias: direito à integridade física, direito à integridade psíquica (moral) e integridade intelectual, conforme nos ensinam os civilistas Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2018, p. 200).

O direito ao nome integra o direito à integridade psíquica, segundo doutrina majoritária. Para os fins deste artigo, portanto, nos ateremos a esta categoria, que, conforme explicam Chaves, Rosenvald e Braga Netto (2018, p. 206, grifo nosso):

> É praticamente impossível tratar de qualquer aspecto do direito civil atual sem pensar na integridade psicofísica do ser humano. Aliás, a grande parte das discussões e das demandas civis não diz respeito a aspectos estritamente físicos do ser humano, mas a danos morais (compreendidos em sua acepção mais ampla, abrangendo honra, imagem, liberdade, privacidade **nome** etc.) Trata-se de conjunto de valores tão amplo e tão valioso, que qualquer tentativa de descrevê-los de modo exaustivo seria indevida."

Segundo o consagrado doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 148), "o nome é a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se no seio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da família e da sociedade", afirmando inclusive que este "é um dos principais elementos individualizares da pessoa natural".

Afirma também que "Washington de Barros Monteiro, o considera a expressão mais característica da personalidade, o elemento inalienável e imprescritível da individualidade da pessoa, não se conhecendo, na vida social, ser humano que não traga um nome." (GONÇALVES, 2010, p. 148), bem como que, segundo Limongi França, "o nome é a designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes ao aspecto civil da sua vida jurídica" (GONÇALVES, 2010, p. 148).

Neste mesmo rumo, a clássica doutrinadora Maria Helena Diniz (2012, p. 227)

conceitua o nome como um direito da personalidade "por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade; daí ser inalienável, imprescritível e protegido juridicamente (CC, arts. 16, 17, 18 e 19)".

Tanto Maria Helena Diniz, quanto Carlos Roberto Gonçalves deixam registrado que o nome possui um aspecto público e um aspecto individual. Vejamos o que cada um deles fala acerca do tema. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 149):

> O aspecto público decorre do fato de o Estado ter interesse em que as pessoas sejam perfeita e corretamente identificadas na sociedade pelo nome e, por essa razão, disciplina o seu uso na Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), proibindo a alteração do prenome, salvo exceções expressamente admitidas (art. 58) e o registro de prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores (art. 55, parágrafo único).
>
> O aspecto individual consiste no direito ao nome, no poder reconhecido ao seu possuidor de por ele designar-se e de reprimir abusos cometidos por terceiros. [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Corroborando essa ideia do aspecto público e individual do nome, Maria Helena Diniz declara (2012, p. 227-228):

> O aspecto público do direito ao nome decorre do fato de estar ligado ao registro da pessoa natural (Lei n. 6.015/73, arts 54, n. 4, e 55) pelo qual o Estado traça princípios disciplinares do seu exercício determinando a imutabilidade do prenome (Lei n. 6.015/73, art. 58), salvo exceções expressamente admitidas e desde que as suas modificações sejam precedidas de justificação e autorização de juiz togado (Lei n. 6015/73, arts. 56, 57 (com alteração da Lei n. 12.100/2009) e 58). E o aspecto individual manifesta-se na autorização que tem o indivíduo de usá-lo, fazendo-se chamar por ele, e de defendê-lo de quem o usurpar, reprimindo abusos cometidos por terceiros, que em publucação ou representação, o exponham ao desprezo público ou ao ridículo mesmo que não tenham intenção difamatória (CC, art. 17) [...]

Já Farias, Rosenvald e Braga Netto (2018, p. 216) destacam as funções do nome: "o nome da pessoa humana não desempenha, apenas, na sociedade, uma função unidimencional. Há vários aspectos ou várias dimensões que poderiam ser mencionados, como relevantes na espécie.". Pontuam, ainda, a natureza jurídica do nome, que antes era concebida como de cunho patrimonial, e atualmente é considerada de direito extrapatrimonial. Trata-se, portanto, de um direito da personalidade: "Basta lembrar, para evidenciar eu desacerto dessa concepção [nome como direito patrimonial], que o nome é inalienável" (FARIAS; RESENVALD; NETTO, 2018, p. 216).

O nome está protegido internacionalmente pelo art. 18 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual assegura que toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais, ou ao de um destes; bem como pelo art. 7º da Convenção dos Direitos da Criança, o que estabelece que a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao nome está protegido pelo art. 16 do Código Civil. Segundo o referido dispositivo legal, toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. O nome completo compõe-se, pois, de dois elementos: prenome (antigamente denominado de nome de batismo) e sobrenome ou apelido familiar -também denominado de nome de família ou simplesmente sobrenome, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 152).

O axinômio, que, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 152), é a designação que se dá à forma cortês de tratamento ou à expressão de reverência, que passa a fazer parte do nome da pessoa (como o "*Sir*" na Inglaterra, *e.g.*, Sir Isaac Newton), não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro, conforme afirmam Farias, Rosenvald e Braga Netto (2018, p. 218).

Quanto às suas características, pode-se afirmar que o direito ao nome civil, conforme elenca Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 295), é:

> i) absoluto (produzindo efeitos *erga omnes*, sendo oponível a toda e qualquer pessoa, sem que isso impeça que duas pessoas naturais, eventualmente, tenham o mesmo nome – a chamada homonímia); ii) obrigatório (e, nesse sentido, vale o comentário de que o art. 50 da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos – proclama a necessidade de registro civil de todas as pessoas nascidas, inclusive os natimortos iii) indisponível (uma vez que não pode o titular ceder, alienar, renunciar, dentre outras formas de disposição); iv) exclusivo (característica inerente, apenas, à pessoa jurídica, uma vez que impossível de ser aplicada à pessoa natural, a quem se permite a homonímia); v) imprescritível (não sendo possível perder o nome pelo não uso); vi) inalienável (reconhecida a impossibilidade de a pessoa humana vender ou dar o seu nome como decorrência lógica da própria impossibilidade de dispor da própria identificação pessoal. No entanto, não se olvide que a pessoa jurídica poderá dispor de seu nome de

> fantasia, que se trata de elemento componente de seu patrimônio); vii) incessível (caráter privativo, também da pessoa natural, inaplicável à pessoa jurídica); viii) inexpropriável (não sendo suscetível de desapropriação pelo Poder Público, salvo em se tratando de nome de pessoa jurídica, em face (*sic*) do seu conteúdo patrimonial); ix) irrenunciável (salvo em casos especiais, em que se admite o despojamento de parte do nome); x) intransmissível (consequência natural da indisponibilidade).

Importante mencionar o princípio da inalterabilidade relativa do nome, segundo o qual, em regra, o nome civil da pessoa não pode ser alterado, tendo em vista a segurança jurídica. Essa imutabilidade, contudo, não é absoluta, mas relativa. Isto porque, em hipóteses excepcionais, tanto a lei como a jurisprudência admitem a alteração do nome, exigindo-se, para tanto, em regra, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros.

Dentre outras hipóteses, podem ser citadas as seguintes exceções à imutabilidade do nome: erro gráfico evidente ou prenomes vexatórios (art. 110 e 55 da Lei de Registros Públicos, respectivamente); adoção, conforme art. 1.627 do Código Civil c/c art. 47, §§5º e 6º do ECA; apelidos públicos notórios (art. 58 da LRP); em caso de inclusão no programa de proteção a testemunhas (art. 58, parágrafo único da LRP); alteração imotivada do nome aos 18 anos, conforme dita o art. 56 da LRP; e no caso de casamento, separação judicial, dissolução do casamento ou da convivência (arts. 1571, §2º, art. 1578 do CC).

No entanto, para além das hipóteses legais que autorizam a alteração do nome ou do sobrenome, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem relativizando a imutabilidade do nome civil, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, e considerando a natureza de direito da personalidade que o nome possui. Assim, diante de determinadas situações, o princípio da dignidade da pessoa humana deverá prevalecer sobre a segurança jurídica e o princípio da inalterabilidade do nome civil, permitindo assim a alteração do registro civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4 REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOBRE A IMUTABILIDADE DO NOME CIVIL

Conforme destacado acima, a constitucionalização do Direito Civil, ou seja, a leitura dos institutos do Direito Civil à luz da Constituição Federal de 1988, dos direitos fundamentais por ela assegurados e da dignidade da pessoa humana, também influenciou a modificação do tratamento e do entendimento jurisprudencial, doutrinário e legislativo acerca do instituto do nome civil.

Malgrado a regra no ordenamento jurídico seja a imutabilidade do nome civil, o qual só pode ser alterado nas hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem flexibilizando o referido princípio, e admitindo a alteração do nome em hipóteses não previstas legalmente, com fulcro na dignidade da pessoa humana. Neste cenário, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF ganham relevância e merecem destaque.

Em 18 de dezembro de 2014, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial – REsp 1.304.718-SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarson Sanseverino, entendeu ser possível a exclusão do sobrenome paterno pelo filho que havia sido abandonado por seu genitor, tendo em vista que a manutenção do patronímico lhe causava angústia e sofrimento. O referido julgado foi assim ementado:

> EMENTA RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REGISTRO CIVIL. NOME. ALTERAÇÃO. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. ABANDONO PELO PAI NA INFÂNCIA.. JUSTO MOTIVO. RETIFICAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 56 E 57 DA LEI N.º 6.015/73. PRECEDENTES. 1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro. 2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante

> apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. 3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito do recorrente de supressão do patronímico paterno do seu nome, pois, abandonado pelo pai desde tenra idade, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna. 4. Precedentes específicos do STJ, inclusive da Corte Especial. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, REsp 1.304.718-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/12/2014, Info 555).

No caso analisado, o requerente, apesar de devidamente registrado por seu pai natural, havia sido criado exclusivamente por sua mãe e por sua avó materna, não tendo criado laços de afetividade com seu genitor, o qual o abandonou em tenra idade. Considerando a angústia e o sofrimento causado ao requerente em virtude da utilização de um sobrenome que lhe remetia ao abandono paterno, a referida Turma do STJ permitiu não só a supressão do patronímico do genitor, como também o acréscimo do sobrenome da sua avó materna, a qual havia contribuído econômica, moral e afetivamente para seu desenvolvimento.

No julgamento, o relator Min. Paulo Tarso Sanseverino destacou que não era a primeira vez que o STJ reconhecia essa possibilidade. O relator citou como precedentes o Recurso Especial n.º 66.643/SP, da relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 21/10/1997; o REsp n.º 401138/MG, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 26/06/2003; e também o pedido de homologação de sentença estrangeira SEC 5.726/EX, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 05/02/2013, no qual a relatora "fez questão de salientar a tendência dessa Corte à superação da rigidez do registro de nascimento, com a adoção de interpretação mais condizente com o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de um estado democrático".

Portanto, o STJ utilizou-se da dignidade humana como fundamento para flexibilização da inalterabilidade do nome civil, tendo em vista o sofrimento psicológico causado pelo patronímico do genitor, o qual trazia ao requerente memórias do abandono afetivo. Frise-se que, no entendimento de Maria Berenice

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dias, o abandono afetivo, ou seja, a omissão dos pais no exercício do poder familiar e a ausência de cuidado causam um "dano à dignidade do filho" (2016, p. 906).

Necessário salientar que, conforme expressamente constou do julgado do REsp 1.304.718-SP, a retirada do sobrenome do genitor não implicou em alteração da filiação, e nem tampouco em afastamento de eventuais deveres alimentares ou mesmo em direitos sucessórios. Houve tão somente a possibilidade de alteração do nome, o qual, como elemento de expressão da personalidade, não poderia causar sofrimento ao requerente, violando assim a sua dignidade.

Tais decisões do Superior Tribunal de Justiça possuem nítida correlação com a fundamentação da Lei 11.924/2009, que ficou conhecida como Lei Clodovil Hernandes, a qual alterou a Lei de Registros Públicos para autorizar que o(a) enteado(a) possa acrescentar o nome de família da madrasta ou do padrasto, desde que haja aquiescência destes, acrescentando assim o parágrafo 8º ao art. 57 da Lei 6.015/73. Isto porque, esta lei tamém se baseou na existência de relações de afeto entre o(a) enteado(a) e seu padrasto ou madrasta, de modo a justificar a inserção do sobrenome destes, em atenção à própria dignidade da pessoa, tendo em vista que o nome é elemento da personalidade.

Também merece destaque a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 724718-MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/05/2018, e divulgado no Informativo 627 do STJ. Neste julgado, o STJ reconheceu a possibilidade da viúva voltar a adotar o nome de solteira após a morte de seu cônjuge.

Ora, o art. 1.571, parágrafo segundo, do Código Civil, prevê expressamente, nos casos de divórcio, a possibilidade de retirada do sobrenome do cônjuge que havia sido adotado com o casamento. No entanto, não há previsão legal para supressão deste sobrenome caso haja dissolução do casamento em razão da morte, e não do divórcio.

Entretanto, a Terceira Turma do STJ entendeu que a manutenção do nome poderia acarretar ao cônjuge sobrevivente abalo de natureza emocional, psicológica ou profissional, afetando assim a sua dignidade. Mais uma vez, a corte baseou-se na dignidade da pessoa humana para flexibilizar as hipóteses de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

alteração do nome. Conforme extrai-se do Informativo 627 do STJ, a referida Turma entendeu que:

> [...] o direito ao nome, assim compreendido como o prenome e o patronímico, é um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que diz respeito à própria identidade pessoal do indivíduo, não apenas em relação a si mesmo, mas também no ambiente familiar e perante a sociedade em que vive. [...] Em síntese, sendo a viuvez e o divórcio umbilicalmente associados a um núcleo essencial comum - existência de dissolução do vínculo conjugal - não há justificativa plausível para que se trate de modo diferenciado as referidas situações, motivo pelo qual o dispositivo que apenas autoriza a retomada do nome de solteiro na hipótese de divórcio deverá, interpretado à luz do texto constitucional e do direito de personalidade próprio da viúva, que é pessoa distinta do falecido, ser estendido também às hipóteses de dissolução do casamento pela morte de um dos cônjuges.

Em decisão que possui o mesmo fundamento – a dignidade da pessoa humana e o nome como direito intrínseco à personalidade – também da Terceira Turma, e de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o STJ entendeu não ser possível a retirada do sobrenome do marido sem expresso consentimento da mulher, mesmo havendo revelia desta na ação judicial por ele proposta.Tal entendimento foi proferido no REsp 1732807-RJ, julgado em 14/08/2018 (Informativo 631).

Segundo a referida Turma, malgrado fosse possível a decretação do divórcio, tendo em vista a revelia da parte demandada, que não contestou a ação de divórcio proposta pelo então cônjuge; não seria possível a supressão do sobrenome adotado pela esposa no momento do casamento sem que houvesse expresso consentimento desta. Tais decisões se coadunam com o entendimento majoritário da doutrina, no sentido de que a supressão do sobrenome adotado com o casamento exige a anuência expressa do titular, tendo em vista que o sobrenome

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estará inexoravelmente incorporado à personalidade de seu titular (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 306).

Sobre o tema, Farias e Rosenvald destacam ainda que a jurisprudência do STJ (vide REsp. 1.041.751/DF) também permite a alteração do sobrenome da genitora ou do genitor que voltou a ter o nome de solteiro, no registro civil de nascimento do filho, após a dissolução do casamento. Sobre o tema, destacam os autores (2017, p. 307):

> Cuida-se de hipótese de grande ocorrência cotidiana. A pessoa muda o nome por ocasião do casamento, acrescendo o sobrenome do cônjuge, tem filhos durante a convivência afetiva, mas o casamento se dissolve, voltando, então, a ter o nome civil anterior às núpcias. Nesse caso, porém, o filho tem em seu registro o nome que a mãe teve durante o casamento. Seria um caso de retificação do registro civil do nascimento filho, para fazer constar o sobrenome que a genitora voltou a ter após a dissolução nupcial? Pois bem, a resposta somente pode ser afirmativa. É que o direito à individualidade e à identificação integra a personalidade humana, plasmando a sua dignidade. Assim, a documentação pessoal deve refletir a identidade do seu titular, contendo as informações precisas e atuais de seus genitores.

Por fim, faz-se mister destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de alteração do prenome do transgênero – assim como do gênero – em seu registro civil. Da jurisprudência do STJ[1], extrai-se que esta corte vem, ao longo dos anos, reconhecendo aos transsexuais o direito de, mediante decisão judicial, alterar o seu prenome, por ser imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em um momento inicial, a jurisprudência do STJ admitia a mudança do prenome apenas nas hipóteses em que houvesse uma cirurgia de transgenitalização, ou seja, uma cirurgia de redesignação sexual. No entanto, a

jurisprudência da referida corte foi evoluindo, passando a assegurar o referido direito independentemente de cirurgia de transgenitalização[2]. Segundo os julgados proferidos pelo STJ, a mudança do nome, independentemente da cirurgia, era medida necessária à concretização da dignidade humana, princípio fundamental da República. A manutenção de nome incompatível com o gênero da pessoa lhe causaria sofrimento psicológico incompatível com uma vida digna, sendo assim imperiosa a alteração.

Neste sentido, imperioso destacar os fundamentos trazidos pelo Ministro Luís Felipe Salomão no REsp 1.626.739-RS, o qual ressalta a necessidade de compatibilização da segurança jurídica exigida pela Lei de Registros Públicos com o princípio da dignidade da pessoa humana (grifo nosso):

> [...] 3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, **além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo** e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas. 4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. 5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - *ratio essendi* do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - **deve ser compatibilizada com o princípio**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional. [...]7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, **conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade**, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças. 8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais). 9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). 10. **Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da**

> **dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização**, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico. 11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a *ratio essendi* dos registros públicos, é critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. [...]

Com o julgamento da ADI 4275/DF, em 01/03/2018 e o julgamento do 670422/RS, em regime de repercussão geral, em 15/08/2018, o Supremo Tribunal Federal eliminou qualquer controvérsia sobre o tema, assegurando aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais, bem como independentemente de decisão judicial, o direito de alteração do seu prenome – assim como do gênero constante no registro civil – como medida imprescindível à garantia da sua dignidade.

O STF, considerando o direito à saúde, o princípio da personalidade, da isonomia, o direito constitucional à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, o direito à busca da felicidade, e sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, fez uma interpretação conforme a Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica do art. 58 da Lei de Registros Públicos, para permitir a alteração do prenome, evitando-se assim constrangimentos cotidianos aos quais são submetidos os transgêneros, os quais ferem a sua dignidade.

Para a corte, a exigência da cirurgia viola a dignidade humana dos transgêneros, sobretudo porque muitos indivíduos não querem se submeter a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cirurgias de redesignação sexual, por razões pessoais, de saúde, sexuais ou reprodutórias. Ademais, em muitas situações, a cirurgia demora anos para ser realizada, ou mesmo não pode ser realizada (menores de dezoito anos, por exemplo), de modo que impedir a alteração do prenome implicaria em grave sofrimento psicológico ao indivíduo.

No julgamento da ADI 4275/DF, o relator Min. Marco Aurélio destacou (grifo nosso):

> A solução para a presente questão jurídica **deve passar, invariavelmente, pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB)** e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, o presente caso transcende a análise da normatização infraconstitucional de regência dos registros públicos, sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade. [...] Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, "o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação", como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, "o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas. Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. **Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome**, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à

> liberdade e à vida privada. [...] **Dito isto, figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa**".

Destarte, hodiernamente, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais essenciais para o exercício de uma vida digna – incluindo direito à saúde, à honra, à felicidade e também à autonomia e liberdade de escolha - a jurisprudência dos tribunais superiores flexibiliza o princípio da segurança jurídica e da imutabilidade do nome, para, concretizando o referido princípio fundamental, permitir a alteração dos prenomes pelos transgêneros, independentemente de decisão judicial e de cirurgia de transgenitalização.

5 CONSDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é possível concluir que a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil e valor supremo da Constituição Federal de 1988, deve servir de vetor interpretativo para os operadores do direito, adentrando em todo ordenamento jurídico. Assim, a constitucionalização do Direito Civil exige uma leitura de todos os institutos do Direito Civil conforme à Constituição, inclusive o nome civil.

Tendo em vista que a dignidade humana possibilita ao homem escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, conforme sua autonomia, bem como lhe garante direitos fundamentais essenciais à sua vida digna, conclui-se ser possível também, com base nesse princípio, flexibilizar a imutabilidade do nome civil e a segurança jurídica, de modo a permitir a alteração do nome civil mesmo em situações não previstas expressamente no ordenamento jurídico.

Assim, considerando que o nome é expressão da personalidade e elemento individualizador da pessoa, os Tribunais Superiores vêm flexibilizando o princípio da inalterabilidade relativa do nome, e permitindo a alteração do prenome ou do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sobrenome em situações nas quais a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana impõe a referida mudança.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. - 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. - São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Exclusão dos sobrenomes paternos em razão do abandono pelo genitor**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b7087c1f4f89e63af8d46f3b20271153>. Acesso em: 14/09/2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O simples fato de a mulher ter sido revel na ação de divórcio não significa que o pedido de retirada do patronímico do ex-marido de seu nome tenha que ser deferido**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/567b8f5f423af15818a068235807edc0>. Acesso em: 14/09/2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Possibilidade de voltar o nome de solteira após a morte do marido**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f9322b146574d9da9ad32ad879ad373b>. Acesso em: 14/09/2019

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Transgênero pode alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer cirurgia de transgenitalização e mesmo sem autorização judicial**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8ae1da0fe37c98412768453f82490da2>. Acesso em: 14/09/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias. -** 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil.** - 29. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. - 15 ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm., 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único.** – 2ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm., 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NOTAS:

---

[1] Vide REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009.

[2] Vide STJ, 4ª Turma, REsp 1.626.739-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9/5/2017 (Info 608).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

ANA RUBIA MORAES DA ROCHA:
Graduando em direito 2019 no CIESA/AM.

DORVAL DE ALMEIDA SANTANA[1]

RESUMO: Este artigo tem como objetivo demonstrar como é aplicado o princípio da insignificância e sua repercussão no Direito Penal Brasileiro. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. O princípio da insignificância, ou, de acordo com a doutrina alemã, os delitos de bagatela teriam surgido na Europa, a partir do século XX, decorrente das crises sociais que se sucederam às duas grandes guerras mundiais. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certo e merece apreciação do princípio da insignificância, como excludente da tipicidade, deve o promotor de justiça requerer ao juiz arquivamento do inquérito policial, haja vista não constituir crime o fato narrado nos autos, na medida em que a falta de tipicidade material leva à ausência da própria tipicidade. Se não existe tipicidade, não se pode falar em fato típico; se não há fato típico, não subsiste a própria infração penal. É preciso que se leve em consideração, também, a relevância material da conduta. Essa relevância é entendida como tipicidade material, a saber: Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem aplicação do princípio da insignificância. Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem ao caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal.

Palavras-chave: direito penal; insignificância; princípio; repercussão.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how the principle of insignificance and its repercussion in Brazilian criminal law is applied. It was elaborated according to the method of inductive approach, descriptive procedure and through indirect documentation. The principle of insignificance, or, according to German doctrine, trifling crimes would have arisen in Europe from the twentieth century on account of the social crises that followed the two great world wars. For this purpose, jurisprudence, precedents, statements and understandings of recurrent cases have been used which have been a parameter to solve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. There remains a certain and deserves appreciation of the principle of insignificance, as excluding from the typical, should the prosecutor require the court to file the police inquiry, given that

the fact narrated in the case is not a crime, insofar as the lack of materiality leads to the absence of typicality. If there is no typicality, one can not speak in typical fact; if there is no typical fact, there is no criminal offense. It is also necessary to take into account the material relevance of the conduct. This relevance is understood as material typicity, namely: By virtue of the concept of material typicity, those facts recognized as trifle are excluded from the penal types, in which it applies the principle of insignificance. Thus, by the criterion of materiality is that the importance of the property is related to the specific case, so that we can conclude whether or not that particular asset deserves protection under criminal law.
Keywords: criminal law; insignificance; principle; repercussion.

INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância vem mostrar que os crimes de menor potencial ofensivo são tratados pelo Direito Penal Brasileiro em teses defesa, no obstante a repercussão no meio social, excluindo as tipicidades dos crimes considerados de bagatela.

Visto que o fundamento do princípio da insignificância em baseia-se no excesso de desemprego e de falta de alimentação, entre outros fatores, que acarretaram um surto de pequenos furtos, subtrações de relevância mínima, o que se denominou "criminalidade de bagatela".

A importância ao aborda este tema de pesquisa está no valor irrisório e dano mínimo patrimonial em muitos casos não carecendo os rigores do Direito Penal, por serem considerados de pequena importância praticados por pessoas que furtam para saciar a fome (crime famélico), seus aspectos como tratados pela sociedade no caso citado em tela não que haja um crime mais a justificativa para acionar a máquina da Justiça para cumprir todos ritos no sentido de prender uma pessoa por uma lata de manteiga ou uma lata de leite, que muitas das vezes a pessoa subtrai para atenuar a fome dos filhos e claro que não se justifica.

O fato praticado mais será que existe outro meio que não seja encarceramento é justamente por isso que o princípio da insignificância vem mostrar está saída em tratar esses deslizes em função da fome, pois, reconhece que Estado não atende a todos e apresenta de um modo in fine uma culpa concorrente como preceitua a Constituição.

Devemos ainda ressalta que os tribunais brasileiros estão abarrotados de ações judiciais que depreendem tempo e dinheiro do jurisdicionado para manter o sistema e dando esse enfoque podemos aplicar o princípio da insignificância e fazer subsunção ao princípio da legalidade note que não há um grande prejuízo a sociedade em função do pacto social que retroalimenta pela redistributiva governamental ou deveria prima pela equidade e isonomia visando a alcançar dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No ordenamento jurídico brasileiro, não há um reconhecimento normativo explícito quanto ao Princípio da Insignificância, porém, a jurisprudência tem-no aceito e acatado cada vez com maior freqüência.

1 ABORDAGEM SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

1.1 Processo Histórico

Paula (2018) o processo de reconhecimento normativo dos princípios varia de acordo com os modelos que regem o Direito. Enquanto no direito natural os princípios eram concebidos como metafísicos, no direito positivo passaram a ser dotados de normatividade.

Paula (2018) uma vez que, tratam-se dos princípios e as regras como sendo parte das normas. No entanto, este entendimento possui antíteses, a exemplo de Dworkin, que traz outros critérios normativos.

Para Dworkin (2010, p.41), a diferença entre os princípios e as regras é de natureza lógica, pois se distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (BRASIL, 2013).

Segundo Ávila (2005, p.55) postas essas considerações, analisa-se a posição doutrinária adotada nesta pesquisa de que normas ou são princípios ou são regras, diferenciando-se a partir da colaboração do hermeneuta. A preocupação desta seção agora é analisar a distinção dessas espécies normativas e seu critério quantitativo de consideração decisão.

Lopes (2000) cita que, na década de 60, o princípio da insignificância foi inserido na doutrina alemã por Claus Roxin, notadamente no Direito Penal em razão de sua natureza fragmentária, valendo-se do brocardo romano aludido apenas ilustrativamente e não para justificar sua fonte.

Por outro lado alguns doutrinadores segundo Silva (2004) sustentam que o princípio da insignificância teve sua gênese no início do século XX, precisamente em 1903, por meio de Fran Von Lisz.

Para Bittencourt (2008) o princípio da insignificância encontra arrimo nos demais princípios do Direito Penal, com eles não podendo ser confundido. Pelo princípio da intervenção mínima, por exemplo, o poder de punir estatal só deve intervir nas ofensas graves e em relação aos bens jurídicos primordiais, restando aos outros ramos do direito as perturbações de menor relevância.

Neste contexto o processo histórico versar sobre como foi inspirado aplicação do princípio da insignificância e toda sua abrangência aplicado no direito penal dentre outros no período que transcorrer a história como se vê a seguir. Notadamente neste sentido temos as revoluções e crises sociais.

Para Freitas (2007) os ideais que inspiraram o princípio da insignificância, ou, de acordo com a doutrina alemã, os delitos de bagatela teriam surgido na Europa,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a partir do século XX, decorrente das crises sociais que se sucederam às duas grandes guerras mundiais.

A origem do princípio da insignificância, ainda é motivo de travadas discussões. A chamada máxima minima non curat praetor levaram alguns autores, como Silva, a defenderem a tese de que o princípio da insignificância já existia no Direito Penal Romano, onde o pretor não se preocupava com os delitos de pequena monta por entender que o Direito Romano baseava-se no Direito Privado e não no Direito Público, portanto, a máxima minima non curat praetor, não levaria ao princípio da insignificância que justificasse a não atuação do Estado na esfera penal, acreditando, ainda que este brocado era um mero aforismo. O princípio da insignificância ou como chamavam os alemães, "criminalidade de bagatela", surgiu na Europa após as duas grandes guerras. Com a situação sócio-econômica precária, os delitos de caráter patrimonial eclodiram por todo o país muitos deles subtrações de pequena relevância. Para evitar prisões irrelevantes, frente ao alto índice de ocorrência de tais delitos, passou-se a utilizar a idéia de "bagatela", como forma de evitar penas exacerbadas para delitos insignificantes. É daí que advém o caráter de patrimonialidade que é dado ao princípio. (SILVA, 2008, p.36).

Segundo Coimbra (2011), faz um retrospecto histórico entende-se que o Princípio da Insignificância teve origem no Direito Romano, com fundamento no brocardo minimus non curat praetor, que orienta que o Direito não deve se ocupar de assuntos irrelevantes; Nessa época, no que se pode observar de forma geral, o pretor não cuidava das causas ou delitos de bagatela.

Nas palavras de Brun, o período iluminista pode ser caracterizado:

Durante o período Iluminista, também é possível visualizar vários autores preocupados com as questões sociais, com a humanização da pena e a limitação do poder do Estado. Eles buscaram introduzir no sistema penal, princípios como o da legalidade e da o proporcionalidade. Rousseau, Beccaria e Montesquieu foram importantes nomes da época que se destacaram na consagração de tais princípios. Há, porém, uma forte corrente doutrinária que sustenta que o Princípio da Insignificância tem sua origem na Alemanha, principalmente no período pós-Segunda Guerra, em razão dos altos índices de pobreza e, conseqüente, aumento dos pequenos delitos patrimoniais, os denominados crimes de bagatela, ou em alemão, Bagatelledelikte. Embora acreditasse que o princípio da adequação, criado por ele, fosse suficiente para excluir os crimes bagatelares, muitos não concordaram com tal posicionamento, e buscaram a inserção de um novo princípio, também compatível e ajustado à concepção material de tipo. (BRUN, 2015, p.28).

Neves faz um análise histórica e na sua constatação intercala os iluministas:

Montesquieu já afirmava que "quando um povo é virtuoso. bastam poucas penas" e Beccaria lembrava que "proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos". A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. VIII,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

prescrevia que a lei só poderia estabelecer "penas estritas e evidentemente necessárias". A construção da dogmática penal teve um direcionamento no sentido de elaborações abstratas. desconsiderando as particularidades do caso concreto e ignorando a consideração da realidade social. Em 1855, o magistrado criminalista toscano Giuseppe Puccioni, em comentário ao Código Penal de Toscana, de 1853, falava em "delitos de mínima importância política" e na "ameaça aflitiva de prisão a levíssimas lesões pessoais e a simples injúria" Já se sustentando que a ampliação da área de abrangência do Direito Criminal levaria a duas induvidosas conseqüências: a primeira é a de que os Tribunais se achariam sobrecarregados, acarretando um retardo na administração da justiça punitiva; e a segunda representada por um agravamento das finanças públicas, sobre quem recai o encargo de manutenção dessa ingente massa de condenados. Francesco Carrara, em monografia datada de julho de I883, falava da "nomomania ou nomorréia penal". Franz von Liszt, em 1896, enfatizou que a legislação de seu tempo fazia uso excessivo da "arma da pena", questionando se não seria aconselhável uma nova acolhida da velha máxima mínima non curar praetor, como já havia reclamado Carrara. (NEVES, 2006, p.13).

Nesta linha de pensamento Santos (2014 ao tratar da evolução histórica do princípio, também cita a máxima romana, dizendo que o pretor não se ocupava de delitos menores, e completa afirmando que a matéria foi abordada por Montesquieu em O Espírito das Leis, ao dizer que quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas.

Não obstante ter a doutrina fixada diversos marcos, entre outros, é o ressalta Freitas (2007), aqueles que vêem origem no Direito Romano; não se pode olvidar que Beccaria fez expressa menção aos ideais do princípio, quando lecionava que a exata medida do delito é o prejuízo causado na sociedade, alertando que antes de punir, que não é um ato puramente automático e irracional, deve-se ter de antemão uma idéia de proporcionalidade, caso contrário seria a sanção um ato de vindita cega praticada pelo Estado; pois não há como se admitir a idéia de justiça, por sua própria etimologia, sem a de proporção.

1.2 Princípio da Insignificância Frente à Constituição

A constituição brasileira em enfoque a de 1988 nós rol ou numerus clausus com aplicar o princípio da insignificância ou bagatela constituindo paradigmas aplicado ao direito brasileiro.

Os princípios foram muito valorizados com o advento da Constituição Federal de 1988, pois novos vetores, paradigmas e interpretações ganharam destaque no cenário jurídico brasileiro. (BRASIL, 1988).

De acordo com Santos (2014), o princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

1.2.1 Legalidade e princípio da insignificância

Segundo Neves (2006) o princípio da legalidade possui uma função de garantia aos cidadãos. Não se pode criar uma espécie de crime após a realização da conduta. Tem por alcance as infrações penais: crime e contravenção penal e por finalidade garantir a segurança, seja com a pena ou medida de segurança.

Silva (2008) citam que, a legalidade possui quatro desdobramentos, para ser válida e eficaz ao caso concreto, de modo a garantir a correta e justa cominação das normas penais, quais sejam:

a) a lei deve ser prévia: a previsão do crime deve vir anteriormente à prática dele.

b) a lei deve ser escrita: deve estar redigida, codificada;

c) a lei deve ser estrita: apenas a lei pode definir o que é crime e criar as penas aplicáveis a cada espécie de crime,

d) a lei deve ser certa: deve ser dotada de clareza, didática.

Para Lopes (2000) direito penal que se pretenda moderno e que viceje no interior de um espírito típico de um Estado Democrático de Direito não se contenta com uma garantia da legalidade que se limite ao plano formal, qual fosse o princípio na verdade e na essência, uma reles projeção da anterioridade da lei penal. Impõe-se a descrição de condutas marcadas de um sentido.

Santos; Sêga (2000) citam que, a marca evolutiva do princípio da legalidade levou à construção do nullum crimem nulla poena sine injuria, ou seja, não há crime sem dano relevante a um bem jurídico penalmente protegido; este desdobramento do princípio da legalidade é o que mais se relaciona ao princípio da insignificância, visto que traz como premissa o espírito deste, isto é, casos que não tenham relevância social não devem sobrecarregar o Poder Judiciário, pois não acarretam um resultado significante, assim, desconsidera-se a tipicidade, já que não houve um dano considerável a um bem jurídico protegido.

1.2.2 Princípio da insignificância e da intervenção mínima

Segundo Jesus (2016) procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição e penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do direito não conseguem prevenir a conduta ilícita.

Conforme Lopes (2000) parte da doutrina confunde o princípio da insignificância com o da intervenção mínima, criando às vezes um problema conceitual insolúvel. Apesar de serem institutos correlatos eles guardam uma independência facilmente visível.

Santos (2014) alega que, o princípio da intervenção mínima surgiu em razão do princípio da legalidade não ter tido força suficiente para eliminar do direito penal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o arbítrio do Estado, uma vez que este poderia respeitar a prévia legalidade dos delitos e penas, mas poderia criar penas vexatórias. Por tal razão surgiu o princípio da intervenção mínima.

Florenza (2017) entende que, a pena é a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, desta forma, o Estado não deveria recorrer ao direito penal se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos.

Segundo Silva (2008) que, a pena só deve ser aplicada em último caso, quando nenhum outro ramo do direito consiga resolver o conflito. Se outras formas de sanção previstas no ordenamento são suficientes para proteger determinado bem jurídico, não há cabimento para a criminalização. Além disso, quando se exagera no uso da pena, ela perde sua função de intimidar e ressocializar os indivíduos.

Segundo Bianchini (2002) a criminalização de determinada conduta que ofenda bens ou valores fundamentais de forma grave ou que os tenha exposto a perigo idôneo só se justifica se a controvérsia não pôde ser resolvida por outros meios de controle social, seja formal ou informal, menos oneroso (princípio da necessidade), o que caracteriza o direito penal como sendo subsidiário.

Desta forma, Santos (2014) aborda que, o princípio da intervenção mínima é definido como regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas. O princípio da insignificância é definido como regra de determinação quantitativa material ou intelectual no processo de interpretação da lei penal para confirmação do preenchimento integral do tipo.

Silva (2008) informa que, o princípio da intervenção mínima está diretamente ligado aos critérios do poder legislativo de elaboração de leis penais, sendo sua utilização judicial mediata, cabível apenas como recurso para dar unidade sistêmica ao Direito Penal. Já a insignificância é de utilização judicial imediata como forma de determinar a existência do crime em face da tipicidade material e da ilicitude concreta.

1.2.3 Princípio da insignificância e lesividade

Quando falamos em insignificância, é impossível não falar em lesividade, haja vista que se a lesão é mínima, forçoso é admitir que o bem jurídico tutelado pelo Direito penal não foi atingido.

Nas palavras de Jesus (2016) segundo este princípio, o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta lesiona um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Segundo este Autor, este princípio pode ser extraído do art. 98, I da Constituição Federal, ao disciplinar as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Lopes (2000) especificamente, a relação do princípio da insignificância e os crimes de menor potencial ofensivo seguiram o princípio do Direito Penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, fora desse limite não está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Batista (2007) afirma que existem quatro funções básicas deste princípio, quais sejam: a) proibir a incriminação de atitudes internas, que não são exteriorizadas, p. ex., desejos, intenções, sentimentos; b) proibir a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, p. ex. a auto lesão, os atos preparatórios; c) proibir a incriminação de estados ou condições existenciais, p. ex. a culpabilidade pela conduta ao longo da vida e, por fim, d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Desta forma, a lesividade, apenas poderá ser punida às condutas que lesionem efetivamente os direitos de outras pessoas. Neste sentido não há que se falar em lesividade nas condutas imorais, diferentes, escandalosas, porque nestas não incide a intervenção do Direito Penal. (BATISTA, 2007, p.111).

1.3 Definição do Princípio da Insignificância

Acompanhamos que na definição do princípio da insignificância apenas o valor mais tipicidade da conduta se mantêm como veremos abaixo:

Para Paulino (2006) conceitua "o princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal".

Lopes (2000) afirma ainda que, o princípio da lesividade está diretamente posto em função da noção categorial de bem jurídico, uma vez que este se põe como sinal de lesividade do crime que o nega, revelando e demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e por outro a legitima.

De forma semelhante, o Princípio da Insignificância também é conceituado pelo doutrinador Prado (2008. p.146):

...devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância.

O Princípio da Insignificância é aquele que orienta no sentido de que não se deve punir os delitos de bagatela, ou seja, delitos pequenos, irrelevantes, não ensejadores de efetivo prejuízo a vítima ou ao social.

Pode-se citar um exemplo para que fique claro o entendimento: um homem furta um pão na padaria. Segundo o Princípio da Insignificância, este não deve ser punido por seu ato, pois "um pão" não é suficiente para causar prejuízo ao dono de uma padaria.

Cabe dizer ainda que, o Princípio da Insignificância deve ser utilizado no momento da interpretação dos fatos, com base em critérios de razoabilidade, podendo chegar a destituição da reprovabilidade do fato por ter sido valorado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como insignificante, excluindo a tipicidade penal e, portanto, tornando-o isento de punição.

O Princípio da Insignificância tem como escopo principal ocupar o Direito Penal com os fatos realmente relevantes para a sociedade, conforme bem observa Jesus (2016, p.10):

Ligado aos chamados "crimes de bagatela" (ou "delitos de lesão mínima"), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material).

Segundo leciona o doutrinador Greco (2008, p.65) o Princípio da Intervenção Mínima limita o poder punitivo do Estado, fazendo uma seleção dos bens jurídicos de maior importância que devem ser tutelados, o que remete ao Princípio da Insignificância que auxilia nessa limitação:

[...] o princípio da intervenção mínima, como limitador do poder punitivo do Estado, faz com que o legislador selecione, para fins de proteção pelo Direito Penal, os bens mais importantes existentes em nossa sociedade. Além disso, ainda no seu critério de seleção, ele deverá observar aquelas condutas que se consideram socialmente adequadas, para delas também manter afastado o Direito Penal.

1.3.1 Características do princípio da insignificância

Dissertaremos agora sobre as características do Princípio da Insignificância.

Gomes (2011, p.14) nos mostrar as características que é base do princípio da insignificância:

"(a) escassa reprovabilidade; (b) ofensa a bem jurídico de menor relevância; (c) habitualidade; (d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito, além de uma característica de natureza políticocriminal, qual seja, a da dispensabilidade de pena do ponto de vista da prevenção geral, se não mesmo sua inconveniência do ponto de vista da prevenção especial."

A aplicação do princípio da insignificância, vem para excluir do rol do Direito Penal, situações como esta, a fim de adequar de forma mais justa a realidade social e as condutas que são praticadas e que merecem atenção do Direito Penal. Seu caráter fragmentário e subsidiário, só vem a corroborar com esse pensamento. Assim, aduz Silva (2008):

De acordo com o princípio de intervenção mínima, com o qual se relacionam as características da fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes. [...] A subsidiariedade do direito penal, por seu turno, resulta de sua consideração como 'remédio sancionador extremo', que, portanto, só deve ser ministrado quando outros se revelem ineficientes.

O princípio da insignificância, quando aplicado, busca descriminalizar as condutas que, embora típicas, por não afetarem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegido, exclui-se a tipicidade. Sustentando este posicionamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Prado (2008) argumenta: "é o princípio da insignificância, que dogmaticamente autoriza excluir do tipo legal as ofensas mínimas, ou seja, nímias."

O princípio da insignificância embasa-se na ausência de lesão relevante ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora, ou seja, de tão inexpressiva a lesão ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora, de forma a não constituir uma efetiva ofensa, considera-se como uma conduta não configuradora de ilícito penal. É que, por carência de tal ofensa ao bem jurídico tutelado, não se caracteriza a tipicidade, e inexistindo esta, não há crime. (HAAS; CHAVES JUNIOR, 2013).

Entende-se, pois, que o Princípio da Insignificância deve ser avaliado como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por usa inexpressividade, constituem ações de bagatela, de pouca monta, afastadas do campo de reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal. (KAHN, 2013).

1.3.2 Aspectos do princípio da insignificância/natureza jurídico-penal

Segundo Silva (2008) os aspectos teóricos do princípio da insignificância, da natureza jurídico-penal variam de acordo com a teoria geral do delito penal são três as: excludente de tipicidade, de antijuridicidade ou de culpabilidade.

Jesus (2016) cita que, a primeira excludente de tipicidade e mais aceita, defende a tese de que as condutas que provocam um dano insignificante são atípicas, portanto excluem a tipicidade da conduta que, mesmo causando um dano irrelevante, são abrangidas pela descrição abstrata do tipo penal.

A segunda antijuridicidade e menos expressiva defende a exclusão da antijuridicidade como natureza jurídica, entretanto não é muito debatida pela doutrina. Franco (2007) defende essa corrente, vinculando o princípio da insignificância à antijuridicidade material. Ele justifica esse caráter material, por vivermos num Estado de Direito. Ressalta ainda, que o dano ao bem jurídico protegido deve ser relevante para justificar a persecução.

Nesse mesmo sentido, Silva (2004) afirma que a insignificância no tipo indiciário se manifesta, como visto de regra na antijuridicidade material, pois é esta que contém o bem jurídico e exige a sua lesão e acima de tudo, que seja significante, sem o que não se poderá conceber a existência de crime.

Jesus (2016) aborda que, a antijuridicidade é um dos elementos do crime, isso porque é contrária ao Direito, entende ainda ser a ilicitude da conduta um antecedente da culpabilidade, pois, o ordenamento jurídico produz um preceito externo de comportamento. Portanto, a única atividade importante é aquela que é demonstrada por meio da conduta subjetiva.

Segundo Silva (2008) não é então suficiente que o fato seja típico, é necessário, também, que ele seja ilícito, e sobre ele incida a reprovação do ordenamento jurídico e, ainda, que existam elementos de culpabilidade. Assim como na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tipicidade, a antijuridicidade tem aspectos formais e materiais, formalmente o delito é conceituado apenas sob o ponto de vista da lei e materialmente é uma valoração da natureza lesiva de uma determinada conduta.

Silva (2004) alega que, alguns doutrinadores que adotam a excludente de antijuridicidade como natureza jurídica argumentam que é na antijuridicidade material que se manifesta a insignificância, pois é nela que existe o bem jurídico e conseqüentemente a exigência de dano. Alegam ainda, que se assim não fosse, ocorreria uma ofensa a natureza descritiva do tipo penal, atribuindo lhe desnecessariamente uma sujeição a valores.

Ávila (2005) acrescenta que o julgador tem o dever de primeiro tipificar a conduta e só então verificar se a conduta em questão é antijurídica. Para tanto, deve examinar se o fato é relevante, se este foi grave o suficiente para lesionar o bem jurídico.

A terceira e última corrente tem a excludente de culpabilidade como natureza jurídica do princípio da insignificância. Jesus (2016) acrescenta que a culpabilidade é um pressuposto da pena e não um elemento do crime, como a antijuridicidade. O crime existe por si mesmo, necessitando apenas do fato típico e ilícito como requisito. A culpabilidade teria a função de ligar a pena ao agente do delito. Portanto, o crime só será imputado ao agente se este for culpável, e neste caso irá à culpabilidade agir como limitadora da quantidade de pena, conquanto mais for à culpabilidade maior será a sanção.

Para Greco (2005) a culpabilidade é o juízo de reprovação que se faz perante um fato típico e ilícito praticado por um indivíduo. Seria um juízo de censura individual, onde cada homem possui sua identidade devendo, assim, todos os fatos externos e internos serem levados em consideração quando se referirem a análise da culpabilidade, apurando se a agente da conduta poderia ter agido de outra forma a não cometer o delito.

Conforme Batista (2007) Além de típica e antijurídica, deve a ação ser culpável. Trata-se do elemento subjetivo do delito. O resultado lesivo ao direito, oriundo da ação do sujeito ativo, há de ser lhe atribuído a título de culpa, em sentido amplo, isso é, dolo ou culpa.

Silva (2008) verifica que, não há como analisar o conteúdo da culpabilidade do agente se a conduta sequer foi considerada típica. Assim, é considerado um erro do agente no momento da valoração do referido principio, pois, para determinar que o fato é típico, pouco importa a personalidade do réu. Será uma inversão da valorada sistemática da teoria geral do delito se a culpabilidade do agente for valorada no momento da tipicidade.

Jesus (2016) cita que, o posicionamento mais acertado, acerca da natureza jurídica do princípio da insignificância, é o da exclusão de tipicidade. Para tanto, discutiremos o assunto em outro capítulo, onde abordaremos de forma detalhada a respeito desse posicionamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A importância em abordar o princípio da insignificância no direito penal brasileiro é crucial, pois, se busca equidade e justiça de ponto vista sobre antijuricidade e a intervenção punitiva.

Segundo Silva (2008) a adoção do princípio da insignificância auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do Direito Penal. É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, reservando-o apenas a tutela dos bens jurídicos relevantes.

É certo que o delito de bagatela não se encontra expresso na legislação penal brasileira, sendo o seu cerne de construção doutrinária e jurisprudencial, quais têm possibilitado a delimitação das condutas tidas corno insignificantes, sob a ótica de um direito penal mínimo, fragmentário e subsidiário. É o princípio da insignificância uma orientação que não desconhece a antijuridicidade do fato, mas deixa de considerar a necessidade de intervenção punitiva. Tais delitos, quando têm como resultado um dano mínimo, resultando um prejuízo irrelevante a outrem, são classificados corno de bagatela, e, como tal, impele a não incidência do direito penal. A própria idéia da existência do direito penal faz presumir a necessidade de aplicação do princípio da insignificância; pois tem como finalidade aquele de proteger os bens jurídicos tutelados como indispensáveis ao convívio em sociedade. Assim, inexistindo ofensa, ou sendo-a irrelevante (que é a mesma coisa), ter-se-á por prescindível a intervenção penal, considerando qualquer intrusão como ilegítima. o Novamente, Lopes, citando Ackel Filho, leciona que o princípio da insignificância pode ser entendido como sendo aquele que exclui da tipicidade os fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois como irrelevantes. (FREITAS, 2009, p.49).

2.1 Aspecto dos Portadores de Circunstâncias Judiciais Desfavoráveis e Reincidência

Bianchini; Gomes; Daher (2016) reiteram-se que, a partir de muitos julgados proferidos no âmbito da Suprema Corte, é possível observar a análise de aspectos subjetivos ligados ao autor ou a vítima do evento (tais como a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis) a fim de impossilitar a incidência do Princípio da Insignificância, malgrado tal questão ser bastante criticada por boa parte dos doutrinadores.

Brasil (2013) sobre a reincidência, transcreve-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO TENTADO (ART. 155, CAPUT, c/c ART. 14, II, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. [...] 4. In casu, o Tribunal a quo afirmou que "as instâncias ordinárias levaram em consideração apenas o pequeno valor da coisa subtraída, sem efetuar qualquer análise de outros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

elementos aptos a excluir de forma definitiva a relevância penal da conduta". Ademais, o Ministério Público ressaltou que "o paciente, além de ostentar outras três condenações, também responde a dois processos por crimes da mesma espécie". 5. Deveras, ostentando o paciente a condição de reincidente, não cabe a aplicação do princípio da insignificância. Ordem denegada. (BRASIL, 2013).

Segundo Brasil (2012b) igual é o posicionamento em relação ao criminoso contumaz:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONTRABANDO DE CIGARROS ESTRANGEIROS. [...]. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPROCEDÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. [...] 5. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 6. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal. 7. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2012a).

Pela pertinência, destaca-se que registros criminais existentes em nome do agente posteriores à infração penal então objeto de análise não serão considerados para o fim de afastar o postulado em tela, já que não podem ser utilizados de forma retroativa como elemento desabonador da sua conduta, entendimento este que restou perfilhado no HC 111487/MG, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em 02/10/2012. (BRASIL, 2012b).

2.2 O Princípio da Insignificância nos Crimes Contra a Administração Pública

Haas; Chaves Junior (2013) citam que, com relação aos crimes contra a administração pública, muito embora o Superior Tribunal de Justiça entenda pela impossibilidade, o Pretório Excelcio defende a corrente no sentido de admitir a aplicabilidade do princípio nos crimes contra a Administração Pública, afirmando não haver motivos para se entender diferente se a lesão ao erário público for irrelevante:

Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido.

Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (BRASIL, 2012b).

Tal entendimento pode ser se extraído da leitura do HC 107370/SP37, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que tratou sobre a suposta prática de crime de peculato por um servidor público, em virtude da subtração de luminárias de alumínio e fios de cobre.

Em que pese concedido o Habeas Corpus reconhecendo a aplicação do primado, absolvendo o paciente ante a atipicidade da conduta, observa-se que houve divergência de votos, ocasião em que a Ministra Ellen Gracie salientou que o furto de fios de cobre seria "um delito endêmico no Brasil, a causar enormes prejuízos pela interrupção de serviços que causam". (BRASIL, 2011).

2.3 O princípio da Insignificância nos Crimes Contra a Ordem Tributária

Brasil (2002) para os crimes contra a ordem tributária, por sua vez, a aplicação do citado princípio também se encontra plenamente possível pelo STF, conforme se infere do julgado abaixo, que trata de um crime de descaminho:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº. 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. Crime de descaminho. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade. 2. É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem. (BRASIL, 2014).

2.4 O Princípio da Insignificância no Crime de Apropriação Indébita Previdenciária

Por sua vez, Brasil (2012c) no que tange à prática de apropriação indébita previdenciária, o STF vem rejeitando a aplicação da insignificância, considerando, além da reprovabilidade do comportamento, o seu caráter supraindividual, conforme se extrai do HC n. 111918/DF, de relatoria do Min. Dias Toffoli, julgado em 29/05/2012:

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA PRATICADA, O QUE NÃO LEGITIMA A APLICABILIDADE DO POSTULADO. ORDEM DENEGADA. [...] 3. Paciente que, após o falecimento de terceiro, recebeu indevidamente, no período de junho de 2001 a fevereiro de 2003, o benefício de prestação continuada a ele devido, causando prejuízo ao INSS na ordem de R$ 4.000,00 (quatro mil reais). 4. Esse tipo de conduta contribui negativamente com o deficit previdenciário do regime geral,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que alcança, atualmente, expressivos 5,1 bilhões de reais. Não obstante ser ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, à luz do deficit indicado, se a prática de tal forma de estelionato se tornar comum, sem qualquer repressão penal da conduta, certamente se agravaria a situação dessa prestadora de serviço fundamental à sociedade, responsável pelos pagamentos das aposentadorias e dos demais benefícios dos trabalhadores brasileiros. Daí porque se afere como elevado o grau de reprovabilidade da conduta praticada. 5. Segundo a jurisprudência da Corte "o princípio da insignificância, cujo escopo é flexibilizar a interpretação da lei em casos excepcionais, para que se alcance o verdadeiro senso de justiça, não pode ser aplicado para abrigar conduta cuja lesividade transcende o âmbito individual e abala a esfera coletiva" (HC nº 107.041/SC, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 7/10/11). 6. Ordem denegada. (BRASIL 2012c).

2.5 O Princípio da Insignificância nos Crimes Ambientais

Haas; Chaves Junior (2013) alegam que, nos crimes ambientais, apesar da importância e singularidade do bem tutelado (meio ambiente equilibrado), o STF também já se manifestou de modo a aceitar a excepcionalidade da aplicação do princípio da insignificância:

AÇÃO PENAL. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. Rei furtivae de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (BRASIL 2008).

Conforme Bianchini; Gomes; Daher (2016) trata-se de caso onde determinado parlamentar estava sendo acusado de causar danos à referida unidade de conservação, suprimindo a vegetação capoeira em estágio inicial e aterrando o local a fim de construir uma rua. No entanto, a prática foi considerada de menor importância, estimando-se uma abrangência mínima para o dano, não constituindo tipicidade suficiente para ensejar condenação penal.

Com isso, é de se abranger que há uma medida, pelo o que não se justifica a movimentação da máquina estatal e a sequente condenação de um indivíduo pela prática de crimes de bagatela, ainda que se considere a noção supraindividual do meio ambiente.

2.6 O princípio da Insignificância nos delitos patrimoniais

Florenzano (2017) alega que, talvez, a lesão ínfima a nenhum outro bem jurídico abarque a aplicação do princípio da insignificância quanto nos crimes que protegem o bem jurídico "patrimônio". E isso porque certas situações não justificam a persecução penal, vez que, como já se abordou em linhas anteriores, o Direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Penal só deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas, haja a vista a intervenção mínima do Estado.

Costuma-se analisar, no entanto, não apenas expressividade do valor do objeto da infração, "devendo ser analisadas as circunstâncias do fato e o reflexo da conduta do agente no âmbito da sociedade, para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela". (BRASIL, 2012d).

E nesse sentido Brasil (2012d), extrai-se do HC 114241/RS, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, proferido em 26/02/2013:

PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TENTATIVA DE FURTO DE UM APARELHO CELULAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA. [...] II – In casu, tenho por preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento do crime de bagatela. Embora o valor do objeto material da infração não possa ser considerado inexpressivo, pois o aparelho celular foi avaliado em R$ 200,00, deve-se destacar que se trata de tentativa de furto e que o bem foi encontrado pelos policiais e restituído ao seu proprietário, que não experimentou nenhum prejuízo relevante, tampouco a sociedade. III – Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta. (BRASIL, 2012d).

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (CP ART. 155, § 4º, INC. IV). PEQUENO VALOR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ABSOLVIÇÃO EM VIRTUDE DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA.

INADEQUAÇÃO E AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS INDEFERIDA. [...] 3. O legislador ordinário, ao qualificar a conduta incriminada, apontou o grau de afetação social do crime, de sorte que a relação existente entre o texto e o contexto (círculo hermenêutico) não pode conduzir o intérprete à inserção de uma norma não abrangida pelos signos do texto legal. 4. No caso sub judice, o paciente, mediante concurso de pessoas, subtraiu uma bicicleta avaliada em R$ 128,00 - – que, in casu, representava 50% do valor da cesta básica na cidade de Porto Alegre/RS, em outubro de 2008 -, razão por que o Superior Tribunal de Justiça, afastando a aplicação do princípio da insignificância, proveu o recurso especial interposto e determinou a remessa do processo ao Juízo Criminal para dar curso à ação penal. 4.1 Consectariamente, a conduta imputada ao agente não pode ser considerada como inexpressiva ou de menor afetação social, para fins penais, adotando-se a tese de atipicidade da conduta em razão do valor do bem subtraído - mesmo na hipótese de furto qualificado. 5. Casso a liminar deferida e denego a ordem. (BRASIL, 2012d).

Porém Brasil (2012e) para crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa (como os crimes de estupro e de lesões corporais),

Via de regra, afasta-se a possibilidade do reconhecimento da insignificância da conduta, vez que, em linhas gerais, o resultado é relevante e o bem jurídico penalmente e protegido culmina por sofrer a efetivamente os contornos do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

comportamento do agente. É o que se observa da leitura do HC 97.190/GO, de relatoria do Min. Dias Toffoli, onde se manteve a condenação do acusado, em que pese o roubo de uma quantia considerada como irrisória (R$ 3,45): O crime de roubo se caracteriza pela apropriação do patrimônio de outrem mediante violência ou grave ameaça à sua integridade física ou psicológica. Trata-se, portanto, de crime complexo, que protege outros bens além do patrimônio, deforma que a violência ou a grave ameaça não podem ser consideradas de menor relevância. Por fim, no que tange aos delitos de lesão corporal de menor gravidade, com consequências ínfimas, não se encontra qualquer óbice para a sua aplicação. (BRASIL, 2012e).

2.7 O Princípio da Insignificância nos Crimes de Posse e Tráfico de Entorpecentes

Segundo Haas; Chaves Junior (2013) crimes previstos na lei de drogas, consigna-se que existe um posicionamento consolidado no sentido de que o tráfego de entorpecentes não encontra relação com o princípio da insignificância, por ser considerado perigo abstrato para a saúde pública.

No entanto, para (Brasil, 2012f) tal princípio vem sendo utilizado pelo STF para afastar a tipificação penal quanto ao porte de drogas para uso pessoal, conforme se depreende de ementa abaixo colacionada:

HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. (...) 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida. (BRASIL, 2012f).

Bianchini; Gomes; Daher (2016) citam que, encontram-se julgados com postura mais severa, a impedir tal aplicação quando o acusado se trata de militar. Exemplo disso pode ser extraído do HC n. 90.125-5/RJ, de relatoria da Min. Ellen Gracie, hipótese em que, embora estivesse o paciente portando quantidade ínfima de maconha, não prevaleceu a alegação de lesão apenas à saúde individual do agente, pois, conforme a Relatora:

Florenzano (2017) alega que, a conduta do acusado não deve ser enxergada apenas dentro da esfera de sua individualidade. Muito pelo contrário, tal fato atingiu todo o corpo social, abrangendo-se tanto a coletividade quanto as

instituições militares [...] o que torna a conduta do acusado de muito maior potencialidade lesiva.

2.8 O Princípio da Insignificância nos Crimes Militares

Segundo Haas; Chaves Junior (2013) um rápido desvio, registra-se que esta postura rígida em relação aos crimes praticados por militares não é somente visualizada nos crimes de porte de drogas, a exemplo do HC 113086/RJ, de relatoria do Min. Gilmar Mendes. No referido julgamento, fora aplicada a sanção penal ao agente que furtou combustível de viatura policial, por considerar-se ausente um dos vetores utilizados para aplicação do princípio da insignificância, qual seja, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

No HC 108884/RS, de relatoria da Min. Rosar Weber, também se constata referida situação, onde restou salientado que se espera conduta exemplar dos militares para com o restante a sociedade, sobretudo porque a estes "cabe a guarda da lei e da ordem, competindo-lhes o papel de guardiões da estabilidade, a serviço do direito e da paz social". (HAAS; CHAVES JUNIOR, 2013).

3 RELEVÂNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA JURISDICIONADO

O quanto é relevante o princípio da insignificância em subsunção aos demais direitos e ius punied pelo Estado como seguir fazendo justiça sem ferir um praticado com antijurídico.

Coimbra (2011) faz um contraste Após a Constituição Federal de 1988, o crime também recebeu novos elementos. Antes, para ser considerado como crime, bastava que o fato praticado se adequasse à letra da lei.

Neste sentido o autor supracitado diz que com o surgimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana norteando os demais ramos do Direito, além desse elemento formal.

Destarte apriori para um fato ser chamado de crime ou infração penal, passou a ser necessária a análise de um novo elemento, denominado material, que significa que, além de fato dever estar previsto em lei como crime, ainda deve colocar em risco valores fundamentais da sociedade, ou seja, deve colocar em perigo bens jurídicos tutelados e considerados importantes, de relevância para o social.

Assim, quando um membro do Ministério Publico se depara com uma situação que merece apreciação do princípio da insignificância, como excludente da tipicidade, deve o promotor de justiça requerer ao juiz arquivamento do inquérito policial, haja vista não constituir crime o fato narrado nos autos, na medida em que a falta de tipicidade material leva à ausência da própria tipicidade. Se não existe tipicidade, não se pode falar em fato típico; se não há fato típico, não subsiste a própria infração penal é o diz Silva (2008).

Pois bem, tal como o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) expôs, o Supremo Tribunal Federal (STF) já assentou que o princípio da insignificância ou bagatela é conseqüência ou corolário da intervenção mínima, pelo que deve ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tratado em correlação com este princípio e possui alguns vetores já consolidados pela própria jurisprudência da excelsa corte. Veja-se:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. FURTODE BOTIJÃO DE GÁS AVALIADO EM R$ 60,00. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. RECIDIVA DO PACIENTE EM CRIMES PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade da intervenção mínima do Direito Penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente; ausência total de periculosidade social da ação; ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica ocasionada. (STJ, HC 303424 / SP, Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, p.11/12/2014). (DANTAS, 2015, p.9).

Para Dantas citando Greco o reconhecimento da tipicidade de um delito não basta que a conduta se amolde simplesmente ao tipo penal previsto em lei, que é a tipicidade formal. É preciso que se leve em consideração, também, a relevância material da conduta. Essa relevância é entendida como tipicidade material, a saber:

Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem aplicação do princípio da insignificância. Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem ao caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal. (DANTAS 2015 apud GRECO, 2012, p.160).

CONCLUSÃO

O princípio da insignificância norteia a sociedade mais em principal ato praticado contra o particular como subtração de produto ou objeto de pequeno valor que na realidade não afetará o patrimônio como todo do particular.

Sendo que muitos casos são crimes famélicos uma lata sardinha, um pote manteiga, logo vale à pena colocar atrás das grades uma pessoa faminta já que o Estado não garante o acesso e o Direito alimentação com preceitua a Constituição.

Em contrapartida não podemos deixar de vê o caráter antijurídico e ilícito que algo foi praticado contra alguém que teve seu patrimônio dilapidado para não parecer que o Estado está sendo injusto de acordo com artigo 5º, inciso XXXV.

Note que de um lado o cidadão que foi agredido em seu patrimônio tem o direito a Justiça e do outro o cidadão infrator tem o Direito a Vida logo comida é vida. Quais desses direitos devem ser submetidos à chancela estatal e como culpa concorrente deve se avaliar e de forma justa decidir vida x patrimônio.

Acreditamos que a vida deste o princípio da insignificância vem mostrar que o Estado por incompetente por não conseguir implementar políticas programáticas e diminuir as desigualdades sociais acabam levando ao abismo social e

conseqüentemente ao aumento de crimes por alimentos tendo julgar o fato em relação sua autoria e materialidade juntamente com nexo causal movimentando essa maquina inchada, gorda, lenta, de engrenagens caras chamado judiciário e a solução aplicada de forma resolutiva ao concreto é o princípio da insignificância.

Por fim o princípio da insignificância tem modos operandi sua aplicação o menor prejuízo, ao patrimônio alheio e acima tudo a menor lesividade já que trata-se de um crime famélico, ou seja, a culpa concorrente do Estado que não da suporte integral ao direito de alimentar-se a toda população conforme preceitua o artigo 3º, incisos I, II, III e IV. Neste sentido temos que procurar antever o que podemos fazer colocar um adulto faminto atrás de grades ou salvaguardamos o direito a vida x direito ao patrimônio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília (DF): Site do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 abr 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei No10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília (DF): Site do Planalto, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 24 jun 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Brasília (DF): Site do Planalto, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 03 abr 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, AP 439/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12/06/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 jun 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 107370/SP, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/04/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 jun 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110841/PR, Relatora: Min. Carmen Lúcia, julgado em 27/11/2012a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 jun 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112388/SP, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21/08/2012b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 jun 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95.749/PR, Relator: Eros Grau, julgado em 07/11/2012c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: Acesso em: 24 jun 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112378/DF. Relator (a): Min. Joaquim Barbosa, julgado em 28/08/2012d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110932/RS. Relator (a): Min. Luiz Fux, julgado em 12/06/2012e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jun 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110475/SC. Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 14/02/2012f. Disponivel em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 07 abr 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 108403/RS, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 05/02/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 jun 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Nº 13.008, de 26 de junho de 2014. Brasília (DF): Site do Planalto, 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm>. Acesso em: 24 jun 2019.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.142 apud Sandro Damato Nogueira. O princípio da intervenção mínima e a lei penal especial para os crimes de informática. Disponível em: http://www.epm.sp.gov.br/SiteEPM/Artigos.crimes.informática.29.11.htm>. Acesso em: 06 abr 2016.

_____, Alice ; GOMES, Luiz Flávio; DAHER, Flávio. Curso de Direito Penal - V.1 - Parte Geral. 2. ed. Salvador/Bahia: Juspodivm, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2008.

CANEDA, Cristiana Rezende Gonçalves. Desenvolvimento e Propriedades Psicométricas da Escala Motivacional para o Porte de Arma (EMPA). Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação. Programa de Pós-Graduação em Psicologia Nível Mestrado. Dissertação. São Leopoldo (RS): Unisinos e Site Repositório Jesuíta, 2009. Disponível em:

<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4654/34d.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 06 abr 2019.

CARVALHO, Lauriston de Araújo; ESPÍNDULA, Daniel Henrique Pereira. Discussões em torno do referendo sobre o comércio de armas de fogo e munição na Folha de S. Paulo. Artigo. Campinas (SP): Opinião Pública, v.22, n.2, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8647284/14243>. Acesso em: 06 abr 2016.

CERQUEIRA Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manoel Pinho de. Menos Armas, Menos Crimes. 1721 texto para discussão. Artigo Acadêmico para Revista Especializada. Brasília (DF): IPEA, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf>. Acesso em: 06 abr 2019.

DWORKIN, Ronald. Levando Direitos a Sério. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAUSTINO, Eloise Cristina. A Insegurança Legislativa no Tratamento do Porte de Arma de Fogo. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Trabalho de Conclusão de Curso. Presidente Prudente (SP): Toledo Prudente Centro Universitário e Site Intermas, 2004. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/218/218>. Acesso em: 07 abr 2019.

FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial. 8. ed. Brasília/DF: Revista dos Tribunais-RT, 2007.

FLORENZANO, Fernando Wesley. Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro. Iuris in mente: revista de direito fundamentais e políticas públicas. Ano II, n. 3. Itumbiara, jul.-dez. 2017.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 5. ed. Niterói: Impetus, v. 1, 2008.

HAAS, Juliana; CHAVES JUNIOR, Airto. O princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KAHN, Túlio. Crescimento Econômico e Criminalidade: uma interpretação da queda dos crimes no Sudeste e aumento no Norte/Nordeste. Artigo. São Paulo (SP): Revista Brasileira de Segurança Pública, v.7, n.1, Fev/Mar, 2013. pp.152-164. Disponível em: <http://www.revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/209>. Acesso em: 04 abr 2019.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípio da insignificância no Direito Penal: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2008.
SANTOS, Mauricio Macedo dos; SÊGA, Viviane Amaral. Extraído do site Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Análise do Princípio da insignificância após a edição da Lei 9.099/95. 2000. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/juridico.php?PHPSESSID=893a653de08fcb746443f51f4d00fc4c&tipo=n&id=83>. Acesso em 26 jan.2019.
SILVA, Ivan Liz da. Princípio da insignificância no direito penal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004, p.160-161.
SILVA, Roberta Gomes da. O Princípio da Insignificância e Sua Aplicação no Direito Penal Brasileiro. Universidade Católica de Brasília. Curso de bacharelado em Direito, 2008.
NOTA:

---

[1] Professor Mestre e Orientador do Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/7277941499486199

www.conteudojuridico.com.br

A POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS POR APOSTILAMENTO

JANDESON DA COSTA BARBOSA: Mestrando em Direito pelo UniCeub. Especialista em Direito Público pela Unifacs. Servidor do Tribunal de Contas da União. Membro do Grupo de Pesquisa Cortes Constitucionais e Democracia do Programa de Mestrado do UniCeub.

RESUMO: A prorrogação de contratos administrativos de serviços de natureza continuada é medida prevista na Lei 8.666/1993. Entretanto, o texto legal é silente em relação a qual instrumento contratual é o adequado para realizar as prorrogações. Existem, então, dois instrumentos possíveis: o termo aditivo (mais complexo) e o apostilamento (mais simples). Com enfoque no novo paradigma administrativo-constitucional, à luz dos princípios da eficiência, economicidade, razoabilidade e mesmo do princípio da legalidade, verifica-se ser o apostilamento o instrumento adequado.

Palavras-chave: Lei 8.666/1993 – Contratos Administrativos - Prorrogação – Termo Aditivo – Apostilamento – Princípios Constitucionais

ABSTRACT: The extension of administrative contracts for services of a continuous nature is a measure provided for in Law 8.666 / 1993. However, the legal text is silent regarding which contractual instrument is appropriate to carry out the extensions. There are, then, two possible instruments: the additive term (more complex) and apostilage (simpler). With a focus on the new administrative-constitutional paradigm, in the light of the principles of efficiency, economy, reasonableness and even the principle of legality, the apostille is the appropriate instrument.

Keywords: Law 8.666 / 1993 - Administrative Contracts - Extension - Addendum - Apostilleing - Constitutional Principles

Sumário: Introdução; 1. Termo aditivo e apostilamento na Lei 8.666/1993; 2. Análise do direito administrativo segundo os princípios constitucionais; 3. Um novo paradigma interpretativo para as regras de gestão pública; Conclusão; Referências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Introdução

O presente artigo tem como objetivo verificar qual a melhor interpretação jurídica possível sobre qual o instrumento adequado para se realizar a prorrogação de contratos administrativos. Serão avaliadas duas hipóteses possíveis: o termo aditivo e o apostilamento, estando os dois previstos na Lei 8.666/1993.

O artigo trata apenas das hipóteses de prorrogação de contratos administrativos de serviços continuados, entendidos como aqueles que podem ter a sua vigência dilatada por autorização da Lei 8.666/1993. Portanto, não faz parte do escopo deste artigo abordar a possibilidade de prorrogação de contratos de serviços não continuados.

Inicialmente, pretende-se analisar as definições que a doutrina dá aos dois instrumentos contratuais, o objetivo de analisar a letra dos dispositivos legais que tratam do assunto e as suas interpretações possíveis, bem como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e a forma que a Corte de Contas procede às prorrogações contratuais em sua administração interna.

Em seguida, será abordada crise do direito administrativo e a transição do modelo legal-positivista, rígido e burocrático, para o modelo gerencial de Administração Pública, flexível e mais voltado às necessidades do cidadão e à eficiência administrativa.

Na mesma toada, faz-se uma revisão bibliográfica de princípios constitucionais aplicáveis ao direito administrativo, como a eficiência, economicidade, razoabilidade e legalidade quanto à formalização da prorrogação. As duas hipóteses possíveis são expostas à luz desses princípios constitucionais para se chegar à conclusão de qual é a mais viável sob o novo paradigma administrativo-constitucional.

Por fim, é proposto um modelo interpretativo das regras de gestão pública, sob o princípio da razoabilidade, no qual devem ser considerados os seguintes elementos: controle administrativo, gestão pública, direitos fundamentais dos administrados e políticas públicas.

1. Termo aditivo e apostilamento na Lei 8.666/1993

Antes de adentrarmos na discussão em si objeto central em análise, é necessária uma breve revisão de algumas definições. Para isso, é indispensável resgatar os conceitos de termo aditivo e apostilamento. O tema é tratado pelo §8º do art. 65 da Lei 8.666/1993, o qual reproduzimos abaixo para uma análise mais detida:

> § 8o A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.[1]

Percebe-se, da leitura do dispositivo legal, que a Lei 8.666/1993 prevê situações que "não caracterizam alteração significativas" do contrato, e, por isso, dispensariam a celebração de termo aditivo e poderiam ser implementadas por "simples apostila". Portanto, do texto legal é possível extrair dois conceitos elementares: variações que não alterem a essência do contrato devem ser registradas por simples apostilamento, enquanto mudanças que modiquem a essência do contrato devem ser registradas por termo aditivo.

Desse modo, o termo aditivo "é o instrumento que formaliza a alteração das condições contratuais inicialmente estabelecidas e deve respeitar certas formalidades..."[2]. Pois, as "alterações contratuais, em regra, exigem que seja firmado termo aditivo entre as partes"[3]. Já o apostilamento "é o termo utilizado para designar a anotação que se deve fazer nos autos do processo administrativo de que determinada condição do contrato foi atendida, sem ser necessário firmar termo aditivo"[4].

O critério que define a utilização de um ou outro instrumento é, então, o grau de modificações contratuais previstas. Observe-se que não estamos diante de mero diferença conceitual entre termo aditivo e apostilamento. Os dois

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

instrumentos têm diferenças substanciais nos procedimentos burocráticos, como veremos a seguir.

O termo aditivo deve seguir as mesmas formalidades observadas no momento da celebração do contrato[5]. Outra importante informação a ser considerada é que o termo aditivo deve ser examinado e aprovado pela consultoria jurídica do órgão[6]. Acrescente-se, ainda, que o termo aditivo deve ser publicado "para adquirir eficácia"[7], o que está, inclusive, previsto do parágrafo único do art. 60 da Lei 8.666/1993[8].

Da leitura do texto legal, verifica-se que a lei não determina de maneira expressa que as prorrogações de contratos administrativos devem ser realizadas por meio de termo aditivo ou por meio de apostilamento. Logo, como elemento preliminar da interpretação do dispositivo conforme os princípios constitucionais, é necessário interpretá-lo sob a ótima literal, lógica e sistemática da Lei 8.666/1993.

De início, já é possível inferir que o §8º do art. 65 da Lei 8.666/1993 traz um rol exemplificativo de situações em que se poderia utilizar o apostilamento. O texto deixa claro que poder-se-á utilizá-lo nas modificações do contrato que "não caracterize alteração no mesmo"[9]. Logo, a literalidade da regra não obriga a utilização de um nem do outro instrumento.

Portanto, analisando o dispositivo, é clara uma correlação de gradação entre o nível de alteração que a modificação traz às cláusulas do contrato. Quanto menor essa alteração, maior a tendência de utilização do apostilamento.

Vale repisar: a prorrogação do contrato somente é realizada quando há previsão no próprio contrato. Ou seja, não é medida nova, que altera as disposições contratuais, mas algo autorizado na própria lei e no próprio contrato. A Lei 8.666/1993, inclusive, no seu art. 92, tipifica como crime, com pena de detenção de dois a quatro anos e multa, prorrogar contrato administrativo sem previsão em lei, nos atos convocatórios do certame ou nos instrumentos contratuais.

Desse modo, inevitavelmente, nas prorrogações de contratos, estaremos diante de medida já prevista no contrato. Isso afasta a tese de que a prorrogação inovaria as cláusulas do contrato administrativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A matéria já foi tratada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) através de um acórdão de 2011[10], embora não seja ela o foco principal do julgado. Nesse acórdão, o TCU considera obrigatório o uso do termo aditivo como instrumento para prorrogação de contratos administrativos, como o entende por obrigatório também para outras modificações permitidas por lei. O *decisum* se fundamenta em outras três decisões: a Decisão 965/2002, o Acórdão 1489/2004, e o Acórdão 195/2005, todos do Plenário da Corte de Contas.

Contudo, a jurisprudência da Corte vem evoluindo no sentido de dar maior dinamicidade à gestão pública[11]. Inclusive, o próprio TCU, na sua administração interna, editou a Portaria-TCU 128, de 14 de maio de 2014[12], na qual autorizou expressamente no seu art. 24 a prorrogação dos contratos administrativos por meio de apostilamento. Essa autorização perdurou até a edição da Portaria-TCU 444, de 28 de dezembro de 2018[13].

2. Análise do direito administrativo segundo os princípios constitucionais

Muito se tem discutido atualmente a respeito de uma crise do direito administrativo, ou crise da legalidade como vinculação positiva à lei[14]. De fato, em um mundo com constantes transformações, sejam elas tecnológicas, sociais, culturais, conceituais ou de mercado, o direito administrativo tradicional, apegado a literalidades da lei, parece não conseguir corresponder aos anseios da sociedade por uma Administração Pública mais eficiente, rápida, efetiva, econômica, racional, proba e inovadora.

Todavia, longe de ser um momento problemático para a Administração Pública, a "crise" do direito administrativo é, na verdade, o seu renascimento sob a ótica do Estado Democrático de Direito. Nessa nova forma de ser do direito administrativo "a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica"[15].

Observa-se, portanto, uma mudança de paradigma, partindo-se de um modelo positivista em que os objetivos da letra da lei deveriam ser perseguidos como razão em si próprios, para uma sistemática em que a lei deve ser interpretada como modo de dar cor e forma aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais prescritos na Constituição. Segundo Di Pietro, "Protesta-se pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

passagem do Estado Legal para o Estado de Direito (com todos os princípios e valores que o integram), e não apenas à lei em sentido puramente formal"[16].

Dessa discussão, urge na Administração Pública a necessidade de implantar técnicas de gestão próprias das empresas privadas, o chamado *gerencialismo*[17], de aplicar técnicas consensuais de resolução de conflitos[18], a fim de dar mais celeridade e efetividade à sua atuação. E, nessa esteira, pretende-se dar às leis uma interpretação que auxilie o administrador público na consecução de uma boa gestão sem perder de vista outros princípios e direitos fundamentais previstos também no direito constitucional, como a moralidade, o contraditório e a ampla defesa e o devido processo legal.

Para fazer frente aos desafios do novo século, é necessário romper o paradoxo da "legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo"[19], passando-se ao paradigma do direito administrativo constitucional, ou, em outras palavras, de um modelo de legalidade administrativa (como vinculação absoluta ao texto legal) a um modelo de juridicidade administrativa, no qual o administrador público leva em consideração todo o bloco de legalidade para definir o agir administrativo[20].

Portanto, o caminho seguro de transição do modelo legal-positivista para a juridicidade administrativa é a interpretação dos textos legais à luz dos princípios constitucionais. Observe-se que, por vezes, como é o caso da prorrogação por apostilamento, não se está diante de um texto legal literal ultrapassado, mas de uma interpretação demasiadamente conservadora. Repise-se, não se pretende sugerir que o administrador público atue ao arrepio da lei, mas que seja liberto de amarras burocráticas fruto de interpretações que privilegiam a realização de procedimentos sem ganhos para a Administração ou para a sociedade, o que não nos parece atender ao princípio republicano. Nos dizeres de Gustavo Binembojm:

> "não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em

termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público"[21].

Nesse contexto, convém analisar o dispositivo legal à luz do princípio da eficiência, adicionado ao texto constitucional por meio da Emenda à Constituição nº 19/1998. O constituinte derivado teve de positivar um princípio que deveria ser óbvio e basilar quando se trata de gestão, e, ainda mais, de gestão da coisa pública.

Segundo Gasparini, o referido princípio impõe à Administração Pública "a obrigação de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição* e *rendimento*, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade"[22]. O constituinte derivado pretendeu enfatizar os resultados obtidos pela Administração em relação aos meios por ela empregados, sem descuidar da legalidade[23].

Nessa toada, há duas interpretações possíveis a respeito das prorrogações de contratos administrativos. À luz do princípio da eficiência, não parece haver dúvidas de que a interpretação sob a qual a prorrogação deve ser realizada por meio de apostilamento é a mais acertada. Primeiro, pela rapidez. Enquanto o termo aditivo tem um procedimento mais complexo e demorado, o apostilamento atinge a mesma finalidade de modo mais rápido. Depois, porque deve-se levar em consideração os efeitos dessa agilidade no sentido de dar maior garantia à não interrupção do serviço público em razão de demoras do procedimento de termo aditivo que, sob o princípio da eficiência, parece desnecessário ou mesmo incômodo.

Seguindo a busca pela imanência dos princípios constitucionais, analisamos o dispositivo legal à luz do princípio da economicidade. Esse foi positivado no art. 70 da Constituição Federal[24]. O constituinte determina que a fiscalização da Administração Pública deve ocorrer, além de outros princípios, sob o princípio da economicidade.

O princípio da economicidade "constitui-se, com efeito, em importante elemento de valorização da gestão pública séria, competente e compromissada com o conjunto de legítimas demandas sociais"[25]. Há uma demanda da sociedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e do texto constitucional para que o administrador público gaste o mínimo de recursos possível para assegurar o agir da Administração.

Sob o princípio da economicidade, também parece prosperar a interpretação da utilização de apostilamento para as prorrogações de contratos administrativos. O gasto dos escassos recursos públicos é bem maior para realizar um termo aditivo que um apostilamento.

O termo aditivo demanda a confecção de peças contratuais inteiras por servidores, análise da por vezes sobrecarregada consultoria jurídica do órgão público e gastos com publicação. Todos esses custos a mais para utilização do termo aditivo não têm contrapartida significativa de benefícios da utilização desse procedimento em relação ao apostilamento. Portanto, entre ter gastos maiores sem uma vantagem aparente com a utilização do termo aditivo e a economia gerada pelo apostilamento sem perdas significativas, o último instrumento atende melhor ao princípio da economicidade.

O princípio da legalidade, também constante do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, é o produto do ideário burguês da Revolução Francesa, no qual se consagrou a força da lei como forma de limitação do poder do soberano pelo Parlamento a fim de garantir os direitos individuais. Na concepção clássica do direito administrativo, a Administração Pública deve atuar em absoluta conformidade com a lei, só podendo realizar aquilo que a lei autoriza e da forma que a lei autoriza.

Contudo, a noção de Estado Legislativo foi sendo substituída pela noção de Estado Constitucional[26], o que transforma a lei em instrumento de irradiação dos princípios e regras da Constituição, exigindo que o princípio da legalidade seja interpretado com os temperos (ou em ponderação) dos demais princípios constitucionais.

Na análise em tela, contudo, nem sequer é necessário utilizar qualquer método mais sofisticado para interpretar o §8º do art. 65 da Lei 8.666/1993. O entendimento de que seria necessária celebração de termo aditivo para a prorrogação de contratos administrativos é fruto de uma interpretação conservadora segundo a qual se a lei não prevê expressamente a adoção do meio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mais simples (apostilamento) deve-se utilizar o método mais complexo (termo aditivo).

Esmiuçando o texto legal, encontram-se exemplos que a própria Lei traz como "extremos" quanto à desnecessidade de utilização do termo aditivo, vale repetir: a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido.

Primeiro, temos como exemplo o reajuste do contrato com base em índices nele previstos. O dispositivo estabelece ainda que compensações, atualizações e penalizações financeiras também devem ser registradas por apostilamento. Ora, aqui nos socorre o princípio da razoabilidade. Se podemos fazer um reajuste de preços, ou mesmo atualizações, compensações e penalizações por meio de apostilamento, não é razoável exigir termo aditivo para um procedimento mais simples e sem reflexo no valor do contrato como a prorrogação. Vale transcrever lição de Ivan Barbosa Rigolin:

> "Ninguém, detentor do mínimo conhecimento de direito e de contratos, imaginaria que um simples reajuste, que para ser concedido deve ser previsto no contrato, quando exercitado em favor do contratado altere um contrato, ou que uma multa de mora contra alguma das partes possa ter esse condão alterador. Trata-se de incontinência do legislador que ainda imagina que escrever muito é escrever bem, quando em matéria de elaboração legislativa ocorre precisamente o oposto, pois que as melhores leis são sintéticas, enxutas, diretas, objetivas e claras – porém elaborar leis assim é mister para quem bem o sabe, e para quem conhece o ofício de legislador – não para os autores da Lei nº 8.666/1993, de 21 de junho de 1993."[27]

Observa-se, pois, que o autor, até com certa ênfase, não considera que seria imaginável ao administrador público utilizar o termo aditivo para, por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exemplo, conceder um reajuste a um contrato administrativo sem expressa previsão legal. Acredita ser um excesso do legislador tal previsão. Ocorre que a práxis demonstra o contrário. Mesmo tendo o legislador exemplificado a possibilidade de se realizar por apostilamento medida mais complexa que a prorrogação, é comum a utilização de termo aditivo para sacramentar a prorrogação de contratos administrativos.

Ocorre que, como já mencionado, a letra da lei não obriga a utilização do termo aditivo. A fim de melhor interpretar o dispositivo legal, citamos novamente: se a lei exige instrumento simplificado (apostilamento) para procedimento mais complexo que a prorrogação (reajuste), não é razoável interpretar que a lei quis determinar a utilização de instrumento mais complexo (termo aditivo) para realizar procedimento mais simples (prorrogação). Portanto, nos parece que o próprio princípio da legalidade autoriza a utilização do apostilamento para a prorrogação de contratos administrativos.

Entretanto, mesmo diante das conclusões a que chegamos ao analisar as duas interpretações à luz de cada princípio, a dialeticidade nos exige vislumbrar teorias que possam nos convencer acerca da possibilidade da utilização do termo aditivo ser a interpretação mais acertada.

Uma teoria possível de ser conjecturada é a de que a prorrogação do contrato é, na verdade, um novo contrato, o que exigiria instrumento contratual solene para a sua celebração (termo aditivo). Essa teoria, todavia, é bastante frágil. O primeiro problema dela é a sua própria essência, ou seja, considerar que a prorrogação do prazo de vigência de um contrato é um novo contrato não parece ter muito sentido, pois prorrogação é a continuação da mesma coisa, e a continuação da mesma coisa não pode ser uma coisa nova. O dicionário Michaelis assim define o vocábulo prorrogar:

> "vtd 1 Transferir para uma data posterior o término de algo
> vtd 2 Fazer durar além do prazo estabelecido
> vtd 3 Fazer continuar em exercício"[28]

Além disso, é necessário reforçar que a prorrogação não é uma novidade ao contrato em execução. Pelo contrário, é algo já previsto em suas cláusulas. Seria,

portanto, a utilização de uma cláusula já existente no contrato que prorroga, dilata, aumenta a sua duração, não havendo o que se falar em novo contrato.

Ademais, se fosse novo contrato, a prorrogação jamais iria ocorrer sem a realização de um procedimento licitatório, visto que não está prevista como hipótese de licitação dispensada[29], nos termos do art. 17, incisos I e II da Lei 8.666/1993[30] (rol taxativo), dispensável[31], nos termos do art. 24 da Lei 8.666/1993[32] (rol taxativo), ou inexigível[33], conforme art. 24 da Lei 8.666/1993[34] (rol exemplificativo, porém tratando de hipóteses de impossibilidade de competição).

Conclui-se, portanto, que o próprio princípio da legalidade privilegia a interpretação de que as prorrogações de contratos administrativos devem ocorrer por meio de apostilamento.

3. Uma ponderação entre controle e gestão

As regras dispostas em lei acerca da Administração Pública, mais especificamente as que disciplinam a gestão pública, como é o caso das regras de licitações e contratos, são o resultado de uma ponderação entre controle e gestão, podendo veicular enunciados em defesa de direitos fundamentais dos administrados ou políticas públicas escolhidas pelo legislador.

Explicando melhor, quando o legislador decide regular de determinada forma a atuação do administrador público, como o faz, por exemplo, ao estabelecer as hipóteses de dispensa de licitação, ele busca um equilíbrio entre o controle da Administração Pública e a gestão pública.

Heli Lopes Meirelles conceitua controle administrativo como "todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de realização"[35]. Já o conceito de gestão pública pretende instituir a chamada administração pública gerencial, como foco na eficiência e no cidadão-cliente, sendo esta mais flexível e dinâmica que a administração pública burocrática[36]. Afinal de contas "O trabalho é um meio e não um fim em si mesmo"[37].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Doutra monta, o legislador também pode fazer escolhas que não privilegiem tanto nem o controle nem a gestão, optando por dar maior efetividade a um direito fundamental ou a uma política pública. Temos como exemplo, no primeiro caso, as previsões de recurso administrativo em geral, que privilegiam o contraditório e a ampla defesa, e não necessariamente influenciam diretamente nos elementos controle e gestão. No segundo caso, podemos citar como exemplo o §2º do art. 3º da Lei 8.666/1993, que estabelece nas contratações públicas critérios de desempate que favorecem a proteção de empregos no país e a indústria brasileira.

O que se pretende aqui, então, é demonstrar que, sob o critério da razoabilidade, uma regra, ou muito menos uma interpretação, voltada à gestão pública não pode prevalecer se não privilegia de maneira relevante nenhum desses elementos: controle, gestão, direitos fundamentais ou políticas públicas. Pois não é razoável a obediência a uma regra de gestão pública, e, repise-se, muito menos a uma interpretação conservadora dessa regra, sem conteúdo axiológico que a justifique.

Nessa toada, deve ser analisada a hipótese de que é necessária a celebração de termo aditivo para a prorrogação de contrato administrativo. Essa interpretação não favorece o controle, visto que não se observam ganhos significativos. Em uma prorrogação de contrato administrativo, o fato de esta ser processada por apostilamento exclui a análise pela consultoria jurídica e a publicação do seu extrato. Quanto à consultoria jurídica, é difícil imaginar qual aspecto relevante seria observado em uma prorrogação nas mesmas condições aventadas na contratação. Vale lembrar que na prorrogação não há reajuste de valores (e o texto legal autoriza expressamente o reajuste por apostilamento). Também não há ganho significativo na publicação do extrato do contrato que já foi publicado anteriormente com a expressa previsão de possibilidade de prorrogação.

Quanto à gestão, como amplamente verificado, a interpretação conservadora somente torna o procedimento mais demorado, dificultoso e caro, além de assoberbar os servidores e a consultoria jurídica do órgão desnecessariamente. Por fim, não se aventa nenhum ganho aos direitos

fundamentais ou a política pública qualquer a necessidade de celebração de termo aditivo.

Essa visão, inclusive, parece ter sido desposada pelo legislador ao incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, através da Lei 13.655/2018, o art. 22 com o seguinte comando:

> "Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados".[38]

Após a revisão bibliográfica e análise das questões encontradas, concluiu-se que a interpretação mais adequada é a de que as prorrogações de contratos administrativos devem ser realizadas por apostilamento, e não por termo aditivo. O ideal seria que os órgãos, como fizera o TCU anteriormente na Portaria-TCU 128/2014 (revogada), regulamentasse o tema, a fim de dar maior segurança jurídica ao gestor público, e com o intuito de proibir a utilização de um instrumento burocrático mais complexo sem ganho aparente.

Conclusão

O presente artigo teve como finalidade testar duas hipóteses possíveis sobre qual o instrumento contratual adequado para se realizar a prorrogação dos contratos administrativos de serviços de natureza continuada. As hipóteses são: termo aditivo e apostilamento. O primeiro instrumento é mais complexo, exige parecer da consultoria jurídica do órgão e publicação de extrato do termo. O segundo, mais simples, dispensa maiores formalidades.

Numa primeira análise literal do dispositivo legal que trata do tema, observou-se que a letra da lei não define expressamente qual o instrumento adequado.

Além disso, foi possível verificar que o Tribunal de Contas da União (TCU) possui acórdãos mais antigos que preveem a utilização de termo aditivo para as prorrogações de contratos. Entretanto, notou-se que a jurisprudência do Tribunal tem evoluindo no sentido de desburocratizar a gestão pública, e que, internamente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

permitiu expressamente a utilização do apostilamento para prorrogação dos seus contratos no período de maio de 2014 a dezembro de 2018.

Em seguida, submeteu-se as duas hipóteses aos princípios constitucionais da eficiência, economicidade, razoabilidade e legalidade. Na análise da eficiência, percebeu-se que o apostilamento foi o instrumento que melhor atendeu ao referido princípio, por ser mais ágil e desembaraçar as atividades burocráticas de maneira a garantir mais a ininterrupção dos serviços públicos.

Analisou-se, também, os dois instrumentos à luz do princípio da economicidade. Sob este também o apostilamento se mostrou mais atraente, tendo em vista a economia de recursos humanos do órgão, desnecessidade de submissão à consultoria jurídica do órgão sem ganho significativo que a justifique, e gastos com publicação.

Sob os princípios da razoabilidade e da legalidade, também se chegou à conclusão de que o apostilamento é o instrumento mais adequado. Nota-se que o próprio texto legal autoriza utilização de apostilamento para procedimentos mais complexos que a prorrogação. Foi possível verificar, também, que a prorrogação é medida que deve estar prevista no contrato, e por isso não inova as suas cláusulas. Percebeu-se, também, que a prorrogação não envolve alterações de valor do contrato, estas se dão no reajuste, e que o texto legal autoriza expressamente a utilização de apostilamento na concessão de reajuste ao contrato.

Por fim, foi proposta, sob o princípio da razoabilidade, uma interpretação das regras de gestão pública que leva em consideração quatro elementos: controle administrativo, gestão pública, direitos fundamentais e políticas públicas. Sugeriu-se que, se uma regra, ou a interpretação de uma regra de gestão pública, não protege nenhum desses quatro elementos está desprovida de fundamento axiológico, pois não merece viger no direito administrativo-constitucional uma mera interpretação burocrática sem valor real.

Nesse contexto, concluiu-se que a interpretação mais adequada é a de que o apostilamento é o instrumento adequado para se realizar a prorrogação de contratos administrativos de serviços continuados. Adotada essa premissa, o ideal é que os órgãos públicos assim regulamentem o tema através de regras infralegais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a fim de dar maior segurança jurídica aos gestores públicos e proporcionar à Administração Pública procedimentos mais colados aos princípios constitucionais que devem reger a Administração Pública.

Referências

Acórdão-TCU 2.348/2011-Plenário. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2348%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=b04dad50-db2e-11e9-92db-b36efa3e815f> Acesso em: 19 setembro 2019.

Acórdão-TCU 1214/2013 , que dá interpretação flexível a diversos dispositivos legais, favorecendo a gestão pública. Disponível em: < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130523/AC_1214_17_13_P.doc> Acesso em 19 setembro de 2019.

BINEMBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 05 setembro 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm> Acesso em 12 setembro 2019.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em 05 setembro 2019.

BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pág. 97.

Dicionário Michaelis on line. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prorrogar> Acesso em: 18 setembro 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas – Revista do

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, j an./jun. 2012.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 17ª edição atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GURGEL, Carlos Sérgio. A crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/69156/a-crise-da-lei-da-legalidade-como-vinculacao-positiva-a-lei-ao-principio-da-juridicidade-administrativa/2> Acesso em: 10 setembro 2019.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. Wallace Paiva Martins Junior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES. Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 853.

MENDES, Renato Geraldo (Coord.). Lei de Licitações e Contratos Anotada – Notas e comentários à Lei nº 8.666/1993. 9ª edição. Curitiba: Zênite, 2013.

OHLWEILER, Leonel Pires. A crise hermenêutica do direito administrativo no constitucionalismo contemporâneo: interlocuções com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica (FURB), v. 20, n. 43 (2016). Disponível em: < https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5859/3519> Acesso em: 10 setembro 2019.

PEREIRA JÚNIOR. Jessé Torres (Coord.). Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Editor NDJ, 2016.

PORTARIA-TCU 128, de 14 de maio de 2014. Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CPORTN%5C20140609%5CPRT2014-128.doc> Acesso em 19 setembro 2019.

PORTARIA-TCU 444, de 28 de dezembro de 2018. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E6916EE3101699C57AFD06D57> Acesso em 19 setembro 2019.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações públicas comentadas. 7ª edição. Salvador: Ed Juspodivm, 2015.

VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwuig von Mises Brasil, 2010.

NOTAS:

---

[1] BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em 05 setembro 2019.

[2] TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações públicas comentadas. 7ª edição. Salvador: Ed Juspodivm, 2015, p. 633.

[3] Ibidem, p. 633.

[4] MENDES, Renato Geraldo (Coord.). Lei de Licitações e Contratos Anotada – Notas e comentários à Lei nº 8.666/1993. 9ª edição. Curitiba: Zênite, 2013, p. 1214.

[5] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 17ª edição atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 841.

[6] Ibidem, p. 842.

[7]Ibidem, p. 842.

[8] BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em 05 setembro 2019.

[9] Redação final do §8º do art. 65 da Lei 8.666/1993. BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em 05 setembro 2019.

[10] Trata-se do Acórdão-TCU 2.348/2011-Plenário. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2348%2520ANOACORDAO%253A2011/DTREL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

EVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=b04dad50-db2e-11e9-92db-b36efa3e815f> Acesso em: 19 setembro 2019.

[11] Vale citar, também, o Acórdão-TCU 1214/2013 , que dá interpretação flexível a diversos dispositivos legais, favorecendo a gestão pública. Disponível em: < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130523/AC_1214_17_13_P.doc> Acesso em 19 setembro de 2019.

[12] Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CPORTN%5C20140609%5CPRT2014-128.doc> Acesso em 19 setembro 2019.

[13] Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E6916EE3101699C57AFD06D57> Acesso em 19 setembro 2019.

[14] Ver: BINEMBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o
princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas – Revista do
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: . Acesso em: 05 setembro 2019.

GURGEL, Caros Sérgio. A crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/69156/a-crise-da-lei-da-legalidade-como-vinculacao-positiva-a-lei-ao-principio-da-juridicidade-administrativa/2> Acesso em: 10 setembro 2019.

OHLWEILER, Leonel Pires. A crise hermenêutica do direito administrativo no constitucionalismo contemporâneo: interlocuções com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica (FURB), v. 20, n. 43 (2016). Disponível em: < https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5859/3519> Acesso em: 10 setembro 2019.

[15] BINEMBOJM, op. cit., p. 130.

[16] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o
princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas – Revista do
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012.

[17] BINEMBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20.

[18] Ibidem, p. 20.

[19] Ibidem, p. 20.
[20] Ibidem, p. 34-38.
[21] BINEMBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.
[22] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.
[23] MENDES. Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 853.
[24] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 05 setembro 2019.
[25] BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97.
[26] MENDES. Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 838.
[27] PEREIRA JÚNIOR. Jessé Torres (Coord.). Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Editor NDJ, 2016, p. 361.
[28] Dicionário Michaelis on line. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prorrogar> Acesso em: 18 setembro 2019.
[29] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 397.
[30] BRASIL, Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em 05 setembro 2019.
[31] DI PIETRO, op. cit., p. 397.
[32] BRASIL. op. cit.
[33] DI PIETRO, op. cit., p. 395.
[34] BRASIL, op. cit.
[35] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 801.
[36] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. Wallace Paiva Martins Junior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 225 a 227.
[37] VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwuig von Mises Brasil, 2010, p. 167.
[38] BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm> Acesso em 12 setembro 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FACILITAÇÃO DA TUTELA AMBIENTAL POR INTERMÉDIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

DANIEL DAL PONT ADRIANO: Pós-Graduado em Direito Ambiental – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Constitucional – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduação em Direito Penal – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito do Idoso – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Civil – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito da Criança e do Adolescente – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Constitucional – Anhanguera Uniderp. Bacharel em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – UF.

RESUMO: O presente estudo visa analisar a tutela ambiental trazida pela fase holística do direito ambiental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a sua compatibilização com a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações ambientais para se facilitar a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: meio ambiente, inversão do ônus da prova, facilitação da defesa.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. FACILITAÇÃO DA TUTELA AMBIENTAL POR INTERMÉDIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal alça o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao status de direito fundamental de terceira dimensão, transindividual e de ótica difusa. Por referido direito pertencer a todos, indistintamente, incumbe ao ordenamento jurídico pátrio estabelecer os mecanismos aptos a ensejar a sua efetiva tutela.

Historicamente nas lides ambientes sempre se teve dificuldades de comprovar o impacto ambiental por parte do autor da lide, sob a seara dos ônus probatórios da parte autora, geralmente um legitimado extraordinário que ajuíza ação coletiva.

Com o fito de assegurar a efetividade do princípio da precaução ambiental, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 618, franqueando a possibilidade de se inverter o ônus da prova das lides ambientais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pretende-se abordar a relevância da temática, especialmente em virtude da especificidade e consolidação do tema na tutela ambiental.

2. FACILITAÇÃO DA TUTELA AMBIENTAL POR INTERMÉDIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

2.1. DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A partir da fase holística do Direito Ambiental pátrio inaugurada pelo advento da Lei n. 6.938/1981 e a promulgação das denominadas Constituições Verdes, dentre as quais se inclui a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou-se a adotar a tutela ambiental como direito fundamental do indivíduo e da própria coletividade a ser protegido para as presentes e futuras gerações, consoante princípio da solidariedade intergeracional.

Insta consignar que, a despeito da proteção ambiental conferida pelo art. 225, da Constituição da República não se incluir no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), é pacífico na doutrina dos direitos fundamentais, especialmente no tocante à posição de Ingo Sarlet (2018), que os direitos fundamentais se situam em diversos pontos da Constituição Cidadã e, inclusive, podendo ser previstos em tratados ou convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e aprovados no rito diferenciado a que alude o parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição Federal.

Um dos pilares para a máxima tutela ambiental consiste na independência e autonomia das instâncias ou esferas sancionatórias. Nesse diapasão, cabe ressaltar que um mesmo ato perpetrado contra o meio ambiente ecologicamente equilibrado é passível de sanções nas searas administrativa, cível e criminal.

Nesses termos preconiza o artigo 225, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, *in verbis*: "*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*".

Especificamente em relação à responsabilidade civil, objeto deste trabalho, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se sedimentou em ser objetiva – prescinde-se a aferição do elemento subjetivo do dolo ou culpa – e é informada pela teoria do risco integral, senão vejamos:

> RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS.
> TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.
> 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.
> 2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento.
> (REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014)

O princípio da responsabilidade fundamenta a necessidade da reparação do dano integral e a possibilidade da cumulação de pedidos em uma ação civil pública para obrigar o autor do dano a fazer algo (recuperar ou recompor o meio ambiente), deixar de fazer (abster-se de novas intervenções prejudiciais ao meio ambiente) e indenizar a coletividade por aquilo que não for recuperável *in natura*. A respeito do tema, do Superior Tribunal de Justiça:

> AMBIENTAL. DESMATAMENTO. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL.
> 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de área de mata nativa. A instância ordinária considerou provado o dano ambiental e condenou o degradador a repará-lo; porém, julgou improcedente o pedido indenizatório.
> 2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3. A restauração in natura nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum.
4. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração).
5. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos.
6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e para fixar eventual quantum debeatur.
(REsp 1180078/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 28/02/2012)

Ademais, o princípio do poluidor-pagador (art. 14, §1º, da Lei n. 6938/1981) embasa a responsabilidade objetiva ambiental, o seu caráter solidário, a obrigação *proter rem* e a imprescritibilidade do dano ambiental.

Repise-se que inexiste direito adquirido de poluir, porquanto o "*O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome*". Nesse diapasão, "*Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente*" (REsp 948.921/SP,

Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJe 11/11/2009).

Em verdade, "*Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até 'da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente' (EREsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse*" (REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 11/09/2012).

Cabe destacar que a gama de instrumentos processuais aptos a tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado na esfera cível é vasta, perpassando pela possibilidade do cidadão ajuizar ação popular (art. 5º, LXXII, CF), o ajuizamento de ação civil pública pelos legitimados do art. 5º, da Lei n. 7.347/1985 e o ajuizamento de ação de improbidade administrativa contra eventuais desvios de condutas perpetradas por agentes públicos e particulares na emissão de licenças ambientais, por exemplo, sujeitando-os as penas previstas no art. 12, da Lei n. 8.429/1992.

Não se olvide, de outra banda, a possibilidade da atuação extrajudicial na defesa do meio ambiente, especialmente com a celebração de termos de ajustamento de condutas pelos órgãos públicos legitimados (art. 3º, §6º, da Lei n. 7.347/1985).

Contudo, a questão acerca do ônus da prova do dano ambiental sempre gerou fundadas controvérsias no âmbito doutrinária e jurisprudencial, especialmente na dificuldade de se comprovar o dano ambiental por parte do autor da demanda coletiva.

2.2. DO ÔNUS DA PROVA

Uma das formas de manifestação da jurisdição pátria consiste n a função de apreciar as provas submetidas a sua apreciação e valorar juridicamente os fatos delimitados na lide. Entretanto, consigna-se que "*Não só no processo como também fora dele devem ser valorados juridicamente os fatos, as provas não servem somente para o processo; em geral, a atividade jurídica, e não só a atividade judicial se desenvolve por meio de provas. Por isso, assim como o estudo das provas não é próprio unicamente da ciência do direito processual*" (Carnelutti, 1999, p. 308).

No processo jurisdicional o principal objetivo é a realização de uma decisão judicial favorável a uma das partes, a qual necessariamente se deve fundamentar nos fatos suscitados pelos sujeitos processuais, bem como nas provas submetidas ao crivo do contraditório.

Didier (2016, p. 44) expõe a conceituação da palavra "prova":

> Num sentido comum, diz-se que prova é a demonstração da verdade de uma proposição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado:
> a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação;
> b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.;
> c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Tendo isso em foco, a Constituição da República estabelece como direito fundamental do indivíduo o direito à prova, como dimensão substancial do princípio do contraditório. Didier (2016, p. 47) afirma que aludido direito fundamental compõe as seguintes faculdades jurídicas:

> a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas;
> b) o direito de produzir provas;
> c) o direito de participar da produção da prova;
> d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida;
> e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

A arte de provar visa ilustrar ao magistrado o que ocorreu na situação submetida a sua apreciação e para que se possa proferir uma decisão mais justa possível. Didier (2016, p. 52) afirma que dificilmente – ou de forma impossível – se reconstruirá um fato pretérito, de modo que "*o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é inatingível, que está além da justiça, bem como porque há outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar*".

Destarte a verdade que se busca no processo é aquela relativa a ser formada de acordo com o convencimento racional do órgão julgador.

Nesse diapasão, cumpre consignar que o convencimento do magistrado sempre deve ser motivado, em virtude do dever geral de motivação das decisões judiciais estampado no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, bem como pela vigência do princípio do – livre – convencimento motivado.

Acerca do aludido princípio, Wambier (2017, p. 658) assevera que:

> [...] Caberá ao juiz valorar os elementos probatórios, com base no princípio do livre convencimento motivado ou da sua

persuasão racional. Significa dizer que, normalmente, a lei não estabelece, a priori, valor predeterminado para cada modalidade de prova, a que o julgador esteja adstrito. É tarefa do juiz analisar os elementos de prova e conferir a cada um deles e a todos, em conjunto, o valor que reputa adequado. Deverá fazê-lo de forma racional , e não imbuída de impressões pessoais; a partir do material que existe nos autos; e a decisão, em que irá expor seu juízo de valor, deverá ser motivada, explicando, com coerência lógica, as razões que o terão levado a formar seu convencimento nesse ou naquele sentido. A garantia da motivação, com efeito, é inseparável do contraditório.

2.1. O princípio do contraditório impõe que as provas produzidas pelas partes sejam analisadas e consideradas pelo juiz no momento da sua decisão. Se as partes produziram provas, mas o juiz não demonstra que as considerou em seu pronunciamento, a decisão será nula por ofensa ao contraditório e vício de fundamentação Ou seja, o magistrado não pode julgar com base em uma determinada prova sem deixar claro o porquê de ter optado por esta e não pelas outras. Nesse sentido, ainda sob a vigência do CPC de 73, manifestou-se o STF no RMS 24536. legislador, ao longo do NCPC, assim como acontecia com o CPC/73, estabelece algumas regras de valoração em abstrato de certas provas. É o que faz, por exemplo, quando dispõe que a prova testemunhal deverá ser indeferida quando tiver havido confissão da parte (art. 443, I) ou que, nos casos em que a lei exige prova escrita, a prova testemunhal somente será aceita se houver início de prova documental (art. 444). Contudo, ainda nessas situações, prevalece o princípio do livre convencimento motivado, e os fatores de legitimação da decisão que vier a julgar de forma diversa àquela prevista nas mencionadas regras serão a motivação racional da escolha e da valoração feita pelo juiz + o contraditório. É certo que a motivação, nesses casos, deverá ser mais profunda que aquela adotada quando as regras são aplicadas, mas o princípio do livre convencimento não é afastado.

Estabelecidas essas premissas, depreende-se que o Código de Processo Civil preconiza dupla finalidade do ônus da prova. "*Um, que se diz objetivo, em que o ônus da prova é reputado como regra de julgamento, dirigida ao juiz, que não pode deixar de julgar (*non liquet*) ainda que se depare com a falta ou insuficiência de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

provas. Outro, que se diz subjetivo, dirigido às partes, como regra de conduta". (Wambier, p. 660).

Consoante leciona Marinoni (2017, p. 163) "*Em regra, o ônus da prova é distribuído de maneira fixa pelo legislador*". Prossegue o doutrinador ensinando que:

> De acordo com o art. 373 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, aparentemente se funda na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a inexistência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção.
>
> Entretanto, como se viu acima, a questão referente aos deveres probatórios das partes é tratada por outros dispositivos e não se confunde com a verdadeira função da regra do ônus da prova. O ônus da prova não trata de deveres, atribuídos às partes, ainda que eventualmente possam sobrepor -se as finalidades a que se destinam a regra do ônus probatório e as regras sobre deveres instrutórios atribuídos às partes.

Desse modo, a regra é a distribuição legal do ônus da prova. Isto é, incumbe ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral. E dinamização do ônus da prova, consoante disposição do artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil depende de decisão judicial fundamentada e é excepcional, senão vejamos:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
>
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Consoante doutrina de Didier (2016, p. 125) a dinamização do ônus da prova deve ser realizado atendendo a critérios formais e materiais. Como critérios formais

o renomado doutrinador destaca a necessidade de uma decisão motivada, a distribuição como regra de instrução e a proibição da alteração do ônus probatório acarretar em prova diabólica reversa.

Como pressupostos materiais, prossegue o referido ilustre doutrinador, há a imprescindibilidade da inversão não acarretar ônus excessivamente oneroso ou difícil para uma das partes ou possuir uma das partes maior facilidade na produção probatória.

A respeito do tema explica Wambier (2017, p. 662):

> 6. Distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz. O caput do art. 373 dispõe sobre a distribuição fixa (estática) do ônus da prova. A priori, segundo a lei, cabe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e, ao réu, a prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. Essa é a regra que continua norteando nosso sistema.
> 6.1. O § 1.º do art. 373 por sua vez, contém regra expressa sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, o que, em determinadas situações, já vinha sendo admitido pela doutrina e jurisprudência, ainda que sem previsão legal. Ou seja, presentes certas condições, o ônus da prova poderá ser distribuído de forma diversa daquela prevista no caput. Assim, o juiz poderá, a partir da análise, no caso concreto, de quem está em melhores condições de produzir a prova, distribuir o respectivo ônus entre as partes, de forma diversa daquela fixada na lei. Mas deverá fazê-lo, de forma fundamentada, na decisão de saneamento e organização do processo, de maneira a não colher as partes de surpresa e assegurar-lhes tempo hábil para se desincumbirem do ônus que originariamente não lhes cabia.
> 6.2. O juiz deve se atentar, portanto, de um lado, para a facilidade com que uma das partes poderá produzir a prova de determinado fato, e, de outro, para a impossibilidade ou extrema dificuldade que a parte, a quem originariamente incumbiria o ônus, teria para se desincumbir desse ônus. A facilidade, dificuldade ou impossibilidade está relacionada ao aspecto técnico, e não econômico, pois, em relação a este, há as regras da assistência judiciária gratuita. Se a extrema dificuldade for de ambas as partes, não há que se redistribuir o ônus.
> [...]

Antes mesmo da promulgação do Código de Processo Civil o Código de Defesa do Consumidor, em diálogo recíproco com a Lei da Ação Civil Pública, já

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

admitia a possibilidade de inversão do ônus da prova nas demandas coletivas, ainda que não se tratassem da tutela relativa ao direito do consumidor, uma vez que "*Existe no sistema jurídico brasileiro um microssistema de solução coletiva das controvérsias (processos coletivos) como forma de dar resposta mais célere e uniforme em relação às demandas repetitivas e aquelas que interferem na esfera de interesses de grande número de jurisdicionados*" (REsp 1729239/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 23/11/2018).

Nesse diapasão leciona Rodrigues (2018, sem paginação):

> Entendemos que esse dispositivo se aplica às Ações Civis Públicas Ambientais, inclusive de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, por expressa disposição do art. 117 do mesmo diploma (Lei n. 8.078/90), que assim assevera:
> "Art. 117. Acrescente-se à Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:
> 'Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."
> Ora, vê-se que, muito embora o art. 6º, VIII, não esteja inserido no Título III do CDC, é indubitável que contém regras de Direito Processual Civil e que o art. 117 (art. 21 da LACP) manda aplicar a qualquer direito difuso (tutela do meio ambiente, por exemplo) tais dispositivos, deixando nítida a intenção de que fosse criado um plexo jurídico de normas processuais civis coletivas para serem imediatamente aplicadas aos direitos coletivos lato sensu.

Firmada a possibilidade excepcional da inversão do ônus da prova nas demandas individuais e coletivas, passa-se a analisar a repercussão dessas premissas na seara cível ambiental.

2.3. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SEARA AMBIENTAL FUNDAMENTADO NO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O Princípio n. 15 da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizado no Rio de Janeiro em 1992 (Declaração do Rio de Janeiro, ECO/92) conceituou o princípio da precaução da seguinte forma:

> Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Machado (2013, p. 97) assevera que o aludido princípio "*visa a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e a continuidade da natureza existente no planeta*".

Wolfrum preconiza que "*o princípio da precaução, no Direito Ambiental Internacional, reflete a necessidade de tomar decisões relacionadas ao meio ambiente diante da incerteza científica sobre o potencial dano futuro de determinada atividade*". O renomado autor assevera que, na seara internacional, "*não existe consenso sobre todas as consequências da continuidade da implementação deste princípio, exceto sobre a inversão do ônus da prova*". Diante disso, "*cada entidade ou Estado interessado em empreender ou continuar determinada atividade deve provar que ela não resultará em prejuízos, em vez de se ter que provar que haverá danos ambientais*".

Destarte, depreende-se que a dúvida acerca dos impactos ambientais de determinada atividade milita em favor do meio ambiente – *in dubio pro natura* – e fez com que o Superior Tribunal de Justiça editasse verbete sumular vazados nos seguintes termos:

> Súmula 618: A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

O principal fundamento dessa súmula consiste justamente no princípio da precaução e da necessidade de se evitar o dano ecológico. Rodrigues (2018, sem paginação correta) explica que o fundamento legal estava inscrito no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, em uma análise interdisciplinar do microssistema de tutela coletiva. Nesse diapasão, colhe-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL ? AÇÃO CIVIL PÚBLICA ? DANO AMBIENTAL ? ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET ? MATÉRIA PREJUDICADA ? INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA ? ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 ? PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.
>
> 1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art.
>
> 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.
>
> 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 3. **Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do emprendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.**
> 4. Recurso especial parcialmente provido.
> (REsp 972.902/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, sem grifos no original)

Com a edição do novel Código de Processo Civil, além da possibilidade de se argumentar com base no citado dispositivo legal, o legislador passou a prever, como exceção, a dinamização do ônus da prova em seu artigo 373, §1º. Em didático precedente, assim já decidiu a Corte da Cidadania:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS.
> 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.
> 1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo.
> 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado due process, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.
4. O legislador, diretamente na lei (= ope legis), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= ope judicis), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.
5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).
6. Como corolário do princípio in dubio pro natura, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).**
> **8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.**
> **9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade" (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008).**
> 10. Recurso Especial não provido.
> (REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012, sem grifos no original)

Desse modo, Rodrigues (2018, sem paginação correta) afirma que quando se versa "*[...] de incerteza científica da atividade supostamente poluidora, é o princípio da precaução ambiental que determina que cabe ao suposto poluidor a prova de que não há risco de poluição*". Prossegue o referido doutrinador:

> Com isso, queremos dizer que é a regra de direito material, vinculada ao princípio da precaução, que determina que, em toda ação de responsabilidade civil ambiental na qual a existência do dano esteja vinculada a uma incerteza científica (hipossuficiência científica), sabe-se de antemão que o ônus de provar que os danos causados ao meio ambiente não

> resultaram da atividade econômica é do próprio empreendedor. Aliás, justamente com base no princípio da precaução, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que é aquele a quem se imputa um dano ambiental (efetivo ou potencial) quem deve suportar o ônus de provar que a atividade que desenvolveu não trazia nenhum risco ambiental.

Tendo isso em foco, infere-se que "*O ônus da prova, assim, é do proponente de um empreendimento. É ele quem deve provar que sua atividade não apresenta riscos ao meio ambiente. Caso contrário, restando alguma dúvida, o princípio da precaução manda que a atividade não seja desenvolvida*". (RODRIGUES, 2018, sem paginação definida).

Adentrando aos pormenores da matéria, o ilustre Ministro Herman Benjamin afirma que:

> Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação in natura, e do *favor debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. (...)" (STJ, 2ª Turma, REsp 1.071.741/SP, rel. Min. Herman Benjamin, DJ 16-12-2010).

Rodrigues aduz que a exceção da inversão do ônus da prova trazida pelo Novo Código de Processo Civil deveria ser, em verdade, a regra nas lides ambientais, principalmente nas demandas que versam sobre danos ambientais. Nos ensina Rodrigues (2018, sem paginação correta):

> Ora, quando estamos diante de uma lide ambiental é mister que a regra seja justamente o ônus dinâmico da prova, dadas as características peculiares do bem ambiental, como, aliás, há tempos temos sustentado.
>
> [...]
>
> Perceba-se bem que aqui não se trata de técnica processual de inversão do ônus da prova, mas regra principiológica do próprio Direito Ambiental, em que o direito material predetermina que existe uma presunção de que a incerteza científica é desfavorável ao meio ambiente e, por isso, cabe ao empreendedor a incumbência, em qualquer situação, já que assumiu o risco da atividade, de demonstrar que a sua atividade não causa danos ambientais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destarte, com o fito de se concretizar o fundamental princípio ambiental da precaução, que irradia a incerteza científica acerca do impacto ambiental a ser apreciado pela implementação de certo empreendimento, bem como o princípio do *in dubio pro natura*, o ordenamento jurídico deve estabelecer instrumentos aptos a prevenir e proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cabe destacar que referido direito é fundamental, difuso e classificado como de terceira dimensão, de modo que a dúvida deve militar ao seu lado. Portanto, como meio instrumental para a garantia de um direito fundamental, certamente o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a possibilidade da inversão do ônus da prova das ações ambientais, com base no princípio da precaução.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exposto alhures, inegável que o direito fundamental ao meio ambiente merece a devida tutela ambiental, seja por parte do legislador, do aplicador do direito e dos autores responsável por sua proteção.

A possibilidade da inversão do ônus da prova na seara ambiental, com fundamento no princípio da precaução, seja com base na interpretação sistemática do microssistema de tutela coletiva ou no próprio Código de Processo Civil, visa precipuamente facilitar a proteção ambiental nas lides dessa natureza.

Aplaude-se a iniciativa do Superior Tribunal de Justiça em sumular a matéria que há anos já vinha assim sendo decidida pela Corte da Cidadania e nos mais diversos Tribunais dessa pátria.

Espera-se, desse modo, que a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado possa ser alcançada em primazia e com maior facilidade, uma vez que incumbe ao proponente a comprovação de que sua atividade não será potencial ou efetivamente lesiva ao meio ambiente.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo; **Constituição Federal anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNELLUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil, Volume I** – Campinas – SP: Servanda, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil, volume II**, 3 ed. – Campinas – SP: Bookseller, 2002.

DIDIER JR., Freddie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito da prova, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Vol. 2**, Bahia: JusPodvium, 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios do Processo Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Luiz Arenhart, Daniel Mitidiero – 3 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado** / Marcelo Abelha Rodrigues. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

WOLFRUM, Rüdiger. **O princípio da precaução.** In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (orgs). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.25.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MAIS DE 130 ANOS DA ABOLIÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO E O AUMENTO DESSA PRÁTICA AINDA É REALIDADE.

BRUNA SPAGNOL: Advogada, Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Mar del Plata - Argentina.

DEYVISON MENEZES

(Coautor)[1]

Já são 131 anos desde a abolição da escravatura no Brasil e hoje em pleno século 21 ainda se tem um aumento significativo do que é chamado de "trabalho escravo moderno".

No ano de 2018, em todo o Brasil, foram libertados 1.723 trabalhadores que viviam em condições análogas à de trabalho escravo, 1.078 a mais do que foi registrado em 2017. Em vinte anos de atuação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel foram realizadas 1.785 operações, inspecionado 4.090 estabelecimentos e libertado 49.353 pessoas em situação análoga à escravidão, segundo dados emitidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, sabe-se que esse número pode ser ainda maior, pois só são contabilizados os trabalhadores resgatados.

Como forma de prevenção e na tentativa de abolir essa pratica o Ministério do Trabalho faz constantes propagandas conscientizadoras. Ocorre que o trabalho forçado é muito lucrativo para os exploradores, pois se tem o trabalhador exercendo suas atividades mais de vinte horas por dia sem qualquer remuneração. Trabalham apenas para ter onde dormir e obter escassa alimentação, desta forma, atraem empresas de grande porte, visto que seus gastos com trabalhadores é muito grande e a via de exploração gera uma economia ilegal.

Ressalta-se que conforme dados da Organização Internacional do Trabalho – OIT, as principais vítimas dessa prática ilegal são pessoas desempregas, com baixa escolaridade e em vulnerabilidade socioeconômica que deixam suas casas com destinos a grandes expansões agropecuárias ou centros urbanos com o sonho de mudar de mudar de vida. Ocorre que, chegando a esses locais, se deparam com uma realidade totalmente diferente e desumana. Consequentemente, estando longe de suas casas e sem recursos financeiro para retornar, são forçadas a trabalhar nas condições supracitadas como único meio de sobreviver.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na tentativa de coibir essas empresas de praticar e financiar o trabalho escravo, em 2003 o Ministério do Trabalho criou a "lista suja". Esta lista expõe um rol de empresas que foram alvo de investigação e que foram flagradas mantendo pessoas em condições consideradas análogas à escravidão. O intuito dessa lista é impedir, que as empresas que cometem essa prática, consigam contratos comerciais e financiamentos de bancos públicos e privados.

Uma situação, que faz colocar na balança da igualdade e justiça são as atitudes do governo com o corte de 52,2% do orçamento do combate ao trabalho escravo só no ano de 2017. Tal situação foi se agravando e levou a queda em 57% das operações no primeiro semestre de 2019, dados fornecidos pelo jornal El País. Além disso, recentemente o atual governo extinguiu o ministério do Trabalho e incorporou em outros ministérios passando assim uma mensagem de que a fiscalização das relações de trabalho não é prioridade.

A queda no número de resgatados não está ligado a erradicação da condição análoga a de escravo, mas sim na falta de investimento do governo nos grupos de fiscalização para combater o trabalho escravo. Sem incentivo financeiro os fiscais não conseguem se deslocar, pois existe todo um planejamento, gastos com equipamentos e gestão de pessoas para poder desmantelar as quadrilhas que aliciam os trabalhadores sem colocar em risco a vida destes.

Diante disso, deve o povo brasileiro, de modo pacificado, reivindicar seus direitos afim de garantir que tenham assegurado um trabalho em condições dignas, com a pressão da população será possível adquirir um desempenho positivo do governo no combate a condição análoga a de escravo, além disso, não devesse deixar no esquecimentos os inúmeros trabalhadores que passaram e ainda passam por essa situação, pois são seres humanos e tem direito a uma vida digna.

NOTA:

---

[1] Advogado, Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Mar del Plata – Argentina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTES DE DETENTOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

CLÁUDIO GUILHERME LIMA DE MENDONÇA:
Graduando em Direito. Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

(ORIENTADORA)[1]

RESUMO: O presente estudo dedica-se a estudar a responsabilidade civil, que é tema contundente nos estudos e análises científicas, uma vez que é instituto precípuo para uma convivência harmônica entre os indivíduos, pois visa reparar ao lesado aquilo que lhe foi tirado. Perfazendo esta temática há inquietações que sobrevém a esta pesquisa, visando compreender: diante do instituto da responsabilidade civil, qual o limite de responsabilização estatal referente à tutela dos jurisdicionados custodiados no sistema prisional brasileiro? O objetivo geral desta pesquisa se centra em analisar a responsabilidade civil do Estado brasileiro nos casos de morte de detentos nas dependências do sistema prisional diante da divergência doutrinária em decorrência de sua conduta omissiva. A metodologia utilizada no presente artigo é dedutiva, tendo como método de procedimento a observação por meio da pesquisa bibliográfica, os dados coletados têm tratamento qualitativo. O que visa concluir que o Estado é responsável pela proteção do detento dentro do estabelecimento prisional, em relação aos outros detentos e a ele próprio, com base na necessidade de garantir a integridade física e psicológica do detento, conforme preceitua a Constituição Federal e as regras mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Detento; Sistema Prisional.

ABSTRACT: The present study is dedicated to the study of civil liability, which is a topic addressed in clinical studies and analysis, since it is a precious institute for a detrimental coexistence between exams, since it is detrimental to those who were taken. Completing this theme there are surveys that come to this research, I saw: before the institute of civil liability, what is the limit of state liability regarding the

protection of jurisdictions in custody in the Brazilian national system? The general objective of this research is to analyze the public civil liability of the Brazilian State in cases of death by detention in prison facilities in the face of the doctrinal divergence resulting from its omissive conduct. The methodology used in this article is deductive, having as method of procedure the observation through bibliographic research, the collected data have qualitative treatment. The visa concludes that the state is responsible for protecting the detainee within the prison from other detainees and the detainee on the basis of the need to ensure the detainee's physical and psychological integrity in accordance with federal law and minimum UN rules. for the treatment of prisoners.

Keywords: Civil Liability; Detent; Prison System

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL NOÇÕES GERAIS. 1.1. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. 1.2. DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO. 2. SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. 2.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. 2.2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. 3.RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526/RS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é tema contundente nos estudos e análises científicas, uma vez que é instituto precípuo para uma convivência harmônica entre os indivíduos, pois visa reparar ao lesado aquilo que lhe foi tirado. Não diferente é a responsabilidade civil dos entes estatais, pois é igualmente debatida nos âmbitos político e judicial e até social, o que traz digressões e interpretações divergentes e convergentes sobre o instituto da responsabilidade civil aplicada ao Estado.

Neste contexto, o Estado se responsabiliza por aqueles jurisdicionados que estão sob sua tutela em estabelecimentos prisionais, responsabilizando-se por ambientes insalubres de convivência entre os detentos e eventuais mortes. A saber, o Estado do Amazonas já fora palco de dois incidentes grandes nesta seara, nos anos de 2017 e 2019, somando 111 mortes. Além destes, os Estados de Roraima, Maranhão e Pará também apresentam grandes problemas em garantir a segurança dos indivíduos por eles tutelados dentro de estabelecimentos prisionais.

Há, diante destas evidências, uma crise que assola o sistema penitenciário brasileiro, com déficits que englobam falta de infraestrutura mínima, superlotação e más

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

condições de convivência entre os detentos. Perfazendo esta temática, há inquietações que sobrevém a esta pesquisa, visando compreender: diante do instituto da responsabilidade civil, qual o limite de responsabilização estatal referente à tutela dos jurisdicionados custodiados no sistema prisional brasileiro?

Para responder a esta indagação, o objetivo geral desta pesquisa se centra em analisar a responsabilidade civil do Estado brasileiro nos casos de morte de detentos nas dependências do sistema prisional diante da divergência doutrinária em decorrência de sua conduta omissiva. Assim, tem como como objetivos específicos definir os noções relacionadas à responsabilidade civil, a responsabilidade objetiva do Estado e as hipóteses excludentes; de forma a abordar sobre o dever constitucional do Estado em proteger a integridade física do apenado, a garantia da vida e a dignidade da pessoa humana; levantar a problemática da morte de detentos frente à crise do sistema prisional, a responsabilidade civil por omissão do Estado, a questão do suicídio; e, por fim, estudar a prescrição da pretensão indenizatória e a decisão do Supremo Tribunal Federal, com base no Recurso Extraordinário 841.526 sobre a responsabilidade do Estado por morte de detento.

Para o efetivo desenvolvimento dos objetivos específicos em um corpo consistente de análise e argumentação, a metodologia utilizada no presente artigo é dedutiva, tendo como método de procedimento a observação por meio da pesquisa bibliográfica, sobre a temática em estudo. Os dados coletados na pesquisa bibliográfica terão tratamento qualitativo e sofrerão a análise do autor frente aos argumentos pesquisados.

Desta forma, este artigo vem delineado em três grandes partes, excetuando-se esta introdução e a conclusão. Ao primeiro capítulo são apresentadas as impressões doutrinárias a respeito do instituto da responsabilidade civil, bem como realiza o estudo da aplicação da responsabilidade civil objetiva estatal frete à população carcerária brasileira evidenciando o dever de proteção do Estado para com estes apenados que se encontram sob sua tutela jurisdicional.

A segunda parte se debruça em explanar sobre o sistema penitenciário brasileiro, elucidando as possibilidades de responsabilização estatal por morte de detento custodiado e, também analisa a prescrição da pretensão indenizatória deste custodiado junto ao ente estatal. Por derradeiro, o capítulo três analisa o entendimento do Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 841.526, acerca da responsabilidade do Estado por morte de detento no sistema prisional.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL – NOÇÕES GERAIS

Há alguns institutos no ordenamento brasileiro que são importantes para a manutenção da ordem jurídica e colaboram para uma sociedade mais harmônica.

Assim, o instituto da responsabilidade civil contribui para que as eventuais reparações causadas por um agente à uma vítima, por meio de um nexo de causalidade, seja ressarcida economicamente, perseguindo o *status quo ante* ao evento danoso. Nesta toada, é importante debruçar-se sobre seu estudo, de modo a desvendar suas especificidades e importância.

A responsabilidade civil se caracteriza quando existe a obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral como consequência de um dano causado pela conduta humana. Ao se falar de responsabilidade civil é necessário se rememorar que há três elementos que a configuram, são eles: a conduta, o nexo causal e o dano, ou seja, diante da inexistência de um desses elementos, não há como se discutir a responsabilidade civil (GONÇALVES, 2017, p. 18).

Assim, a responsabilidade civil e a ordem patrimonial decorrem do artigo 186 do Código Civil, que preceitua que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002). É preciso, então que reste evidenciado a subsunção do fato à norma para que esteja validado o nexo causal entre o fato praticado pelo autor e a violação de direito ou do dano.

Na visão de Cavalieri Filho (2012), a força motriz que rege a responsabilidade civil é a possível reparação do dano causado à vítima pelo agente. Em outras palavras, a grande razão de ser da responsabilidade civil está pautada em tentar restituir, mesmo que ao menos economicamente, o *status quo ante* ao dano sofrido pela vítima, gerado pelo agente e sustentado pelo condão do nexo causal. É o que o autor discorre:

> *O mesmo artigo consagra a regra segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Impera, no campo da responsabilidade civil, o desejo de ver o agente causador do dano obrigado a reparar o equilíbrio jurídico-econômico que rompeu com sua conduta, restabelecendo para a vítima o que se chama de* status quo ante *(CAVALIERI FILHO, 2012, p. 15).*

Por este princípio, infere-se que a reparação devida à vítima deve conter todos os prejuízos causados pelo agente, sejam estes de cunho material[2] ou moral[3]. Em outras palavras, independentemente do fundamento jurídico do princípio, conforme Fischer (1938, p. 192) preceitua, o "escopo ideal de toda a reparação de danos é conseguir que o lesado não fique nem mais pobre nem mais rico do que se estaria se o fato danoso não se houvesse produzido".

Já para Maria Helena Diniz (2007, p. 192), a responsabilidade civil corresponde à "aplicação das medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

patrimonial causado a terceiros em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal". Assim, quando se trata de danos causados a terceiros, aplica-se a norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, isto em decorrência da qual o Estado responde objetivamente, ou seja, independente da culpa ou dolo, mas fica com o direito de regresso contra o agente que causou o dano, desde que este tenha agido com culpa ou dolo.

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).*

Conforme o texto legislativo, o agente público somente pode ser responsabilizado quando, culposamente, não respeite um dever de cuidado objetivamente devido (sua conduta é ilícita).

Trazer à tona a discussão dos elementos da responsabilidade civil, como parte da divergência em relação ao consenso doutrinário sobre a temática em estudo, é pertinente, principalmente no que diz respeito aos elementos que a constituem concomitantemente ao disposto no art. 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" (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, a responsabilidade objetiva do Estado abrange os atos por ação da Administração Pública e os atos por omissão voluntária, uma vez sejam demonstrados o nexo causal entre o dano e a omissão específica da administração Pública. Nesse entendimento, a omissão se refere à conduta ou ato em que se é responsável em realizar ou tendo as condições para fazê-lo, mas deixa de fazer. Ou seja, a abstenção do causador do dolo em realizar tal conduta, o que gera o dano a outrem e a consequente obrigação em indenizar.

Ao que se refere à responsabilidade por omissão, "para que possa ser configurada é preciso que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não de omitir) e que se demonstre que, com uma ação efetiva, o dolo poderia ser evitado" (GONÇALVES,2016, p. 69). Ou seja, para sua configuração é necessário que exista o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado.

Portanto, a omissão decorre do ato de deixar de fazer, ou descumprimento do seu dever, assim como na falta de ação do sujeito, a que ambas condutas ensejam a responsabilização pelo dano causado a outrem. Ademais, a ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado, também neste entendimento é a jurista Maria Helena Diniz (2013, p.56).

Observa-se, assim, que para a conduta humana ser passível de responsabilização civil, é necessária a presença da voluntariedade, que se consubstancia no núcleo fundamental deste elemento. Para falar-se em responsabilidade civil é indispensável a conduta humana, seja ela positiva (ação), ou negativa (omissão), efetivada pela vontade do agente público, que culmina em dano ou prejuízo. Logo, tanto a ação quanto a omissão são fatores que geram a obrigação de reparar o dano a terceiro causado, cumpridos os requisitos inerentes à responsabilidade civil.

1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

Nesta toada de entendimento a esta pesquisa, um aspecto relevante chama a atenção em relação à responsabilidade objetiva, trata-se da dispensa da comprovação de culpa. Neste sentido, em regra, o Estado responde objetivamente por danos causados a terceiros, o que quer dizer que os lesionados não estão obrigados a demonstrar a culpa do Estado, mas tão somente a conduta, dano e nexo causal. Portanto, há uma diferenciação significativa na teoria da responsabilidade civil objetiva e subjetiva que concernem à responsabilização do Estado junto a seus jurisdicionados.

Neste aspecto, assegura Bandeira de Mello (2013) que a responsabilidade civil objetiva não encontra respaldo na necessidade de identificar a motivação do dano, bastante haver a mínima relação entre causa e efeito do dano para se configurar a necessidade de indenização por parte do agente que lhe deu causa. É o que entende o autor no excerto abaixo:

> *A responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1024).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme exara Bandeira de Mello (2013), cumpre frisar que a responsabilidade civil objetiva adotada, em regra, é baseada na teoria do risco administrativo, mas em situações excepcionais adota a teoria do risco integral. A maior diferença entre estas teorias é que responsabilidade civil objetiva baseada no risco administrativo admite excludentes de responsabilidade, ao passo que a teoria do risco integral não há como alegar excludentes de responsabilidade, isto é, ela é mais extremada nos dizeres do Jurista Hely Lopes Meirelles (1999, p. 586).

Diz-se, então, que a responsabilidade civil objetiva está ligada a teoria do risco. posto que será chamado à reparação o Estado, que, inicialmente, reparará o dano, e após a reparação ao particular, o Estado analisará se o agente público teve dolo ou culpa. Havendo dolo ou culpa o Estado ingressará com uma ação de regresso visando reparar o desfalque patrimonial que teve em virtude do agente público.

Conforme observa Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 22), "[...] esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente de culpa". Ou seja, este entendimento vai ao encontro do que expressa o Código Civil 2002, notadamente no art. 927, caput e parágrafo único, o qual trata tanto responsabilidade subjetiva quanto a objetiva, ou seja, a teoria da culpa e a teoria do risco, respectivamente:

> *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 (BRASIL, 2002).*

Vale destacar, ainda, que o sistema jurídico brasileiro, bem como diversos doutrinadores adota a responsabilidade subjetiva como regra, no entanto, existem ainda algumas leis que tratam alguns casos que nos atos praticados, mesmo sem a devida existência da culpa ou dolo, podem ainda gerar o dever de indenizar. Isto porque, a regra geral, que deve se presidir a responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas sendo insuficiente está para atender as imposições do progresso, cumpre o legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção (GONÇALVES, 2009, p. 24).

Dessarte, o ordenamento jurídico pátrio adota, notadamente, a regra da responsabilidade subjetiva, aquela que se baseia na culpa e dolo do agente. Mas,

diante de algumas exceções, pode também ser adotada a responsabilidade objetiva, tanto baseado no risco administrativo ou no risco integral.

1.2 DEVER DE PROTEÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO

Para prosseguir ao estudo, é importante entender que invólucro que assiste aos indivíduos, pela sua condição inerente de seres humanos dignos de direitos e cumpridores de deveres, deve ser respeitado e valorizado, sendo tratados com urbanidade e afinco na promoção de diretrizes básicas de condições salubres de vida. Outrossim, independentemente de suas condutas passadas e reprováveis, os detentos apenados e devem ser respeitados em sua condição de jurisdicionado apartado da sociedade, que cumpre sua pena.

Isto porque a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em princípio, fez menção à dignidade da pessoa humana com destaque principal para a formação do Estado. Na Carta Cidadã, o princípio que norteia as ações fundamentadas do Estado ficou estabelecido como o fundamento da República, contemplado em seu art. 1º, inciso III:

> *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 (BRASIL, 1988).*

Segundo Moraes (2017, p.35), o princípio da dignidade da pessoa humana é o principal princípio consagrado pela Constituição Federal brasileira. Pois é fundamentalmente aquele princípio que deve nortear as ações estatais, visando o bem-estar social, cunhado sob os auspícios dos ideais que congregaram na elaboração da Constituição Federal de 1988.

Nesta toada, Viecili e Martins (2013, p. 697-698) apregoa que a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva e ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem.

A respeito da dignidade humana, como o fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013, p.51).

A vida do detento, também foi assegurada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o seu art. 3° preceitua que "Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal" (ONU, 1948). Igualmente, a Constituição Federal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de 1988, assegurou o direito à vida e a integridade do detento. Em outras palavras, o texto constitucional proibiu a adoção de qualquer mecanismo que, em última análise, resulte na solução não espontânea do processo vital, conforme o inciso XLIX do art. 5°:

> *Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988). [...] XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988).*

Ainda do mesmo modo, a Constituição Federal garante o tratamento igualitário, sem nenhum tipo de discriminação, em consonância com seu art. 5° e o art. 7° da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que expressa que "Todos são iguais perante a lei e, sem qualquer discriminação, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação" (ONU, 1948).

Alexandre de Moraes, em uma interpretação do art. 5º da CF/88, ilustra que cabe ao Estado assegurar o direito à vida desde sua concepção, pois esta se inicia desde sua forma uterina, além de garantir sua subsistência de forma digna ao cidadão. Destarte, procura-se que o Estado, no seu dever de punir, restrinja-se aos limites humanos que jamais devem ser ultrapassados, não importando que o delito cometido seja o mais repugnante possível. (2017, p.47).

A assistência ao detento também foi garantida e encontra suas diretrizes na Lei de Execução Penal – Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Garante respaldo e assistência ao apenado no seu art. 10°, assim como no art. 11°, ao expressar que:

> *Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.*
>
> *Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.*
>
> *Art. 11. A assistência será:*
>
> *I - Material;*
>
> *II - À saúde;*
>
> *III -jurídica;*
>
> *IV - Educacional;*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

V - Social;

VI – Religiosa (BRASIL, 1984).

Nota-se que o direito à segurança também é um dos direitos fundamentais previsto no texto constitucional de 1988. Assim, é considerado direito inviolável, no sendo posto no mesmo patamar que o direito à vida e à liberdade, qualquer cidadão possui direito à segurança, e cabe ao Estado assegurar este direito. Importante frisar que o Estado não só possui o dever de garantir a vida do detento, mas deve garantir o mínimo de condições para respeitar a dignidade dos reclusos, visto que no Brasil não há penas cruéis, conforme dispõe o art. 5º, XLVII, alínea "e", da CF

Tão é verdade que no Recurso Extraordinário nº 580.282, julgado em 16/2/2017, pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu-se que o Estado de Mato Grosso do Sul deve indenizar o preso em situação degradante e vítima de superlotação carcerária**,** por danos morais no valor do R$ 2.000,00 (dois mil reais), em razão "desleixo dos órgãos e agentes públicos". Nesta oportunidade, o Pretório Excelso fixou a seguinte tese:

> *Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico**,** é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.*

Outrossim, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim, se comprometeu a assegurar que ninguém será submetido à tortura nem a punição ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Portanto, verifica-se que o Estado possui o dever de garantir à vida dos detentos, mas não somente isso. Deve ainda, garantir condições dignas aos reclusos, como de salubridade, alimentação e saúde.

2 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Compreender os entraves do sistema carcerário brasileiro é mister para compreender a responsabilidade estatal junto aos seus jurisdicionados apenados, já que estes indivíduos, quando presos, estão sob a tutela indiscutível do Estado brasileiro, cabendo a ele resguardar a integridade física e psíquicas destes. Em outras palavras, apenas com a exata noção de como está o sistema penitenciário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

brasileiro será possível denotar as possibilidades de uma indenização por parte do Estado.

Assim, a responsabilidade civil do Estado por mortes de detentos ocorridas nas dependências do sistema prisional é um tema muito significativo, por se tratar de um grave problema social que atinge de um modo ou de outro a toda coletividade. Um dos episódios da violência desenfreada no sistema prisional brasileiro, aconteceu no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, conhecido como COMPAJ, localizado na BR 174 na cidade de Manaus/AM, no dia dois de janeiro de dois mil e dezessete. O evento foi marcado pela morte de cinquenta e seis detentos, uma das maiores matanças ocorridas em presídios brasileiros (G1 AMAZONAS, 2017[4]).
Em matéria veiculada pelo portal G1 Amazonas[5] (2019), informa que houve mais um episódio dessa violência dentro do sistema prisional amazonense. Este último evento foi registrado nos dias vinte e seis de maio e no dia vinte e sete de maio, respectivamente, em que 55 (cinquenta e cinco) detentos perderam a vida. A partir do momento em que a unidade prisional recebe o detento para ser encarcerado e cumprir a pena, o Estado passa a ser responsável pela guarda de sua integridade física e moral.

Essa afirmação encontra reforço no art. 5° da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece que "Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante" (ONU, 1948). Em relação aos locais de reclusão, estes locais devem obedecer aos parâmetros que permitam ao interno o espaço e condições de higiene necessárias para o cumprimento da pena. Há também de se verificar Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos:

> *Regra 13 Todos os locais destinados aos reclusos, especialmente os dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climatéricas e, especialmente, a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação (UNODC, 2015).*

Ainda realizando a análise das diretrizes internacionais, as regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos, na regra 87, parte 2 apresenta:

> *2. Assistentes sociais, colaborando com cada estabelecimento, devem ter por missão a manutenção e a melhoria das relações do recluso com a sua família e com os organismos sociais que podem ser-lhe úteis. Devem adotar-se medidas tendo em vista a salvaguarda, de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *acordo com a lei e a pena imposta, dos direitos civis, dos direitos em matéria de segurança social e de outros benefícios sociais dos reclusos (UNCODC, 2015, p. 30).*

Assim, levando-se em consideração todas essas afirmações, nota-se que o Estado, no seu dever de garantir as condições mínimas estabelecidas em lei para o cumprimento da pena e proteção ao detento, é omisso em seu poder-dever. Já que o que se verifica é uma realidade do sistema prisional bem diferente ao previsto em legislações. Segundo Nunes (2005, p. 63), o sistema penitenciário brasileiro é considerado ineficiente, ultrapassado, fora de tempo e, ainda, acusado de servir de escola para a criminalidade. Isto é dizer que a prisão não reforma e, sim, fabrica delinquentes.

O sistema penitenciário brasileiro entrou em colapso, as superlotações nos presídios têm ocasionado aos detentos cumprirem suas penas em condições sub-humanas, amontoados uns sobre outros, em decorrência da falta de espaço físico. Essa situação, entretanto, não se vislumbra como uma melhoria em curto prazo, pois o Estado carece de um planejamento eficiente, para a construção de novas unidades prisionais. Em princípio, conforme salienta Lima (2013, p. 95), esse sistema foi desenhado para ressocializar os presos, para que pudessem retornar à sociedade de forma a levar uma vida harmoniosa, não voltando a cometer delito algum.

Nos últimos tempos, nota-se um aumento entre os números de reincidentes no crime, tendo como principal causa, a ociosidade em que o detento vive na maior parte do tempo. Ao mesmo tempo, não existindo assistência jurídica, psicologia, médico-odontológica e nem acompanhamento junto aos familiares. Isto porque de acordo com Gonzaga (2002, p. 46), "a pior cegueira é a daquele que não quer ver", já que é tese que fora convalidada pelo entendimento jurisprudencial que perdurou bom tempo, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Isso é trazido à tona pois é necessário ingredir sobre a questão da progressão de regime nos casos previsto e abrangidos na Lei nº 8.072/90, já que se insistia em não omitir a flagrante violação ao Princípio da Individualização de Pena. Conforme assegura Bruno (2010, p. 129), "[...] a realidade do sistema penitenciário brasileiro cada dia está mais longe de ser resolvido", ou seja, essa realidade do sistema criminal, é necessário compreender não só os criminosos, mas as modalidades de delinquência, seu contexto político e econômico, admitindo, sem embargo, a complexa dificuldade do assunto penitenciário no Brasil.

Essa análise se justifica pela complexidade da violência criminal em um país onde as necessidades básicas de alcance mais generalizada, como no caso da saúde, alimentação, educação, trabalho, saneamento básico e habitação, encontram-se pouco atendidos pelo Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.1 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO

Dessarte, o estudo realiza algumas reflexões e inferências sobre a responsabilidade que o Estado brasileiro tem sobre seus jurisdicionados que estão sob a sua tutela dentro dos estabelecimentos prisionais. É preciso pesquisar sobre as formas com as quais o Estado se relaciona com estes indivíduos encarcerados e verificar até onde vai a sua responsabilidade em indenizar eventual agressão física, psíquica ou moral por parte dos próprios agentes estatais e, também, de outros detentos. Assim, aprecia-se a responsabilidade civil objetiva estatal para perquirir eventual indenização para estes detentos sob sua tutela.

A denominada responsabilidade estatal objetiva pode ser vista sob duas perspectivas: 1) pelo risco integral; ou 2) pelo risco administrativo. Nas duas situações é inexigível a ocorrência de culpa ou dolo do agente, já que há objetividade da relação de culpabilidade do agente que dá causa ao dano por meio do nexo de causalidade. Nesse entendimento, Mazza (2018, p.482) salienta que:

> *[...], a responsabilidade do Estado é mais acentuada do que nas relações de sujeição geral, à medida que o ente público tem o dever de garantir a integridade das pessoas e bens custodiados. Por isso, a responsabilidade estatal é objetiva inclusive quanto a atos de terceiros.*

Desta forma, cumpre informar que há doutrinadores como Matheus Carvalho (2017, p.348) que comunica a existência da teoria do risco criado ou também conhecida como teoria do risco suscitado, aplicada em casos de omissão do Estado. Esta teoria ensina que o Estado, pela sua atividade que lhe é própria, cria alguns riscos aos seus administrados e quando resta configurado o dano não há que se falar em vontade de produzir o dano, já que este item está incutido na sua própria razão de ser do Estado.

Assim, conforme a teoria do risco suscitado, o Estado é responsável civilmente, ainda que o fato seja praticado por um terceiro não agente público. Exemplo disso é quando um detendo mata um colega de cela, pois o Estado é responsável pela proteção e garantia da integridade tanto física como psicológica do detento, não havendo nenhuma manifestação de discriminação. A respeito disso, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, melhor conhecida como as Regras de Nelson Mandela, em suas regras 1 e 2, estabelece que:

> *1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não deve haver nenhuma discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social,*

patrimônio, nascimento ou outra condição. É necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso.

2. Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem ter em conta as necessidades individuais dos reclusos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. As medidas tomadas para proteger e promover os direitos dos reclusos portadores de necessidades especiais não serão consideradas discriminatórias (UNODC, 2015).

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, vêm entendendo de modo diverso neste quesito, principalmente ao que tange às condutas omissivas por parte do Estado que ensejam a morte de detentos. Consolidando este entendimento, o Ministro Humberto Martins proferiu decisão informando que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, dessa forma, deve o particular comprovar a negligência da atuação estatal, o dano e nexo causal.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A alegação genérica de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omisso o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos.

3. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático probatório dos autos, expressamente consignou que "restou evidente o nexo de causalidade entre a omissão do ente municipal e o evento danoso". 4. Dessa forma, não há como modificar a premissa fática, pois para tal é indispensável o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *que é vedado por esta Corte, pelo óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.*
> *(STJ - AgRg no AREsp: 501507 RJ 2014/0084541-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/05/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014)*

Embora a pessoa esteja sob custódia do Estado em determinada unidade prisional, o ordenamento jurídico brasileiro garante as prerrogativas que esses dispositivos preveem em matéria de direito aos detentos. Mesmo havendo duas teorias aplicadas à morte de detentos dentro do sistema prisional, a responsabilidade civil do Estado não é absoluta; isto é, o Estado em determinadas situações poderá furtar-se de indenizar, alicerçado nas jurisprudências específicas dos Tribunais.

2.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA

Ponto relevante ao entendimento da responsabilidade civil objetiva do estado em relação ao seus jurisdicionais apenados que se encontram sob sua tutela jurisdicional é a prescrição da pretensão indenizatória. Isto porque a prescrição é prazo que atinge diretamente o direito destes detentos que eventualmente tem suas vidas ceifadas pelo Estado, o que torna o assunto importante à luz da legislação vigente e de seus jurisconsultos.

Mesmo de forma variada, o fato é que, desde tempos remotos até os dias atuais, o homem sempre visou obter a reparação do mal que o outro lhe causa. Essa reparação pode ser chamada de indenização e visa compensar os danos causados à vítima, tanto patrimoniais quanto morais. Nesse sentido, Mazza (2017, p. 485) diz que a "ação indenizatória é aquela proposta pela vítima contra a pessoa jurídica à qual o agente público causador do dano pertence".

De acordo Neto, Cavalcante e Mota (2013), a morte do detento sob custódia do Estado se configura como uma violação a um direito constitucional. Assim, quando há o descumprimento do dever de proteção pode haver possibilidade e necessidade de reparação do dano causado, conforme se vê abaixo:

> *Dano moral pode ser entendido como as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico (NETO; CAVALCANTE; MOTA, 2013, p. 6).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Consoante à legislação citada, a Indenização deve corresponder a uma sanção, sob pena de se tornar mera regra ou princípio moral. Por esse motivo, há necessidade de responsabilizar ao Estado pela violação da garantia à integridade física e moral do detento, principalmente, pelo direito à vida. No Título III, dos atos ilícitos, nos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002, se estabelece o seguinte:

> *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.*
> *Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).*

Para que haja a imposição do dever de indenizar deve haver uma ação lesiva que seja considerada contrária ao direito, ilícita ou antijurídica. Nesse sentido, o Código Civil de 2002, traz no seu artigo 927 e, no parágrafo único, a obrigação de indenizar e de reparar o dano:

> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 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 (BRASIL, 2002).*

A percepção da regra em relação à indenização no caso concreto do dever constitucional do Estado de proteger a integridade do preso é clara, visto que a doutrina apresenta a relevância e a necessidade de reparar os danos ao detendo em decorrência dos casos de mortes no sistema carcerário brasileiro. Nesta toada de entendimento, a prescrição do direito de obter indenização, conforme o artigo 1° – c, acrescentado à lei 9.494, de 10 de setembro de 1997 pela Medida Provisória n°. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, estabelece que "prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização pelos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos". (BRASIL, 2001).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, à luz da legislação vigente, é possível observar que o prazo prescricional em decorrência das ações de indenização contra o Estado é de 5 (cinco) anos, conforme estabeleceu a medida provisória supracitada. É imperioso informar que tal indenização não se extinguirá com a morte do detento, o que assegura que o Estado não seja beneficiado pela morosidade/desleixo no cumprimento de seu dever de proteção.

3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841. 526/RS

Visando a defesa da legislação máxima brasileira, o Recurso Extraordinário é de competência de processamento do Supremo Tribunal Federal e incumbe verificar eventuais atentados à Constituição Federal. Assim, é flagrante que eventuais danos causados aos jurisdicionados que se encontram em estabelecimentos prisionais vai de encontro com os mandos constitucionais e em vários sentidos. Desta forma, e preciso compreender de que forma este Recurso pode ser levado a cabo e como seu processamento importa à defesa dos direitos de indenização dos apenados.

Neste contexto, o recurso extraordinário faz parte de um gênero que de forma ampla não visa discutir a matéria de fato, mas sim uniformizar a interpretação jurisdicional sobre a legislação pátria, com o intuito de que não haja decisões conflitantes entre os tribunais do país, permitindo uma interpretação concreta, que seja da lei, que seja da Constituição Federal. Por ser excepcional esse tipo de recursos cabe em hipóteses restritas previstas na Constituição Federal, sendo aplicados nas decisões finais. Tal afirmação de competência de julgamento da matéria é reforçada nos artigos 102, III, a, b, c, d.

> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda*
> *da Constituição, cabendo-lhe:*
> *III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*
> *a) contrariar dispositivo desta Constituição;*
> *b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
> *c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.*
> *d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (BRASIL, 1988).*

De modo similar, o Código de Processo Civil traz os artigos 1.029 e 1.030 as normas relativas ao recurso extraordinário e seu procedimento necessário.

> *Art. 1029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:*
> *I - A exposição do fato e do direito;*
> *II - A demonstração do cabimento do recurso interposto;*
> *III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.*
> *Art. 1030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá [...] (BRASIL, 2015).*

Neste contexto do Recurso Extraordinário, no caso da morte por detentos, existia uma lacuna em relação à responsabilidade civil do Estado, com as discussões divididas nos diversos âmbitos, até mesmo na sociedade. Isto evidencia que o Estado nem sempre será responsável civilmente por mortes de detentos ocorridas dentro do sistema prisional, sendo que existem algumas situações em que pode ser excluída a responsabilidade civil do Estado.

De acordo com Bandeira de Mello (2013), dentre as principais causas de excludentes da responsabilidade civil do ente estatal estão: a falta de nexo causal, culpa exclusiva de terceiro**,** a culpa da vítima, força maior e caso fortuito, coisa que se vê na transcrição:

> *Nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é, exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano (BANDERA DE MELLO, 2013, p. 1.042).*

De acordo com o supracitado autor, sob o enfoque da jurisprudência, no que diz respeito à morte de detentos dentro do sistema prisional, é importante ressaltar as causas que excluem a responsabilidade civil do Estado. Isto porque no julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526/RS, em 30/3/2016, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese da responsabilidade do Estado quanto à morte de detento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em caso de inobservância do seu dever específico de proteção prevista no art. 5º, XLIX, da CF/88. No entanto, este julgado definiu exceções ao dever de indenizar os familiares dos detentos:

> *Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF, o Estado é responsável pela morte de detento. Essa a conclusão do Plenário, que desproveu recurso extraordinário em que discutida a responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de preso em estabelecimento penitenciário. No caso, o falecimento ocorrera por asfixia mecânica, e o Estado-Membro alegava que, havendo indícios de suicídio, não seria possível impor-lhe o dever absoluto de guarda da integridade física de pessoa sob sua custódia. O Colegiado asseverou que a responsabilidade civil estatal, segundo a CF/1988, em seu art. 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, uma vez rejeitada a teoria do risco integral. Assim, a omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nas hipóteses em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. Além disso, é dever do Estado e direito subjetivo do preso a execução da pena de forma humanizada, garantindo-se-lhe os direitos fundamentais, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral. Esse dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal. Por essa razão, nas situações em que não seja possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade. Afasta-se, assim, a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como homicídio,*

suicídio, acidente ou morte natural, não sendo sempre possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. Portanto, a responsabilidade civil estatal fica excluída nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. Na espécie, entretanto, o tribunal a quo não assentara haver causa capaz de romper o nexo de causalidade da omissão do Estado-Membro com o óbito. Correta, portanto, a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal." RE 841.526/RS, rel. Min. Luiz Fux, 30-3-2016.

Com base nessa decisão, destaca Mazza (2018, p. 484), o Supremo Tribunal Federal previu três hipóteses/situações que podem afastar a responsabilidade civil do Estado nos casos de mortes de detentos dentro do sistema prisional, são elas:

1.

a. ausência de nexo causal entre a omissão do Estado e o dano causado ao preso, nas hipóteses que o Estado possui o dever legal de agir para impedir o resultado;

b. se não for possível o Estado agir para evitar a morte do preso (ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade);

c. nas situações em que o Estado comprova causa impeditiva de atuação para salvaguardar o preso.

A primeira excludente da responsabilidade civil do Estado no caso de morte de detento dentro do sistema prisional é a falta de nexo causal. Nesse caso, o dano não está relacionado com a atuação do Estado, mas será devido à fato da natureza ou a algum evento humano. Em outras palavras, o nexo causal é o elo entre a atividade administrativa e o dano sofrido, já que nos casos de responsabilidade objetiva, eventual invocação de força maior – força da natureza irresistível – é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido (BANDERA DE MELLO, 2013, p. 1043).

Reforçando o exposto pelo autor, são situações que excluem o nexo causal:

a. O preso falecer por causas naturais;

b. O preso doente que recebe todo o auxílio médico necessário, mas falece;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já quanto à questão do suicídio do preso dentro da cadeia, ocorreu uma importantíssima alteração jurisprudencial nos últimos anos. Anteriormente o suicídio era reconhecido como a excludente de responsabilidade: culpa exclusiva da vítima. Dessa forma, afastava a responsabilidade do Estado. Atualmente, de acordo com o STF o suicídio enseja responsabilidade objetiva do Estado em razão de violação do "dever estatal de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia (STF: ARE 700.927). Portanto, o Estado possui o dever de proteger os detentos até contra eles próprios.

No entanto, frisa-se que em caso de suicídio a responsabilidade civil Estatal não será absoluta, pois a responsabilidade civil do Estado é objetiva, baseando-se no risco administrativo e não no risco integral. Assim sendo, é possível apresentar excludentes de responsabilidade de acordo com os entendimentos jurisprudenciais que admitem a exclusão da responsabilidade do Estado, a exemplo disso: preso suicida-se em cela individual sem dar indícios que possuía intenção de ceifar a própria vida.

Assim já entendeu a 4ª câmara de Direito Público do TJ/SC em processo que tramita em segredo de justiça. Segundo o relator do processo, desembargador Paulo Ricardo Bruschi, após a instauração de sindicância interna para apuração dos fatos ficou demonstrado que não houve negligência por parte dos policiais militares e dos agentes penitenciários de plantão naquela data, assim como da direção do presídio. Isso porque, explicou, a vítima foi mantida em cela isolada dos demais presos para sua integridade física, sem qualquer sinal de luta ou violência.

Na decisão destacou que "*Tal circunstância, evidentemente, corrobora a imprevisibilidade do evento, pois o fato ocorreu de forma silenciosa, impossibilitando qualquer interferência por parte dos agentes ou de algum detento da mesma galeria". Neste sentido, q*uanto à questão do homicídio de preso dentro do sistema prisional, caso semelhante ao que aconteceu no COMPAJ, é pacífico na doutrinaria e jurisprudencialmente que o Estado será responsável objetivamente, não importando se o terceiro que ceifou a vida do detento é outro preso ou agente público.

É Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça entende que o Estado será responsável civilmente de forma objetiva na eventual morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública quando se tratar de conduta comissiva do Estado ou de terceiros, conforme a tese publicada em 2017 na ferramenta "Pesquisa Pronta" do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, frisa-se que o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento[6] que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos. Portanto, é nítido que há um

descompasso entre o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

Diante do conteúdo analisado nesta pesquisa, a responsabilidade civil do Estado em relação à morte de detentos no sistema penitenciário brasileiro é evidenciada como um tema polêmico, em virtude da divergência entre correntes doutrinarias que refletem sobre ele. Trata-se, portanto, de uma matéria que gera inúmeras controversias, e, simultaneamente, leva discussões em diversos âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual se consolidou recentemente, o citado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Apesar do descompasso entre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal de Federal, no que se refere a conduta omissiva Estatal, com base na análise de todo o ordenamento jurídico, entende-se que o entendimento jurisprudencial mais adequado e coerente é do STF, visto que impõe maior comprometimento Estatal na tutela dos direitos dos detentos, uma vez que no não cumprimento ensejará na responsabilidade civil objetiva em indenizar.

Salienta-se a pertinência em apontar que o detendo se encontra em situação passiva frente ao poder-dever de punir do Estado, acarretando a necessidade do ente estatal em garantir a sua dignidade da pessoa humana e, portanto, sua integridade física, psíquica e moral. Há necessidade de que o Estado resguarde os detentos, tanto de terceiros quanto deles próprios, de modo a convalidar e estar de acordo com os parâmetros basilares da Constituição Federal brasileira e das diretrizes internacional para a preservação a manutenção dos Direitos Humanos.

A responsabilidade do Estado em indenizar o detento deve estar alicerçada em um princípio moral, cabendo ao Estado uma sanção pela violação do dever de garantir a integridade física e moral do preso, seu direito à vida - previsto na Constituição Federal e na Declaração Universal dos Direitos Humanos - bem como pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Diante do cenário atual do sistema penitenciário, requer o Estado comprometer-se a ser mais eficaz na proteção dos detentos sob sua tutela jurisdicional.

Outrossim, diante do estudo, conclui-se que o Estado possui, em alguns casos, o dever de indenizar os familiares do detento, caso o preso morra sob a tutela estatal quando em situação de encarcerado, em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Caso a morte do detento sempre extinguisse a obrigação de indenizar, o ente público seria beneficiado pelo seu desleixo. De outro modo, haveria a renúncia dos direitos inalienáveis do detento frente à omissão estatal em lhes promover um local salubre e minimamente digno para cumprimento de sua pena, cabendo ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Estado zelar pela vida do detento, seja em relação a outros apenados, seja em relação ao próprio apenado, no caso de suicídio.

Contudo, este direito à indenização não é perene, ou seja, não é para sempre. Cabe a família do preso requerer a reparação do dano dentro do prazo prescricional de cinco anos, conforme dispõe o art. 1º -C, da Lei 9.494/1997.

Dessa forma, para futuras pesquisas se sugere abordar a temática das políticas públicas do Estado voltadas para a prevenção de mortes de detentos no sistema prisional brasileiro. Também, é importante para o debate do tema que se aborde quais políticas dão certo para a ressocialização do apenado e como elas são implementadas no Brasil e no mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2019.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 11 de julho de 1984.

_____. **Decreto Nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

_____. **Decreto nº592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 06 de julho de 1992.

_____. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997**.Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília 7 de abril de 1997.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 23 mar. 2019.

_____. **Decreto n° 6.049 de 27 de fevereiro de 2007.** Aprova o regulamento Penitenciário Federal. Brasília, 27 de fevereiro de 2007.

_____ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário n° 841.526**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494 > Acesso em: 27 mar. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civi**l. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, M. **Manual de direito administrativo.**4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. Vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME - UNODC, **Regras mínimas das nações unidas para o tratamento de reclusos**. Resolução 70/175 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, anexo, adotada a 17 de dezembro de 2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1938.

FONSECA, V. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

G1 AMAZONAS. **Matança em presídio de Manaus é uma das maiores desde Carandiru**. 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/matanca-em-presidio-de-manaus-e-uma-das-maiores-desde-carandiru.ghtml.Acesso em: 12 abr. 2019

G1 AMAZONAS. **40% dos mortos em massacres em Manaus eram presos provisórios, diz governo do Amazonas**. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/06/04/40percent-dos-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mortos-em-massacres-em-manaus-eram-presos-provisorios-diz-governo-do-amazonas.ghtml. Acesso em: 04 junho. 2019.

GERHARDT, Tatiana Enge; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Obrigações**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MORAES, Alexandre de. Estado deve indenizar preso em situação degradante, decide STF. 2017. Disponível em http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=336438. Acesso em 13 set. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 09 ago. 2019.

Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de1984.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 6 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.17.

SILVA, José Antônio da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, C. L. E. **Da responsabilidade civil do Estado em decorrência do comportamento omissivo de seus agentes na esfera administrativa**. Monografia apresentada ao Centro Universitário Católico Salesiano *Auxilium*– UNISALESIANO, Lins, SP para Pós-Graduação "*Lato Sensu*" em Direito Civil e Processual Civil, 2008.

NOTAS:

[1] Orientadora. Doutoranda, tatianepalhares@hotmail.com

[2] O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo (GAGLIANO, PABLO STOLZE 2017, p.100).

[3] O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO, PABLO STOLZE 2017, p.117).

[4] G1 AMAZONAS. **Matança em presídio de Manaus é uma das maiores desde Carandiru.** 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/matanca-em-presidio-de-manaus-e-uma-das-maiores-desde-carandiru.ghtml.Acesso em: 12 abr. 2019.

[5] G1 AMAZONAS. **40% dos mortos em massacres em Manaus eram presos provisórios, diz governo do Amazonas** .2019. Disponível em: https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/06/04/40percent-dos-mortos-em-massacres-em-manaus-eram-presos-provisorios-diz-governo-do-amazonas.ghtml. Acesso em: 04 junho. 2019.

[6] (STJ - AgRg no AREsp: 501507 RJ 2014/0084541-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/05/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS: ESTUDO DE CASO DA GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE FISCAL DOS AGENTES DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA NO MUNICÍPIO DE ITUPORANGA/SC

GABRIEL PEDROZA BEZERRA RIBEIRO: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Uniderp Anhanguera. Pós-graduando em Direito Processual pela PUC Minas. Procurador Legislativo da Câmara Municipal de Ituporanga/SC. Advogado.

RESUMO: Por meio da análise a seguir, busca-se apresentar o caso concreto vivenciado na Câmara Municipal de Ituporanga, relativo à tentativa de supressão de indisfarçável verba de natureza salarial ordinária cuja nomenclatura atribuída fora a de gratificação. Em tal trajeto, serão abordados temas ínsitos à estrutura remuneratória do serviço público, bem como as acepções do princípio da irredutibilidade salarial, em cotejo com as interpretações atribuídas pelo Supremo Tribunal Federal. Por derradeiro, será registrada a conclusão pela inconstitucionalidade ou não da norma em debate.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Vencimentos, Irredutibilidade salarial

Sumário: 1 Introdução; 2 Da estrutura remuneratória do serviço público; 3. Da gratificação de produtividade fiscal paga aos agentes de fiscalização tributária no município de Ituporanga; 4. Da irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos (art. 37, V, da Cf/88 e art. 23, VII, da CE/SC); 5. Conclusão. Referências.

---

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a análise de um caso concreto ocorrido na Câmara Municipal de Ituporanga, no qual a chefia do Poder Executivo tencionava suprimir a gratificação de produtividade fiscal dos servidores titulares do cargo de agente de fiscalização tributária.

Assim, apresentou o prefeito o Projeto de Lei Complementar n. 93, de 13 de abril de 2018, revogando na íntegra a Lei Complementar n. 62, de 29 de junho de 2016.

Todavia, da análise do caso concreto, observou-se que a natureza da gratificação impedia tal supressão. Neste trabalho, incursionou-se na análise da estrutura remuneratória do serviço público, com o destaque das verbas passíveis de recebimento pelos diferentes tipos de agentes, bem como na avaliação da aplicação, ou não, do princípio constitucional da irredutibilidade salarial.

Por derradeiro, opinou-se pela inconstitucionalidade da norma, dada a transgressão dos parâmetros constitucionais federal e estadual.

2. DA ESTRUTURA REMUNERATÓRIA DO SERVIÇO PÚBLICO

A estrutura remuneratória dos agentes públicos em sentido amplo é um sistema complexo e abrange nomenclaturas diferenciadas para designar diferentes espécies remuneratória.

Dessa forma, o sistema remuneratório possui três categorias jurídicas distintas, a depender de vínculo estabelecido entre o agente público e a Administração.

Assim, salário é a nomenclatura utilizada para designar a contraprestação devida ao empregado público, cuja disciplina aplicada é a do regime celetista. Já a expressão *vencimentos* no plural é igual a remuneração a qual abarca o vencimento básico acrescido de vantagens pecuniárias permanentes (vantagens pessoais ou as da carreira). Por fim, subsídios consubstanciam-se no pagamento feito em parcela única. Os dois últimos regimes de contraprestação são adotados para os servidores regidos pelo regime estatutário.

A análise ora imposta leva em consideração a contraprestação denominada *vencimentos*, a qual abrange tanto o vencimento base do servidor fixado na lei, como também vantagens pecuniárias que levam em conta as funções desempenhadas pelo servidor. Nesse sentido, leciona Hely Lopes Meirelles (2016, p. 595/596):

> 5.4.3 Vencimentos - Vencimentos (no plural) é espécie de remuneração e corresponde à soma do vencimento e das vantagens pecuniárias, constituindo a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo exercício do cargo público. Assim, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> vencimento (no singular) correspondente ao padrão do cargo público fixado em lei, e os vencimentos são representados pelo padrão do cargo (vencimento) acrescido dos demais componentes do sistema remuneratório do servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional. Esses conceitos resultam, hoje, da própria Carta Magna, como se depreende do art. 39, § 12 , I, c/c o art. 37, X, XI, XII e XV. Quando o legislador pretender restringir o conceito ao padrão do cargo do servidor, deverá empregar o vocábulo no singular - vencimento; quando quiser abranger também as vantagens conferidas ao servidor, deverá usar o termo no plural- vencimentos. A EC 19 manteve a irredutibilidade assegurada pela Constituição/88 e esclareceu que ela só se aplica ao subsídio e aos vencimentos (aqui empregado com o significado de remuneração) dos ocupantes de cargos públicos e empregos públicos. Todavia, restringindo a Constituição Federal/88, ressalvou que ela não se aplica nos casos previstos nos incs. XI e XIV do art. 37 e nos arts. 39, § 42, 150, II, 153, III, e 153, § 22, (art.37, XV), o que também é previsto para os magistrados, conselheiros dos Tribunais de Contas e membros do Ministério Público.

Da doutrina tradicional de Hely Lopes Meirelles (2016), extrai-se que as vantagens auferidas pelo servidor podem ser classificadas em seis tipos principais: i) *pro labore facto*, pelo desempenho efetivo da função; ii) e*x facto temporis,* pelo transcurso do tempo de serviço; iii) *pro labore faciendo,* que depende de um trabalho a ser feito; iv) e*x facto officii*, que depende de um serviço a ser prestado em determinadas condições; v) *propter laborem,* em razão da anormalidade do serviço; ou vi) *propter personam*: em razão de condições individuais do servidor.

O direito ao recebimento de vantagens pecuniárias é admitido apenas quando estiver presente suporte fático peculiar, ou seja, a ocorrência no mundo dos fatos da hipótese prevista na lei, o qual gera o direito à percepção da gratificação ou adicional. No mesmo sentido ensina José dos Santos Carvalho Filho (2017):

> A despeito da distinção, a verdade é que, na prática, não tem sido ela adotada nos infinitos diplomas que tratam da matéria. De fato, seria razoável distinguir essas vantagens considerando que os adicionais se referem à especificidade da função, ao passo que as gratificações têm relação com a especificidade da situação fática de exercício da função. Entendemos, não obstante, que atualmente não mais prevalece a distinção, razão por que nos parece que o fator mais importante é o que leva em conta que as vantagens pecuniárias pressupõem sempre a ocorrência de um suporte fático específico para gerar o direito a sua percepção. Será, pois, irrelevante que a vantagem relativa ao tempo de serviço seja denominada de adicional de tempo de serviço ou de gratificação de tempo de serviço; de adicional de insalubridade ou de gratificação de insalubridade; de adicional ou de gratificação de nível universitário. O que vai importar é a verificação, na norma pertinente, do fato que gera o direito à percepção da vantagem. Se o fato gerador for inverídico, a vantagem nele fundada tem vício de legalidade. Como exemplo, o adicional de férias para inativos.

Sobre as vantagens pecuniárias que integram a remuneração do servidor, busca-se no presente estudo analisar a questão da irredutibilidade dos vencimentos no que tange a gratificação de produtividade fiscal paga aos agentes de fiscalização tributária no município de Ituporanga.

3. DA GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE FISCAL PAGA AOS AGENTES DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA NO MUNICÍPIO DE ITUPORANGA

No âmbito do Município de Ituporanga, os servidores ocupantes do cargo de Agente de Fiscalização Tributária, desde o advento da Lei Complementar nº 62, de 29 de junho de 2016, fazem jus à percepção da denominada gratificação de produtividade fiscal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A referida "gratificação" tem como fato gerador o exercício de incumbências ordinárias do cargo de Agente de Fiscalização Tributária (ex.: conferência de cada nota fiscal, notificação de lançamento, lavratura de auto de infração, dentre outras.).

A cada ato praticado pelo servidor é atribuída uma pontuação, sendo a soma comparada com a tabela do art. 5º, §1º, da Lei Complementar nº 62/2016, para cálculo do percentual da gratificação (de 10 a 35%).

Ocorre que, desde a implementação da legislação, os servidores sempre receberam seu percentual máximo, inclusive quando em gozo de férias.

Dentre as espécies remuneratórias citadas no capítulo anterior, torna-se de fácil intelecção o enquadramento da gratificação de produtividade fiscal, como uma vantagem *pro labore facto*, ou seja, pelo mero exercício das funções do cargo de Agente de Fiscalização Tributária.

Ocorre que, em se tratando de vantagem *pro labore facto*, torna-se atécnica a denominação como gratificação, transmutando-se em acréscimo de vencimento simulado.

Por tais razões, entende o saudoso jurista Hely Lopes Meirelles (2016, p. 596) pela sua inclusão nas vantagens irretiráveis do servidor, inseridas, portanto, no conteúdo da irredutibilidade:

> Vantagens irretiráveis do servidor só são as que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função *(pro labore facto)* ou pelo transcurso do tempo de serviço *(ex facto temporis);* nunca, porém, as que dependem de um trabalho a ser feito *(pro labore faciendo*), ou de um serviço a ser prestado em determinadas condições *(ex facto officii),* ou em razão da anormalidade do serviço *(proper laborem),* ou, finalmente, em razão de condições individuais do servidor *(propter personam*). Desde que sob o regime estatutário o Estado não firma contrato com seus servidores, mas para eles estabelece unilateralmente um regime de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> trabalho e de retribuição por via estatutária, lícito lhe é, a todo tempo, alterar esse regime jurídico e, assim, as condições de serviço e de pagamento, desde que o faça por lei, sem discriminações pessoais, visando às conveniências da Administração**.** Todavia, da alteração do regime jurídico não pode advir redução de remuneração, pois a garantia da irredutibilidade, acima referida, protege o montante dos ganhos.

Cabe aqui, com exata similitude, a lição do professor José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 798):

> No caótico sistema remuneratório que reina na maioria das Administrações, é comum encontrar-se, ao lado do vencimento-base do cargo, parcela de remuneração global com a nomenclatura de gratificação ou de adicional, que, na verdade, nada mais constitui do que parcela de acréscimo do vencimento, estabelecida de modo simulado. As verdadeiras gratificações e adicionais caracterizam-se por terem pressupostos certos e específicos e, por isso mesmo, são pagas somente aos servidores que os preenchem. As demais são vencimentos disfarçados sob a capa de vantagens pecuniárias. (...) Idêntica posição adotou o STF no que tange à gratificação de incentivo, de caráter genérico e impessoal, criada por lei do Estado de Pernambuco. Em outras palavras, cuida-se de vantagens pecuniárias que têm o título de gratificação, mas, na verdade, retratam parcelas incluídas no próprio vencimento do cargo.

Com essas considerações, passa-se ao exame da (in)constitucionalidade da redução da gratificação de produtividade fiscal paga aos agentes de fiscalização tributária no município de Ituporanga, tendo em vista sua natureza de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vantagem *pro labore facto*, ou seja, pelo mero exercício das funções do cargo de Agente de Fiscalização Tributária.

4. DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS (ART. 37, V, DA CF/88 E ART. 23, VII, DA CE/SC)

Cotejando as explanações realizadas nos capítulos anteriores, percebe-se que a pretensão de extinguir a referida gratificação peca ao afrontar o disposto nos artigos 37, V, da Constituição da República e 23, VII da Constituição do Estado de Santa Catarina:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)
>
> XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;
>
> Art. 23. A remuneração e o subsídio dos servidores da administração pública de qualquer dos Poderes, atenderão ao seguinte: (...)
>
> VIII - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos III e VII, deste artigo, nos arts. 23-A e 128, II, desta Constituição e no art. 153, III e § 2°, I, da Constituição Federal.

Isso porque, conforme descrito no tópico anterior, a "gratificação" que se busca revogar compõe a remuneração (*lato sensu*) dos servidores ocupantes do cargo de Agente de Fiscalização Tributária.

A pretensão de atingir a esfera jurídica dos referidos servidores por meio da revogação da lei que regulamenta o pagamento da supracitada gratificação esbarra, portanto, no direito à manutenção das condições remuneratórias

presentes, que aderem a seu patrimônio jurídico enquanto vigente a relação com a municipalidade.

Registre-se ainda que, em que pese a ausência de direito adquirido a regime jurídico, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, ressalva – justamente – a irredutibilidade de vencimentos, que abrange o montante global da remuneração, senão vejamos:

> O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido à regime jurídico-funcional pertinente à composição dos vencimentos ou à permanência do regime legal de reajuste de vantagem**, desde que eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração, não acarretando decesso de caráter pecuniário**. Precedentes." (RE 593304 AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgamento em 29.9.2009, DJe de 23.10.2009)
>
> AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADORES FEDERAIS. SUBSÍDIO INSTITUÍDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 305/2006, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.358/2006. ABSORÇÃO DE VANTAGENS PESSOAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. AUTORIDADES CUJO FEIXE DE ATRIBUIÇÕES NÃO ENVOLVE A ELABORAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS. ALTERAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO. GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DOS ESTIPÊNDIOS. 1. A impugnada absorção de vantagens pessoais, por força da instituição de regime remuneratório em parcela única, não é imputável ao Advogado-Geral da União e ao Ministro do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Planejamento, autoridades cujo feixe de atribuições não abarca a elaboração da folha de pagamento de servidores públicos. Precedentes: RMS 32290 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 05.09.2016; e RMS 26615, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 31.10.2008. **2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, ademais, admite a alteração do regime remuneratório de agentes públicos, desde que com efeitos prospectivos e resguardo à garantia da irredutibilidade de estipêndios. Precedente: RE 563965 RG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20.3.2009.** 3. A existência de decisões judiciais asseguradoras do recebimento de vantagens pessoais aos filiados da agravante não altera a compreensão pela viabilidade da subsequente absorção de tais vantagens pelo subsídio. Tese firmada por esta Suprema Corte ao julgamento, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 596.663: "A sentença que reconhece ao trabalhador ou a servidor o direito a determinado percentual de acréscimo remuneratório deixa de ter eficácia a partir da superveniente incorporação definitiva do referido percentual nos seus ganhos". 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, por se tratar de recurso interposto em mandado de segurança (art. 25 da Lei 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 5. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação, no caso de votação unânime, da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (RMS 32289 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 21-06-2017 PUBLIC 22-06-2017)

Assim, servidores efetivos, seja qual o cargo que ocupem, não podem sofrer redução do montante global de sua remuneração na vigência de sua relação com a municipalidade.

Embora haja a possibilidade de supressão de vantagens determinadas, o valor nominal recebido pelo servidor não pode ser reduzido.

Tal conclusão deriva, inclusive, do entendimento do Supremo Tribunal Federal adotado na ADI 2.238, no qual, em medida cautelar, foi suspensa a vigência do art. 23, §1º, da LC 101/00, que possibilitava, justamente, a redução de valores atribuídos a cargos e funções.

Portanto, a pretensão de reduzir-se o montante global ou o valor nominal da remuneração de servidores públicos, no que tange a parcelas pagas em razão do desempenho de suas funções ordinárias afronta aos dispositivos constitucionais citados.

5. CONCLUSÃO

A irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos é direito fundamental previsto constitucionalmente a esses agentes. Para a garantia de tal direito deve ser controlada a atividade legislativa ou executiva infraconstitucional tendente a fragilizar o seu âmbito de proteção.

Nesse sentido, o valor nominal que se consubstancia em contraprestação do servidor pelo exercício de atribuições ordinárias de seu cargo não pode sofrer abalo, ainda que a retribuição pecuniária para tanto se intitule disfarçadamente de gratificações ou adicionais.

Nomenclaturas não têm o condão de alterar a substância dos institutos, ainda mais quando tiverem por móvel o enfraquecimento de direito constitucionalmente reconhecido.

REFERÊNCIAS:

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. **Direito municipal brasileiro**. 18. ed. atualizada por Giovani da Silva Corralo. São Paulo: Malheiros, 2017

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO EDIFICADO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

THOMAS BRYANN FREITAS DO NASCIMENTO: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará; pós graduado em Direito Público; Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

RESUMO: O presente trabalho se propõe a analisar se o ordenamento constitucional vigente reconhece a existência de um direito fundamental à preservação do patrimônio histórico edificado. Para tanto, parte-se da análise doutrinária da teoria geral dos direitos fundamentais, sua origem, conceito, classificações, considerando, ainda, a legislação constitucional e infraconstitucional vigente, bem como estudos doutrinários relativos a determinados direitos fundamentais em espécie, tais como o direito ao meio ambiente, inclusive cultural, direito à memória e direito de propriedade.

Palavras-chave: Preservação do patrimônio histórico edificado. Direitos fundamentais. Direito ao meio ambiente. Direito à memória. Direito de propriedade.

ABSTRACT: The present paper is applied to analyze if the current constitutional order recognizes the presence of a fundamental right to the conservation of the built historical patrimony. It is based on the doctrinal analysis of the general theory of fundamental rights, its origin, concept and use, considering also a constitutional legislation and infraconstitutional surveillance, as well as doctrinal studies related to the religious rights in question, such as the right to environment, including cultural, right to memory and property rights.

Keywords: Preservation of built historical heritage. Fundamental rights. Right to the environment. Right to memory. Property right.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos Fundamentais: conceito e sentidos formal e material. 3. O Patrimônio Histórico e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente. 3.1. Conteúdo do Direito ao Meio Ambiente Culturalmente Equilibrado. 4. O Patrimônio Histórico e o Direito à memória. 5. O Patrimônio Histórico, o direito de propriedade e sua função social. 6. A afirmação de um direito fundamental à preservação do Patrimônio Histórico. 7. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

O patrimônio histórico edificado constitui o conjunto de edifícios e elementos arquitetônicos que, inseridos no contexto urbano, representam heranças e resquícios de determinados momentos da história e do passado de uma sociedade. Este patrimônio compreende, desta forma, um dos pilares em torno dos quais se consolida a memória e a identidade social, sendo parte integrante de um conceito maior, o de patrimônio cultural[1].

O enfrentamento da proposta do presente trabalho é analisar se o ordenamento jurídico contemporâneo reconhece a existência de um direito fundamental e de um dever constitucional à preservação do patrimônio histórico edificado?

Concentrando os esforços, inicialmente, no estudo dos direitos fundamentais, importante observar que estes são eleitos como o núcleo central dos sistemas normativos, para o qual convergem todas as ações e normas do organismo político. Deste modo, o reconhecimento a um determinado direito do status de "fundamental" atribui-lhe força normativa diferenciada, uma vez que passa a estar vinculado ao próprio núcleo-base do ordenamento jurídico. Nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988, passa a constituir cláusula pétrea, integrando a parte imutável da Constituição. Sua exigibilidade, além de vincular não apenas o Poder Público, mas também os particulares, tem, ainda, os remédios constitucionais e uma série de outros instrumentos de tutela mais efetivos em seu favor.

O esforço em analisar a existência, na ordem constitucional brasileira, de um direito fundamental à preservação do patrimônio histórico construído, parte, inicialmente, do seguinte pressuposto: não há, no texto constitucional, ou mesmo na legislação infraconstitucional, qualquer norma que reconheça de forma literal e expressa a preservação do patrimônio histórico como direito fundamental.

Ou seja, de início, o ordenamento jurídico brasileiro nega a este direito a condição de direito fundamental em sentido formal, de modo que este desafio

impõe uma análise mais aprofundada, que considere a evolução histórica, bem como a teoria geral dos direitos fundamentais.

2. Direitos Fundamentais: conceito e sentidos formal e material.

Ressalte-se que os direitos fundamentais constituem o núcleo de direitos essenciais ao ser humano, ligados, imediatamente, à plena realização de sua dignidade. Configuram posições jurídicas de vantagem de que gozam os seres humanos perante o Poder Público e a coletividade em geral. Por seu conteúdo axiológico, confundem-se com os próprios fins do organismo estatal. Perez Luño[2] compreende os direitos fundamentais como as respostas perante as necessidades e carências humanas em determinado momento histórico.

Ao se dedicar à teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy, citado por Andréa Vulcanis[3], destaca a existência de direitos formalmente fundamentais, ao lado dos direitos materialmente fundamentais. Os primeiros compreendem os direitos que estão expressamente definidos pelo texto da Carta Magna como de natureza "fundamental". Já os direitos materialmente fundamentais são aqueles que não estão expressamente definidos como tal, mas que estão vinculados a algum direito formalmente fundamental, de modo que é possível estender-lhes tal natureza.

Além disso, deve ser construída, em torno deste direito, uma argumentação que traduza o próprio conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, materializado na exigência de que os cidadãos sejam tomados como sujeitos de direitos, ou seja, destinatários de um tratamento que lhes assegure liberdade e os meios positivos para a plena realização de suas potencialidades pessoais, e jamais como objetos.

A própria Constituição, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, admite a existência de direitos materialmente fundamentais, quando dispõe, no art. 5º, § 2º, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, o passo seguinte é identificar os direitos formalmente fundamentais com os quais a preservação do patrimônio histórico edificado possui intima vinculação, de modo a justificar a extensão daquela qualificação a este respectivo direito. Esta análise demonstrará se existe interação entre a preservação do patrimônio histórico e o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, inciso 1º, III da Carta Magna de 1988.

3. O Patrimônio Histórico e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente.

A primeira ligação que se estabelece é entre patrimônio cultural (gênero no qual se insere o patrimônio histórico edificado) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Antes de tudo, importante assentar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, embora previsto no art. 225 da CF/88, fora do *roll* de direitos e garantias fundamentais do título II do texto constitucional, possui nítida natureza jurídica de direito fundamental. É inafastável sua íntima ligação ao direito à vida, o mais fundamental de todos os direitos e pressuposto indispensável ao exercício das demais liberdades. A pauta axiológica que percorre todo o texto constitucional autoriza a conclusão de que o constituinte, ao prever o direito à vida, tutelou, não apenas o direito à existência, mas o direito a viver com saúde e qualidade. É neste sentido que a própria redação do *caput* do art. 225 considerou que somente se pode pensar em qualidade de vida saudável diante de efetiva proteção e preservação do meio ambiente.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Neste sentido, esclarece o professor Edis Milaré que "é possível afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é pressuposto lógico e

inafastável da realização do direito à 'sadia qualidade de vida', e, em termos, à própria vida[4]".

Também a respeito da inter-relação entre meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadia qualidade de vida, as palavras de Leonardo Zagonel Serafini:

> Assim, sendo o direito a um meio ambiente equilibrado condição para uma vida saudável, torna-se evidente que o gozo daqueles direitos (vida e saúde) depende diretamente da manutenção da qualidade ambiental. E a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado em um contexto onde a população não consegue exercer os direitos básicos do ser humano, tais como: acesso à água, ao alimento, a uma moradia salubre, não tem sentido no atual contexto social global[5].

Resta, portanto, comprovada a vinculação estabelecida entre o direito ao meio ambiente e direitos formalmente fundamentais, em especial, o direito à vida, inserto no art. 5º, *caput,* e o direito à saúde, que encontra lugar no *caput* do art. 6º da Carta Suprema, resultando, assim, na consolidação de seu *status* de direito fundamental[6].

Conforme já exposto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra assento constitucional no art. 225, inserido no título VIII da Carta Magna, que trata da Ordem Social. Neste mesmo título, nos arts. 215 e 216, previu, o constituinte, a proteção aos direitos culturais e ao patrimônio cultural brasileiro, compreendido pelos bens materiais ou imateriais "portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira". Uma interpretação sistemática do texto constitucional, sob a égide da dignidade da pessoa humana e da cidadania, fundamentos do Estado Brasileiro, conforme o art. 3º da Constituição, autoriza a aproximação entre os dispositivos *retro* mencionados, culminando no reconhecimento do direito ao meio ambiente cultural.

O professor José Afonso da Silva identifica a existência de três aspectos do meio ambiente: meio ambiente natural, meio ambiente artificial e meio ambiente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cultural. O meio ambiente natural é formado pela interação entre os seres vivos e os recursos naturais que compõem o meio físico. O artificial compreende o espaço urbano construído, formado pelas edificações e equipamentos públicos. Quanto ao meio ambiente cultural, o autor observa ser "integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou[7]".

Tal valor especial está ligado ao próprio conteúdo do Patrimônio Cultural, ou seja, o fato de ser expressão da identidade, memória, história e passado de determinado agrupamento social. "O bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil[8]".

Nas palavras de Edis Milaré[9]:

> Essa visão faz-nos incluir no conceito de ambiente – além dos ecossistemas naturais – as sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas suas múltiplas obras. Por isso, as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens do seu entorno.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Medida Cautelar na ADI 3540[10], já reconheceu que "meio ambiente" constitui um conceito amplo e abrangente, integrado pelas noções de meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial (espaço urbano) e meio ambiente laboral.

Neste sentido, o meio ambiente passa a ser visto como um conceito holístico e unitário, integrado pelos diferentes elementos naturais, artificiais e culturais que integram o espaço no qual se desenvolve a vida humana[11]. De tal forma que o equilíbrio ambiental, inclusive do meio cultural, é fundamental para que se assegure

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uma vida saudável e com qualidade ao grupo social, nos termos como previsto pelo art. 225, CF/88. .

A tutela jurídica ao patrimônio cultural visa, em última análise, assegurar a equilibrada e sadia qualidade de vida aos sujeitos membros da coletividade representada por uma dada cultura. A qualidade de vida, eleita como objetivo a ser perseguido pela ordem jurídica, não se limita ao equilíbrio dos recursos naturais componentes do ecossistema, tais como o ar, a água e o solo, ou à ausência de fatores patológicos, mas também ao gozo dos direitos culturais, que propiciem aos cidadãos manter relação com a memória e a história do seu grupo social. Ensina o professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo que "ao se tutelar o meio ambiente cultural, o objeto imediato de proteção relacionado com a qualidade de vida é o patrimônio cultural de um povo[12]". Assim, o pleno acesso aos bens culturais e qualidade de vida tornam-se conceitos inseparáveis.

Na mesma direção, as palavras do professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

> O patrimônio ambiental, natural e cultural, assim, é elemento fundamental da civilização e da cultura dos povos, e a ameaça de seu desaparecimento é assustadora, porque ameaça de desaparecimento a própria sociedade. Enquanto o patrimônio natural é a garantia de sobrevivência física da humanidade, que necessita do ecossistema – ar, água e alimentos – para viver, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos, porque é produto e testemunho de sua vida[13].

3.1. Conteúdo do Direito ao Meio Ambiente Culturalmente Equilibrado.

Reconhecida a existência de um meio ambiente cultural, a análise do conteúdo do direito fundamental ao patrimônio cultural deve ser feita à luz do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob o norte do art. 225 da Constituição.

O *caput* do dispositivo enuncia que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado". Antes de tudo, observe-se que o constituinte ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

utilizar a expressão "todos", atribuiu titularidade difusa a este direito fundamental, proibindo qualquer exclusão subjetiva do âmbito protetivo da norma[14]. Ou seja, o direito ao meio ambiente – natural, artificial ou cultural - é direito de todo e qualquer cidadão, sem exceção, mas não se encerra no indivíduo, visto que se estende por toda a coletividade de forma indeterminada.

Ratifica a natureza difusa do direito ao meio ambiente, em seu aspecto cultural, o art. 215 da Constituição, ao dispor que "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional".

O constituinte de 1988 não se limitou a assegurar um direito ao meio ambiente. Foi além: qualificou este meio ambiente como "ecologicamente equilibrado". Ou seja, o que a Constituição assegura não é qualquer ambiente, mas um ambiente com uma fundamentação axiológica amparada no equilíbrio ecológico.

Este equilíbrio ecológico, além da estabilidade dos ecossistemas, não prescinde do pleno acesso a bens culturais, entre os quais o patrimônio histórico construído.

O art. 225 atribui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a natureza de "bem de uso comum do povo". Desta forma, o meio ambiente é conformado como bem que integra o patrimônio coletivo. Patrimônio, neste ponto, conforme esclarece Cristiane Derani[15], não deve ser compreendido tão somente como um conceito ligado a realidades econômicas. Corresponde, em verdade, ao conjunto de bens que integram o íntimo, a essência, a personalidade dos sujeitos sociais, sendo responsáveis pela sua completa realização.

Desta forma, o meio ambiente, enquanto patrimônio coletivo, revela-se fundamental, não só à realização das potencialidades e capacidades que integram a personalidade individual, mas também à realização da sociedade, enquanto comunidade, o que se materializa com a consecução do bem-estar comum. Ou seja, o gozo do direito ao meio ambiente deve refletir-se em benefícios para a coletividade como um todo, especialmente, em melhores condições de existência a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

todos os seus sujeitos sociais, estando, portanto, a questão ambiental intrinsecamente ligada a aspectos sociais, econômicos e políticos do Estado[16].

Carlos Frederico Marés de Souza Filho ressalta aos bens que integram o patrimônio cultural, que, independentemente de sua natureza pública ou privada, conceitos que se vinculam ao seu aspecto material, estes são integrados por um valor imaterial intrínseco. Esse valor imaterial, que se vincula à memória e identidade coletiva e justifica a proteção concedida a tais bens, é responsável pela identificação dos bens culturais como bens difusos, de terceira dimensão, cuja titularidade é transindividual, alcançando um número ilimitado e indeterminado de sujeitos ativos.

> Em conclusão, o bem cultural – histórico ou artístico – faz parte de uma nova categoria de bens, junto com os demais ambientais, que não se coloca em oposição aos conceitos de privado e público, nem altera a dicotomia, porque ao bem material que suporta a referência cultural ou importância ambiental – este sempre público ou privado -, se agrega um novo bem, imaterial, cujo titular não é o mesmo sujeito do bem material, mas toda a comunidade[17].

A expressão "essencial à sadia qualidade de vida" encontra justificativa na já abordada vinculação entre direito ao meio ambiente, e os direitos fundamentais à vida e saúde. Assim, o fim último da proteção ambiental é assegurar a existência humana e uma condição de vida digna, com qualidade e saúde, que assegure a realização de todas as potencialidades humanas e o completo desenvolvimento social. Neste conceito de qualidade de vida, faz-se inerente o acesso ao patrimônio cultural histórico, a fim de assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade humana, condicionado, este, ao gozo da memória e identidade do grupo social.

Valiosa é a lição de Nicolao Dino de Castro e Costa Neto[18]:

> Incluída na categoria dos direitos difusos, da qual é titular toda a coletividade, a higidez do Patrimônio Cultural representa uma faceta daquilo que se convencionou chamar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de meio ambiente sadio. Com efeito, não apenas os elementos constitutivos do meio ambiente natural são relevantes para a preservação da espécie humana. É necessário assegurar ao indivíduo um referencial histórico cultural revelador de sua identidade, vinculando o presente ao seu passado e garantindo, dessa forma, o embasamento indispensável à edificação do futuro da humanidade. Os bens culturais integram o patrimônio ambiental *lato sensu*, sendo indiscutível sua relevância para a sadia qualidade de vida do homem.

Por fim, o art. 225 impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. O dispositivo alarga ainda mais a titularidade deste direito, estendendo-o às gerações futuras. É introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da solidariedade ou equidade intergeracional, que determina que o meio ambiente seja resguardado não só para as gerações presentes, mas para indivíduos que ainda sequer existem. Não é dado ao cidadão do presente o direito de dispor dos recursos naturais e do patrimônio cultural histórico de modo a comprometer o direito das gerações vindouras a ter acesso a estes bens.

No aspecto do meio ambiente cultural, a solidariedade intergeracional justifica-se, ainda, pelo fato de que o patrimônio histórico representa o vínculo entre o presente, o passado e o futuro de uma sociedade. Destaca o professor Paulo Affonso Leme Machado que "o processo do desenvolvimento cultural vai ser encontrado em várias gerações. O estabelecimento dos vínculos com as diversas fases culturais relacionadas com as gerações humanas faz nascer um patrimônio cultural" [19].

Prosseguindo nos ensinamentos do ilustre professor:

> O patrimônio cultural representa o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá

> que emitir um juízo de valor, dizendo o que quererá conservar, modificar ou até demolir. Esse patrimônio é recebido sem mérito da geração que o recebe, mas não continuará a existir sem o seu apoio. O patrimônio cultural deve ser fruído pela geração presente, sem prejudicar a possibilidade de fruição da geração futura[20].

Esta ampliação da titularidade é, devidamente, acompanhada pela ampliação da responsabilidade perante o ambiente cultural. Desta forma, da Solidariedade Intergeracional resulta o Princípio da Cooperação: coletividades, associações, cidadãos, sociedade civil como um todo e o Estado devem agir conjuntamente na tutela do patrimônio cultural.

O indivíduo exerce, portanto, perante os bens ambientais culturais, duas posições jurídicas simultâneas. Ao mesmo tempo em que tem direito a gozar de um ambiente equilibrado, que lhe resguarde a qualidade de vida e a saúde, tem, ainda, a obrigação de proteger e preservar estes bens.

4. O Patrimônio Histórico e o Direito à memória

O termo "patrimônio" tem origem do latim "pater" (pai ou paterno), usado para indicar os bens que eram transmitidos dos pais aos herdeiros. Posteriormente, a expressão passou a representar, também, a herança, os vestígios, as relíquias, os objetos, as construções, o conhecimento, enfim, os bens materiais e imateriais que são transmitidos de uma geração para outra[21]. É nesta perspectiva que insurge a noção de patrimônio cultural, gênero que incluí o patrimônio histórico edificado.

O conceito de patrimônio histórico vincula-se ao resgate da memória coletiva de uma sociedade, e à consolidação de sua própria identidade. Nas palavras de Maurício Chagas:

> Sabemos que cada sociedade, ao se estruturar, desenha uma escritura: imprime, no território, um texto que permite a leitura do traço comportamental dos que o realizam. As ocupações humanas escrevem nas geografias suas especificidades culturais, riscam as suas construções sociais e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> inscrevem os seus afazeres econômicos. Transformam a terra em mundo e promovem, na paisagem resultante das suas ações, o amálgama entre natureza, território e cultura, registrando a sua diversidade cultural nas infindáveis formas de erguer as suas arquiteturas. [...] E assim é que, dessa maneira, a história das civilizações e a grafia das cidades, estão – desde sempre -, íntima e proficuamente interligadas[22].

Esclarece Leonardo Mesentier[23] que o patrimônio cultural edificado é compreendido por "suportes" que resguardam a memória social. Tal memória social é intergeracional, ou seja, construída ao longo de várias gerações, de modo que o patrimônio histórico viabiliza a transmissão dos elementos constitutivos desta memória coletiva entre as sucessivas gerações, assegurando sua perpetuação no tempo.

> O patrimônio cultural edificado pode ser pensado enquanto suporte da memória social, ou seja, os edifícios e áreas urbanas de valor patrimonial podem ser tomados como um ponto de apoio da construção da memória social; como um estímulo externo que ajuda a reativar e reavivar certos traços da memória coletiva em uma formação sócio-territorial.

Conforme esclarece Jacques Le Goff,

> A memória é um elemento essencial do que se costuma chamar de identidade, individual ou coletiva, cuja busca é uma das atividades fundamentais dos indivíduos e das sociedades de hoje, na febre e na angústia. [...] A memória, na qual cresce a história, que por sua vez a alimenta, procura salvar o passado para servir ao presente e ao futuro[24].

Parafraseando Santo Agostinho, o professor Sandro Alex Simões ensina que a memória é o único vestígio de materialidade e concretude quando se reflete sobre

o "tempo". É algo que nos permite situar-nos perante a nossa sociedade, em um determinado momento histórico (informação verbal)[25].

Sobre o tema, Paulo Affonso Leme Machado escreveu que "memória é o que se reteve do passado ou se quer guardar sobre qualquer coisa. A memória cultural é a conservação de fatos ou ações do passado ou do presente visando ao tempo futuro" [26].

Assim, a preservação da memória de um povo permite que este se situe no tempo e no espaço, e se reconheça enquanto uma coletividade de sujeitos ligados por origens pretéritas comuns. Integra a imagem que uma comunidade constrói sobre si própria e que a diferencia das demais. Uma sociedade sem memória, portanto, é uma sociedade que extermina sua própria natureza e os meios de localizar-se no momento presente.

Leonardo Mesentier ressalta que a preservação do patrimônio histórico, enquanto suporte da memória social, é igualmente importante ao desenvolvimento social. O autor lembra que este desenvolvimento é alcançado a partir do acúmulo de conhecimentos entre as gerações, num contínuo processo de aprendizagem. Cabe à memória social, assim, assegurar que estes conhecimentos sejam transmitidos de uma geração para outra, até a geração presente, assegurando-lhe meios para ações que possibilitem um futuro melhor. Nas palavras do autor: "Como todos sabem não há aprendizado sem memória. O processo de construção da memória social é, portanto, um elemento que contribui para o êxito de uma sociedade no equacionamento dos problemas com os quais se confronta (...)[27]".

Além disso, o patrimônio histórico assegura aos cidadãos um sentido especial da História, que os faz compreender que também estes, pessoas comuns, com seu cotidiano, suas casas, suas construções e seus modos de vida, participam ativamente do processo histórico e contribuem para a construção da memória social.

> Por sua natureza, este tipo de objeto patrimonial, mais que outros, possibilita um processo de construção da memória social que, de alguma forma, corresponde à ideia de que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> história não se passou apenas nos palácios, nas igrejas, nas fortificações; que a história também ficou registrada nas ruas e cidades que testemunharam o cotidiano das multidões anônimas[28].

Desta forma, é evidente que o direito à memória atende à proteção da esfera existencial dos seres humanos, atribuindo sentido, qualidade e dignidade à vida. Além disso, constitui instrumento à realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sobretudo, o desenvolvimento social justo e igualitário. Portanto, a vinculação que se constrói entre memória e patrimônio histórico ressalta a natureza de direito fundamental da proteção do patrimônio histórico construído.

5. O Patrimônio Histórico, o direito de propriedade e sua função social.

O direito de propriedade é definido como a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa, e reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha, nos termos do art. 1.228 do código civil. Tendo origem no Estado Liberal do século XVIII, o direito de propriedade foi, inicialmente, inserido entre as liberdades negativas, os chamados direitos de primeira geração, que resguardavam os homens das abusivas intervenções da Monarquia Absolutista em sua esfera privada. Deste modo, o direito de propriedade, durante muito tempo, foi avaliado como um direito absoluto, ilimitado, sagrado, insuscetível de qualquer limite ou intervenção.

O reconhecimento dos direitos sociais e, posteriormente, dos interesses difusos, entretanto, passou a exigir a submissão do direito de propriedade a restrições pautadas na realização de valores como o Bem Comum e a Justiça Social. A ideia de propriedade absoluta, embora fundamental para a superação dos regimes absolutista, já não fazia sentido em uma ordem social, que, agora, tinha como prioridade a superação das desigualdades materiais resultantes da exploração da força de trabalho e da privatização do capital, acompanhada pela socialização dos riscos e prejuízos do processo produtivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Surge, então, a noção de função social da propriedade, que se traduz na conformação entre a propriedade privada, que atende aos interesses particulares, e o interesse público, que se materializa pela realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme previstos no art. 3º da Carta Constitucional: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades; promover o bem de todos. Além disso, a função social da propriedade deve ser pensada à luz da dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento maior da ordem jurídica vigente.

A Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que reconhece a propriedade como um direito fundamental (art. 5º, XXII), impõe, no inciso seguinte, que esta propriedade deverá atender a sua função social.

O texto supremo fornece, ainda, alguns elementos que contribuem para o esclarecimento do conteúdo da função social da propriedade. Neste sentido, os arts. 186 e 182, §2º:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> I - aproveitamento racional e adequado;
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.
>
> Art. 182 § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que tange à propriedade rural, o constituinte vinculou a função social a aspectos sociais, econômicos e ambientais. Quanto à propriedade urbana, embora tenha o texto se limitado a mencionar que a função social é cumprida quando respeitadas as diretrizes do Plano Diretor, inegável que, também neste caso, incidem as diretrizes apontadas pelo art. 186, com destaque para a qualidade ambiental, conceito no qual se inclui a preservação dos bens culturais.

Ademais, a lei 10.257/2001(Estatuto da Cidade), que regulamentou os arts. 182 e 183, dispõe, no art. 39, que o Plano Diretor deve assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas.

Desta forma, considerando que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive em seu aspecto cultural, e a noção de qualidade de vida integram o conceito da função social da propriedade, resta pacífico que o atendimento da função social está condicionado à proteção dos direitos culturais, com a respectiva preservação do patrimônio histórico. O fato de representarem vetores da memória e da identidade social de um grupo reflete um inquestionável interesse público enraizado na preservação do patrimônio histórico construído, justificando a inter-relação que se estabelece com o princípio da função social da propriedade.

Importante observar, ainda, que a função social da propriedade não constitui um elemento externo, que incide sobre um direito de propriedade preexistente e restringe-lhe o alcance. Ao contrário, está inserido no próprio conteúdo deste direito e, enquanto não satisfeita esta função social, o direito de propriedade inexiste, não está plenamente constituído.

> Temos que a melhor concepção é aquela que afirma ser a função social elemento constitutivo do conceito jurídico de propriedade. Importa dizer que a função social não é um elemento externo, um mero adereço do direito de propriedade, mas elemento interno sem o qual não se perfectibiliza o suporte fático do direito de propriedade[29].

Conclui-se, portanto, que o respeito ao patrimônio histórico edificado integra o conceito de função social da propriedade. Desta forma, toda e qualquer propriedade se sujeita à preservação deste patrimônio, de tal modo que, não há que se falar na existência da propriedade plena, em caso de violação aos bens integrantes do patrimônio cultural.

Neste sentido, as esclarecedoras lições de Carlos Frederico Marés de Souza Filho[30]:

> No caso rural ou urbano, o reconhecimento de valor cultural, histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico ou científico agrega por compor o bem-estar dos habitantes das cidades ou o meio ambiente, função social à propriedade. Nova função social!

6. A afirmação de um direito fundamental à preservação do Patrimônio Histórico

Conforme exposto, o direito à preservação do patrimônio histórico está diretamente ligado a direitos, indiscutivelmente, fundamentais, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à memória e o direito de propriedade. Deste raciocínio, resulta por inquestionável a afirmação de que a preservação do patrimônio histórico possui natureza jurídica de direito fundamental.

Na perspectiva da evolução dos direitos fundamentais, assente-se que se trata de direito de 3ª geração, que incluí os direitos inspirados pelo valor da fraternidade, cuja titularidade ultrapassa os limites individuais e alcança um número indeterminado de sujeitos. A afirmação do direito à preservação do patrimônio histórico impõe respeito por todo o gênero humano, uma vez que a todos deve ser assegurada a faculdade de gozar dos bens culturais, não apenas a geração presente, como também as futuras gerações.

Destaque-se, também, a redação do art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 5º LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (grifo nosso)

O dispositivo prevê que a ação popular pode ser proposta em defesa do patrimônio histórico e cultural contra atos que lhe sejam lesivos. Considerando que a ação popular constitui um remédio constitucional, ou seja, uma garantia judicial em favor de direitos fundamentais, tem-se mais um argumento favorável ao reconhecimento da preservação do patrimônio histórico como um direito fundamental.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado permite identificar o direito ao patrimônio histórico edificado como um direito fundamental de ordem material. Ou seja, apesar de não estar expressamente previsto no texto constitucional, possui íntima relação com outros direitos fundamentais, tais como o direito à vida, direito ao meio ambiente equilibrado, direito de propriedade e sua intrínseca função social, além de outros direitos também materialmente fundamentais, a exemplo do direito à memória e o direito à plena fruição de bens culturais. Assim, o patrimônio histórico edificado está diretamente unido à plena realização da dignidade da pessoa humana, em sua dimensão de identidade coletiva e social.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAGAS, Maurício. Patrimônio Cultural. In: TINÔCO, Lívia Nascimento (Org.); ANDRADE,Ricardo Rangel de (Org.); PAIVA, Salma Saddi Waress de (Org.). **O Ministério Público e a Proteção do Patrimônio Cultural.** Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Culturea - ICBC, 2004.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural: alguns aspectos. In: TINÔCO, Lívia Nascimento (Org.);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ANDRADE,Ricardo Rangel de (Org.); PAIVA, Salma Saddi Waress de (Org.). **O Ministério Público e a Proteção do Patrimônio Cultural.** Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Culturea - ICBC, 2004.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LE GOFF, Jacques. **História e memória.** 6. ed. Campinas Ed. da UNICAMP, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 19. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

MESENTIER, Leonardo Marques de . Patrimônio urbano, construção da memória e da cidadania. **Revista Vivência (UFRN)**, Rio Grande do Norte, v. 28, p. 167-177, 2005.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MURGUIA, Eduardo Ismael; YASSUDA, Silvia Nathaly. Patrimônio histórico-cultural: critérios para tombamento de bibliotecas pelo IPHAN. **Perspect. ciênc. inf.**, Belo Horizonte, v. 12, n. 3, Dec. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-99362007000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 de Agosto de 2013.

SERAFINI, Leonardo Zagonel. **Meio ambiente e direitos humanos: uma perspectiva integral**. In: PIOVESAN, Flávia (cood.). Direitos Humanos. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2006.

SIMÕES, Sandro Alex. Belém, 2011. **Palestra apresentada no I Seminário Paraense sobre jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, no auditório do Fórum Cível de Belém/PA, em 17 fev. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SILVEIRA Domingos Sávio Dresch da (Org.). **O direito agrário em debate**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica.** 3a ed. atual. Curitiba: Juruá, 2005.

VULCANIS, Andréa. Direitos Fundamentais e Meio Ambiente. *In*: PIOVESAN, Flávia (coordenadora), **Direitos Humanos**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006.

NOTAS:

[1] MESENTIER, Leonardo Marques de . Patrimônio urbano, construção da memória e da cidadania. **Revista Vivência (UFRN)**, Rio Grande do Norte, v. 28, p. 167-177, 2005.

[2]VULCANIS, Andréa. Direitos Fundamentais e Meio Ambiente. *In*: PIOVESAN, Flávia (coordenadora), **Direitos Humanos**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006, p. 174.

[3] Ibid., p. 172-173.

[4]MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.

[5] SERAFINI, Leonardo Zagonel. Meio ambiente e direitos humanos: uma perspectiva integral. In: PIOVESAN, Flávia (cood.). Direitos Humanos. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2006, p. 149.

[6] O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento pacífico quanto ao *status* de direito fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentido: MS 22164, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995. Também: ADI 3540 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006. E: ADPF 101, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 divulg. 01-06-2012, public. 04-06-2012,

[7] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 21.

[8] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80.

[9] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 263.

[10] ADI 3540 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006.

[11] SILVA, op. cit., p. 20.

[12] FIORILLO, op. cit., p. 423.

[13] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica.** 3a ed. atual. Curitiba: Juruá, 2005, p. 16.

[14] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 19. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 127.

[15] DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 247.
[16] Ibid, p. 248.
[17] SOUZA FILHO, 2005, p. 24.
[18] Costa Neto, Nicolao Dino de Castro e. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural: alguns aspectos. In: TINÔCO, Lívia Nascimento (Org.); ANDRADE,Ricardo Rangel de (Org.); PAIVA, Salma Saddi Waress de (Org.). **O Ministério Público e a Proteção do Patrimônio Cultural.** Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Culturea - ICBC, 2004, p. 31.
[19] MACHADO, 2011, P. 1021.
[20] MACHADO, 2011, p. 1023.
[21] MURGUIA, Eduardo Ismael; YASSUDA, Silvia Nathaly. Patrimônio histórico-cultural: critérios para tombamento de bibliotecas pelo IPHAN. **Perspect. ciênc. inf.**, Belo Horizonte, v. 12, n. 3, Dec. 2007 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-99362007000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 de Agosto de 2013.
[22] CHAGAS, Maurício. Patrimônio Cultural. In: TINÔCO, Lívia Nascimento (Org.); ANDRADE,Ricardo Rangel de (Org.); PAIVA, Salma Saddi Waress de (Org.). **O Ministério Público e a Proteção do Patrimônio Cultural.** Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Culturea - ICBC, 2004, p.
[23] MESENTIER, Leonardo Marques de . Patrimônio urbano, construção da memória e da cidadania. **Revista Vivência (UFRN)**, Rio Grande do Norte, v. 28, p. 167-177, 2005.
[24] LE GOFF, Jacques. **História e memória.** 6. ed. Campinas Ed. da UNICAMP, 2012, p. 455-457.
[25] SIMÕES, Sandro Alex. Belém, 2011. Palestra apresentada no I Seminário Paraense sobre jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no auditório do Fórum Cível de Belém/PA, em 17 fev. 2011.
[26] MACHADO, op. cit., p. 1024.
[27] MESENTIER, 2005.
[28] Ibid.
[29] SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SILVEIRA Domingos Sávio Dresch da (Org.). **O direito agrário em debate**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 13.
[30] SOUZA FILHO, op. cit., p. 28.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O TRABALHO PENITENCIÁRIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

YASMIN SOUZA DA SILVA: Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Direitos Difusos pela Universidade Anhanguera – LFG. Advogada.

RESUMO: Este artigo possui como escopo analisar criticamente o regime jurídico de trabalho ao qual os presos são submetidos no Brasil. Demonstrar-se-á que a Lei de Execução Penal, no que tange à regulamentação do trabalho dos presidiários, viola a Constituição federal de 1988, pois afasta direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, como o salário-mínimo e o décimo terceiro salário. Verificar-se-á que a igualdade e o valor social do trabalho devem presidir as relações de trabalho nos presídios nacionais, de forma a evitar a exploração de mão de obra barata carcerária pelos agentes públicos e privados.

Palavras-Chave: Trabalho Prisional. Lei de Execução Penal. Constituição federal. Salário Mínimo. Valor Social do Trabalho. Igualdade.

ABSTRACT: This article has the purpose of analyzing the legal regime to which inmates are submitted to in Brazil. It will be demonstrated that the law which addresses penal execution in the matter of work regulation, when it comes to prison labor defies the federal Constitution of 1988 on the grounds that it goes against fundamental rights related to minimum wage and thirteenth salary. It will also be verified that what should prevail in the aspect of work relation in national prisons is equality and social work value, in a way that avoids exploitation of cheap inmate labor by both public and private agencies.

Keywords: Prison Labor. The Penal Execution Law. Federal Constitution. Minimum Wage. Social Value of Work.

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico do Trabalho Penitenciário; 3. O trabalho dos reclusos no atual ordenamento jurídico brasileiro; 4. A não recepção da Lei de Execução Penal pela Constituição federal de 1988 no que tange ao regime de trabalho dos presos; 4.1 O valor social do trabalho; 4.2. A igualdade; 4.2.1. A equiparação salarial; 5. Conclusões; 6. Referências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da incompatibilidade do regime de trabalho dos presos previsto na Lei de Execução Penal com os princípios e direitos fundamentais com os princípios e direitos fundamentais assegurados pela Constituição federal de 1988, a qual visa a implementação de um Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, há de ser traçado um histórico acerca da utilização do trabalho no cumprimento das penas privativas de liberdade. Posteriormente, analisaremos o trabalho dos presos no sistema penal brasileiro, o qual é regulado pela Lei de Execução Penal. Por fim, faremos uma análise dos principais fundamentos constitucionais que impedem que o regime jurídico de trabalho dos presos seja recepcionado pela Constituição federal de 1988.

2 HISTÓRICO DO TRABALHO PENITENCIÁRIO

Ao longo da história da humanidade, o trabalho sempre existiu como forma de punição para os que delinquiam, bem como para os prisioneiros de guerra (CONTI *apud* ASSALY 1934, p. 88). Entretanto, o seu regime foi evoluindo e se transformando com o passar dos séculos e a evolução do Direito Penal e Trabalhista.

Nas grandes civilizações da antiguidade, ocidentais e orientais, bem como no Egito, na Pérsia e na Grécia, os prisioneiros de guerra, quando não eram mortos, eram transformados em escravos, ficando submetidos a todas as formas de exploração e executando os serviços de maior periculosidade. Entretanto, nessa época os presos não estavam sob a tutela de um Estado. Eles eram de propriedade particular dos integrantes das altas classes sociais, daqueles que os capturavam nas batalhas e também dos reis ou imperadores.

Já na Idade Média, com a redução das batalhas por conquista de terras, diminuiu-se a quantidade de prisioneiros submetidos ao trabalho forçado. Quanto aos que delinquiam, a estes era aplicada a pena de morte, através de suplícios (CARVALHO, 2011, p. 51), como o enforcamento e a fogueira. Nessa época, ainda não existia a pena privativa de liberdade. Os estabelecimentos penais eram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

temporários e só abrigavam os criminosos durante o período que antecedia sua execução.

Durante o Estado Absolutista, o cárcere também foi utilizado apenas como o local em que os condenados ficavam aguardando o cumprimento da pena capital. Nesse período, a justiça punitiva caracterizou-se primordialmente por processos atrozes, inquisitivos e sem respeito algum à dignidade do réu. As prisões serviam para manter o indivíduo preso e incomunicável, pelo tempo necessário para a instrução do processo – o que poderia significar alguns anos – bem como para que os interrogatórios, acompanhados de torturas e castigos corporais, pudessem ser realizados (ASSALY, 1934, p. 36).

Saliente-se que, no Brasil, as práticas punitivas eram semelhantes às praticadas na Europa. O Livro V das Ordenações Filipinas – código penal brasileiro que vigeu até 1830 – chegou a ser definido pelo jurista Machado Neto como um "catálogo de monstruosidades" (CARVALHO, 2011, p. 52).

O desenvolvimento do trabalho prisional se deu concomitantemente com a pena privativa de liberdade. Inicialmente, ele estava ligado à concepção retributiva da pena (PAULA, 2007), ou seja, era visto como uma vingança, pois apenas a reclusão não era suficiente para punir os violadores das normas: fazia-se necessário o trabalho análogo ao de um escravo, uma forma de discipliná-los e enfraquecê-los e, ao mesmo tempo, um meio para utilizar sua força laboral em prol das produções do Estado.

Com o movimento iluminista e o desenvolvimento do capitalismo, o humanismo é trazido à baila, favorecendo a diminuição das penas corporais e incentivando as penas privativas de liberdade, com cunho não apenas retributivo, mas também pedagógico e reabilitador. Os grandes pensadores e filósofos do iluminismo, como Voltaire, Montesquieu e Rousseau, vão trazer bases mais humanas e racionais para o fundamento do direito de punir, ao ponto em que estabelecem um novo sistema punitivo, baseado nos parâmetros da humanidade e proporcionalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O trabalho vai deixando de ser um castigo e passa a ser um instrumento de ressocialização: ele tira o criminoso do ócio, lhe estimula e lhe dignifica. É o trabalho refletindo a ética cristã.

A industrialização europeia e americana e o período de guerras incentivaram ainda mais o uso de mão de obra penitenciária, em decorrência da alta demanda por trabalhadores no setor privado. Nessa época, a Organização Internacional do Trabalho – OIT editou Convenções e Recomendações acerca do trabalho penitenciário, visando eliminar progressivamente o trabalho obrigatório nos estabelecimentos prisionais (PAULA, 2007).

Mas é no período pós-guerra, com a criação da Organização das Nações Unidas e a Declaração do Direito do Homem e do Cidadão, que o trabalho penitenciário mais se desenvolve. A ONU editou, em 1955, as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, o qual, entre outras coisas, regulamentava e fazia recomendações acerca do trabalho penitenciário, das condições laborativas e dos acidentes de trabalho:

> Sobre as Regras Mínimas editadas pela Organização das Nações Unidas, são elas parte do que Anabela Miranda Rodrigues chamou de "consolidação de uma nova posição jurídica do recluso", caracterizada essa nova posição pela restituição do condenado à sua autêntica dimensão humana. Visto o condenado na sua qualidade de cidadão, tornasse ele portador do direito à manutenção de sua dignidade humana. Para a autora, as regras mínimas significaram a passagem, na seara do Direito Penitenciário, das especulações para o campo da legalidade. (FUDOLI *apud* BAQUEIRO, 2012).

O conjunto de Regras Mínimas não dispõe propriamente sobre sistemas penitenciários, mas sugere procedimentos para o tratamento penal dos reclusos, o que influenciaria as legislações e normatizações dos serviços penitenciários em muitos países.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, foi implantada a base para o desenvolvimento do trabalho digno nas penitenciárias, modelo que seria seguido por muitos países, visando a ressocialização do criminoso e a consequente diminuição dos índices de reincidência. Entretanto, faz-se necessário ressaltar que, malgrado as recomendações da ONU, as penas de trabalho forçado ainda são constantes em alguns países como China e Coreia do Norte.

Importante observar também que, no Brasil, a evolução do trabalho nas prisões se deu mais tardiamente, haja vista que o fim da escravidão e o processo de industrialização só ocorreram no séc. XIX. O trabalho obrigatório, porém remunerado, começou a ser previsto na parte geral do Código Penal de 1940, mas não havia implementação. Esta só se deu com a Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP), que regula o trabalho dos reclusos e prevê como benefício a remição da pena na proporção de um dia de pena para cada três dias trabalhados.

3 O TRABALHO DOS RECLUSOS NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho penitenciário está previsto no art. 34 do Código Penal, o qual admite o trabalho apenas no período diurno, ressalvado o repouso no período noturno. O Código Penal ainda estabelece as possibilidades de trabalho externo no regime fechado e no semiaberto.

Mas a regulamentação do trabalho só é realmente efetuada pela Lei de Execução Penal, em seu capítulo III, o qual determina que o trabalho tenha finalidade educativa e produtiva e ressalva a necessidade de precauções relativas à saúde e higiene do trabalho. A LEP estabelece, ainda, que a jornada de trabalho não seja inferior a 6 (seis) horas diárias, nem superior a 8 (oito) horas diárias, com descanso nos domingos e feriados.

Essas, entretanto, são umas das poucas proteções conferidas pela LEP aos presos, a qual traz um regime severo para o trabalhador recluso, regime este que afronta os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, resguardados pelo art. 7º da Constituição federal de 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Isso porque, por expressa previsão da LEP, em seus arts. 28 e 29, o regime de trabalho ao qual o preso é submetido não é o regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, nem tampouco tem o preso o direito de ser remunerado com um salário mínimo ou pelo piso salarial da categoria cuja função exerça. O recluso pode receber qualquer remuneração, desde que não inferior à ¾ (três quartos) do salário-mínimo.

Como justificativa, os defensores do atual regime afirmam que o trabalho é, na verdade, uma obrigação do condenado, e que, por meio dele, os presos já podem obter o benefício da remição da pena, na proporção de menos um dia de pena para cada três dias de trabalho prestados.

Entretanto, tal justificativa não deve perdurar, pois o trabalho do recluso não é uma obrigação, como dispõe o art. 31 da LEP[1], já que a Constituição federal, em seu art. 5º, XLVII, dispõe, como garantia fundamental, que não haverá penas de trabalhos forçados. Ora, o trabalho do preso não é forçado, pois ele tem a faculdade de executá-lo, ou não; e, no caso de negativa, apenas deixará de receber o benefício da remição. Além disso, os referidos dispositivos da Lei de Execução Penal não podem afastar direitos previstos na Constituição federal, quais sejam o salário-mínimo e o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (art. 7º, incisos IV e V, da CRFB). Importante observar, ainda, que esses não são os únicos direitos dos quais os presos são privados.

Como a LEP não exclui nenhum outro direito expressamente, não deveria haver dúvidas acerca da aplicação dos demais direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição federal aos reclusos, com as devidas ressalvas, tendo em vista que o adicional por trabalho noturno, por exemplo, não cabe no trabalho prisional, haja vista que o Código Penal só permite o trabalho diurno. No mesmo sentido, não caberia falar em licença paternidade, já que o apenado não poderia deixar o estabelecimento prisional para visitar sua prole.

Ocorre que os condenados são privados da maioria dos direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal, como licença gestante, adicional por insalubridade e periculosidade, o décimo terceiro, o gozo de férias remuneradas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

entre outros, os quais não são reconhecidos pelo Poder Judiciário, haja vista a omissão da LEP e a descaracterização de relação trabalhista celetista.

Além desses, os presos também são privados de outros direitos constitucionais, como o direito à greve, previsto no art. 9º[2]; já que a Lei de Execução Penal, em seu art. 50, inciso I, o considera falta grave, punível com a perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos pelo preso, além da regressão de regime.A Lei de Execução Penal, portanto, exclui o apenado do regime jurídico da CLT e não o posiciona em um regime jurídico que assegure todos os direitos sociais previstos da Constituição, transformando-o em uma mão de obra barata, fácil de ser explorada e que não atrai consigo todos os encargos trabalhistas, em um flagrante desrespeito aos direitos dos condenados, direitos esses que não deveriam ser afetados, pois não abarcados pela sentença penal condenatória. Acerca da exploração da mão de obra penitenciária, assevera MATURANA (2001):

> Ocorre que, em face da notória falência do sistema carcerário nacional, o Estado tem deixado de lado o propósito educativo-regenerativo, para – sob o pálio de combater o ócio –, apenas oferecer mão-de-obra carcerária barata a terceiros, o que o faz em desobediência às normas de regência e em detrimento dos direitos dos próprios encarcerados e dos trabalhadores que compõem a sociedade livre.

Também é esse o quadro destacado por Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (2012, p. 21), o qual ela denomina de "Terceirização Selvagem". Segundo ela, as prisões firmam parcerias com entes privados, os quais utilizam a mão de obra carcerária em serviços e obras. Ocorre que a administração dos presídios não realiza nenhuma fiscalização acerca das condições de trabalho. Destarte, os presos são submetidos a péssimas condições de trabalho, perfazendo jornadas de trabalho superiores à prevista na Lei de Execução Penal, sem receber nenhum benefício, e com uma remuneração de apenas ¾ (três quartos) do salário mínimo.

Importante observar, ainda, que a LEP cria restrição do número de presos empregados em obras externas, num limite máximo de 10% (dez por cento) do total

de empregados da obra. Entretanto, a Lei 7.210/84 não faz a mesma restrição para a utilização da mão de obra carcerária em serviços, permitindo, assim, que empresas se utilizem totalmente da mão de obra dos presos, sem o devido respeito às normas trabalhistas. Além disso, não há a devida fiscalização por parte da administração pública ou do Ministério Público do Trabalho, de forma que não raro os presos são utilizados em porcentagem superior ao limite estabelecido na LEP (BAQUEIRO, 2012).

Frise-se que a Lei de Execução Penal também viola as Regras Mínimas da ONU para o tratamento dos Reclusos. Os dispositivos de número 73 e 76 da referida normatização da ONU trazem regras importantes acerca da remuneração dos reclusos:

> 73. 2) Quando os reclusos forem empregues para trabalho não controlado pela administração, devem ser sempre colocados sob vigilância do pessoal penitenciário. Salvo nos casos em que o trabalho seja efetuado por outros departamentos do Estado, as pessoas às quais esse trabalho seja prestado devem pagar à administração a remuneração normal exigível para esse trabalho, tendo, todavia em conta a remuneração auferida pelos reclusos.
>
> 76. 1) O tratamento dos reclusos deve ser remunerado de modo eqüitativo.

A exigência de uma remuneração equitativa e equivalente à remuneração exigível para o mesmo tipo de trabalho reflete a regra estabelecida no artigo XXIII, "2", da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, a qual estabelece que todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

4 A NÃO RECEPÇÃO DO REGIME DE TRABALHO DOS PRESOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição de 1988 tem o claro objetivo de implementar um Estado Democrático de Direito no Brasil. Por isso, ela traz um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, bem como dispõe, logo em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana. Tais princípios e garantias trazidos pela Constituição têm aplicação direta e imediata, e devem prevalecer em relação às normas infraconstitucionais, só podendo ser relativizadas diante de conflito com outras normas constitucionais.

Ocorre que a Lei de Execução Penal entrou em vigor em 1984; anterior, portanto, à promulgação da Constituição federal do Brasil, de 1988. Ocorre que, no que tange à regulamentação do trabalho dos presos, é clara a impossibilidade de recepção da LEP pela Constituição, haja vista que a Lei 7.210/84 afronta direitos e princípios constitucionais da nova ordem jurídica instaurada pela Constituição.

4.1 O Valor Social do Trabalho

A Lei de Execução Penal viola frontalmente o princípio do Valor Social do Trabalho, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, inciso IV, da Constituição federal. O valor social do trabalho decorre da importância do trabalho em si para a sociedade, pois é instrumento de coesão e progressão social, bem como tem poder produtivo e gerador de riquezas.

Ao estabelecer o Valor Social do Trabalho como princípio autônomo, o legislador constituinte reconhece a importância do trabalho para a sociedade brasileira, e, ao mesmo tempo, compromete os futuros legisladores e aplicadores do direito a implementar esse princípio, utilizando-o com função fundamentadora, hermenêutica e supletiva.

Do conteúdo do valor social do trabalho decorre o Direito ao Trabalho, o Dever de Trabalho e, ressalte-se, o Dever de uma retribuição justa, tendo aqui como parâmetro não o agente trabalhador, digno de uma justa remuneração, mas a justa retribuição pelo trabalho que foi realizado, ou seja, a retribuição pelo valor que teve aquele trabalho para a sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destarte, quando a LEP prevê um salário a menor para o recluso, está ela afrontando o Valor Social do Trabalho, pois ela retribui, de forma injusta, o trabalho que por ele foi realizado; trabalho este que tem toda uma repercussão positiva na progressão da sociedade.

Além disso, ao afastar do preso o direito ao salário-mínimo, ela faz com que o preso não tenha a percepção do valor social que tem aquele trabalho por ele executado, já que é extremamente mal retribuído. E, ao ser omissa quanto a todos os direitos sociais trabalhistas, a Lei de Execução Penal acaba por transformar o trabalho do recluso apenas num meio de obter a remição penal, retirando dele a noção de que o trabalho é fundamento da sociedade.

4.2 Da Igualdade

Acerca do alcance do princípio da Igualdade, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Rezam as constituições - e a brasileira estabelece em seu art. 5º, caput – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. (MELLO, 2004, p. 3)

Ora, se não pode uma lei ser editada em desconformidade com a isonomia prevista na Constituição federal, também não pode a lei antiga permanecer no ordenamento jurídico de viola frontalmente tal princípio. Assim sendo, não pode a Lei de Execução Penal ser recepcionada pela Carta de 1988, no que tange ao regime jurídico de trabalho dos presos, se ela trata de forma diferenciada o trabalhador livre e o trabalhador condenado.

Em justificação do Projeto de Lei nº. 541/2007, de sua autoria, o deputado Lelo Coimbra destaca a igualdade como principal razão para o pagamento de salário-mínimo aos reclusos que realizam atividades laborativas: "O esforço despendido pelo preso, na sua atividade laboral, não pode ser recompensado de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

forma desigual, simplesmente pela sua condição de condenado. Para isto, já existe a pena, com a função punitiva pelo delito cometido".Tal argumento impõe não só a necessidade de pagamento de salário-mínimo aos reclusos trabalhadores, mas também a necessidade de pagamento do piso salarial correspondente à função exercida, ou, de outra forma, pessoas que exercem as mesmas atividades receberiam remunerações extremamente desproporcionais, pelo único fato de uma estar livre, e a outra condenada a pena privativa de liberdade.

Interessante observar que, em décadas passadas, seja por questões sociais, seja pela impunidade nas classes mais abastadas, a população carcerária era predominantemente analfabeta, tendo a maioria dos presos o mesmo nível de escolaridade e formação. Hoje, entretanto, a situação mudou um pouco, sendo mais comum encontrar-se reclusos que tenham formação em cursos técnicos e de ensino superior, os quais, se exercerem a profissão para o qual são capacitados, deverão ter direito ao piso salarial da categoria correspondente.

É o caso, por exemplo, de uma condenada que, tendo se formado em enfermagem, agora trabalhe junto à enfermaria da penitenciária. A remuneração justa por tal serviço não é o salário-mínimo, nem tampouco 3/4 (três quartos) do salário-mínimo previsto na LEP, e sim a remuneração prevista como piso para o exercício de tal profissão.

Faz-se necessário, ainda, ressaltar que o princípio da igualdade tem importantes repercussões no Direito do Trabalho, garantindo que não haja discriminação na relação de emprego, seja por idade, raça, sexo ou orientação sexual, bem como garantindo que a todo trabalho de igual valor, corresponderá salário igual.

4.2.1 Da Equiparação Salarial

A equiparação salarial é evidente repercussão do princípio constitucional da igualdade, e está prevista no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como é objeto da Súmula nº 06 do Tribunal Superior do Trabalho. Ela determina que, sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

Como trabalho de igual valor, entende-se aquele realizado no mesmo período, com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de serviço não for superior a dois anos. Apesar dos presos não estarem submetidos ao regime da CLT, essa regra deve ser tomada como fundamento para que seu trabalho, com mesmo valor e produtividade que o trabalho dos cidadãos livres, seja objeto da mesma remuneração, ou estar-se-ia diante de uma violação ao princípio da igualdade.

Saliente-se que o artigo XXIII, "2", da Declaração Universal dos Direitos Humanos também estabelece que "Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho".

Ora, a equiparação salarial revela que o fator determinante para a remuneração é o valor (produtividade) do trabalho exercido e não quem o exerce, de forma que não deve haver diferença remuneratória por circunstâncias pessoais do agente (sexo, idade, nacionalidade, ou, ainda, estar ou não cumprindo condenação penal).

Um dos principais motivos para que haja essa diferença salarial é a necessidade de atrair interesses dos agentes privados na contratação da mão de obra de presidiários. Entretanto, não se mostra razoável manter em nosso ordenamento uma norma claramente inconstitucional apenas para atrair tais contratações.

Muito mais plausível se mostra a implementação do trabalho dos presos através da criação de cotas em grandes empresas, do incentivo fiscal, ou ainda de atuações em parceria com o Projeto Começar de Novo, do Conselho Nacional de Justiça, bem como com o Ministério Público do Trabalho. Outro exemplo de inciativa para promoção do trabalho dos presos poderia ser realizada através de reformas à Lei 8.666/1993, acrescentando hipóteses de critérios de desempate ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

preferência para empresas que contenham um percentual de mão de obra oriunda do sistema penitenciário.

5 CONCLUSÕES

Em princípio, conclui-se que a Lei de Execução Penal, no que tange ao regime de trabalho dos presos, é incompatível com o ordenamento jurídico pós-Constituição federal de 1988 e com a concepção axiológica de trabalho humano estabelecida por ela.

A legislação vigente desrespeita o preso enquanto trabalhador, bem como desrespeita o valor social do trabalho por ele realizado, sujeitando os reclusos a uma relação de trabalho severa, que beneficia apenas agentes públicos e privados, interessados em adquirir mão de obra barata. Negar os direitos sociais fundamentais aos presos é negar a própria condição humana dos condenados à pena privativa de liberdade, haja vista que os direitos sociais trabalhistas são garantidos pela Constituição federal a todos os cidadãos.

A violação do princípio estruturante do valor social do trabalho ocorre de forma direta, pois não é observado o dever de uma justa remuneração, dever esse que decorre do referido princípio. Assim, o preso não tem a percepção devida acerca do valor social daquele trabalho por ele executado, já que é extremamente mal retribuído – financeiramente e em direitos. O presidiário enxerga o trabalho de forma utilitarista, apenas como um meio para garantir a redução da pena. O trabalho é transformado, assim, em um meio de se garantir a remição.

Ademais, remunerar o trabalhador preso com salário menor do que aquele atribuído ao trabalhador livre que realiza trabalho de igual valor implica em ofensa direta ao princípio constitucional da igualdade.

Entretanto, apesar da evidente incompatibilidade, a Lei de Execução Penal continua vigente, produzindo efeitos como se válida fosse e culminando numa grave exploração da mão de obra carcerária pelas empresas privadas e pelo Estado, os quais se aproveitam da mão de obra barata dos presos, sob a qual não recaem encargos trabalhistas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, deve ser suspensa a aplicação os dispositivos da LEP que afrontam diretamente a Constituição federal, pois, com a promulgação da mesma, eles foram automaticamente revogados.

Assim, tendo em vista a não recepção do regime de trabalho dos presos pela Constituição de 1988, conclui-se que devem ser estendidos ao regime de trabalho dos presos todos os direitos e garantias trabalhistas estabelecidos pela Constituição, ainda que não haja modificação na Lei de Execução Penal, haja vista que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSALY, Alfredo Issa. **O Trabalho Penitenciário**: Aspectos Econômicos e Sociais. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1934.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Da necessidade de declaração e respeito aos direitos trabalhistas dos presos e o papel do Ministério Público do Trabalho no combate à exploração da mão de obra carcerária.** Disponível em: <http://www.baqueiroravazzano.adv.br/page3.html>. Acesso em: 11 nov. 2013.

CARVALHO, Robson Augusto Mata**. Cotidiano Encarcerado**: o tempo como pena e o trabalho como "prêmio". São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MATURANA, José Fernando Ruiz. Considerações sobre o trabalho do preso. **Revista de Direito do Trabalho,** nº 105, Curitiba: Genesis, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ONU. **Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos.** [1955]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimednto/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>. Acesso em: 08 jun 2012.

PAULA, Gáudio Ribeiro de; OLIVEIRA, Maxwel Caixeta de; OLIVEIRA, Maxwel Caixeta de; PAULA, Gáudio Ribeiro de. ***O Trabalho do Preso e seus Direitos****: Uma Perspectiva da Situação no Distrito* Federal. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 25 de out. de 2007.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[1] Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

[2] Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INAMOVIBILIDADE AOS DELEGADOS DE POLÍCIA: É CHEGADA A HORA?

VICTOR DAVID DE AZEVEDO VALADARES: Advogado. Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pós-graduando em Direito Constitucional pela rede de ensino LFG/Anhanguera. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O direito à inamovibilidade assegura a possibilidade de remoção do profissional apenas com sua concordância. O artigo se propôs a analisar se, diante da atual conjuntura social e jurídica, e sobretudo diante do crescimento da importância do papel da atividade policial na sociedade, tal direito não poderia ser garantido aos Delegados de Polícia. A conclusão positiva se impõe, de modo que tal direito significaria mais um reconhecimento, em meio a tantos outros que já ocorreram nas últimas décadas, da essencialidade da carreira, o que contribui para a consecução do interesse público no exercício da função do Delegado.

Palavras-chave: delegados, garantia, direito, inamovibilidade.

ABSTRACT: The right to immovability ensures the possibility of removal of the professional only with their agreement. This ressearch examines if, against the current social and legal conjuncture, and especially in view of the growing importance of the role of police activity in society, that right could not be guaranteed to Police Commissioner´s. The awnser is positive, so that such a right would mean another recognition, among many others that have occurred in recent decades, of the essentiality of the career, which contributes to the achievement of the public interest in the exercise of the Delegate's role.

Key-words: police, commissioner´s, guaranty, right, irremovability.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade analisar a aplicação da garantia (ou, conforme se demonstrará, do direito) à inamovibilidade profissional aos Delegados de Polícia. Para tanto, terá como abordagem inicial o papel jurídico e social da citada carreira, bem como a forma pela qual a aplicação do princípio se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

compatibiliza com o atual tratamento jurídico que a dita profissão recebe do ordenamento jurídico.

Para tanto, o presente artigo será estruturado em três tópicos. No primeiro, serão expostas as circunstâncias jurídicas, sociais e fáticas que se apoiam os dois capítulos seguintes, os quais se mostrarão interligados por uma relação lógica, na qual o autor acredita existir. Também será analisada a disposição normativa contida na Lei nº 12.830/2013, a qual suscita debates sobre se tratar ou não de inamovibilidade, bem como o papel que o Supremo Tribunal Federal – STF pode assumir em potencial mudança.

Nos dois capítulos seguintes, o autor exporá os problemas sociais que demandam a adoção da ideia proposta e a apresentará, analisando as possíveis consequências de tal adoção.

Para alcançar tal desiderato, o trabalho se valerá, sobretudo, da análise de trabalhos científicos, do conteúdo legislativo e das decisões judiciais do STF sobre o tema, de modo a concluir pela necessidade ou não de adequação do entendimento ora vigente com o que será aqui proposto.

1. ABORDAGEM SOBRE A CONJUNTURA DA ATIVIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 prescreve que é dever do Estado, e direito e responsabilidade de todos, garantir a segurança pública (art. 144, *caput*). É certo que, apesar da previsão textual atribuir caráter genérico ao *munus*, a obrigação de manter a segurança pública recai sobretudo no Estado, que a exerce por meio das Polícias.

A segurança pública, em todos os seus níveis, encontra-se organizada em unidades administrativas com suas competências claramente definidas pela Constituição Federal e complementadas pelas normas estaduais respectivas. Desse modo, cabe à Polícia Federal apurar as infrações penais praticadas contra a ordem política e social, que desestabilizem o regime democrático, bem como prevenir e reprimir crimes contra bens da União, como também aqueles que tenham

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

repercussão internacional ou interestadual e, ademais, prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes.

Da mesma forma, a Polícia Rodoviária realiza tal *mister* no âmbito das rodovias federais, sendo-lhe assegurada a possibilidade, por exemplo, de realizar vistoria em veículos e verificar a sua documentação.

Nos Estados, a segurança é repartida entre a Polícia Militar e a Civil, as quais, por mais das vezes, têm suas funções de certo modo confundidas, haja vista a confluência de interesses em apurar e repreender a prática criminosa no âmbito estadual. Ademais, não rara igualmente é a falta de interligação entre suas atividades, o que resulta numa ineficiência no desempenho das suas atribuições e, portanto, enfraquecimento da segurança pública. Conforme ensina Agra, alguns Estados, com o intuito de evitar tal ineficiência, unificam ambas as Polícias ao comando de uma única Secretaria do Estado, como o caso de Pernambuco[1].

O que se busca demonstrar, ao expor as funções de cada ramo da atividade policial do Estado, é a importância dos bens a serem tutelados pela segurança pública. O patrimônio público, a ordem social, a paz, a vida, entre outros bens jurídicos merecem, por parte da lei, um aparato jurídico tamanho que ofereça condições de resguardar a proteção a tais valores. Dessa forma, a partir do momento em que o Estado estrutura seu "braço" policial de modo a exercer dignamente os objetivos previstos na Constituição, na verdade manifesta sua preocupação na manutenção dos valores acima citados, dada a relevância que possuem no cenário de pacificação social e implementação do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a relevância dos bens a serem resguardados pela atividade policial do Estado demanda atribuição a sujeitos suficientemente capacitados para tanto.

Nesse contexto, é possível perceber que a Constituição de 1988 ofereceu novos contornos às carreiras que compõem o cenário jurídico atual. Isso porque, por exemplo, separou as funções designadas ao Ministério Público Federal daquelas atribuídas à Advocacia-Geral da União (com previsão de direito de opção aos então membros – art. 29 § 2º do ADCT), bem como previu a representação de Estados por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

meio de Procuradoria própria (art. 132), e também assegurou a prestação de assistência jurídica gratuita aos economicamente hipossuficientes através da Defensoria Pública.

Tais carreiras, ao longo dos anos, passaram por constantes avanços que contribuem para seu fortalecimento institucional, de modo a fomentar o bom funcionamento de suas atividades e assegurar, cada vez mais, que os profissionais responsáveis pelo seu exercício possuam garantias para o seu máximo desempenho.

Exemplo disso é o crescimento do tratamento constitucional conferido aos Defensores Públicos, que, por ordem do art. 134 § 2º, por exemplo, possuem iniciativa de sua proposta orçamentária; bem como lhe são asseguradas a autonomia funcional e administrativa, o que exclui qualquer subordinação ao Executivo e contribui para sua independência.

Dessa forma, o fortalecimento das carreiras jurídicas é um meio de solidificar as bases do Estado de Direito, pois as funções a elas conferidas dizem respeito ao que há de mais fundamental no papel do Estado na sociedade: a garantia dos direitos do cidadão através de suas instituições.

No que diz respeito aos Delegados de Polícia, o sistema normativo vigente optou por configurar uma certa assimetria se comparado o regime ao qual se submetem os Delegados, em relação às outras carreiras já apontadas. A garantia de inamovibilidade, por meio da qual Magistrados, membros do Ministério Público e Defensores Públicos não podem ser transferidos do local de sua lotação sem seu consentimento, não é conferida aos Delegados de Polícia, muito embora a relevância das funções que estes desempenhem seja equivalente às daqueles.

Ademais, tal assimetria representa, ao fim e ao cabo, uma inexplicável desigualdade de garantias entre funções que, além de atuarem em conjunto no desempenho de várias atividades (e, por isso, mereceriam as mesmas garantias), possuem a mesma importância na consecução das finalidades precípuas do Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A falta da inamovibilidade aos Delegados permite, portanto, que o Governador de um determinado Estado, por liberdade própria, desloque um Delegado de Polícia das suas atribuições. Ou seja, o trabalho desempenhado pela Polícia, que é função de Estado e não deve se submeter ao juízo de conveniência dos governantes, pode, em dadas circunstâncias, sofrer interferência da filosofia de governo vigente em um determinado momento.

O que se busca afirmar é que, diante da relevância que a atividade do Delegado de Polícia ostenta perante a sociedade, o aumento das garantias profissionais a ele conferidas, tal qual a inamovibilidade, significam uma valorização do exercício de uma função irrenunciável por parte do Estado, e, portanto, insuscetível de interferência fundada em razões políticas.

2. ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO À INAMOVIBILIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO AOS DELEGADOS DE POLÍCIA.

Primeiramente, necessário que se faça o enquadramento da natureza que aqui se defende da inamovibilidade. Embora haja opiniões no sentido de se tratar de um princípio, ou de uma garantia, no nosso entender melhor seria tratar a inamovibilidade como um direito.

Apesar de a discussão oferecer pouca relevância prática, é crescente a discussão doutrinária, por exemplo, sobre a força normativa dos princípios e os limites de aplicabilidade dessas espécies normativas. Portanto, considerando, em uma definição objetiva, que princípios são espécies de norma que prescrevem um fim almejado sem, contudo, determinar uma conduta específica a ser observada, melhor seria afastar a inamovibilidade desse conceito e enquadrá-la como um direito. Não seria garantia, também, pelo fato de que, segundo os autores que realizam essa distinção, garantias são direitos que precisam de instrumentalização para sua efetivação[2]. Direitos, por si sós, são executáveis plenamente, sem que seja necessário qualquer providência de caráter procedimental para tanto.

Dessa forma, tendo em vista que a inamovibilidade é oponível, pelo seu titular, sem a necessidade de um processo para tal, melhor situá-la no campo dos direitos. Ao revés, segundo a Constituição a existência de um procedimento se dá para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

afastá-la, já que a Carta exige o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou Conselho de Justiça, garantida a ampla defesa (art. 93, VIII, CF). A denominação de "garantia" no corpo do texto constitucional, justifica-se ter sido adotada por uma questão linguística e didática, já que situada em conjunto com, essas sim, garantias, como a aposentadoria.

O direito à inamovibilidade, por meio da qual se garante a impossibilidade de remoção sem o consentimento do profissional, é historicamente garantida aos Magistrados (art. 95, II, CF)[3] e aos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, *b*, CF).

Com o advento da Constituição de 1988, o direito à inamovibilidade foi assegurado, igualmente, aos Defensores Públicos, agentes incumbidos de função da mais alta importância: o acesso à Justiça dos mais necessitados. Percebe-se, portanto, que a carreira de Defensor Público foi, aos poucos, incorporando garantias que fortalecem a sua atividade profissional e valorizam o papel dos agentes públicos na promoção da Justiça. O mesmo pode ser afirmado em relação aos Delegados de Polícia.

A importância social e jurídica de seu papel profissional é proporcional com a extensão, a estes, da inamovibilidade prevista para outras carreiras. Ainda no que diz respeito a sua atividade, existem particularidades, não presentes, por exemplo, na carreira dos Defensores Públicos, que justificam o direito à inamovibilidade.

Cite-se, por exemplo, a possibilidade de um Delegado estar responsável por conduzir determinada investigação criminal que envolva, efetiva ou potencialmente, agentes públicos de alto escalão, tais como a cúpula do órgão administrativo ao qual se encontra vinculado. É de se imaginar que o progresso da investigação não seja de interesse dos potenciais atingidos, que, não raro, teriam a prerrogativa de, ao seu juízo, deslocar determinado delegado de suas funções, prejudicando o andamento imparcial da atividade.

O reconhecimento da inamovibilidade, em longo prazo, pode contribuir também pela solidificação das Delegacias de Polícia como estruturas administrativas fundamentais no Estado de Direito. O direito conferido aos

Delegados, seria, portanto, apenas mais uma forma de tornar a atividade policial, enquanto função de Estado, um *múnus* intangível à filosofias políticas passageiras.

À semelhança do que ocorre com as carreiras já agraciadas com esse direito, a inamovibilidade, caso estendida aos Delegados de Polícia, obviamente não seria garantida em termos absolutos. Da mesma forma que existe a ressalva do interesse público na possível remoção do magistrado ou membro do MP, poderia ser prevista tal possibilidade no que tange aos Delegados. É possível imaginar, por exemplo, a existência de interesse público na remoção de um Delegado que atue em uma Delegacia em conjunto com mais um ou dois colegas, para outra que esteja no momento sem Delegado.

Por se tratar de ato administrativo, evidentemente que a remoção não estaria imune ao controle externo de legalidade, no qual poderia ser comprovada a existência de desvio de finalidade ou de competência (abuso de poder).

3. APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, §5º DA LEI Nº 12.830/2013.

A discussão sobre o direito à inamovibilidade dos Delegados de Polícia remete à análise do conteúdo do artigo 2º, §5º da Lei nº 12.830/2013, o qual possui a seguinte redação:

> Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.
>
> [...]
>
> § 5º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

Tanto o *caput* do artigo como o seu parágrafo 5º oferecem comandos normativos que merecem ser analisados no presente estudo.

O *caput* do art. 2º atesta a ideia já defendida nesse trabalho de que a função de polícia (judiciária, na linha do que trata o artigo), a ser exercida pelos Delegados, representa uma função exclusiva de Estado. Além disso, o artigo, também na linha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aqui defendida, qualifica a atividade como "essencial", o que demonstra a valorização da atividade no contexto de pacificação ao qual o Direito se propõe.

A garantia do direito à inamovibilidade, entre outras razões, foi defendida aos Delegados de Polícia, também por conta da essencialidade de sua função, a qual, reconhecida sua importância, é merecedora de direitos e garantias que permitam o mais eficiente funcionamento em prol da coletividade.

No que diz respeito ao parágrafo 5º, é certo que a exigência de fundamentação para o ato de remoção do Delegado pode conduzir ao entendimento de que àqueles é conferido o Direito de inamovibilidade. Aliás, há brilhantes manifestações[4] que emanam da comunidade jurídica no sentido de que a garantia do parágrafo supracitado é hipótese de inamovibilidade, dados os limites que a legislação impôs para a remoção de ofício dos Delegados, opinião que ousamos discordar.

Acreditamos que existe uma sutil diferença entre o tratamento legal conferido às demais autoridades e a garantia prevista no artigo 2º da Lei nº 12.830/2013. Muito embora, em termos terminológicos, a diferença seja pequena, sua dimensão se agiganta no momento da aplicabilidade prática entre direito à inamovibilidade e o direito à remoção fundamentada.

A presença de motivo lícito em qualquer ato administrativo, tal qual o ato de remoção de um servidor, é uma exigência legal e é pressuposto de sua legalidade. Especificamente quanto a uma remoção legalmente autorizada, a existência de motivo que atenda ao interesse público, na verdade, não deve ser vista como uma garantia profissional, mas sim como um mero atendimento ao que determina a lei, pois caso o motivo que rege o ato estivesse eivado de ilegalidade, o ato seria ilegal, já que o vício decorrente do motivo ilegal não é convalidável[5].

Dessa forma, ao expor a motivação do ato de remoção do Delegado, em obediência ao comando previsto no artigo 2º, §5º da Lei nº 12.830/2013, o administrador público nada mais faz do que cumprir seu dever de, como gestor da coisa pública, atender ao interesse público no que rege a sua atividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Porém, acreditamos que o direito à inamovibilidade vai além. O que o diferencia do dever de fundamentação previsto na lei supra é um aspecto determinante: a valoração da vontade do servidor. O traço diferenciador da inamovibilidade para o dever geral de motivação reside justamente na analisar o elemento volitivo do agente envolvido. O que caracteriza o direito à inamovibilidade é justamente o servidor a ser removido estar de acordo com a remoção a ser realizada. Ou seja, existe uma confluência de interesses: um, o público, materializado no ato a ser praticado pelo administrador; o outro, particular, do servidor removido.

A violação à independência profissional reside justamente quando o interesse público é viciado no seu motivo, na medida em que a remoção do servidor é praticada com vistas à interesses escusos. Ocorre que é plenamente imaginável que tais interesses, muito embora não sejam compatíveis com o interesse público, sejam mascarados pela existência de motivação com aparência de legalidade.

Tal possibilidade é ainda mais palpável quando se ratifica a ideia (já solidificada na jurisprudência e doutrina pátria) da impossibilidade de controle do mérito administrativo por parte do Judiciário. Ou seja, caso o ato de remoção ou transferência contenha uma motivação fundada em premissas de aparente legalidade, não existe maneira de se invalidar o ato administrativo mesmo que aquelas digressões, na verdade, escondam um interesse ilegal do administrador.

Nada impede, portanto, que a vontade de remover um Delegado de Polícia seja estimulada pelo objetivo de interferir na atividade daquele profissional mas que, através do ato administrativo devidamente fundamentado, seja conferida uma aparência de legalidade, com o fim de cumprir os requisitos exigidos pela lei.

Dessa forma, a necessidade de fundamentação não é garantia de atendimento ao interesse público que a lei exige, sobretudo diante da impossibilidade de discussão, no Judiciário, do mérito contido no ato administrativo. A concordância do servidor se mostra, pois, como um requisito demasiadamente mais rígido para que se pratique um ato legal e consentâneo com o interesse público envolvido na remoção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É evidente, também, que o direito de inamovibilidade não seria, caso conferido aos Delegados, implementado de maneira absoluta, pois assim já não o é em relação às carreiras que hoje usufruem dessa prerrogativa. Conforme assevera o art. 93, VII, da Constituição, o direito à inamovibilidade para os magistrados pode ser afastado caso assim manifeste o interesse público. Da mesma forma poderia ser assegurado aos Delegados de Polícia, estabelecendo uma chancela ao afastamento da garantia por parte de um órgão superior de controle.

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA MATÉRIA.

É evidente que, haja vista o direito à inamovibilidade ser garantido, para as outras carreiras que dele gozam, através de previsão constitucional, o mesmo poderia ser feito em relação aos Delegados. Contudo, não se pode afastar, igualmente, a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal o garanta através de jurisprudência vinculante.

Muito embora não se possa excluir a possibilidade de, futuramente, seja promulgada uma Emenda Constitucional nesse sentido, o que não ofenderia os limites ao poder de reforma constitucional, o STF, da mesma maneira que assegura a fruição de direitos semelhantes por meio de sua jurisprudência, poderia fazê-lo na hipótese aqui tratada.

Aliás, foi através dos posicionamentos da Suprema Corte que se garantiu, a diversas carreiras, vantagens das mais diversas naturezas que abrem o caminho para a discussão sobre a inamovibilidade dos Delegados de Polícia. Há tempos que a via legislativa, sobretudo pela demora que lhe é inerente, não é a única via de conquista de direitos individuais e coletivos, sobretudo em tempos de altivez judicial ante às permissões concedidas pelo ordenamento.

Foi por meio de manifestação do Supremo Tribunal Federal que se garantiu, por exemplo, o direito à inamovibilidade dos juízes substitutos[6], o que representou atuação positiva da Corte no sentido de confirmar a garantia a parte da carreira que até então sofria questionamento. Igualmente, o STF garantiu aos Defensores Públicos o recebimento de honorários advocatícios em causas que atuem contra o

próprio ente federativo[7]. Do mesmo modo, garantiu que Constituições Estaduais previssem foro por prerrogativa de função para Procuradores Estaduais[8].

Especificamente quanto à inamovibilidade em relação aos Delegados, o STF possui um precedente bastante antigo[9] no qual o direito à inamovibilidade, garantido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos de Santa Catarina, foi negado aos Delegados de Polícia em razão da autonomia administrativa em relocar seus funcionários conforme seu interesse.

Considerando que o precedente data de mais de 50 anos, acreditamos que é chegada a hora de revisitá-lo, sobretudo diante de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade em trâmite no Supremo (ADI´s 5520, 5522 e 5528)[10], de estabelecer novos contornos à temática, tendo em conta, inclusive, que desde a citada decisão ocorreram incontáveis mudanças na estrutura profissional e no tratamento legal conferido aos Delegados, o que reforça a necessidade de se conferir garantias e direitos compatíveis com o atual estágio de relevância profissional que enfrentam.

CONCLUSÕES

Os Delegados de Polícia, atualmente não detentores do direito à inamovibilidade profissional, ganharam, ao longo dos anos, valorização e reconhecimento social. O papel que hoje desempenham na sociedade é acompanhado da crescente percepção da importância de sua atividade para o convívio social pacífico. O rigor cada vez maior nos concursos públicos de seleção, bem como a natural modernização das condições de trabalho, devem ser acompanhadas de mudanças que impliquem em maiores garantias profissionais no que diz respeito ao exercício da atividade. Dessa forma, é possível conceber que o Delegado, assim como as carreiras que já são detentoras da inamovibilidade, possui um papel de relevância tal que justifique a garantia daquele direito. Evidentemente, a prerrogativa não significaria absoluta intangibilidade de sua atuação, uma vez que o sistema investigatório no qual atua oferece inúmeras ferramentas de controle técnico e profissional que permitem o constante monitoramento da legalidade das atividades dos profissionais. Portanto, garantida a manutenção dos meios de aferição de legalidade, e sempre em vista do maior interesse público, tais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

profissionais, que atuam na garantia da paz social, devem ser inamovíveis, e que tal direito seja usufruído de modo a satisfazer o interesse público inerente à função.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 7ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALEXANDRE, Ricardo. DE DEUS, João. Direito Administrativo – 3 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

HOFFMANN, Henrique. Inamovibilidade é prerrogativa do delegado e garantia do cidadão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-27/academia-policia-inamovibilidade-prerrogativa-delegado-garantia-cidadao>. Acesso em 23 de ago 2019.

NOTÍCIAS STF: PGR questiona normas que atribuem independência funcional a delegados de polícia. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317092>. Acesso em 22 de ago. 2019.

STF. Plenário. AR 1937 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/06/2017.

STF. Plenário. HC 103803/RR, Rel. Min Teori Zavascki, julgado em 01/07/2014.

STF. Plenário. MS 25747/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/05/2012.

STF. Segunda Turma. RO em Mandado de Segurança nº 13.255/SC, Rel. Min. Pedro Chaves, julgado em 23/08/1966.

NOTAS:

[1] AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 7ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 771.

[2] AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 7ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 239.

[3] O direito à inamovibilidade dos magistrados já era previsto, inclusive, na Constituição Federal anterior, de 1967, em seu artigo 108, II, que assim previa: Art. 108 - Salvo as restrições expressas nesta Constituição, gozarão os Juízes das garantias seguintes: II - inamovibilidade, exceto por motivo de interesse público, na forma do § 2º; § 2 º - O Tribunal competente poderá, por motivo de interesse

público, em escrutínio secreto, pelo voto de dois terços de seus Juízes efetivos, determinar a remoção ou a disponibilidade do Juiz de categoria inferior, assegurando-lhe defesa. Os Tribunais poderão proceder da mesma forma, em relação a seus Juízes.

[4] HOFFMANN, Henrique. Inamovibilidade é prerrogativa do delegado e garantia do cidadão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-27/academia-policia-inamovibilidade-prerrogativa-delegado-garantia-cidadao>. Acesso em 23 de ago 2019.

[5] ALEXANDRE, Ricardo. DE DEUS, João. Direito Administrativo – 3 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

[6] STF. Plenário. MS 25747/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/05/2012.

[7] STF. Plenário. AR 1937 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/06/2017.

[8] STF. Plenário. HC 103803/RR, Rel. Min Teori Zavascki, julgado em 01/07/2014.

[9] STF. Segunda Turma. RO em Mandado de Segurança nº 13.255/SC, Rel. Min. Pedro Chaves, julgado em 23/08/1966.

[10] NOTÍCIAS STF: PGR questiona normas que atribuem independência funcional a delegados de polícia. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317092>. Acesso em 22 de ago. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PODE A DEFESA TER ACESSO AOS DOCUMENTOS QUE BASEIAM A ACUSAÇÃO?

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO HENRIQUE DA SILVA JUNIOR:
Acadêmico do curso de direito da Universidade Cândido Mendes - Campus JPA.

O tema que nos traz a análise refere-se a constante violação dos postulados constitucionais orientadores dos ritos processuais penais no ordenamento pátrio, excessivamente violados nas recentes megaoperações deflagradas por forças-tarefa de atuação mista. Sem olvidar da obviedade de que qualquer afronta à princípios fundamentais, é excessiva.

Antes de adentrar à exposição proposta, faz-se necessário a explanação sumária dos institutos que protagonizaram o fato que se pretende pontuar, quais sejam: o acordo de leniência e a colaboração premiada.

Conforme se sabe, a colaboração premiada não é meio de prova recente no ordenamento brasileiro, apesar de recém popularizado. Tal meio probatório constitui-se em concessão de provas por meio de réu, normalmente integrante de organização criminosa que, sob a promessa de ser "premiado" com "benefícios", delata os esquemas ilícitos sobre os quais o Estado estaria promovendo a persecução criminal.

A colaboração premiada foi regulamentada pela lei 12.850/13, denominada lei de organizações criminosas, eis que previu diversos meios de obtenção probatória referente aos crimes ali tipificados, bem como ritos específicos. Neste contexto, apesar de não ser utilizada só neste tipo penal, a colaboração premiada está prevista na mencionada lei especial, a qual determina e delimita os "benefícios" a que fará jus o réu delator, colocando sob condição basilar para concessão dos benefícios que as informações por este prestadas sejam eficazes para a elucidação dos fatos imputados.

Trata-se, portanto, de instituto processual-penal, o qual só pode ser utilizado no curso da instrução processual, prévia ou processual, isto é, pode ser utilizado tanto na fase inquisitorial por meio de requisição do Delegado de Polícia ou do Ministério Público, devendo ser homologado pelo juiz competente, bem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como na fase processual, por requisição do Ministério Público, preponderando a necessidade de homologação pelo magistrado competente, o qual analisará formalmente os termos do acordo de colaboração pactuado.

Doutro lado personifica-se o acordo de leniência, instituído por meio da lei anticorrupção, lei nº 12.846/13, a qual fixou a mencionada espécie colaborativa no âmbito administrativo, a qual é cabível para a autoridade máxima responsável por órgão ou entidade apontado pela prática dos atos previstos nesta lei, que deverá colaborar, também de forma efetiva, a semelhança do acordo de colaboração premiada, com as investigações.

O acordo de leniência se assemelha em partes ao acordo de colaboração premiada, visto que ambos visam a obtenção de informações que comprovem os ilícitos apurados e os envolvidos, bem como a promessa de contraprestação consubstanciada em benefícios processuais, como redução de pena e até o perdão judicial.

Todavia, a precípua diferenciação está contida na esfera de realização destes: ao passo que o acordo de colaboração só pode ser utilizado na esfera de responsabilização penal, o acordo de leniência somente é cabível no âmbito administrativo.

Não obstante, embates acadêmicos e jurídicos são verificados no momento em que se verifica a independência das instâncias de responsabilização penal e administrativa. Isto é, uma absolvição na esfera penal não necessariamente resultará em absolvição administrativa, salvo exceções.

Neste contexto, sabido é que as informações obtidas por meio dos acordos de leniência, apesar de não possuírem o condão de, por si só, embasar uma sentença condenatória, assim como as informações obtidas por meio de colaboração premiada, estas detêm legitimidade para possibilitar o início da instrução processual por meio do *parquet*, o qual poderá oferecer denúncia com base em elementos colhidos no âmbito administrativo em acordos de leniência.

Logo, sabendo-se que as informações obtidas nos acordos de leniência em âmbito administrativo poderão lastrear a pretensão punitiva do Ministério Público e sabendo-se que os mencionados acordos são protegidos pelo sigilo, extrai-se que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a defesa em face de uma denúncia baseada nestas informações restaria prejudicada, ante o sigilo atribuído as informações ?

Nesta seara, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, norteadores do devido processo legal em âmbito processual penal, a defesa deveria ter acesso amplo e irrestrito aos acordos de leniência que teriam servido de base para a promoção ministerial, como forma de garantir a ampla defesa e afastar a surpresa, consectário dos mencionados postulados principiológicos.

Este foi o entendimento esposado pelo Desembargador Néviton Guedes, em julgamento do TRF 1ª proferido em 6 de setembro do ano corrente.

Na ocasião, o Ministério Público Federal teria oferecido denúncia em face do ex-governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, com base em informações angariadas em acordos de leniência, por meio de depoimentos de ex-executivos da empreiteira Andrade Gutierrez, os quais foram prestados no curso da "operação lava jato".

Ante isto, a defesa do ex-governador impetrou Habeas Corpus para obter acesso as gravações áudio visuais dos depoimentos que basearam a acusação. Apesar do pedido já ter sido formulado perante o Juiz de primeiro grau responsável, arguindo a nulidade do impedimento de ter acesso as gravações, o magistrado teria negado a arguição de nulidade, entendendo trata-se de "mera irregularidade", que poderia ser sanada no curso da instrução.

Portanto, o Desembargador Federal concedeu a ordem de Habeas Corpus, asseverando que o acesso prévio a todas as provas que baseiam a iniciativa acusatória é necessário antes da apresentação da defesa prévia, em respeito aos princípios da ampla defesa e contraditório, sendo insuficiente o acesso a meras transcrições dos depoimentos, feitas pelo próprio órgão persecutório, eis que estas poderiam estar eivadas de vícios formais.

Segue trecho da decisão:

> No caso, não remanesce dúvida de que a acusação se utilizou da transcrição de declarações prestadas em acordos de colaboração/leniência para embasar a acusação e à parte assiste o direito de somente apresentar defesa prévia ou ver

> iniciada a instrução, com a oitiva desses delatores, após ter acesso a esse material, que, ao que tudo indica, encontra-se em poder das autoridades encarregadas da persecução penal. Aliás, mesmo a autoridade impetrada admitiu a ausência das provas requeridas (mídias), não obstante tenha entendido tratar-se de mera irregularidade.
>
> Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido liminar para, reconhecendo ao paciente o direito de ter acesso às mídias contendo o material audiovisual dasde clarações prestadas pelos colaboradores/lenientes (cujas transcrições embasaram a denúncia), suspender as audiências de instrução designadas para os dias 09, 10 e 27 de setembro de 2019, bem como para os dias 04 e 10 de outubro de 2019, em que seriam ouvidos os colaboradores e os lenientes do processo, até que lhe seja fornecido(ao paciente) o material probatório em questão, ou até que seja julgado o presente Habeas Corpus.

Com a análise do exposto, a decisão emanada da Corte Federal mostra-se em todo acertada, não permitindo um processo penal de exceção, garantindo ao acusado o conhecimento de todos os fatos a si imputados e todos os elementos probatórios contra si existentes, afastando a tentativa de uma "defesa cega" e garantindo a lisura da instrução processual desde sua origem, afastando os prejuízos oriundos de "nulidades de algibeira" e, finalmente, reconhecendo a perpetração de nulidades processuais, cujo reconhecimento estavam a muito escondidas pelo eclipse do ímpeto punitivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CONCORRÊNCIA DESLEAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

GABRIEL PEDROZA BEZERRA RIBEIRO: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Uniderp Anhanguera. Pós-graduando em Direito Processual pela PUC Minas. Procurador Legislativo da Câmara Municipal de Ituporanga/SC. Advogado.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o tema da concorrência desleal, à luz da doutrina e da jurisprudência pátrias. Nessa vertente, será realizada breve incursão histórica sobre o tema, passando-se à observação do tratamento da matéria na Constituição Federal e nos diplomas infraconstitucionais correlatos. Por derradeiro, far-se-á um cotejo entre a propriedade industrial e a concorrência desleal, além da apresentação das principais classificações quanto aos atos que configuram esta última.

Palavras-chave: Direito Empresarial, Propriedade Industrial, Concorrência desleal

Sumário: 1 Introdução; 2 Evolução histórica do tema; 3. Concorrência desleal na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor; 4. Propriedade industrial e concorrência desleal; 5. Classificação do ato de concorrência desleal; 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de esgotar a matéria objeto do estudo da concorrência desleal no domínio da propriedade intelectual, é conveniente comentar sobre seu conceito.

O direito de domínio ou propriedade intelectual abarca, para a doutrina dominante, o direito de propriedade industrial que compreende, por exemplo, o amparo às marcas, algoritmo e merchandising, o direito do inventor, a repreensão à concorrência desleal, e principalmente o direito autoral em sua essência.

Por primeiro carece esmiuçar pontualmente o tema à luz do atributo intelectivo, historiando, fundamentalmente, que o método ou conjunto de preceitos de nosso ordenamento jurídico deve ser observado, pois existe proibição expressa

em nossa Carta Magna, que impossibilita o Estado de intervir nas condições habituais da concorrência.

Todavia, havendo evidências de monopólio e centralização de domínio econômico há obrigação estatal de intervir, para conter a exploração e a centralização de poder econômico.

Denis Borges Barbosa (2009), ao tratar do tema em obra monográfica, diz que:

> (...) há concorrência quando distintos agentes econômicos disputam a entrada, manutenção ou predomínio num mercado, definido por serviços ou produtos que sejam iguais ou – do ponto de vista do consumidor – substituíveis entre si; definido ainda pela efetividade dessa disputa num espaço geográfico e temporal determinado.

Para se falar em ato desleal, se faz necessário ter uma ideia clara do que seja competição, ou rivalidade comercial que configura a falta de lealdade e implica na observação de algumas conjecturas factíveis.

Ou seja, é necessário que os atos de concorrência sejam censuráveis, e tratando-se de conceito jurídico irresoluto e intricado de se aquilatar, necessitando um ponderar aprofundado quanto ao tempo e lugar.

Tais elementos são vistos como fatores primordiais para definir o trabalho probatório, uma vez que, a depender do lado passivo ou ativo que se encontre o cidadão no trato com a deslealdade, seu enquadramento como leal ou desleal sofre variações protecionistas distintas.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TEMA

A contenda em relação à concorrência desleal é relativamente contemporânea, uma vez que não temos registro remoto sobre o tópico.

Preconiza Wilson Pinheiro Jabur (2007):

> Um dos primeiros precedentes judiciais de que se tem notícia – e que não cuidava efetivamente de concorrência, mas sim de rivalidade – é a queixa que professores apresentaram em 1410 aos juízes de Gloucester, no interior da Inglaterra, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> razão da chegada de novo colega, o que teria causado baixa no preço das aulas. A queixa acabou rejeitada em favor do novato, por entenderem os juízes que seria contrário à razão impedir um professor de lecionar onde quisesse.
>
> A verdadeira concorrência, entretanto, será verificada apenas com a Revolução Industrial e após a Revolução Francesa. Até então, com efeito, as profissões eram rigidamente controladas pelas corporações de ofício, e as poucas unidades de produção existentes gozavam de monopólio de fabricação. Some-se a isso a dificuldade de locomoção, que naturalmente restringia a atuação do artífice ou comerciante à localidade em que estava estabelecido.
>
> A disciplina da concorrência, nesse período que coincide com os primórdios do direito comercial, é feita no momento anterior à entrada do "agente" no mercado. Isto se dá nas corporações de ofício e entre os mercadores que limitam a atuação de concorrentes.

O livre-arbítrio espontaneamente proporcionado pela Revolução Francesa permitiu o surgimento da ideia predominante de concorrência entre os empresários e ou produtores. Aqui brotou a disputa pelos clientes, que logo teve seus desmandos ordenados pelos juízes, amparados pelos princípios da lealdade e da boa-fé para e o acudir os menos abastados.

A coletividade percebeu então, que a liberdade integral seria inexequível, e a agressão à ordem estabelecida seria um desregramento.

Neste interim, se mostra imperativo que existam regras norteadoras da competição quando são escassos os elementos necessários à vida entre os membros de uma comunidade, a fim de que a própria seja resguardada.

O combate a concorrência desleal se afigura como condicionante da liberdade econômica, sendo indispensável para se garantir o gozo de tal garantia constitucional.

3. CONCORRÊNCIA DESLEAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No art. 170 da CF/88, que versa e disciplina e estabelece a ordem econômica, constam como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor.

> Art, 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> I – soberania nacional;
>
> II – propriedade privada;
>
> III – função social da propriedade;
>
> IV – livre concorrência;
>
> V – defesa do consumidor; [...]

A propósito da matéria na esfera das relações de consumo, a conveniente Lei nº. 8.078/90, que trouxe o Código de Defesa do Consumidor, aponta que a repressão aos abusos praticados no mercado de consumo - incluindo-se aí a concorrência desleal e uso imerecido de invenção e concepção industrial de marcas, denominação mercantil e símbolos característico - que ocasionem lesão ao consumidor, faz parte do rol dos princípios garantidores da boa relações de consumo.

Além disso, o mencionado Código inclui entre os direitos fundamentais do consumidor o amparo contra propaganda enganosa e abusiva, aos artifícios comerciais coercitivos ou pérfidos, bem como contra o exercício e disposições abusivas ou que cominem no aprovisionamento de produtos e serviços.

No combate à concorrência desleal, a legislação consumerista obriga-se a resguardar, concomitantemente, o interesse do consumidor, dos concorrentes e do serviço público.

Nesta seara, conveniente citar fragmento da obra de José de Oliveira Ascensão (2002):

> Na natureza não há crueldade nem compaixão. Na selva, toda gazela termina os seus dias nos dentes do leão. Nenhuma morre de morte natural. Mas tudo acontece sem que o leão seja cruel, e sem que tenha também piedade. Os sentimentos são alheios à vida da selva.

Prossegue o acenar do autor:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Na concorrência não há crueldade nem compaixão. Tudo se passa de modo muito semelhante ao da selva. Mata-se e morre-se com inocência. Em relação à vida da selva aperfeiçoou-se espantosamente o engenho, mas há uma neutralidade em relação a camadas superiores da vida do espírito. Os sentimentos humanos estão longe da vida dos negócios como estão da vida da selva.
>
> A concorrência desleal traz um elemento humano à vida dos negócios. Assenta numa valoração que supõe valores espirituais – desde logo a lealdade. Representa assim uma clareira na selva das relações humanas.
>
> A concorrência desleal deve, pois ser acolhida com entusiasmo e amparada, para que se humanize quanto possível à luta selvagem da concorrência.
>
> Porém verificamos que o próprio instituto da concorrência não está ao abrigo da lei da selva. A concorrência desleal pode ser instrumentalizada como arma dessa luta. Pode nomeadamente ser distorcida, de modo a servir, não a lealdade da concorrência, mas os interesses já instalados. Neste caso a concorrência desleal passa a ser um peão mais nas mãos do forte contra o fraco.
>
> Por isso, assegurar que a concorrência desleal seja realmente uma manifestação do espírito na luta sem quartel da concorrência deverá ser um objetivo permanente de toda a dogmatização deste instituto.

4. PROPRIEDADE INSDUSTRIAL E CONCORRÊNCIA DESLEAL

É de fácil percepção uma inseparável afinidade dentre concorrência desleal e propriedade industrial.

Acerca da matéria, situa Gama Cerqueira (1964):

> A repressão da concorrência desleal confunde-se com a propriedade industrial sob o ponto de vista dos princípios em

> que se baseiam. Ou, melhor dito, a repressão da concorrência desleal constitui o princípio básico da propriedade industrial, ao mesmo tempo em que esta constitui a concretização daquele princípio, na legislação positiva.

Podemos observar, com clareza, esta relação interpor-se na legislação, uma vez que o art. 2º, da Lei nº. 9.279/96, que dispõe sobre Propriedade Industrial (LPI), preceitua que o arrimo dos direitos atinentes à propriedade industrial realizar-se com o auxílio ou intervenção da contenção à concorrência desleal.

> Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:
>
> I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
>
> II - concessão de registro de desenho industrial;
>
> III - concessão de registro de marca;
>
> IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
>
> V - repressão à concorrência desleal.

Contribuindo com a abertura normativa, os artigos 195 e 209 da mesma Lei nº. 9.279/96 mencionam os tipos penais e as ações desleais.

Cabe registrar, oportunamente, em que pese a afinidade dos temas, que não há como se confundir os termos concorrência desleal e propriedade intelectual, uma vez que são institutos múltiplos.

A transgressão aos direitos de propriedade intelectual implica que haja determinado ato de concorrência desleal, conforme lista o art. 195 da LPI:

> Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:
>
> I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
>
> II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

5. CLASSIFICAÇÕES DO ATO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Mister instruir-se quais atos são capazes de indicar a existência de concorrência desleal em um caso palpável, mesmo sem o propósito de esgotar a disciplina.

Os conceitos aqui oferecidos devem ser aplicados de acordo com o estudo dos casos de consciência, dos problemas concretos que se apresentam à ação moral.

Explana Celso Delmanto (1975) que a melhor definição do que seriam atos de concorrência desleal vem da experiência norte-americana, quando um aluno de Edward S. Rogers, famoso tratadista sobre a matéria no país, ao ser por este indagado sobre o conceito de concorrência desleal, disse serem os dirty tricks (truques sujos).

Celso Delmanto prossegue em sua linha de exemplos, citando que outro jurista norte-americano, H. D. Nims, costumava dizer que a todos cabe o direito de aproveitar os raios de sol, mas não o de usá-los para queimar a casa do vizinho, asseverando que o combate à concorrência desleal é uma intervenção do Estado para fazer válida a permissão de iniciativa por ele assegurada a todos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sintetizando, diz-se que a profundeza da concorrência pérfida se encontra nas ocorrências das buscas de se vencer a qualquer custo no negócio explorando contribuições de outrem, em prejuízo de seus próprios esforços.

A Convenção de Paris, primeiro Tratado Internacional sobre os direitos de propriedade industrial, inicialmente firmado em 1883, por 11 países, dentre os quais se encontrava o Brasil, não trazia originalmente uma disciplina específica sobre a concorrência desleal.

Foi com a Revisão de Washington, em 1911, que se introduziu a obrigação aos Estados-membros de assegurar aos nacionais da União (formada pelos signatários) proteção efetiva contra concorrência desleal.

Consecutivas alterações advieram, expandindo a contenda acerca do tema, sendo a última ocorrência datada de 1967, em Estocolmo, estabelecendo que constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

Fixou-se ainda que todos os atos capazes de, por algum meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, seus produtos, atividade industrial ou mercantil de um adversário, igualmente, deveriam ser tolhidos.

Assim como as inventivas alegações no exercício do comércio, capazes de macular o estabelecimento, os produtos, a atividade industrial ou comercial de um adversário obriga-se a ser refreada tanto quanto aos elementos cuja utilização no uso do comércio seja suscetível de induzir o público ao erro quanto a natureza, estilo de fabricação, características, probabilidade de emprego ou quantidade das mercadorias.

A partir daí pode-se especificar algumas das classificações relativas às ações de concorrência desleal, como, por exemplo: i) as ações confusórias; ii) as ações propensas ao descrédito; iii) as ações tendentes ao erro; iv) as ações atentatórias à organização do concorrente; e v) outros atos de concorrência desleal.

Ações confusórias são aquelas predispostas, como sugere o próprio nome, a ocasionar tumulto dentre os concorrentes, quer seja entre os estabelecimentos, produtos ou serviços. Dar-se quando um concorrente tenta se passar por outro, fazendo uso de invólucro ou expressão de propagandas similares.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

À guisa de exemplo, o seguinte julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE EMBALAGEM C/C INDENIZATÓRIA. MIMETISMO VISUAL. CONFUSÃO. CONCORRÊNCIA DESLEAL x LIBERDADE DE MERCADO. CONTRAFAÇÃO DIAGNOSTICADA. 1- Desenho industrial - mimetismo visual -contrafação diagnosticada: a similitude visual das embalagens comercializadas - dimensões físicas e ornamentação análogas, conjugada com a identidade de público-alvo, promove inquestionável confusão, porquanto desperta no consumidor a falsa idéia de estar adquirindo produto da autora. 2- Livre iniciativa x Concorrência desleal: o princípio da liberdade de concorrência - pedra angular do impulso e desenvolvimento do mercado - encontra baliza na lealdade negocial, dever decantado da boa-fé objetiva e que deve orquestrar o agir das empresas no âmbito comercial. Com esteio no art. 195 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), configura-se a concorrência desleal na hipótese de imitação de marca, passível de despertar confusão no consumidor. O cenário fático-jurídico de concorrência desleal reclama o desenho de um comportamento - patrocinado por um operador econômico e diagnosticado no terreno negocial de certo produto ou serviço - que contrarie a conduta-dever que necessita ser observada no duelo pela clientela, via expedientes que desafiem sua idoneidade no mercado e, efetivamente, ou em potência, causem danos ao concorrente. No caso concreto, há reunião dos requisitos evidenciadores da concorrência desleal fundada em confusão de produtos, a saber, anterioridade do produto concorrente, existência de imitação e suscetibilidade de confusão. Apelo desprovido.

> (Apelação Cível Nº 70031286610, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 25/11/2010).

Já as ações propensas ao descrédito são afirmações de cunho falso praticadas com o objetivo de desacreditar o antagonista, os produtos comercializados ou os serviços prestados.

A propósito do tópico, afiança José de Oliveira Ascensão (2002) que:

> Só interessam as falsas afirmações feitas no exercício da concorrência. Tudo o que sai desta não releva para efeitos de concorrência desleal. Assim, as lutas de família entre comerciantes ou até os insultos trocados nada tem que ver com concorrência desleal. Já o seriam porém as falsas afirmações sobre o crédito alheio, ainda que norteadas por propósito de vingança.

Exemplificando, tem-se o seguinte caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Dano moral por concorrência desleal genérica - Empresa do ramo de publicidade que, a pretexto de realizar brincadeira com equipe da concorrente, grava cenas não autorizadas com aparência de piadas entre subordinados para, em ato posterior, transformá-las em instrumento tendencioso para depreciar e denegrir a imagem objetiva (comercial), veiculando-as pela tevê - Inadmissibilidade - Falta de autorização para a exposição pública do nome em prática de publicidade negativa - Provimento, em parte, para arbitrar a indenização em R$ 20.000,00. (TJSP. Apelação Cível nº. 990100268856)

Por sua vez, as ações tendentes ao erro são indicações ou alegações capazes de levar a sociedade ao desacerto sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade de mercadorias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A título de exemplo, relaciona-se a publicidade mentirosa, prevista no inciso I, do art. 195, da Lei nº. 9.279/96, crime configurado com a veiculação de declaração falaciosa que tenha a inclinação virtual de embaraçar, e se consuma independentemente do efetivo acontecimento de dano para o adversário ou o alcance de vantagem para o agente.

O inciso VII, do art. 195, da mesma Lei traz mais um ato tendente ao erro, ou seja, a falsa atribuição de recompensa ou distinção. O desvio de clientela, neste caso, se dá porque o consumidor acredita que o produto anunciado obteve prêmio que o abalizar melhor desempenho e ou qualidade que o dos demais concorrentes.

O inciso XIII do art. 195 supracitado preconiza, ainda, a falsa recomendação de qualidade e privilégio.

Wilson Pinheiro Jabur (2007) recrimina semelhante dispositivo, pois nele "apenas foram contemplados as patentes e os registros de desenho industrial, não havendo na lei equivalente previsão em relação à falsa atribuição de titularidade sobre marca".

Por derradeiro, são ações atentatórias à organização do concorrente, segundo Jabur (2007) "expedientes diversos como a divulgação de segredo ou know-how, bem como as diferentes práticas de espionagem econômica, a divulgação ou exploração de resultados de testes, entre outros".

Antevendo as presunções de deslealdade na concorrência a Lei 9.279/96 preconiza em seu art. 195 e incisos as seguintes hipóteses: IX (corrupção ativa de empregado); X (corrupção passiva de empregado); XI (violação de segredo de negócio); XII (divulgação ou exploração de informações ilicitamente obtidas); e XIV (divulgação ou exploração não autorizada de resultados de testes).

De modo residual, existe ainda um grupo de atos que não se amoldam perfeitamente a nenhuma das categorias anteriores, a exemplo do inciso III do supracitado artigo da LPI, que determina que comete crime de concorrência desleal àquele que emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.

6.CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O desenvolvimento e sustentação de vários segmentos dos negócios inteirados no mercado está acoplado ao desempenho estatal versus concorrência desleal.

A disputa de espaço entre os agentes econômicos, mesmo sendo saudável para o Estado Democrático de Direito, não pode sob qualquer pretexto ser eivada de meio leonino.

Portanto é indispensável a intervenção estatal para garantir o ordenamento sem desvirtuar em prol de comerciantes inescrupulosos, cartéis e monopólio inadmissíveis.

REFERÊNCIAS:

ASCENSÃO, José de Oliveira. Concorrência desleal. Coimbra: Livr. Almedina, 2002.

BARBOSA, Ana Beatriz Nunes; BARBOSA, Denis Borges; e GRAU-KUNTZ, Karin. A Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. A Propriedade Intelectual no Século XXI – Estudos de Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

DELMANTO, Celso. Crimes de concorrência desleal. São Paulo: Bushatsky/EDUSP, 1975.

JABUR, Wilson Pinheiro. Propriedade Intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal. São Paulo: Saraiva, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DO CÓDIGO PENAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

DOUGLAS PAULA DA SILVA: Graduando em Direito 2019 no CIESA/AM.

LELAND BARROSO DE SOUZA***[1]***

RESUMO: O presente estudo dedica-se a estudar a redução da maioridade no ordenamento jurídico brasileiro, analisando pelo código penal e estatuto da criança e do adolescente. Por compreender que a inimputabilidade, que é ausência de características pessoais necessárias para que possa ser atribuída ao menor a responsabilidade por um ilícito penal, não deva se confundir com impunidade, que é a falta de castigo. Desde os anos noventa vem se analisando a redução da moiridade, porém a discussão da constitucionalidade dessa redução tem que ser feita com base real, pois existem os que defendem a redução penal como forma de coibir a violência que os menores infratores vêm causando à sociedade e outros que defendem que existe imaturidade no adolescente que lhe é própria, devido a sua formação de mente e valores morais e éticos. Assim sendo o objetivo geral é mostrar a aplicação da inimputabilidade do menor de idade no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto se utilizou a metodologia jurídica que utiliza algumas técnicas para elaborar um raciocínio jurídico e para afiar a construção da argumentação de texto, cujo método é dedutivo e pesquisa bibliográfica. Concluindo que a inimputabilidade penal é uma excludente de responsabilidade por dano, mal, desastre causado a outrem, se delimitando aos casos previstos em lei, sendo a idade de dezoito anos umjulgamento baseado em indício, legal absoluto, insusceptível de alteração, motivo pelo qual os jovens com menos de 18 anos, que praticarem os atos ilícitos estarão sujeitos às medidas socioeducativas previstas no ECA, que deve ser aplicado de modo correto e eficaz.

Palavras-chave: Maioridade Penal. Código Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT: The present study is devoted to studying the reduction of the majority in the Brazilian legal system, analyzing by the penal code and the status of the child and the adolescent. By understanding that the non-attributability, which is the absence of personal characteristics necessary for the attribution to the minor of the responsibility for a criminal offense, should not be confused with impunity, which is the lack of punishment. Since the nineties the reduction of morality has been analyzed, but the discussion of the constitutionality of this reduction has to be made on a real basis, since there are those who defend the penal reduction as a way to curb the violence that the minor offenders have been causing to society and others who argue that there is immaturity in the adolescent who is his own due to his moral and ethical values and mind formation. Thus, the general objective is to show the application of the minor's incapacity in the Brazilian legal system. For that, we used the legal methodology that uses some techniques to elaborate a legal reasoning and to sharpen the construction of the text argument, whose method is deductive and bibliographic research. Concluding that criminal incompetence is an exclusion of liability for damage, evil, disaster caused to another, delimiting to cases provided by law, being the age of eighteen years a trial based on evidence, absolute legal, unchangeable, reason why young people under the age of 18 who commit unlawful acts will be subject to the socio-educational measures provided for in the ECA, which must be applied correctly and effectively.

Keywords: Penalty of Majority. Criminal Code. Child and Adolescent Statute.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho trata da redução da maioridade, delimitado ao ordenamento jurídico brasileiro, analisando segundo o Código Penal Brasileiro e o Estatuto da Criança e do Adolescente. O estudo é com relação a insegurança do povo brasileiro com a crescente insegurança com a incidência de crimes praticados pelos menores infratores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A maior problemática está no aumento brutal da criminalidade comprovada entre jovens e adolescentes brasileiros, que já está se tornando comum. A violência, o roubo, o tráfico de drogas, enfim os atos ilícitos dessa geração estão movimentando a sociedade levantar questões a respeito, bem como defender pontos de vista contrários sobre as propostas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), força para reprimir a prática de novas infrações.

A Redução da maioridade pelo Ordenamento Jurídico já vem sendo discutida, porém existe uma pressão popular para que maioridade penal de 18 anos passe para 16 anos de idade como forma de pôr fim à criminalidade. Mas o que se quer saber como deve ser tratado esse desejo quando analisado pelos preceitos constitucionais de proteção da criança e do adolescente, o código penal e as medidas socioeducativas propostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quando a problemática é vista pela Constituição Federal de 1988, verifica-se em seu art. 288 a estabilidade dos menores infratores que penalmente falando são inimputáveis, significando, portanto, que os mesmos estarão sujeitos a uma legislação especial. Se vista pelo Código Penal vê-se que está decretada a mesma regra em seu art. 27º ao dispor que "os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial". Já a proposta do ECA é punição, porém associado ao estabelecimento de um processo socioeducativo.

Por tudo já visto até aqui se justifica o trabalho pela relevância social, por conhecer todas as formas de ordenamento jurídico para o assunto, por procurar pelas ações preventivas, enfim abordar os principais argumentos favoráveis e contrários à redução da maioridade penal.

O objetivo geral desse trabalho é mostrar a aplicação da inimputabilidade do menor de idade no ordenamento jurídico brasileiro e para tanto é necessário examinar minuciosamente o conceito da temática no âmbito do Direito Penal, constitucional e também à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim como observar na lei os requisitos necessários para que o agente possa se beneficiar com

a inimputabilidade e comparar os índices de situações temporais referentes às medidas socioeducativas.

1 MAIORIDADE PENAL

Para que se possa compreender o trabalho a seguir um breve retrospecto da maioridade penal na história brasileira.

O Brasil é composto por povos de toda parte, portanto uma população mestiça. Neste sentido, as primeiras Ordenações, as Afonsinas e Manuelinas, nem se quer atingiriam o termo de uma trajetória expressiva no território brasileiro, contudo, em termos penais, no início do século XIX, com a edição do Código Filipino essa realidade sofre modificações, e com ela é gerado um sistema penal de responsabilidade onde começaria a partir dos sete anos de idade, se bem que, trouxesse a existência de jovens adultos com idades entre dezessete e vinte e uns anos, e capacidade plena aos vinte e um anos completos. (PEREIRA, 2012, p.12).

Neste período as crianças e adolescente não eram sujeitos de direitos.

Vê-se na história, entre 1822 e 1889, que as primeiras leis do Brasil império, logo após a independência, o Brasil voltou-se para a reformulação da legislação penal (código criminal de 1830), naquela época os "menores" adolescentes eram objeto da responsabilização penal. (ALVES, 2017, p.1).

Com o código criminal Brasileiro de 1830 houve mudanças ao adotar um critério psicológico na fixação da responsabilidade penal dos menores. E em seu Art. 13º"Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezessete anos".

Neste sentido Melo (2000, p.1) diz que nesse período, "as crianças eram submetidas a punições muito rigorosas, muito parecidas com as penas dos adultos, embora destituídos, em qualquer caso, da pena de morte", porém quando se tratava

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de pessoas com idade entre dezesseis e vinte e um anos poderiam, "a depender da situação, serem condenados à pena de morte".

Estando assim posto a responsabilidade penal a partir dos 14 anos até os 17 anos, com recolhimento às Casas de Correção, também se fixa quatro ordens de menores como textualiza Pereira (2012: p. 12-13):

> Os menores de 14 anos, presumidamente irresponsáveis, salvo se provassem terem agido com discernimento; os menores de 14 anos, que tivessem discernimento, sujeitos que deveriam ser recolhidos a casas de correção pelo tempo em que o juiz dispusesse, contando que não excedesse o limite de idade até 17 anos; os maiores de 14 anos e menores de 17 anos, sujeitos as penas de cumplicidade, cabendo pena de dois terços da que caberia ao adulto e se ao juiz parecesse justo e, o menor de dezessete e menor de vinte um anos, que gozariam da atenuante da menoridade em caso de prática de algum ato delituoso. (PEREIRA, 2012).

Nos anos de 1889 a 1929 vê-se a assistência e proteção da Primeira República. Foi um período de ocorrências de mudanças políticas, sociais e econômicas e os jovens eram vistos pela justiça, com muita preocupação e começaram a analisar essa questão e a discutir até mesmo em congresso internacionais, ganhando força a ideia de educação e a "reabilitação" das crianças pobres por meio do trabalho. Em 1921 destaca-se a aprovação da organização geral da assistência com provisão orçamentaria da União. Já em 1923 foi criado o primeiro juizado de menores e em 1927 foi promulgado o Código de Menores. (ALVES, 2017, p.1).

Prosseguindo, a história relata que em 1930 houve várias reformas nas leis e com relação à assistência à criança e adolescente aconteceu na área da saúde e educação, onde a Legião Brasileira de Assistência Social e o Conselho Nacional da Criança puderam se destacar. Em 1964 acontece o esvaziamento do debate sobre os direitos da criança e do adolescente marcada pelo autoritarismo de uma ditadura

militar, até que em 1979, no código de menores foi introduzido o conceito de "menor" em situação irregular, de modo que a criança e o adolescente não eram vistos com dignidade, eles eram visto como objetos de intervenção do Estado.(ALVES, 2017, p.1).

E vem em 1988, a Constituição Federal que assim diz em seu art. 228: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial."

Depois e 1990 vem a construção do ECA, o Brasil inova a sua tradição sócio jurídica, instituindo os Conselhos de Direitos e tutelares, uma experiência singular, estabelecendo um espaço de participação social, aonde criança e adolescente são sujeitos de Direitos.(ALVES, 2017, p.1).

Esse é um pequeno histórico para começar a entender a problemática desse estudo, cujo assunto vem se arrastando para uma solução. A questão da maioridade, hoje a sociedade se divide em suas opiniões, uns defendem a redução da maioridade para 16 anos, por compreenderem que nos dias atuais, jovens dessa idade entendem muito bem o que é certo e o que é errado. Porém outros defendem que não resolveria o problema, principalmente os criminais, só estariam transferindo o recrutamento para o crime organizado de jovens de faixa etária cada vez mais baixa. (PINHEIRO, 2013, p.1).

1.1 Visão Constitucional

A redução da Maioridade penal no Brasil é uma medida constitucional ou inconstitucional? Na visão Constitucional a proteção é conferida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a esses indivíduos. E veem-se muitas discussões da constitucionalidade dessa redução, visto que no artigo 60 § 4º inciso IV da Constituição Federal, versa que não será objeto de Emenda à Constituição os direitos e garantias individuais. (FARIA, 2019, p.1).

A Constituição/88 adiantou-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança e se revestiu no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios fundantes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da Doutrina da Proteção Integral, os quais estão previstos nos artigos 227 e 228, que assim diz:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.
>
> Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Existe um conflito e debates são realizados no assunto da redução da maioridade penal, porém a visão constitucional mostra seu aspecto que é considerado clausula pétrea no entendimento majoritário da doutrina e jurisprudencial. Mas aqueles que são a favor de reduzir a maioridade já apresentaram várias propostas de Emendas Constitucionais, como podem ser vistas abaixo segundo Silva, Pereira e Santana (2018, p.1)

> PEC 03/2001 De autoria do Senador José Roberto a Arruda, propõe a alteração do art. 228 da CF, reduzindo para dezesseis anos de idade a imputabilidade penal.
>
> PEC 26/2002 De autoria do Senador Iris Rezende, altera o art. 228 da Constituição Federal para reduzir a idade prevista para a imputabilidade penal para dezesseis anos.
>
> PEC 90/2003 De autoria do Senador Magno Malta, inclui parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal, a fim de considerar imputáveis os maiores de treze anos que tenham praticados crimes classificados como hediondos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> PEC 09/2004 De autoria do Senador Papaléo Paes, também acrescenta parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal, para determinar que a imputabilidade penal seja reduzida se comprovado que o jovem tem discernimento para entender a gravidade de seus atos.
>
> PEC 26/2007 Criada pelo Senador Eduardo Azeredo, altera o art. 228 da Constituição Federal, a fim de prever a imputabilidade do menor com mais de dezesseis anos de idade, na hipótese que especifica, com redução de pena.

Todas as PEC tem um ponto incomum que é o de alterar o art. 228 da Constituição ficando a maioridade para 16 anos, ou que seja acrescentado novo paragrafo relacionado com os crimes de natureza mais grave praticados pelos adolescentes. Porém a única PEC que atingiu o objetivo foi a n°. 171/1993, que em razão do aumento da criminalidade entre os jovens, dos atos ilícitos que incluem toda sorte de crimes, inclusive os hediondos.

1.2 Visão Penal

O Código Penal, em seu art. 10demarca que o dia do começo (no caso, o do nascimento) seja incluído no cômputo do prazo e o art. 27 dispõe que é inimputável quem é menor de 18 anos, e não pode se considerar menor de 18 anos quem está completando essa idade, pois uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo. (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p.203).

Para avaliar a inimputabilidade penal, do menor frente ao código penal, a doutrina adota os seguintes critérios psicológico, biológico e biopsicológico e Nascimento (2014, p.1) explica critério psicológico e diz:

> Por esse critério, o que se avalia é a atividade psíquica, cuja deficiência encaminhará o agente para a inimputabilidade. O critério psicológico é insuficiente para aferir a inimputabilidade, pois, até mesmo para psiquiatras, é difícil a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> constatação exata da ausência de consciência e vontade no momento em que o crime é cometido.

Já para a avaliação biopsicológica no sistema jurídico atual, a faculdade de discernir e de identificar a verdade é adotada para aferição da culpabilidade do menor infrator, tipificado pelo art. 26 do Código Penal. Porém, se apresenta como exceção à regra a adoção do critério puramente biológico para assinalar usando marcos referencial a culpabilidade da criança e do adolescente, considerando tais indivíduos como mentalmente incapazes. (MAGALHÃES, 2014, p.1)

Ainda sobre o critério biopsicológico, Delmanto (2014, p.16) comenta:

> "[...] o CP estabelece, neste art. 27, a presunção absoluta de inimputabilidade para os menores de 18 anos. Tal presunção obedece a critério puramente biológico, nele não interferindo o maior ou menor grau de discernimento. Ela se justifica, pois o menor de 18 anos em geral não tem personalidade já formada, ainda não alcançou a maturidade de caráter. Por isso, o CP presume sua incapacidade para compreender a ilicitude do comportamento e para receber sanção penal. Trata-se, evidentemente, de um critério artificial mediante o qual a pessoa passa a ser, de um dia para o outro, imputável."

A avaliação da inimputabilidade pelo critério biológico também denominado etiológico, estará comprovada por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A visão penal para este critério sofrerá perguntas com relação às condições psicológicas do infrator menor e sua capacidade de autodeterminar-se. E nesse sentido Mirabete(2004, p. 210) diz: “aquele que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável, não se indagando se essa anomalia causou qualquer perturbação que retirou do agente a inteligência e a vontade do momento do fato.”

Ainda sobre o critério biológico e doença mental, pode-se afirmar que todas as doenças, ou moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

são ausências de maturidade psicológicas para entenderem regras, leis de uma civilização. Contudo, também é considerado, pela doutrina, desenvolvimento mental incompleto todos os surdos e mudos, os indígenas não integrados à civilização e menores de 18 anos, que não receberam instrução adequada são considerados com desenvolvimento mental retardado. (NASCIMENTO, 2014, p.1).

1.3 Visão do Estatuto da Criança e do Adolescente

Na visão do Estatuto da Criança e do Adolescente, o menor infracionário deve responder pelo crime cometido. Pois o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma legislação que regulamenta os dispositivos constitucionais, que segundo a doutrina são vistos como direito fundamental da população infanto-juvenil, devido a isto, não é possível fazer alteração, uma vez que estão inseridos no rol das cláusulas pétreas. (ALVES, 2017, p.1).

Porém tem as pesquisas que dizem que a mudança da maioridade penal, só seria possível se fossem mudadas as causas de inimputabilidade, que se resumem em: a) desenvolvimento mental incompleto; b) embriaguez involuntária e completa; c) desenvolvimento mental retardado; e d) doença mental. (PINHEIRO, 2013, p.1).

A polêmica com relação à redução da maioridade penal é do conhecimento de todos, também se sabe que os pontos mais críticos são os que se encontram no Estatuto da Criança e Adolescente, que é como lidar com o ato infracional de menores que cometerem atos ilegais, assim Cunha (2019, p.1) explica que:

> A legislação que julga e decide a punição é o Estatuto, que possui artigos que se dedicam ao ato infracional. A lei prevê que a menor idade de responsabilidade criminal é 12 anos. Entre 12 e 18 anos, estes jovens infratores devem ser atendidos por um sistema de justiça juvenil e com medidas socioeducativas que podem incluir internação em instituição para adolescentes. A pena máxima é de três anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O autor ainda faz comentários que os defensores do ECA nessa polêmica são a favor dos menores serem punidos, mas com a cautela de considerar o desenvolvimento físico e psicológico de cada adolescente e afirma: "o Estado não é eficaz em recuperar o menor, e o ECA seria um instrumento que garantiria a impunidade em relação aos adolescentes em conflito com a lei." (CUNHA, 2019, p.1).

Ainda com relação ao ECA, existem aqueles que sustenta a não existência de qualquer resultado da revogação parcial de uma lei feita pelo poder competente da nova maioridade civil, visto que constitui erro gravíssimo e equívoco jurídico a promover a destruição do procedimento de apuração do ato infracional pelo fato do jovem infrator ter completado 18 anos, assim como é de entendimento jurídico ser absurda a aplicação de medidas socioeducativas somente até o alcance de 18 anos, à vista de que as razões dos Diplomas Legais são díspares, não tendo a atual maioridade civil (18 anos) afetado o ECA. (HORA NETO, 2003, p.1).

2 A INIMPUTABILIDADE DO MENOR DE IDADE

Em se tratando de Inimputabilidade, faz-se necessário uma breve apreciação no seu principal instituto, a Culpabilidade. (REIS, 2015, p.1).

A Culpabilidade na visão tripartite, que classifica crime como uma ação típica, antijurídica e culpável. Com base nessa estrutura, estabelece-se que a conduta a ser reprovada e condenada pelo Estado, ao exercer o "jus puniendi", está diretamente relacionada com a possibilidade do agente em agir de outra forma, senão aquela que agira. Dá-se a oportunidade, em casos excepcionais ou permissivos, do sujeito afastar a culpabilidade ou punibilidade de uma conduta típica, seja pelas circunstâncias externas ou internas. (CUNHA, 2018, p.511).

E de fato, Reis (2015, p.1) completa assim:

> Para a prática do crime, e o recaimento das eventuais consequências do delito, deve o agente ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais para ter ciência de que está praticando uma conduta penalmente relevante. Conduto, o

> saber que está realizando um ilícito penal é insuficiente para o agente responder por um crime. Deve também ter controle efetivo da própria vontade. Tais condições são o que a doutrina define com imputabilidade.

A imputabilidade é a primeira questão a ser observada pelo direito, quanto à aplicação da lei penal. E o volitivo e intelectual são os elementos que formam a imputabilidade do ser humano. E para entender essa questão, Pinheiro (2013, p.1) diz que o volitivo fala "da capacidade de autodeterminação conforme este entendimento." Já o intelectual diz respeito "à capacidade do agente em entender o caráter ilícito do fato." Assim entende-se que para o menor ser imputável, ele terá que "compreender a delituosidade de seu ato, conseguir, com livre vontade, determinar-se de acordo com esta compreensão no exato momento da ação ou omissão."

Dessa forma a Inimputabilidade surge com a necessidade de percepção da não formação integral do indivíduo que comete um delito. Tais estágios de maturação só serão adquiridos quando obtiver uma capacidade plena de maturidade. "Inimputável não cumpre pena, sim, medida de segurança, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Medida de segurança não tem prazo máximo, de acordo com a lei." (BIANCHINI, 2012, p.1).

É possível compreender que a inimputabilidade do menor de idade é quando o menor doente mental ou do menor que tenha um padrão comportamental ocasionado pela permanência de um indivíduo em estágios anteriores de desenvolvimento tanto intelectual quanto moral, não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, impondo-lhe medida de segurança, que se fundamenta no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade. (NASCIMENTO, 2014, p.1).

2.1 Conceito

A inimputabilidade segundo o código penal, em seu artigo 26, consiste na incapacidade de entender o caráter condenado pela lei e/ou pela moral do fato:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 26.
>
> É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº. 7.209, de 11.7.1984).
>
> Redução de pena
>
> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº. 7.209, de 11.7.1984).

Nesse exposto a expressão "desenvolvimento mental incompleto" faz se entender como imputabilidade estendida ao menor de 18 anos.

O Conceito a seguir é totalmente jurídico, porém a base está dependente da normalidade psíquica e saúde mental. Assim sendo a imputabilidade representa, segundo Silva, (2007, p.3) a condição de quem tem: "a capacidade de realizar um ato com pleno discernimento e com a vivência de direcionar seus atos. Isto quer dizer que a Imputabilidade está condicionada a quem adquiriu e mantém pelo menos duas funções psíquicas intactas."

Para Nucci, (2010, p.12) a imputabilidade penal é:

> O conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse entendimento. O binômio necessário para a formação das

> condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade.

A inimputabilidade segundo o código penal, em seu artigo 26, consiste na incapacidade de entender o caráter condenado pela lei e/ou pela moral do fato:

Nesse exposto a expressão "desenvolvimento mental incompleto" faz se entender como imputabilidade estendida ao menor de 18 anos.

2.2A maioridade no Brasil

A maioridade no Brasil foi estabelecida aos que completam 18 anos, por interpretação do Código Penal criado em de 1940.

No Brasil e sob o ponto de vista histórico, vê-se que diversas características culturais devem ser relevadas. E nesse sentido Sousa (2019, p.1) diz:

> Até o século XVIII, por exemplo, os menores brasileiros não passavam pela chamada "adolescência". Depois que abandonavam parte de seus traços infantis, se vestiam como adultos e adquiriam responsabilidades que estavam bem distantes da realidade de um jovem do século XXI.

Historicamente a maioridade penal já mudou algumas vezes no Brasil; "Ordenações Filipinas" a idade de sete anos era considerada com severidade, no caso de punição. Criança ou adulto recebiam a mesma punição e se necessário até pena de morte. Com o código penal de 1830 a maioridade passou a ser com quatorze anos. Sousa (2019, p.1) enfatiza que:

> Caso o infrator não tivesse ainda alcançado a maioridade, deveria ser recolhido para uma "casa de correção", um lugar que funcionaria como uma Febem do século XIX. Na República, que deveria ter caráter político moderno e renovador, a maioridade acabou tendo feição "quase colonial" ao estipular a maioridade aos nove anos de idade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com tudo, o debate sobre o assunto continuou e na elaboração do código penal de 1940 a maioridade passou a ser com dezoito anos, porém sabe-se que vem de longo tempo a ideia de mudança da maioridade no Brasil e várias PEC já foram apresentadas, porém até o presente momento, não se chegou a uma solução definitiva. Com isso pode-se entender que dificilmente o ordenamento jurídico brasileiro conseguirá aprovar uma emenda, visto que existe uma polêmica que vem dividindo os juristas em geral, já que para a sociedade, tal proposta já deveria ter sido aprovada há muito tempo. (SILVA; PEREIRA; SANTANA, 2018, p.1).

Com moderação determinada pelas exigências das circunstâncias e dos deveres, esse ordenamento jurídico tem juristas experientes, que sabem que a redução da menoridade penal não resolve o problema. Isso porque não acreditam que a solução seja colocar um infrator de 16 anos na cadeia, pelo contrário acreditam que estariam gerando um problema muito mais grave, pois os presídios não oferecem condições de recuperação social. (PINHEIRO, 2013, p.1).

2.3 Das Medidas Aplicáveis

As medidas contidas no Estatuto são a Prestação de Serviços à Comunidade, Liberdade Assistida, Semiliberdade, Internação Provisória e Internação.

Com relação a essas medidas aplicadas a mensagem e discussão é que o ECA não vem sendo cumprido da forma correta, por isso, as medidas socioeducativas acabam não alcançando a eficácia jurídico-social almejada. Dessa forma, as discussões acabam sempre tendo dois posicionamentos antagônicos: de um lado o posicionamento daqueles que defendem a redução da maioridade penal e do outro, aqueles que defendem a aplicação plena do Estatuto da Criança e Adolescente na sua integralidade. (MACENA, 2011, p.1).

Para Macena (2011, p.1) A solução para o anseio da sociedade em acabar com a impunidade de adolescentes infratores além das medidas aplicáveis hoje:

> Pode ser solucionado com o aumento do tempo máximo de internação nos casos de cometimento de atos infracionais

> mais graves, como aqueles equivalentes a crimes hediondos, por exemplo; de forma a estabelecer tempo mínimo e máximo, tal qual ocorre na cominação legal das penas.

Algo tem que ser feito, e bem rápido, pois, o índice de crimes cometidos por menores de dezoito anos, mesmo com a aplicabilidade de medidas contidas no ECA tem aumentado assustadoramente.

3 PERMEAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

Quando os crimes são praticados de forma brutal por menores delinquentes, ou a sangue frio, a repercussão toma níveis grandiosos gerando muita polemica. A sociedade se sente ameaçada, desprotegida em relação a essas transgressões imputáveis da lei penal por culpa, ação ou omissão. (DELMANTO, 2010)

Assim, o Brasil acaba repartido em duas vertentes de pensamento: Uma resistindo na punição igualada com a dos adultos aos menores dos 18 anos contra os que não acreditam que essa ideia possa ser uma solução viável. Parte acredita que diminuir a maioridade penal seria a solução ideal, pois além de reduzir a quantidade desses menores infratores soltos na rua, serviria como castigo. Servindo de exemplo a outros menores que pensariam duas vezes antes de agir. Já a outra parte acredita que reduzir não seria solução, afinal educar seria o melhor caminho, além do mais, o país já possui as cadeias no limite da sua lotação. (GOMES, 2009)

3.1 Correntes Contrárias à Redução

Viu-se que os debates sobre a redução da maioridade penal é feita politicamente, juridicamente e ainda socialmente e neste item quer-se encontrar as correntes contrárias à essa redução da maioridade penal.

Os partidários dessa corrente são comuns à certeza de que a redução da maioridade penal não será a solução para a diminuição do índice de criminalidade no Brasil e que isso só é para desviar do verdadeiro problema que assola os jovens (PUREZA, 2015, p.2). e ainda afirma que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Os crimes praticados por menores de 18 anos representam porcentagem inferior a 1% (um por cento) se comparado aos crimes praticados por adultos. Nesse sentido, Gilmar Penteado, em matéria publicada no jornal Folha de São Paulo, apresenta dados afirmando se tratar de estatísticas da Secretaria Pública do Estado de São Paulo, cite-se: "Dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo revelam que de janeiro a outubro de 2003 os menores participaram de apenas 1% dos homicídios dolosos, 1,5% do total dos roubos e 2,6% dos latrocínios".

Essa corrente contrária defende e acredita que os menores infratores devem ser punidos, mas não levados juntos com os adultos infratores. Ainda defendem com base no artigo 228 da Constituição Federal, que está englobado no artigo 60, § 4º da mesma constituição, sendo assim impossível à diminuição, se caracterizando uma Cláusula Pétrea. Ainda acreditam que um jovem ser preso no atual complexo prisional brasileiro poderá acarretar ao jovem, problemas psicológicos, e o tempo de prisão faria com que o jovem saísse pior do que quando foi preso. (SOUSA, 2015, p.1).

Assim como todos que são desfavoráveis á redução da maioridade o Juiz da Vara da Infância e Juventude do Distrito Federal, Renato Rodovalho Scussel opina dizendo que:

> A princípio, parece justo, mas pode acarretar injustiça por não se tratar de um critério objetivo. A primeira avaliação da ocorrência ou não do dolo [intenção de cometer o crime] é da autoridade policial. Se a conduta for considerada crime, o jovem poderá ir para a prisão. Situações como essa geram insegurança jurídica e trazem consequências graves, até irreversíveis, para a ressocialização do jovem. (CALGARO;PASSARINHO, 2015, p.1).

Os que são contrários a corrente de redução da maioridade pensam que o que precisa é de uma reforma do Código penal pátrio e também da aplicação severa e minuciosa do Estatuto da Criança e do Adolescente. E que diminuir a idade penal só vai contribuir para que jovens com menos idade venham praticar os atos ilícitos.

3.2 Correntes Favoráveis à Redução

O tema realmente é interessante e relevante, portanto busca-se encontrar as correntes favoráveis e os principais argumentos de defesa à maioridade.

O raciocínio dos que são favoráveis à redução da maioridade penal são daqueles que analisam os jovens entre 16 e 18 anos como possuidores de capacidade de entendimento, não visam se seria bom, ou não a resposta para a criminalidade no Brasil e acreditam que esses jovens têm autodeterminação para diferenciarem o caráter ilícito dos fatos por eles praticados. Os que têm essa visão tem plena certeza que a justiça pode responsabilizar adequadamente por suas condutas e resultados com pena. (PUREZA, 2015, p.2).

Outro pensamento favorável à redução da maioridade é de que se o(a) jovem de 16 anos pode vota, por ter aptidão eleitoral é porque ele possui maturidade para ajudar a decidir o que é melhor para nossa nação, logo também pode discernir o que é matar, roubar, entre outros crimes praticados por adolescentes nesta idade, podendo responder penalmente (SOUSA, 2015, p.1).

Nesta mesma corrente de pensamento podem-se encontrar outros autores como Jorge, E. (2014). Lenza, 2012, p.1228. Zavascki, Ministro do STJ. Marcelo Lessa Bastos, promotor de justiça do Estado do Rio de Janeiro. E outros que entendem que reduzir a maioridade de 18 para 16 anos é constitucional, pois já está sendo utilizado no direito de votar à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano. (SOUSA, 2015, p.1).

O promotor de justiçado Departamento da Infância e Juventude de São Paulo, Fábio José Buenoé a favor e comenta por que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O menor infrator, na sua maioria, é o adolescente que vem de família pobre, porém, não miserável. Tem casa, comida, educação, mas vai em busca de bens que deem reconhecimento a ele. As medidas do Estatuto da Criança e do Adolescente não intimidam. Eles praticam os atos infracionais, porque não são punidos na medida. A pena tem a função de intimidação, que a medida socioeducativa não tem. É importante saber que o crime não compensa, que haverá uma pena, uma punição." (CALGAR; PASSARINHO, 2015, p.1).

De um modo geral os adeptos a essa corrente dos favoráveis à redução da maior idade têm opinião formada de que pelo código penal brasileiro de 1940 mantinha a seguinte reflexão: os menores de 16 a 18 anos são imaturos, porém nos dia atuais não se tem mais essa percepção, pois o comportamento desses jovens, assim como a consciência e discernimento de seus atos não são mais a mesma coisa, a evolução e a internet fizeram esses jovens amadurecer muito mais cedo. Hoje cresceu a cultura da impunidade entre os menores de 18 anos, porque eles têm consciência de que não vai acontecer nada penalmente para eles, assim praticam crimes e roubos. Também pensam que o ECA tem certa tolerância com os menores e por final creem a legislação eleitoral considera um adolescente de 16 capaz

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Usou-se uma metodologia que teve por base a fundamentação teórica por meio do levantamento e análise da pesquisa bibliográfica acerca do assunto, analisando de forma lógico-dedutiva que objetivou a criação de conhecimentos para possibilitar a elaboração de um trabalho que viu o dilema e a discussão sobre a redução da maioridade no ordenamento jurídico brasileiro.

Já a abordagem do problema caracterizou-se como pesquisa qualitativa, uma vez que, durante o estudo foi analisado como se é tratada a questão da redução da maioridade penal, segundo o ordenamento jurídico brasileiro e o ECA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e chegou-se a conclusão de que a inimputabilidade penal é uma excludente de responsabilidade por dano, mal, desastre causado a outrem, se delimitando aos casos previstos em lei, sendo a idade de dezoito anos um julgamento baseado em indício, legal absoluto, insusceptível de alteração, motivo pelo qual os jovens com menos de dezoito anos, que praticarem os atos ilícitos estarão sujeitos às medidas socioeducativas previstas no ECA, que deve ser aplicado de modo correto e eficaz.

Porém essa medida não vem sendo realizada de maneira rígida e severa, portanto não vem dando resultados e continua a crescera criminalidade entre os jovens. E essa foi a problemática levantada nesse estudo, pois o ordenamento jurídico discute o assunto, mas a pressão popular para que maioridade penal de 18 anos passe para 16 anos de idade como forma de pôr fim à criminalidade é muito debatida, pois existem correntes contrárias e favoráveis e ninguém chega a uma conclusão.

Foi também objetivo do presente estudo mostrar a aplicação da inimputabilidade do menor de idade no ordenamento jurídico brasileiro e no item dois foi possível entender e demonstrar como é feita essa aplicação.

Porém, se por ser uma clausula pétrea, não puder mudar o que já se tem hoje e diante as inúmeras controvérsias vistas durante a pesquisa sobre o assunto viu-se que se faz necessário com que venham adotar algumas medidas para os tempos atuais, principalmente que haja uma melhor definição entre jovem infrator e criança incapaz de discernir seus atos. Com relação às políticas sociais e de educação o que se está sendo feito para afastar os jovens da criminalidade. O sistema prisional brasileiro precisa se estruturar para cuidar dos menores infratores além da identificação das dificuldades para se colocar em prática o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Outro fator interessante é descobrir as causas desses excedentes criminais entre os jovens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, R. F. S. **ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente /maioridade penal?** (2017). Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,eca-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-maioridade-penal,590124.html>. Acesso em: 06 jun 19.

BIANCHINI, A. **Recordando conceitos**: inimputabilidade. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121813983/recordando-conceitos-inimputabilidade>. Acesso em: 09 mai 19.

BRASIL. LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830. **Manda executar o Código Criminal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 19 abr 19.

_____. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 jun 19.

CALGARO, F.; PASSARINHO, N. **Confira argumentos de defensores e críticos da redução da idade penal**. (2015). Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/confira-argumentos-de-defensores-e-criticos-da-reducao-da-idade-penal.html> Acesso em 25 jun 19.

CUNHA, C. **ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente completa 25 anos**. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/eca-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-completa-25-anos.htm>. Acesso em 13 jun 19.

CUNHA, R. C. **Manual de Direito Penal**. (2013). Disponível em: <www.academia.edu/16056760/ROGÉRIO_SANCHES_CUNHA>. Acesso em 11 mai 19.

DELMANTO, C. *et. al.* **Código penal Comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. C. *et al.* **Código Penal Comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

FARIA, R. **Poder de Emenda à Constituição e suas limitações**. Disponível em: <https://raphaelgfaria.jusbrasil.com.br/artigos/702649332/poder-de-emenda-a-constituicao-e-suas-limitacoes?ref=topic_feed>. Acesso em: 19 abr 19.

GOMES, L. F. **Direito penal**. Volume 2. São Paulo: RT, 2009.

HORA NETO, J. **A maioridade civil e o ECA**. (2003). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4455/a-maioridade-civil-e-o-eca>. Acesso em: 13 jun 19.

MACENA, A. R. **A possibilidade jurídica da redução da maioridade penal**. (2011). Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/possibilidade-juridica-da-reducao-da-maioridade-penal>. Acesso em: 26 jun 19.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, P. B. **A inimputabilidade penal do menor de idade**. (2014). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34052/a-inimputabilidade-penal-do-menor-de-idade>. Acesso em: 19 abr 19.

NUCCI, G. S. **Código penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, C. C. **A redução da Maioridade Penal**. Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Orientada pela professora Ana Laura Teixeira Martelli. (2012). Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3108/2870>. Acesso em: 19 abr 19.

PINHEIRO, M. D. **Maioridade**: o ECA e o Alckmin. (2013). Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8114/Maioridade-o-ECA-e-o-Alckmin>. Acesso em: 13 jun 19.

PUREZA, D. L. V. **Os principais argumentos que discutem a redução da maioridade penal**. (2015). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42730/os-principais-argumentos-que-discutem-a-reducao-da-maioridade-penal>. Acesso em: 24 jun 19.

SILVA, J. A. S. **Imputabilidade Penal**. (2007). Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12959-12960-1-PB.pdf>. Acesso em: 13 jun 19.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SILVA, R. C. B.; PEREIRA, G. E. S.; SANTANA, G. **Redução da maioridade penal a luz da constituição**. (2018). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71750/reducao-da-maioridade-penal-a-luz-da-constituicao>. Acesso em: 06 jun 19.

SOUSA, D. C. M. de. **Redução da maioridade penal no Brasil - Parte II**. (2015). Disponível em: <https://deboracms90.jusbrasil.com.br/artigos/150941982/reducao-da-maioridade-penal-no-brasil-parte-ii>. Acesso em: 25 jun 19.

SOUSA, R. **A maioridade no Brasil**. Disponível em: <https://alunosonline.uol.com.br/historia/a-maioridade-no-brasil.html>. Acesso em: 21 jun 19.

NOTA:

---

[1] Professor Mestre e Orientador deste Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/6960689508807424.

www.conteudojuridico.com.br

LEI MARIA DA PENHA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO NO COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

RAQUEL SILVESTRE MATOSO VENESIA: bacharel em direito, advogada com registro cancelado a pedido, analista de Direito no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: A Lei n.º 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é importante, exemplar e inovador instrumento jurídico introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo para reverter crescentes casos da violência doméstica e familiar contra a mulher no país, bem como introduziu políticas públicas para tentar solucionar o grave problema da ausência de instrumentos legais que possibilitassem a rápida e eficiente punição desse tipo de crime. Antes da Lei Maria da Penha a violência contra a mulher era considerada como crime de menor potencial ofensivo, de competência reservada aos Juizados Especiais Criminais. Esse antigo tratamento dispensado às mulheres deixava a desejar, pois ainda se tornava necessária a implementação de uma política nacional de enfrentamento desse tipo de violência, para tentar implementar, com eficácia, um dever estatal assegurado constitucionalmente. Surgiu assim, a Lei n.º 11.340/2006, que prevê mecanismos para prevenir esse tipo de violência e também para prestar assistência às vítimas. Tais mecanismos trouxeram modificações no ordenamento jurídico brasileiro para, como já dito, coibir, de forma mais eficaz, a violência no âmbito das relações familiares.

Palavras chave: Violência contra mulher. Ineficiência Estatal. Proteção. Efetividade. Assistência.

ABTSTRACT: Law nº. 11.340 / 2006, known as Maria da Penha Law, is an important, exemplary and innovative legal instrument introduced in the Brazilian legal system as a mechanism to reverse increasing cases of domestic and family violence against women in the country, as well as introducing public policies to try to solve the serious problem of lack of legal instruments that would enable the rapid and effective punishment of this crime.

Befor to the Maria da Penha Law, violence against women was considered to be a crime of lesser potential for offense, reserved to Special Criminal Courts. This old treatment of women was lacking, as it was still necessary to implement a national policy to combat this type of violence in order to effectively implement a constitutionally guaranteed state duty.

Thus emerged Law nº. 11,340 / 2006, which provides mechanisms to prevent such violence and also to provide assistance to victims. Such mechanisms have brought about changes in the Brazilian legal system to, as I said, more effectively curb violence in the context of family relations.

Key words: Violence against women. State Inefficiency. Protection. Effectiveness. Assistance.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CAPÍTULOS. 2.1 Capítulo 1. Lei n.º 11.340/06 – Precedentes históricos e importância. 2.1.1 A especificação da violência doméstica e familiar contra a mulher. 2.2 Capítulo 2. Mecanismo de Proteção. 2.2.1 Medidas judiciais de proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar. 2.2.2 Medidas que obrigam o agressor. 2.2.3 Medidas que protegem a ofendida. 2.2.4Efetividade das medidas de proteção. 3 CONCLUSÃO. 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1.INTRODUÇÃO

De modo a criar mecanismos para rever as políticas públicas vigentes no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher no país, bem como para tentar solucionar o grave problema da ausência de instrumentos legais que possibilitassem a rápida e eficiente punição desse tipo de crime, foi publicada a Lei n.º 11.340/2006, a qual garante a proteção da mulher contra qualquer tipo de violência doméstica, seja ela física, psicológica, patrimonial ou moral.

O fator que causou a elaboração da Lei Maria da Penha foi a violência histórica sofrida pela mulher.

Em geral, na vida em sociedade, o homem sempre teve um papel de superioridade em relação à mulher, muitas vezes considerada como o sexo frágil da relação. O homem sempre foi tido como o chefe da família, aquele que tomava as

decisões relativas ao lar, enquanto à mulher, sempre se reservou os afazeres domésticos, ficando subjugada às vontades do homem/marido e à dependência económica dele.

Nesse contexto, historicamente, pode-se dizer que a inferiorizarão da mulher no ambiente familiar acabou propiciando a violência, notadamente para aquelas que não se submetessem a essa superioridade masculina.

A Lei n.º 11.340/2006 ficou conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes – brasileira, que durante anos de casamento sofreu violência física e psicológica de seu marido e não conseguiu que a Justiça brasileira o punisse de forma eficaz, devido à morosidade judicial.

O caso chegou à Organização dos Estados Americanos (OEA) e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e diante de sua repercussão, o Brasil foi condenado pela omissão e recebeu como punição a obrigação de elaborar uma legislação que coibisse a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Antes da Lei Maria da Penha a violência contra a mulher era considerada como crime de menor potencial ofensivo, de competência reservada aos Juizados Especiais Criminais. Esse antigo tratamento dispensado às mulheres deixava a desejar, pois ainda se tornava necessária a implementação de uma política nacional de enfrentamento desse tipo de violência, para tentar implementar, com eficácia, um dever estatal assegurado constitucionalmente, nos termos do art. 226, §8º, da CF/88, verbis:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]
>
> § 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.

Surgiu assim, a Lei n.º 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, que prevê mecanismos para prevenir esse tipo de violência e também para prestar assistência às vítimas. Tais mecanismos trouxeram algumas modificações no ordenamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

jurídico brasileiro para, como já dito, coibir, de forma mais eficaz, a violência no âmbito das relações familiares.

Dentre as modificações podemos citar o tipo de penalidade imposta ao agressor, anteriormente prevista na Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) – baseada nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade –, consistia no pagamento de multa e a entrega de cestas básicas para entidades de caridade, por exemplo.

Tais medidas, contudo, não eram suficientes para uma punição adequada e nem serviam como efeito pedagógico, sendo necessária a criação de uma legislação para aumentar a penalidade para o agressor.

Lado outro, a ação penal para os casos de crime de lesão contra a mulher no ambiente doméstico, anteriormente tida como uma ação penal pública condicionada à representação da vítima passou, com o advento da Lei n.º 11.340/2006, a ação penal pública incondicionada, aumentando, assim, a possibilidade de punição do agressor, já que no caso concreto, muitas mulheres agredidas desistiam de levar adiante o processo contra seus agressores.

Tal mudança foi primordial, pois agora, para a abertura de um processo de investigação para apurar uma agressão doméstica contra a mulher basta o simples conhecimento do crime pelo Ministério Público para que se inicie a persecução penal.

A nova legislação trouxe inovações nos mecanismos de proteção, com a possibilidade de autorização de prisão preventiva do agressor – artigo 22 da Lei n.º 11.340/06, verbis:

> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
> I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1o As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6o da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3o Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 4o Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5o e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Além das medidas protetivas acima mencionadas, vale salientar que a violência doméstica foi incluída como agravante do crime de lesão corporal, aumentando-se a penalidade imposta ao agressor.

Portanto, de suma importância o estudo e a análise desse novo sistema de proteção, haja vista que, além de garantir maior amparo às vítimas da violência doméstica e familiar, permite a punição mais severa do agressor, de modo a ser um instrumento eficaz de mudança social.

Assim sendo, com esse artigo, pretende-se acrescentar conhecimento sobre a Lei Maria da Penha – esse novo instrumento de proteção da mulher vítima de violência doméstica –, mormente através da análise de sua importância, de seus precedentes históricos, dos mecanismos de proteção e da eficácia desses.

2. CAPÍTULOS

Capítulo 1. Lei n.º 11.340/06 - Precedentes históricos e importância

A Lei n.º 11.340/06 - que garante a proteção da mulher contra qualquer tipo de violência doméstica, seja ela física, psicológica, patrimonial ou moral - é fruto da evolução dos direitos da mulher na sociedade e sua elaboração decorreu da necessidade de se solucionar o problema da ausência de instrumentos legais que possibilitassem a rápida e eficiente punição dos crimes praticados contra a mulher.

O fator que causou a elaboração da Lei Maria da Penha foi a violência histórica sofrida pela mulher.

Em geral, na vida em sociedade, o homem sempre teve um papel de superioridade em relação à mulher, muitas vezes considerada como o sexo frágil da relação. O homem sempre foi tido como o chefe da família, aquele que tomava as decisões relativas ao lar, enquanto à mulher, sempre se reservou os afazeres domésticos, ficando subjugada às vontades do homem/marido e à dependência econômica dele.

Tal desigualdade, caracterizada pela inferioridade e submissão, foi evidenciada no período do Brasil Colônia (1500 a 1822), época em que o papel da mulher era

restrito ao lar. A ela não era concedido o direito, sequer, de ter o estudo, exclusivo dos homens. "As mulheres eram destinadas ao casamento e aos afazeres domésticos, com total submissão e obediência aos homens."[1]

Conquanto ainda restrito ao ambiente doméstico, o papel da mulher no período do Brasil Império (1822/1889), obteve um modesto avanço, sendo-lhe garantido o acesso ao estudo e à inserção no mercado de trabalho, em um processo tímido de inserção social.

Tal processo de maior fortalecimento dos direitos das mulheres se efetivou no Brasil República, época em que a colocação no mercado de trabalho ganhou espaço por meio do desenvolvimento econômico do país, advindo da Revolução industrial.

A Revolução Industrial permitiu o ingresso das mulheres republicanas no mercado de trabalho e elas passaram às funções de mães, donas de casa e trabalhadoras. A elas foi reconhecido, inclusive, o direito de voto na Constituição da República de 1934.

Contudo, ainda que tenha havido um avanço no reconhecimento dos direitos sociais das mulheres, notadamente quanto à honra delas, na área penal, seara do presente trabalho, a evolução foi discreta.

Comentando o retrospecto histórico e legislativo dos direitos da mulher no Brasil, Valéria Diez Scarance Fernandes menciona que "No Código Penal de 1940, a violência sexual passou a ser tratada "como atentara aos costumes, substituindo-se a referência à "segurança da honra" do Código Criminal de 1830 (Capítulo II0 e a "segurança da honra e honestidade das famílias"do Código Penal de 1890 (Título VIII).[2]

A igualdade entre homens e mulheres recebeu previsão expressa na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, I), rompendo com o sistema patriarcal anterior. e no ano de 2004 a Lei nº 10.886 acrescentou os parágrafos 9 e 10 ao artigo 129, do Código Penal, criando-se o tipo violência doméstica.

Nesse contexto, historicamente, podemos dizer que a inferiorização da mulher no ambiente familiar acabou propiciando toda sorte de violência por parte do homem, notadamente para aquelas que não se submetessem a essa superioridade masculina e a repressão a esse tipo de violência doméstica foi objeto da Lei n.º

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a qual inovou, de forma a possibilitar que o processo penal tradicional fosse dotado de efetividade social, de forma a proteger a mulher e, ao mesmo tempo, prevenir a violência doméstica contra ela.

Maria Berenice Dias, ao discorrer sobre o histórico da violência doméstica contra a mulher, afirma que:

> Até o advento da Lei Maria da Penha, a violência doméstica nunca mereceu a devida atenção, nem da sociedade, nem do legislador, e muito menos do Judiciário. A ideia sacralizada e a inviolabilidade do domicílio sempre serviram de justificativa para barrar qualquer tentativa de coibir o que acontecia entre quatro paredes, Como eram situações que ocorriam no interior do "lar doce lar", ninguém interferia.[3]

Antes da Lei Maria da Penha, portanto, a violência contra a mulher era considerada como crime de menor potencial ofensivo, de competência reservada aos Juizados Especiais Criminais. Esse antigo tratamento dispensado às mulheres deixava a desejar, pois ainda se tornava necessária a implementação de uma política nacional de enfrentamento desse tipo de violência, para tentar implementar, com eficácia, um dever estatal assegurado constitucionalmente, nos termos do art. 226, §8º, da CF/88, verbis:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]
>
> § 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.

Surgiu assim, a Lei n.º 11.340/2006, a qual prevê mecanismos para prevenir esse tipo de violência e também para prestar assistência às vítimas.

A Lei n.º 11.340/2006 ficou conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes – brasileira, que durante anos de casamento sofreu violência física e psicológica de seu marido e não conseguiu que a Justiça brasileira o punisse de forma eficaz, devido à morosidade judicial.

O caso chegou à Organização dos Estados Americanos (OEA) e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e diante de sua repercussão, o Brasil foi condenado por sua omissão e recebeu como punição a obrigação de elaborar uma legislação que coibisse a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

A Maria da Penha surgiu para atender ao aludido compromisso constitucional expresso no citado parágrafo oitavo, refletindo a nova postura do legislador pátrio frente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção da Mulher (Decreto n.º 4.377/02) ou Convenção CEDAW[4], tomada como parâmetro mínimo das ações de Estado para promover os direitos humanos das mulheres.

A Lei nº 11.340/06 trouxe algumas modificações no ordenamento jurídico brasileiro para, como já dito, coibir, de forma mais eficaz, a violência no âmbito das relações familiares.

Dentre as modificações surgidas com a nova lei podemos citar o tipo de penalidade imposta ao agressor. A Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) previa multa e entrega de cestas básicas para entidades de caridade, por exemplo. Contudo, tais medidas não eram suficientes para uma punição adequada e nem serviam como efeito pedagógico, sendo necessária a criação de uma legislação para aumentar a penalidade para o agressor.

Lado outro, a ação penal para os casos de crime de lesão contra a mulher no ambiente doméstico, anteriormente tida como uma ação penal pública condicionada à representação da vítima passou, com o advento da Lei n.º 11.340/2006, a ação penal pública incondicionada, aumentando, assim, a possibilidade de punição do agressor, já que no caso concreto, muitas mulheres agredidas desistiam de levar adiante o processo contra seus agressores.

Tal mudança foi primordial, pois agora, para a abertura de um processo de investigação para se apurar uma agressão doméstica contra a mulher basta o simples conhecimento do crime pelo Ministério Público para que se inicie a persecução penal.

A nova legislação trouxe inovações, ainda, nos mecanismos de proteção da vítima, com a possibilidade de autorização de prisão preventiva do agressor, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

meio para se garantir a efetividade das medidas protetivas, elencadas no artigo 22 da Lei n.º 11.340/06, verbis:

> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
>
> I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
>
> II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
>
> III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
>
> a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
>
> b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
>
> c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
>
> IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
>
> V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.
>
> § 1o As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.
>
> § 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6o da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.
>
> § 3o Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.
>
> § 4o Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5o e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Além das medidas protetivas acima mencionadas, vale salientar que a violência doméstica foi incluída como agravante do crime de lesão corporal, aumentando-se a penalidade imposta ao agressor.

A Lei em questão não é exclusivamente uma lei penal, possuindo, ainda, repercussão nas esferas administrativa, civil e processual, não obstante, seja o aspecto criminal o foco prioritário do presente trabalho.

Portanto, de suma importância o estudo e análise desse novo sistema de proteção, haja vista que, além de garantir maior amparo às vítimas da violência doméstica e familiar, permite a punição mais severa dos agressores, de modo a ser um instrumento eficaz de mudança social.

2.1.1. A especificação da violência doméstica e familiar contra a mulher

> As mais diferentes formas de violência ocorrem cotidianamente e nos interrogam sobre o futuro das sociedades modernas. A expectativa, no decorrer do século XX, é que estaríamos caminhando e construindo um mundo onde houvesse a generalização dos direitos humanos e onde a paz fosse um direito nas relações entre indivíduos.[5]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Antes de se proceder à análise das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, necessário identificar seu conceito, expresso no art. 5º, da Lei n.º 11.340/06, verbis:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
>
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Depreende-se do citado artigo que violência doméstica é toda conduta comissiva ou omissiva, baseada no gênero, que cause a morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano mora ou patrimonial.

E essa violência pode ocorrer no âmbito doméstico, familiar ou em razão de uma relação íntima de afeto.

No primeiro caso, pressupõe-se que agressor e vítima convivam na mesma unidade doméstica, incluindo-se aí as empregadas domésticas, que trabalhem durante a semana diariamente, ainda que não more no emprego.

No âmbito familiar, por sua vez, estão abrangidas todas as estruturas de convívio definidas por uma relação íntima de afeto, a qual independe de coabitação.

Já as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher foram especificadas no art. 7º, a saber:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pedro Rui da Fontoura Porto[6] assim conceituou as formas de violência doméstica, previstas no art. 7º da citada Lei:

> 1) violência física é a ofensa à vida, à saúde e à integridade física. É a violência propriamente dita, a vis corporalis;
>
> 2) violência psicológica, é a ameaça, o constrangimento, a humilhação pessoal;
>
> 3) violência sexual é o constrangimento com o propósito de limitar aa autodeterminação sexual da vítima, podendo ocorrer mediante violência física ou por meio de grave ameaça;
>
> 4) violência patrimonial é a retenção, subtração destruição de instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos;
>
> 5) violência moral seriam os crimes contra a honra da mulher.

Valéria Diez Scarnce Fernandes[7], afirma que, normalmente, a violência física manifesta-se por socos, tapas, empurrões, agressões com instrumentos, contundentes ou cortantes, os quais podem provocar marcas físicas e danos à saúde da vítima, podendo ainda ser tipificada como vias de fato, lesão corporal, tortura ou feminicídio.

Nas palavras da aludida autora, violência psicológica é aquela que destrói e subjuga silenciosamente e se mantém por não identificada, por exemplo.

Para Maria Berencie Dias[8], a violência psicológica, "é a mais frequente e talvez seja a menos denunciada". A vítima, muitas vezes, nem se dá conta de que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos são violência e devem ser denunciados."

Em relação à violência sexual, é entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à

prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Quanto à violência patrimonial, interessante observar que o tipo (art. 7º, IV) faz referência, de forma ampla, às disposições penais a respeito dos crimes patrimoniais previstos no Código Penal (furto, dano e apropriação indébita), porém, não os revoga expressamente, o que, para alguns doutrinadores, torna impossível a aplicação das imunidades previstas nos arts. 181[9] e 182[10], do Código Penal, dificultando a proteção da mulher.

A questão é polêmica, porém ausente a revogação expressa na Lei Maria da Penha dos citados dispositivos, persistem as benesses do Código Penal, ainda que cometido o crime no âmbito doméstico.

Esse, inclusive, é o pensamento dos doutrinadores, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto[11], os quais entendem que razões de política criminal, que atuam na preservação da família enquanto instituição, recomendam a adoção das imunidades. Os autores afirmam, ainda, que "o menor alarma social acarretado pelo fato delituoso (por exemplo, um furto perpetrado pelo marido contra o patrimônio da esposa provoca reação menor do que se fosse um estranho o ofendido), também justifica sua manutenção."

A jurisprudência também é nesse sentido:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ARTIGO 171, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME PRATICADO POR UM DOS CÔNJUGES CONTRA O OUTRO. SEPARAÇÃO DE CORPOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMUNIDADE NÃO REVOGADA PELA LEI MARIA DA PENHA. DERROGAÇÃO QUE IMPLICARIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PREVISÃO EXPRESSA DE MEDIDAS CAUTELARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DOMÉSTICA E FAMILIAR. INVIABILIDADE DE SE ADOTAR ANALOGIA EM PREJUÍZO DO RÉU. PROVIMENTO DO RECLAMO.

1. O artigo 181, inciso I, do Código Penal estabelece imunidade penal absoluta ao cônjuge que pratica crime patrimonial na constância do casamento.

2. De acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, motivo pelo qual a separação de corpos, assim como a separação de fato, que não têm condão de extinguir o vínculo matrimonial, não são capazes de afastar a imunidade prevista no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo.

3. O advento da Lei 11.340/2006 não é capaz de alterar tal entendimento, pois embora tenha previsto a violência patrimonial como uma das que pode ser cometida no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não revogou quer expressa, quer tacitamente, o artigo 181 do Código Penal.

4. A se admitir que a Lei Maria da Penha derrogou a referida imunidade, se estaria diante de flagrante hipótese de violação ao princípio da isonomia, já que os crimes patrimoniais praticados pelo marido contra a mulher no âmbito doméstico e familiar poderiam ser processados e julgados, ao passo que a mulher que venha cometer o mesmo tipo de delito contra o marido estaria isenta de pena.

5. Não há falar em ineficácia ou inutilidade da Lei 11.340/2006 ante a persistência da imunidade prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal quando se tratar de violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, uma vez que na própria legislação vigente existe a previsão de medidas

> cautelares específicas para a proteção do patrimônio da ofendida.
>
> 6. No direito penal não se admite a analogia em prejuízo do réu, razão pela qual a separação de corpos ou mesmo a separação de fato, que não extinguem a sociedade conjugal, não podem ser equiparadas à separação judicial ou o divórcio, que põem fim ao vínculo matrimonial, para fins de afastamento da imunidade disposta no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo.
>
> 7. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal apenas com relação ao recorrente.
>
> (RHC 42.918/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 14/08/2014)

No tocante à violência moral, de acordo com o art. 7º, V, consiste em qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria contra a vítima.

Contudo, a lei Maria da Penha se torna é ineficaz para a repressão desse tipo de violência, pois não alterou a ação penal, de privada para pública, Dessa forma, por serem crimes de ação penal privada, que depende de iniciativa da vítima, muitas vezes, ficam na impunidade.

Valéria Diez afirma que, "Nas raras hipóteses em que as vítimas promovem queixa-crime, é possível a reconciliação nos termos do art. 520 do Código de Processo Penal, antes do seu recebimento. Como as vítimas vivem, em regra, um sentimento de duplo amor e ódio, ou sentimento de injustiça e culpa, a tendência natural é que acabem aceitando a reconciliação, mesmo o que isso importe em perpetuação da violência no seio familiar."[12]

2.2. Capítulo 2. Mecanismos de Proteção

A par da existência de uma política pública cujo objetivo é a prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, viabilizada por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, a Lei Maria da Penha prevê mecanismos de proteção para a mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tal assistência, nos temos do art. 9º da referida Lei, será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

O presente trabalho irá analisar esses mecanismos de proteção, os quais foram divididos pelo legislador em medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22) e medidas protetivas de urgência à ofendida (arts. 23 e 24).

Segundo Pedro Rui da Fontoura Porto[13], as primeiras medidas se direcionam ao agressor, limitando-o em vários aspectos de sua liberdade, enquanto as segundas, destinam-se a autorizar certas condutas da ofendida ou restituir-lhe direitos de que fora arbitrariamente despojada pelo agressor.

2.2.1 Medidas judiciais de proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar

Trata-se de medidas cujo objetivo é conferir efetividade ao propósito da legislação, assim definido nas palavras de Maria Berenice Dias: "assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência".[14]

Antes de adentrarmos no estudo das medidas protetivas de urgência (as hipóteses elencadas são exemplificativas), necessário dizer acerca dos aspectos procedimentais referentes à tramitação dessas medidas, previstos no art. 18 da Lei.

De acordo com o texto legal, as medidas de urgência podem ser concedidas pelo Magistrado, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da própria ofendida, dada a urgência do caso.

O dispositivo desperta controvérsia acerca da possibilidade dessas medidas serem concedidas de ofício pelo Magistrado.

Contudo, a conjugação dos artigos 13[15] e 22, parágrafo 1º[16], da Lei n.º 11.340, deixa clara a possibilidade do exercício do poder geral de cautela do Magistrado, sobretudo nos casos em que a violência esteja dirigida a um hipossuficiente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, importante registrar a celeuma doutrinária acerca da natureza jurídica das medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha: se medidas de cunho satisfativo ou se de natureza cautelar.

Em que pese a existência da controvérsia, certo é que as medidas protetivas precisam ter cunho satisfativo e serem aplicadas por meio de um procedimento simples, independente de qualquer ação de natureza cível ou criminal, para fazer jus ao seu objetivo legal.

Isso porque, a Lei Maria da Penha não condiciona a proteção da mulher à existência de um inquérito ou processo, nem que ela se vincule a um rito especifico ou a um recurso cabível, por exemplo. E isso se justifica em razão da condição de vulnerável da mulher.

Valéria Diez Scarance Fernandes[17] pondera que, condicionar a proteção à persecução penal pode colocar a vida da vítima em risco.

A jurisprudência é divergente quanto ao assunto.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, as decisões oscilam entre possuírem as medidas protetivas natureza cautelar ou inibitória:

> APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR - NULIDADE DO FEITO POR CERCEAMENTO DE DEFESA - SOLUÇÃO MAIS BENÉFICA NO MÉRITO - SUPERAÇÃO - MÉRITO - LEI MARIA DA PENHA - MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - ART. 22, DA LEI 11.340/06 - MANUTENÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - NATUREZA CAUTELAR.
>
> - Verificada solução de mérito mais benéfica para a parte, resta superada a preliminar de nulidade levantada pela Defesa do autor.
>
> - As medidas protetivas previstas no art. 22, da Lei 11.340/06 possuem natureza jurídica de medida cautelar, posto que criadas para oferecer proteção imediata, garantindo que as agressões sejam interrompidas de forma a permitir o desenvolvimento regular do processo e tornar eficaz a prestação jurisdicional futura.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Ainda que deferidas medidas protetivas, devem ser elas revogadas se, decorrido lapso temporal considerável, não houver manifestação da vítima acerca da sua necessidade, decaindo o perigo que justificava sua aplicação. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.17.083135-8/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/08/2019, publicação da súmula em 23/08/2019)

APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. LEI MARIA DA PENHA. REVOGAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NOTÍCIA DE NOVAS INVESTIDAS DO ACUSADO CONTRA A VÍTIMA. RECURSO PROVIDO.

- As medidas protetivas de urgência deferidas no âmbito da Lei Maria da Penha têm também natureza jurídica autônoma satisfativa, de tutela inibitória cível, e, não, cautelar. Portanto, deve produzir efeitos enquanto existir a situação de perigo que embasou a ordem, não ficando sua existência condicionada à tramitação de um inquérito ou feito criminal.

- Recurso provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.18.092350-0/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/06/2019, publicação da súmula em 19/06/2019)

Acerca da desnecessidade do inquérito ou do processo, há entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.654.155 - MG (2017/0032151-9) RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS RECORRIDO : CLAUDIO LUIZ DA SILVA FERREIRA ADVOGADO : ADRIANA PASSOS FERREIRA - MG082935 DECISÃO O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS

GERAIS interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele estado, que, ao negar provimento à Apelação Criminal n. 1.0024.08.095409-2/001, manteve incólume a sentença que, ao julgar extinta a punibilidade do ora recorrido, revogou as medidas protetivas concedidas à ofendida, vítima de violência doméstica e familiar. Busca, em suma, o restabelecimento das restrições anteriormente conferidas em desfavor do réu, sob a assertiva de que a decisão das instâncias ordinárias incorreu em violação ao disposto nos arts. 13, 22, 23 e 24, todos da Lei n. 11.343/2006 e no art. 461, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil. Assere que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha: a) "não se prestam a assegurar a eficácia prática de outro processo judicial"; b) "constituem providências de cunho satisfativo, aplicadas em procedimento autônomo e independente de qualquer outra ação judicial, de natureza cível ou criminal"; c) "cuida-se de tutela inibitória, concedida com a finalidade de coibir a continuidade da violência doméstica no âmbito doméstico e familiar, mediante a imposição, ao ofensor, de medidas judiciais de natureza não criminal (obrigações de não fazer, elencadas nos artigos 22, 23 e 24, todos das Lei n. 11.343/06), evitando, assim, a ocorrência de um mal maior, qual seja, a prática de um ilícito penal" (fl. 143). As contrarrazões, às fls. 162-166, e o parecer do Ministério Público Federal, às fls. 181-183, pugnam pelo não provimento do recurso especial. Decido. O recurso especial é tempestivo e preencheu os demais requisitos constitucionais, legais e regimentais para seu processamento, pois prequestionado o tema objeto da impugnação e devidamente expostos os dispositivos de lei presumidamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contrariados, os fatos e o direito, de modo a permitir o exame da aventada questão jurídica controversa, sem que, para tanto, seja necessário imersão probatória. A seu turno, nos termos do verbete Sumular n. 568 do STJ, "o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". De fato, inegável que a natureza protetiva conduzida pela Lei n. 11.340/2006 é a sua própria naturalia negotii. O legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, o fez para que a mulher pudesse contar não apenas com legislação repressiva contra o agressor mas também com mecanismos céleres protetivos, preventivos e assistenciais. Nesse aspecto, de fato, a jurisprudência desta Corte Superior já está pacificada quanto ao entendimento de que deve-se compreender a medida protetiva como tutela inibitória que prestigia a sua finalidade de prevenção de riscos para a mulher, frente à possibilidade de violência doméstica e familiar (CC n. 156.284/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 6/3/2018). Não obstante, ao contrário do entendimento assimilado pela recorrente, esta Corte Superior também consolidou o seu posicionamento quanto à compreensão de que "As medidas protetivas previstas no art. 22, I, II, III, da Lei n. 11.340/06, possuem nítido caráter penal, pois visam garantir a incolumidade física e mental da vítima, além de restringirem o direito de ir e vir do agressor. Por outro lado, as elencadas nos incisos IV e V possuem natureza eminentemente civil" (AgRg no REsp 1.441.022/MS, Rel. Ministro Gurgel de Farias, 5ª T., DJe 2/2/2015). Nessa quadra, malgrado seja certo que o Código de Processo Penal não estipula prazo para a vigência das cautelares, certo também de que determina, por outro lado, a sua incidência

consoante a necessidade e adequação (art. 282 do CPP) e, ainda, mediante periódica revisão (art. 282, § 5º, do CPP), à luz do caso concreto. O deferimento de medidas protetivas à vitima de violência doméstica e familiar, conquanto esteja envolta em perspectivas criminais que demandem um olhar mais sensível e acurado, é medida de natureza cautelar, que impõe restrição à liberdade de ir e vir do indivíduo e, como tal, a sua duração no tempo não deve descurar da razoabilidade. No mesmo sentido: "Se é certo que as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha visam garantir a integridade física e moral da mulher, vítima de violência doméstica, não podem elas perdurarem indefinidamente, criando evidente constrangimento ilegal a quem a elas se encontra submetido. Precedentes. [...] (RHC n. 33.259/PI, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 25/10/2017). PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. MEDIDAS PRO TETIVAS DA LE 11.340/06. LEI MARIA DA PENHA. NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL. CARÁTER PENAL. LEGALIDADE. DESCABIDAS PROTEÇÕES AMPLIADORAS NÃO ABRANGIDAS TAXATIVAMENTE NA LEI. CAUTELAR QUE NÃO PODE SER ETERNIZADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Embora a Lei Maria da Penha possua incidência no âmbito cível e criminal, ao tratar da violência doméstica e familiar configuradora de crimes acaba por diretamente afetar penas: quando impede pena pecuniária (art. 17) e quando afasta as benesses da Lei nº 9.099/95 (art. 41), assim tornando certo o conteúdo de norma penal e a incidência do princípio da legalidade estrita. 2. Assim é que foi definida a inicial competência das varas criminais (art. 33), o processamento em casos violência doméstica com comunicação à Autoridade Policial e encaminhamento ao juiz

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(claramente criminal), que poderá fixar medidas protetivas (da vítima, filhos e de bens) e regularmente processar por crime. [...] 7. As medidas protetivas são corretamente nominadas de urgentes por sua incidência imediata, mesmo sem contraditório, na proteção da mulher. 8. Se em feito cível a cessação da eficácia de tutela cautelar antecedente dá-se em trinta dias (art. 309 CP), no processo penal a falta da definição do prazo não permite de todo modo a eternização da restrição a direitos individuais - então aferida a cautelar por sua necessidade e adequação, em casuística ponderação. 9. Na espécie, o cautelar impedimento de aproximação e contato com variadas pessoas já perdura há quatro anos e nenhum processo posterior foi ajuizado, cível ou criminal, a demonstrar clara violação da proporcionalidade e da legalidade. 10. Recurso especial improvido, para manter a revogação da medida protetiva indevidamente eternizada. (REsp n. 1.623.144/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 29/8/2017) In casu, o Juízo de primeiro grau, à vista do noticiado comportamento ameaçador do recorrido, deferiu, em 21/8/2018, parte das medidas protetivas requeridas pela vítima em 14/5/2008, aplicando ao algoz as restrições previstas no art. 22, III, "a", "b" e "c", da Lei n. 11.340/2006 (fl. 17). Extinta a punibilidade na ação penal, o Magistrado de piso, em 18/7/2011 4 anos depois, portanto , revogou as medas protetivas (fl. 40), o que foi chancelado pela Corte mineira, em julgamento realizado em 21/10/2014. É dizer, realizado 6 anos depois da imposição das restrições. Dessarte, não havendo sequer menção de que as circunstâncias que ensejaram a fixação das medidas protetivas em questão se mantiveram inalteradas, escorreita e em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior a providência extintiva

> levada a efeito pelas instâncias ordinárias. À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "b", parte final, do RISTJ, nego provimento ao recurso especial. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 22 de agosto de 2018. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 31/10/2018).

2.2.2. Medidas que obrigam o agressor

Dentre as medidas protetivas de urgência, merece destaque aquelas que obrigam o agressor, previstas no art. 22, o qual determina que, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras, verbis:

> I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n.º 10.826/03;
>
> II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
>
> III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
>
> a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
>
> b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação
>
> c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
>
> IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
>
> V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

São medidas que obrigam o agressor a não praticar determinada conduta, atingindo-o, diretamente, seja em seu patrimônio, seja pessoalmente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, por se destinarem à proteção da mulher, são obrigatórias e impositivas. Seu descumprimento pode ensejar o uso da força policial e a prisão preventiva do agressor (art. 10, parágrafo único c/c art. 20 e 22, parágrafo 3º).

Nesse caso, a Lei prevê, ainda, que a ofendida deverá ser notificada de atos processuais relativos ao agressor, especialmente os pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, bem como não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor (art. 21)

O inciso I, do supracitado artigo, relaciona-se à posse e porte regulares de arma de fogo. Aplica-se àqueles agressores que possuem o registro e a autorização para o porte e uso de arma de fogo como, por exemplo, violência perpetrada por policial.

Cuida-se de medida essencial, pois, "a presença de arma de fogo no contexto da violência pode levar a um resultado mais gravados, tornando-se prudente evitar que o agressor tinha à sua disposição instrumento capaz de matar vítima."[18]

O agressor pode, ainda, ser afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Nesse caso, a medida é prudente para proteger a vida da mulher, dos filhos e de seus familiares.

O contato da vítima com o agressor também pode ser evitado por meio da medida de proibição de aproximação daquela, de seus familiares e de testemunhas. Para tanto, a lei permite a fixação de um limite mínimo de distância que o agressor deve respeitar. Esse limite fica a critério do Magistrado e variará dependendo do caso concreto.

Muito se questiona acerca da efetividade dessa medida, em razão da dificuldade, na prática, de se fiscalizar o seu cumprimento.

Contudo, a meu sentir, a medida é efetiva, pois na maioria das vezes pode evitar a violência, já que a mulher, ao se sentir ameaçada, pela aproximação do agressor, pode noticiar o fato à Delegacia de Polícia.

Maria Berenicie Dias salienta que a vedação de aproximação não configura constrangimento ilegal, nem viola o direito de ir e vir consagrado em sede constitucional (art. 5ø, XV). Ä liberdade de locomoção encontra limite no direito do

outro de preservação da vida e da integridade física. Assim, na ponderação entre vida e liberdade há que se limitar esta para assegurar aquela."[19]

Há ainda, a possibilidade de se proibir o contato do agressor com a ofendida, seus familiares e testemunhas, por qualquer meio de comunicação, incluindo-se, aqui, o contato por meio da Internet (e-mail, mensagens e redes sociais) (art. 22, III, b); a proibição da frequentar lugares onde a vítima exerce suas atividades (art. 22, III, c) e a restrição ou suspensão de visitas aos filhos menores.

Vale ressaltar que, recentemente, a Lei n.º 11.340 foi alterada pela Lei n.º 13.827, que incluiu o art. 12-C, o qual prevê que, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, o agressor poderá ser afastado imediatamente do lar, domicílio ou lugar de convivência com a ofendida.

O afastamento poderá ser determinado pelo juiz; pelo delegado de polícia, quando o município não for sede de comarca; pelo policial (civil ou militar), quando não houver juiz, tampouco delegado disponível no momento da denúncia.

Todavia, a lei teve a cautela de prever a comunicação da medida ao juiz, no prazo máximo de 24 horas, para que este decida, em igual prazo, por manter ou revogar a medida, cientificado o Ministério Público.

Para Guilherme de Souza Nucci, o legislador teve a "ideia de preservar a reserva de jurisdição, conferindo à autoridade judicial a última palavra, tal como se faz quando o magistrado avalia o auto de prisão em flagrante (lavrado pelo delegado de polícia). Construiu-se, por meio de lei, uma hipótese administrativa de concessão de medida protetiva — tal como se fez com a lavratura do auto de prisão em flagrante (e quanto ao relaxamento do flagrante pelo delegado). Não se retira do juiz a palavra final. Antecipa-se medida provisória de urgência (como se faz no caso do flagrante: qualquer um pode prender quem esteja cometendo um crime)."[20]

Quanto à imposição de prestação de alimentos (art. 22, V), trata-se de medida que tem por finalidade manter a subsistência da mulher e de seus filhos.

Acerca dessa imposição, Rogério Sanches e Ronaldo Batista fazem seguinte consideração:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Embora a lei não o tenha dito, entendemos que os alimentos previstos nestes dispositivos, podem ser deferidos, também, em favor dos filhos e não apenas da mulher. Dado o caráter de urgência já mencionado, restringir os alimentos provisionais ou provisórios apenas à mulher acabaria por vitimá-la duas vezes: a primeira, em decorrência da violência que suportou e , a segunda, em virtude da dificuldade que experimentará para fazer frente às despesas com a manutenção dos filhos.[21]

Referidos autores salientam, contudo, que a fixação de alimentos em favor dos filhos será provisória e temporária, sendo que uma decisão definitiva acerca dessa obrigação virá após a propositura de uma ação principal, no juízo adequado, onde figurarão como autor o alimentando.

2.2.3. Medidas que protegem a ofendida

Neste tópico, serão abordadas as medidas endereçadas à vítima, previstas no art. 23, da Lei n.º 11.340/06, a saber:

> Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:
>
> I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
>
> II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
>
> III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
>
> IV - determinar a separação de corpos.

A lei, de modo a propiciar ainda mais a proteção da vítima, previu seu encaminhamento e o de seus dependentes para programas oficiais ou comunitários de proteção ou de atendimento. São os chamados centros de atendimento integral e multidisciplinar e as casas-abrigos, previstos no art. 35 da Lei em questão.

Certo é que tal providência dependerá da existência desses programas, os quais não necessitam ser específicos para as vítimas de violência doméstica e familiar e a finalidade será sempre o suporte psicológico, econômico ou social à mulher e à sua família.

Outras medidas que podem ser determinadas são: o afastamento do lar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao domicílio, após o afastamento do agressor; o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos e a separação de corpos.

A medida de afastamento da ofendida do lar se justifica, pois sendo os envolvidas casados, o afastamento determinado pelo Juiz não caracteriza o abandono do lar, critério da ação de separação (CC, art. 1.573)

Por fim, o legislador previu, no art. 24, medidas que resguardam o patrimônio da vítima, em razão da situação de risco gerada pela violência, não abrangendo, contudo, questões referentes à partilha de bens, estas, reservadas à jurisdição cível.

2.2.4. Efetividade das medidas de proteção

A lei prevê, no parágrafo terceiro, do citado art. 22, que, para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial, bem como que, para conferir efetividade à decisão, pode o magistrado conceder tutela específica na ação que tiver por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (arts. 497 e 498, do CPC).

Pode o Magistrado, por exemplo, impor o pagamento de multa ao agressor como meio de assegurar que ele não se aproxime da vítima.

Nesse sentido, aliás, o Enunciado nº 11 do FONAVID (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher): Poderá ser fixada multa pecuniária, no caso de descumprimento de medida protetiva de urgencia.

Com efeito, a Lei Maria da Penha criou um modelo diferenciado de proteção da mulher, informal e mais ágil.

Valéria Diez bem resume os aspectos positivos que conferem agilidade e efetividade: a) a capacidade postulatória da vítima, prescindindo-se dos rigores exigidos pela legislação para uma ação cautelar; a extensão das medidas protetivas a testemunhas e familiares da vítima; tramitação célere, pois há prazo de 48 horas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para o encaminhamento do pedido pela autoridade policial e mesmo prazo para o Juiz decidir; as medidas podem ser substituídas ou revistas a qualquer momento; possibilidade de decretação da prisão preventiva, inclusive no curso do inquérito policial.[22]

Dessa forma, não se desconhece a previsão das medidas de proteção supramencionadas e dos mecanismos que asseguram o seu cumprimento, tampouco que tais medidas, se usadas com rigor, diminuem o índice de violência contra a mulher. Contudo, e como todo instrumento fruto de uma necessidade social, a Lei Maria da Penha encontra obstáculos capazes de conter o seu progresso.

Dentre eles, e talvez, o mais relevante é a conduta omissiva da vítima. Apesar dos avanços, as denúncias envolvendo a violência doméstica e familiar são escassas e dificultam a aplicabilidade da lei.

Necessário que a vítima vença o medo, seja orientada, deixe de se sentir culpada e registre a ocorrência para a efetividade dos processos protetivo e criminal de violência doméstica e familiar.

A efetividade do processo criminal de violência doméstica e familiar exige uma releitura do processo, segundo as peculiaridades dessa forma de violência. Se assim não for, em razão do retorno ao silêncio, da ausência de testemunhas e da conduta em tese ilibada do agressor, o processo estará fadado ao fracasso na sua função primordial de modificar a realidade. Embora a efetividade diga respeito ao aspecto transformador do processo, esse efeito modificativo exige um suporte probatório mínimo para que o Estado atue - para as medidas protetivas, para que o processo seja instaurado - sem o que não há como se adotar as providências.[23]

Lado outro, não só a conduta da vítima interfere no avanço do processo protetivo. Necessário, ainda, que haja a institucionalização dos serviços protetivos às vítimas, previstos na lei, o que não se deu de maneira homogênea no território nacional

Com efeito, a lei previu os instrumentos para possibilitar a proteção e o acolhimento emergencial à vítima e criou mecanismos para lhe garantir a assistência social, a ela e à sua família. Porém, há lugares onde não se efetivou essa política

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pública, de modo que não se tem, por exemplo, delegacias de atendimento à mulher, Juizados Especiais, casas de abrigo etc.

Dessa forma, onde ausente a implementação da política pública, ausente, também, a possibilidade de se aferir o impacto da Lei Maria da Penha na vida das mulheres que ali sofrem violência doméstica e familiar.

Indispensável, assim, a fiscalização do Poder Público no sentido de que as políticas públicas criadas pela Lei Maria da Penha sejam implementadas no âmbito nacional e por ele aplicadas, de forma que a vítima possa se sentir amparada e segura.

3. CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a analisar a Lei Maria da Penha, instrumento legislativo de proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, Lei n.º 11.340/06.

Em um primeiro momento analisou-se o contexto social e histórico em que criada a legislação, bem como sua importância na tentativa de se promover mudanças de valores sociais.

Fruto de um caso específico de omissão estatal no combate à violência doméstica e familiar, a Lei n.º 11.340/06 reforça a necessidade de se rever as políticas públicas vigentes no país, para tentar solucionar o grave problema da ausência de instrumentos legais que possibilitem a rápida e eficiente punição desse tipo de crime.

Posteriormente, passou-se ao exame dos mecanismos de proteção de urgência que obrigam o agressor, elencados na lei.

Buscou-se especificar esses mecanismos de proteção, que buscam prevenir e diminuir a incidência da violência doméstica contra a mulher.

Por fim, procurou-se demonstrar a aplicabilidade e a eficácia dessas medidas protetivas de urgência, bem como o impacto dessa legislação na sociedade.

Em suma, o que se propôs foi fazer uma análise do contexto histórico/social e da regulamentação legal de proteção da vítima de violência doméstica e familiar no país.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

AGNELLO, Priscila Ramos de Moraes Rego. Sursis Processual e Lei Maria da Penha (Representações Sociais); 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022. Informação e documentação - Artigo em publicação periódica científica impressa - Apresentação. Rio de Janeiro, 2003;

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023. Informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2013;

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988;

BRASIL. Decreto 4.377 de 13/9/2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. CEDAW, Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women. Diário Oficial da União, Brasília, 16 set 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>;

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>;

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07/12/1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08 dez 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>;

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26/09/1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 set 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>;

BRASIL. Lei nº 10.886 de 17/7/2004. Altera o Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica". Diário Oficial da União, Brasília, 18 jun 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm>;

BRASIL. Lei nº 11.340 de 07/8/2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial da União, Brasília, 07 ago 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_0/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>;

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16/3/2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>;

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal – parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 15ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte especial. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica: comentada artigo por artigo/ PINTO, Ronaldo Batista; 56. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (Inclui Lei de Feminicídio). São Paulo: Atlas, 2015.

FONAVID – Fórum Nacional de Juízas e Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. ENUNCIADOS DO FONAVID, atualizados até o X FONAVID, realizado em Recife/PE, entre 12 e 15 de novembro de 2018. Disponível em < https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>;

GRECO, Rogério. Curso de direito penal – parte especial. 17ª Ed.. Saraiva, 2015.

MACHADO, Lia Zanotta. Feminismo em movimento. 2. ed. São Paulo: Francis, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Opinião. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. in Revista Consultor Jurídico, 18/05/2019. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>;

PORTO, Pedro Rui da Fonseca. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

NOTAS:

[1] FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar(Inclui Lei de Feminicídio). São Paulo: Atlas, 2015, pág. 6.

[2] FERNANDES, Valéria Diez Scarance, pág. 14.

[3] DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combare à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2010, pág. 25.

[4] CEDAW, Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women - Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

[5] MACHADO, Lia Zanotta. Feminismo em movimento. 2. ed. São Paulo: Francis, 2010, pág. 61

[6] PORTO, Pedro Rui da Fonseca. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.Pag. 25

[7] FERNANDES, Valéria Diez Scarance, pág. 60.

[8] DIAS, Maria Berenice, pág. 66.

[9] Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

[10] Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

[11] CUNHA, Rogério Sanches. Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo/Ronaldo Batista Pinto. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, págs. 88/89.

[12] FERNANDES, Valéria Diez Sacarance. pág. 109.

[13] PORTO. Pedro Rui da Fonseca, pág. 86.

[14] DIAS, Maria Berenice, pág. 106.

[15] Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da

legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

[16] Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

[...]

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

[17] idem, págs. 142-143.

[18] FERNADES, Valéria Diez Scarance, pág. 153.

[19] DIAS, Maria Berenice, pa'g. 114.

[20] NUCCI, Guilherme de Souza. Opinião. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. in Revista Consultor Jurídico, 18/05/2019. Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo.

[21] CUNHA, Rogério Sanches. Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo/Ronaldo Batista Pinto. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 178

[22] FERNANDES, Valéria Diez Scarance, págs. 185-186.

[23] FERNANDES, Valéria Diez Scarance, pág. 196.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

TEM FUTURO O DIREITO PENAL?

LARA BEZERRA VASCONCELOS:
Advogada. Formada em Direito pela UFPE.

RESUMO: Trata-se o presente trabalho de uma reflexão sobre o posicionamento de Claus Roxin acerca do futuro do direito penal, por meio de considerações da evolução econômica, política e social dos países. Abordam-se o abolicionismo penal, a descriminalização, a diversificação, com as tipificações criadas devido ao meio digital, as punições, inclusive a tendência de penas alternativas a prisão preventiva de liberdade, como a multa, prevenir por meio de atividade de controle do estado e dos próprios cidadãos mais eficiente e de ressocialização.

Palavras-chaves: Direito Penal. Novas Tendências. Abolicionismo. Descriminalização. Prevenção. Novas tipificações.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pode o Direito Penal ser abolido? 2.1 Conciliar, ao invés de julgar: correntes abolicionistas. 2.2 Prevenir, ao invés de punir: controle mais intensivo do crime pelo Estado. 2.3 Curar, ao invés de punir: a substituição do direito penal por um sistema de medidas de segurança. 3. Poder-se-ão, futuramente, evitar sanções penais de modo considerável através da descriminalização e da diversificação? 3.1 Descriminalização. 3.2 Diversificação. 4. A quantidade de dispositivos penais e de violações contra eles cometidas diminuirá ou aumentará? 5. O direito penal do futuro será mais suave ou mais severo? 6. Como será o sistema de sanções no direito penal do futuro? 6.1 Novas penas ou medidas de segurança? 6.2 Sanções orientadas pela voluntariedade. 6.2.1 O trabalho de utilidade comum. 6.2.2 A reparação voluntária. 6.3 Sanções a pessoas jurídicas. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas. 8.1 Primária. 8.2 Secundária.

---

1. Introdução

A importância do Direito Penal é inegável, embora se possa questionar se haverá espaço para este ramo do direito no futuro. Com Beccaria, Feurbach e o Princípio da Legalidade, a ciência do Direito Penal passou a existir, assim houve a limitação do poder arbitrário do Estado, dando fim ao período do terror, o qual era caracterizado por punições arbitrárias, ferindo a dignidade humana e tendo como resultado a morte ou a privação da liberdade dos sujeitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Direito Penal, então, garante a paz infraestatal e uma distribuição de bem minimamente justa, permitindo que as pessoas possam exercer livremente seus direitos de personalidade, estes são assegurados pelo Estado, através da Constituição Federal, mas também a nível penal e cível, no caso do Brasil.

É regulado o Direito Penal por muitas leis e normas penais, as quais possuem como consequências a pena e a medida de segurança. Por mais que tenha evoluído bastante, desde os tempos dos sacrifícios da sociedade primitiva, a justiça criminal subjuga muitos cidadãos a medidas ainda extremamente graves sob a visão social e psíquica. Isto é asseverado por:

> "A doutrina abolicionista acredita na aplicação do individualismo e humanismo na solução das lides penais. Para ela, o problema a ser resolvido, não passa de um eventual acontecimento infracional envolvendo membros da comunidade, independendo-se a situação sócio-econômica e do stigma de perigoso."[1]

As vantagens do direito penal devem ocorrer de forma que traga menos gastos ao cofre público, mesmo assim só pode perdurar em sociedades menos desenvolvidas, as quais ainda precisam de uma rigidez na aplicação do direito, que com o processo evolutivo histórico será suplantada.

2. Pode o Direito Penal ser abolido?

2.1 Conciliar, ao invés de julgar: correntes abolicionistas

Os adeptos do movimento abolicionista consideram que os malefícios do direito penal são maiores que os benefícios, visto que eles argumentam que se alcança a justiça através do combate à criminalidade por meios de combate às causas sociais desta criminalidade, utilizando no máximo de indenizações e conciliação em paralelo ao Estado.

Caso fossem reais as hipóteses vindas do movimento abolicionista, o direito penal deixaria de existir no futuro, visto que se consideraria uma eliminação dos motivos da existência da criminalidade e da delinquência.

Na visão de Roxin, isto não é possível, visto que se usar a Alemanha, como exemplo, a criminalidade não acabou após as várias reformas sociais, resultou em um ótimo nível de bem estar social no país. Os sociólogos acreditam que a criminalidade é fruto de um comportamento desviante típico da ação humana, assim se percebe que mesmo com a melhoria social em um país e um ambiente de bem estar, não se reduzirá a prática de crimes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As condições dos criminosos punidos não seriam melhores socialmente se fossem usadas instituições independentes do Estado, porque haveria grande probabilidade de resultar em insegurança para os cidadãos e em arbitrariedade por quem detivesse o poder, considerando o que se conhece do ser humano e das situações degradantes ocorridas no passado. Sem o controle estatal, desvirtuar-se-iam os critérios estatais, e a linha divisória entre o lícito e o ilícito seria móvel, tendo como consequências abuso de poder e autotutela, para resolver os conflitos, sendo impossível se chegar ao escopo magno- a pacificação social.[2]

A primeira conclusão intermediária de Roxin é que o abolicionismo, no Estado social, não dará fim ao Direito Penal.

Esta conclusão de Roxin refere-se a uma tendência atual contrária ao abolicionismo e favorável ao Direito Penal mínimo, o qual seria a última ratio, a fim de proteger o bem jurídico, quando nenhum outro ramo do Direito conseguir protegê-lo, utilizaria o Direito Penal. A tendência preza por medidas alternativas, pelo Princípio da Insignificância, pela gravidade do crime e pela preservação da dignidade humana; devendo-se haver uma flexibilização.[3]

2.2 Prevenir, ao invés de punir: controle mais intensivo do crime pelo Estado

Um caminho alternativo, a fim de se conseguir uma diminuição da criminalidade e, consequentemente, da intervenção do direito penal, seria um aumento progressivo da vigilância de todos por parte do Estado e dos cidadãos entre si.

Roxin afirma que as sociedades liberais e democráticas têm um nível mais acentuado da criminalidade, assim ele dá exemplos do Japão, que não se encaixa neste padrão anterior, porque é uma sociedade que possui o controle social forte; evitando, assim, condutas desviantes.

A partir dos estudos de Marcelo Neves, sabe-se que a situação da América Latina não se pode enquadrar nos modelos criados, a partir das experiências da América anglo-saxônica e da Europa. O estado da América Latina não se encaixa no pluralismo da modernidade periférica, pois falta não só um encadeamento auto-referencial, mas também uma comunicação entre subsistemas jurídicos estruturados. Além disto, há uma confusão maior que o normal entre diversos subsistemas, como o econômico, o do poder e o familiar.[4]

Apesar deste contexto, no Brasil, já existe projetos precursores que ajudam a evitar a criminalidade, por exemplo o "Apitaço", em Pernambuco, o Comitê Gestor de Qualidade de Vida, em Marília, e a Rede de Vizinhos Protegidos em Minas Gerais.

Essas são algumas das iniciativas de comunidades que acabam resultando em diminuição da criminalidade, ao se censurar condutas ilícitas por parte dos cidadãos. A Rede de Vizinhos Protegidos é um caso bastante interessante, devido a unir as comunidades de diversos bairros, em conjunto com a Polícia Militar de Minas Gerais- caso que se encaixa na visão de Roxin. Quando se há o sentimento de comunidade, futuros atos criminosos são evitados, porque as pessoas não querem ser mal vistas socialmente. Essa rede mobiliza o Estado e os cidadãos em busca da segurança, evitando um mau comum.[5]

O direito penal, então, apenas teria oportunidade de agir para os fatos que não se conseguir evitar na rede da comunidade e do controle estatal, no entanto se deve tender a sanções menos repressivas, visto que já pesa a sanção social ao indivíduo. Nos regimes totalitários, a medida de sanções mais suaves, não aconteceria, visto que esses regimes se caracterizam pela punição severa e não pela prevenção dos fatos.

É preciso fazer algumas considerações acerca da prevenção de delitos no que cinge à tecnologia moderna. Esta evoluiu bastante nos últimos anos e continua a evoluir, permitindo um maior e mais preciso controle por meio, por exemplo, de escutas, de gravações secretas, vigilância, rastreamento, dentre outros. Tais exemplos já são usados por grande parte dos Estados atuais, favorecendo a comprovação de quem é o culpado e dando penas adequadas ao delito cometido.

É evidente que, apesar de haver comportamentos ilícitos que podem ser prevenidos, há aqueles que não podem ser, como os delitos passionais, delitos praticados fora de ambientes vigiados e delitos econômicos.

A vigilância também deve não passar do limite que atinja o âmbito privado e íntimo dos cidadãos, visto que os direitos da personalidade são protegidos constitucionalmente em muitos países. O art. 5º da Constituição Federal brasileira estabelece: "X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", "XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;" e "XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Enquanto a vida privada é inviolável, há justificativas para a vigilância- com todos os meios tecnológicos modernos- a fim de controlar espaços públicos, ruas e praças, por exemplo, principalmente, locais propícios e com histórico de crimes para trazer a segurança de todos que circulam por estes locais. Os direitos da personalidade não estariam sendo violados, visto que a observação da pessoa ocorreu em local público, onde o Estado possui o direito de vigiar para trazer segurança aos cidadãos.

No que tange à criminalidade econômica e à organizada, seria mais eficaz o controle e a redução destes tipos de delitos, caso seja possível impedir o sigilo fiscal de agências financeiras e forçar os bancos a darem informações das operações de suas contas. Poderia, assim, evitar crimes de lavagem de dinheiro, já que se é sabido que todos são obrigados a revelar o valor do patrimônio por meio do Imposto de Renda, no caso dos brasileiros, não havendo nenhuma violação aos direitos personalíssimos.

A segunda conclusão intermediária de Roxin é que uma vigilância maior que diminua consideravelmente a criminalidade, não fará que o direito penal seja desnecessário, visto que há crimes que não podem ser evitados; sendo, então, o direito penal também uma forma de combate à criminalidade.

2.3 Curar, ao invés de punir: a substituição do direito penal por um sistema de medidas de segurança

Existe um tradicionalismo europeu que tende a tentar substituir penas por medidas de segurança, justificando que o criminoso é um doente psíquico e social, o qual deve de ser tratado adequadamente e não ser punido.

Essa tendência europeia tem fundamento, embora não deve fazer com que o direito penal tenha fim, visto que as medidas de segurança seriam aplicadas para aqueles, que possuem comportamento perturbado no desenvolvimento psíquico e social e tivessem cometido algum delito, que se inserissem em problemas intrínsecos mentais e sociais. Considera-se, assim, que a medicina e a psicologia estariam bastante desenvolvidas no futuro sendo possível tratar esses deliquentes com métodos de terapia social.

Percebe-se, então, que o direito penal teria, a partir de certo momento, três consequências previstas para a violação de suas normas: a pena, a medida de segurança tradicional- esta é a que vigora atualmente no Brasil, sendo caracterizada por se aplicar a pessoas que não podem ser censuradas ao cometer um ilícito, visto que são portadores de doenças mentais, assim não conseguem compreender a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

natureza deste ilícito[6]- e as medidas terapêuticas- estas seriam tratamentos psíquicos e sociais para os deliquentes, partindo do pressuposto que seus crimes foram motivados por problemas de natureza social e psíquica.

> "La medida de seguridad destinada a ese último "intento curativo" debía ser el centro de terapia social,(...) debía internarse a aquellos sujetos cuyo delito estuvieravinculado a una enfermedad mental o a trastornos profundos de su personalidad, o que porsu reiterada reincidencia hubieran demostrado que no son resocializables mediante el tratamiento penitenciario normal; en tales casos se anteponía obligatoriamente el centro de terapia social a la custodia de seguridad."[7]

Percebe-se que esta tendência de tratar terapeuticamente quem cometeu certos tipos de crimes deve crescer, visto que é menos onerosa, de forma a trazer uma inserção social, evitar as sanções que privam da liberdade do sujeito e a marginalização social. Não se pode esquecer que esses criminosos são "doentes", eles entendem em parte a gravidade do delito, mas não são pessoas em seu perfeito grau de normalidade, do dito homem médio comum. O tratamento só resultará em sucesso, caso a pessoa esteja disposta a aceitar e progredir no tratamento, se assim não for apenas a pena, deve ser considerada, mostrando que o direito penal coexistirá com as medidas terapêuticas.

Roxin salienta que essas medidas terapêuticas são para uma minoria dos casos, visto que grande parte dos crimes são crimes de trânsito, contra o meio ambiente, econômicos, tributários, dentre outros, nos quais os envolvidos são indivíduos com bastante aptidão para viver em sociedade.

É importante salientar que as medidas terapêuticas não trazem discricionariamente mais benefícios que a pena, visto que são mais rigorosas ao restringir a liberdade individual, enquanto a pena está restrita a culpabilidade, assim para vários casos a pena será mais vantajosa, acolhendo de forma mais adequada os requisitos de garantia e sociais.

A terceira conclusão intermediária de Roxin é que as medidas de segurança, as relacionadas a terapias sociais, terão maior abrangência, todavia não haverá substituição do direito penal por um direito de medidas de segurança.

Apesar dessa conclusão de Roxin, na legislação alemã mesmo após reformas, o centro de terapia só passou a ser positivado em 1962, embora com restrições no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

âmbito de ação, assim o preceito essencial nunca foi efetivamente aplicado na prática. "Actualmente el centro de terapia social sólo pervive dentro de los límites de una "solución penitenciaria" regulada por los §§ 9 y 123 ss. StVoUzG*."[8]

3. Poder-se-ão, futuramente, evitar sanções penais de modo considerável através da descriminalização e da diversificação?

Na descriminalização e na diversificação, há uma diminuição das imposições penais ou mesmo da pena propriamente dita. Há uma interrelação entre essas ferramentas, a segunda só pode ser utilizada se a primeira não for possível.

3.1 Descriminalização

Na visão de Roxin, a descriminalização pode ser compreendida em dois sentidos. O primeiro seria quando ocorresse a supressão definitiva de tipos penais, que não há mais necessidade para manter a sociedade em paz. Em um Estado social, não deve haver punições para condutas, as quais desobedecem a moral, a religião, a política, nem para quem se põe em perigo por livre vontade, porque o direito penal exercendo suas funções em nome do Estado só possui responsabilidade de evitar danos a terceiros e garantir a existência simultânea entre os cidadãos.

Na legislação brasileira e em outras legislações como a alemã, há um dispositivo chamado *abolitio criminis*, o qual é estabelecido no art. 2º, do Código Penal brasileiro: "Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória."

O fenômeno jurídico do *abolitio criminis* acontece quando o legislador, ciente das mudanças culturais sofridas pela sociedade, deixa de incriminar tal conduta por não mais ser considerada típica, antijurídica e culpável, compreendendo que o direito penal também é susceptível a mudanças em virtude dos valores, que mudam na sociedade, interferirem diretamente no direito. O *abolitio criminis* é, portanto, uma descriminalização, porque o Estado não tem mais interesse em defender o bem jurídico descriminalizado. O *abolitio criminis* cessa todos os efeitos penais, assim quem está cumprindo pena, esta será extinta; quem está em processo criminal, deixará de ter causa em processo, isto é, serão extintos todas as punibilidades.[9]

O segundo sentido está relacionado ao princípio da subsidiariedade, o qual estabelece "uma relação de subsidiariedade entre vários tipos penais quando a norma geral, visando proteger um mesmo bem jurídico, descreve graus distintos de violação, ou seja, uma é auxiliar/subsidiária em relação a outra, dita principal."[10]

O direito penal apenas pode ser considerado a *última ratio* da política social, isto possui o sentido de que os comportamentos lesivos à sociedade, mas de menor gravidade, devem ser incriminados por meios extrapenais, e apenas quando estes não puderem ser utilizados, é que se devem usar as penas.

O direito alemão criou as infrações de contra-ordenação as quais são condutas ilícitas com caráter de bagatela, contudo sem relevância penal, por exemplo, incômodos para o bairro e infrações de trânsito. A maior parte desses comportamentos ilícitos já fez, ou ainda faz parte, da responsabilidade do direito penal, embora estejam sendo descriminalizados em vários países.

Portugal é um dos únicos países a possuírem legislação de infrações de contra-ordenação, regulamentadas no decreto-lei nº 433/82 de 27 de outubro.[11] O Brasil não possui regulamentação específica para tais infrações.

É importante ressaltar que os delitos de bagatela foram introduzidos no sistema do direito penal, em 1964, por Claus Roxin, o qual utilizou do Princípio da Insignificância e das influências romanas vindas do brocardo *minimis non curat praetor.* O direito penal, então, só se preocupará com crimes que sejam relevantes penalmente e não com condutas incriminadoras que não ofendem os bens jurídicos.[12] Francisco Assis de Toledo confirma isto: "segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela própria denominação o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas."[13]

O crime de bagatela só pode ser analisado com casos concretos, porque, no plano abstrato, é impossível dizer que determinada conduta é insignificante. Assim o art. 98, I, da Constituição Federal Brasileira, regula sobre os Juizados Especiais julgarem a executarem causas cíveis simples e criminais de menor poder ofensivo, significa que uma conduta com menor poder ofensivo pode ser tipificado, porque houve violação e/ou lesão a bens, e o legislador entendeu que tal situação não recai no princípio da insignificância, mesmo tendo um menor potencial ofensivo.[14]

"Cumpre asseverar que o reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu não conduz à extinção da punibilidade do ato, mas à atipicidade do crime e à consequente absolvição do acusado (STF, 2ª Turma, HC 98.152-6/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/2009)"[15] Isto se relaciona às condutas que se amoldam a um tipo penal formalmente, apesar de que não terão relevância material, porque a ofensa aos bens jurídicos não configurou um injusto típico, assim se afasta a tipicidade penal, porque na realidade fática não houve lesão ao bem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A partir do exposto, compreende-se que alguns crimes podem ser descriminalizados pelo direito penal através do caráter da insignificância, visto que a visão majoritária atual é menos conservadora e rigorosa. Combate-se a corrente radical, que é favorável que o direito penal deve proteger todos os bens, não importando o verdadeiro valor.[16]

3.2 Diversificação

A diversificação ocorre quando não se é possível descriminalizar, então para impedir os inconvenientes da criminalização formal, usa-se alternativas através da diversificação, diminuindo consideravelmente as punições. Na Alemanha, tal método já é bastante usado, principalmente quando se opta por arquivar o processo, caso o acusado faça prestação de serviços à comunidade, a fim de reparar o dano realizado.

Esses meios alternativos serão mais usados no futuro, segundo Roxin, mesmo tendo críticas em relação à ausência de pressupostos certos para a diversificação e à mudança decisória da competência para o Ministério Público. A diversificação se usa de meios que não ferem a dignidade humana, mostrando que as punições nem sempre são fundamentais, mas também visa à prevenção efetiva.

O que Roxin afirma é o uso de medidas alternativas, devido a se levar em consideração as condições de encarceramento, que no Brasil são subumanas. O ideal de ressocialização, que normalmente não ocorre após penas privativas de liberdade, visto que, após o cumprimento, o destino do ex-presidiário será a marginalização social, não sendo benéfico, além dos gastos para o Estado. As penas restritivas de liberdade têm se esgotado historicamente, não cumprindo promessas de ressocialização e tendo como consequências o embrutecimento, a corrupção social e a reincidência.[17]

A pena alternativa seria qualquer punição penal em que não se resultasse em prisão para o criminoso, enquanto, no Brasil, a medida alternativa é:

> "qualquer instituto legal cabível antes ou após a condenação que evite o encarceramento, como exemplo temos as inovações pela Lei n.º 9099/95, e reiteradas pela Lei n.º 10.259/01, como a suspensão condicional do processo, que pode ocorrer antes mesmo do início da instrução criminal, a transação, que permite ao Ministério Público, propor ao cidadão autor de uma infração de menor potencial ofensivo a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade."[18]

A prestação de serviços comunitários é uma das alternativas possíveis na visão de Roxin e esta é a que traz melhor pedagogia, porque promovem a conscientização de modo efetivo. Por exemplo: um funcionário de loja de conveniência que vendeu bebida alcoólica a uma pessoa menor de idade, pode cumprir certo tempo de prestação de serviço em clinicas de reabilitação para dependentes químicos. A prestação de serviço pode ser doações de materiais ou mesmo o exercício de atividades como pintar muros, escolas, instituições públicas, fazer serviços de carpintaria, caso os incriminados sejam profissionais como professores, designers, etc, eles poderão também ajudar ensinando para crianças carentes ou fazendo campanhas de conscientização.[19]

Apesar de tudo o que foi explicitado, é preciso considerar que a diversificação não será usada para todos os crimes, sendo muito importante ainda a vigilância estatal para se ter a segurança.

A quarta conclusão intermediária de Roxin é que a descriminalização e a diversificação não farão a pena se tornar desnecessária; a pena, contudo, só deve ser usada para os casos que a necessitarem.

4. A quantidade de dispositivos penais e de violações contra eles cometidas diminuirá ou aumentará?

Por todo o demonstrado, entende-se que o direito penal ainda deve ter campo de atuação no futuro, o próximo questionamento refere-se ao aumento ou a redução dos dispositivos penais e violações.

As sociedades simples conseguem resolver seus problemas com uma quantidade pequena de regras, as quais são aplicadas a várias áreas por serem mais abrangentes, enquanto que sociedades complexas, incluindo as modernas, precisam de uma enorme quantidade de regras, leis em diversas esferas do conhecimento, o direito e seus ramos entram nessa situação para ajudar.

Com a evolução do direito, nas sociedades modernas, novos dispositivos jurídicos são criados e usados, por exemplo: no direito penal, há a criação de dispositivos para regular os crimes informáticos e econômicos, além de haver também um novo direito penal focado na cibernética. No Brasil, há a Lei nº 12.737/2012, com foco em tipificar crimes realizados no ambiente digital como invadir computadores das pessoas, roubar senhas de dados dos usuários, dentre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os legisladores atuais tendem a criminalizar novos tipos de conduta, as quais se desviam dos padrões de conformidade, assim abordam novos tipos de crimes e, nos dispositivos, incluem também as sanções penais. Criam-se uma enorme quantidade de dispositivos para adicionar maneiras de se punir tais comportamentos, que estão sendo tipificados. Essa hipertrofia do direito penal ocorre por causa das transformações tecnológicas, políticas, culturais ocorridas na sociedade, e elas necessitam de um ajustamento, o qual no Direito Penal é um alargamento no sistema de controle social.[20]

A criminalidade aumentou, mesmo que a vigilância também tenha sido acrescida, no entanto tais fatos não significam o fracasso do direito penal, são fruto das transformações sócio-culturais e econômico-políticas na sociedade.

A quinta conclusão intermediária de Roxin é que a criminalidade cresceu, continuará crescendo, mesmo que em menor grau, visto que as circunstâncias já existem e se intensificam mais.

5. O direito penal do futuro será mais suave ou mais severo?

Roxin acredita que mesmo havendo o aumento da criminalidade, as penas tenderão, em longo prazo, a serem mais suaves. Esse pensamento parece contraditório, porém não é, a tendência cíclica é que a crescente criminalidade resulte em penas mais rigorosas, ocorrendo em períodos determinados de tempo. No momento que Roxin escreveu esse pensamento, estava se ocorrendo uma maior rigidez penal, em virtude da insegurança, do aumento de crimes, do medo dos cidadãos, das informações passadas nos meios de comunicações sobre esses crimes. Apesar desse estado, Roxin acha que é cíclico, acontecendo em alguns momentos apenas.

Ele também acredita que a pena restritiva da liberdade já atingiu seu ponto máximo e irá diminuir com o passar do tempo. Primeiramente, porque à medida que os delitos penais crescem, também aumentam os dispositivos penais, assim terá de diminuir as punições com penas de encarceramento, por causa dos limitados recursos financeiros e das instituições carcerárias, também porque não é politicamente correto. Grande parte dos crimes é de pequeno e médio porte, assim o objetivo principal seria a ressocialização do criminoso, fato que não é conseguido com penas privativas de liberdade. Estas trazem prejuízos sociais como perda do posto de trabalho, afastamento do convívio familiar, privação total da liberdade de decidir sobre seus passos até cumprir a pena, portanto o resultado é marginalização e dificuldade enorme de integração a sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O outro motivo para o redução das penas privativas de liberdade é o desenvolvimento político e criminal. Haverá a tendência a pena de multa, visto que se sabe que o importante é como o Estado reage para reprovar condutas ilícitas e não a dureza da sanção.

Atualmente, em vários códigos penais de vários países, principalmente no Ocidente, já existem a pena de multa como substitutiva da pena privativa de liberdade, que apareceu após se perceber que penas privativas de curta duração trariam desvantagens como a não ressocialização e poderia se criar novas condições para o condenado praticar novos crimes.[21] No Brasil, o instituto das penas de multa substitutiva passou a vigorar através da reforma de 1984 do Código Penal, pode se observar isto no art. 60, § 2º - "A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste código."

A sexta conclusão intermediária de Roxin é que através da diversificação e das penas de multa, haverá meios de ressocializar os indivíduos e tais meios são menos onerosos ao Estado e valorizam mais a dignidade humana, não deixando de serem eficientes. O direito penal, portanto, vai se suavizar com o desenvolvimento social.

6. Como será o sistema de sanções no direito penal do futuro?

6.1 Novas penas ou medidas de segurança?

A pena de multa, como dito anteriormente, terá importância na substituição das sanções penais, embora que não seja suficiente para todos os casos, visto que há pessoas pobres, ou aquelas que escondem seu dinheiro e nem o Estado consegue fazê-la pagar uma multa, mas também há os períodos de recessão, nos quais as dificuldades econômico-financeiras são enormes impossibilitando as pessoas de pagar multas.

Roxin acredita que novas penas no sentido estrito da palavra não surgirão, em virtude de se já ter passado o período de rigor maior do Direito Penal. Ele sugere, como alternativa a pena privativa de liberdade em cárcere estatal, a prisão domiciliar, que teria eficácia por causa da tecnologia na segurança eletrônica, evitaria o ambiente propício a tornar reincidente visto que estaria no seu ambiente familiar sem influências criminosas.

No direito penal brasileiro, a pena de prisão domiciliar é restrita ao art. 318 do Código de Processo Penal "Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo."

Observa-se que é bastante conservadora a doutrina brasileira, não levando em conta a superpopulação carcerária, devido aos condenados terem o direito de viverem com boas condições no ambiente carcerário, o que não ocorre no Brasil. Por causa disso, já há uma parte de doutrinadores que são favoráveis a prisão domiciliar, em outros casos que não estão regulados na legislação, defendendo que o encarceramento deve depender das vagas nas prisões, com exceção para os condenados que possam a vir a praticar o mesmo delito como quadrilhas de tráfico de drogas. Já há certo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a favor da prisão domiciliar.[22]

Outra sugestão seria a proibição de dirigir, não apenas para crimes de trânsito, porque dirigir atualmente possui relevância para as pessoas, assim limitaria a liberdade da pessoa criminosa, todavia de maneira mais humana. Há a sugestão da medida terapêutica que já foi explicitada anteriormente.

A sétima conclusão intermediária é que as novas penas devem ser pena de multa, pena de prisão domiciliar, proibição de dirigir e medidas social-terapêuticas.

6.2 Sanções orientadas pela voluntariedade

Juntamente com as novas penas e as medidas de segurança, haverá também sanções semelhantes a penas, contudo sem a característica de coação da pena tradicional.

6.2.1 O trabalho de utilidade comum

O trabalho de utilidade comum está relacionado a prestações de serviço a instituições estatais, principalmente a hospitais e lares de assistências, entretanto para ser substituído pela pena, o autor do crime tem de se prontificar voluntariamente. Este tipo de trabalho engrandece o ser humano, já que é um trabalho construtivo e com engajamento pessoal, assim a pessoa estaria se ressocializando, não se infligiria a dignidade humana e haveria a consciência de se estar fazendo um bem à sociedade.

No Brasil, já existe pena na forma de prestação de serviços, no entanto não há o caráter de voluntariedade por parte de quem cometeu o delito – o que caracterizaria o trabalho de utilidade comum para Roxin-, no entanto já se são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

positivadas as penas de prestações de serviço para crimes que não sejam graves e que teriam penas privativas de liberdade inferior a seis meses de prisão. A situação brasileira diverge da alemã, porém também mostra que já se há o desenvolvimento de evitar a degradação da dignidade humana trazida pela prisão, como também favorece um ambiente de oportunidade ao condenado, porque ele estará exercendo seu trabalho normal, no ambiente familiar e social, longe de possibilidades maiores de haver a reincidência criminal.[23]

Os argumentos contrários a este tipo de sanção são: difícil para se organizar, retirar vagas de trabalho da população e criar desemprego. Embora esses fundamentos existam, Roxin mostra que, na realidade da Alemanha, isto não se configura, devido a já ser aplicado para quem não cumpre o serviço militar, as prestações de serviço ocorrem geralmente em períodos específicos como fins de semana, não retirando vagas de trabalhadores honestos, mas ainda essas prestações são de serviços menos qualificados, nos quais a mão-de-obra não é suficiente.

6.2.2 A reparação voluntária

Na visão de Roxin, outra forma de sanção caracterizada pela voluntariedade de quem cometeu o crime seria a reparação do dano. Ele também diz que sua visão não está relacionada ao action civile do exemplo francês, nem o compensation order do inglês, devido a esses dois modelos não serem caracterizados pela voluntariedade do sancionado e sim uma indenização por dano feito, sendo uma transferência de demanda civil para o processo penal; sendo, portanto, uma punição tão quanto a pena.

A ideia de Roxin é que seja uma reparação voluntária, esta sendo precedente a abertura do procedimento principal do processo; reduzindo, assim, a pena ou mesmo sua suspensão, salvo em casos de crimes graves. Os benefícios trazidos seriam uma vantagem de reparação do dano pelo autor deste e a outra parte não sofreria com a demora processual, tendo uma reparação ágil.

Roxin afirma que:

> "La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídicocivil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. (...) Por último la

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (nm. 27), al ofiecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada —a menudo incluso independientemente de un castigo— la perturbación social originada por el delito."[24]

Observa-se que, com a reparação voluntária, há uma tendência de ser uma forma preventiva, propondo procedimentos colaborativos, solidários e inclusivos, fundamentados em responsabilidade e na reabilitação de traumas e lesões provenientes dos delitos; havendo, assim, mais diálogo do que julgamento. O modelo de restauração possui uma concepção relacional entre vítima e autor, atuação entre justiça e sua flexibilidade para as novas situações, sendo uma abordagem ligada ao pluralismo jurídico.[25]

A oitava conclusão intermediária de Roxin são sanções relacionadas a autor se propor voluntariamente a cumprir algo complementar, a fim de restabelecer a situação tem a possibilidade de complementar e substituir a pena, visto que possuem consequências sociais construtivas.

6.3 Sanções a pessoas jurídicas

> "De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea um ambiente, um clima que facilita a incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos em beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De outra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, en los que quedan comprendidos aquéllos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable."[26]

Penas relacionadas a pessoas jurídicas terão um papel bastante relevante no futuro, visto que após esse desenvolvimento social, político, econômico, as grandes organizações mundiais, por exemplo, têm cada vez mais espaço e também

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cometem delitos, principalmente, crimes econômicos e ambientais. Por esse motivo, vários teóricos terão de reconhecer que é possível sancionar, através do Direito Penal, as pessoas jurídicas, deixando de ficar tão conectados ao conceito e aplicação da culpabilidade, a qual é referida apenas a imputação pessoal. Para que a situação seja possível, Roxin diz que a tendência seria uma construção jurídica, através do desenvolvimento de normas específicas para imputação das pessoas jurídicas.

Alguns doutrinadores são favoráveis a medidas especiais como multas e até o fechamento da organização, devido a poder ter consequência preventiva. Nesta visão, acredita-se que a responsabilidade civil, administrativa das empresas devem estar relacionadas também a responsabilidade penal, porque se evitará perturbações à sociedade, impede que abusos de poder provenientes de atos administrativos.[27]

No Brasil, a legislação ambiental já pune as pessoas jurídicas pelos danos causados ao meio ambiente nos termos do art. 3º, da Lei nº 9605/2008 *in verbis*:

> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
>
> Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Ademais, cabe salientar que nesse caso da responsabilidade penal por crime ambiental conforme entendimento do STF, não se deve entender que o parágrafo único do supracitado dispositivo demonstra a dupla imputação necessária. O STF, no RE5448181/PR, possui o posicionamento de que não é preciso que a pessoa física também seja condenada para que a pessoa jurídica o seja.

7. Conclusão

O futuro do Direito Penal está garantido, visto que após todas as explicações acima, percebe-se que ele possui extrema importância, não apenas pelo controle que possui sobre certos atos que o humano pode vir a tomar e incorrer em tipo penal, mas também porque ao se adequar às mudanças sociais, novos crimes são tipificados, outros são descriminalizados, há a diversificação, as penas ficam brandas em certos aspectos, prezando pela dignidade humana, apesar de também se criarem novas formas de sancionar quem praticou um crime.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Era de se esperar que o Direito Penal sofresse certas mudanças com o tempo, visto que o direito é uma ciência cultural, que assim se adapta ao momento e as mudanças trazidas, mas também porque está em uma evolução constante, levando ainda a frente os postulados iluministas, visando à garantia de paz social, defesa e sustento dos direitos humanos, mas também proteção de atos arbitrários de quem quer trazer descontrole e perturbações que afetem toda a sociedade. A tendência à flexibilidade é um dos pressupostos que vem ocorrendo com o desenvolvimento, assim as penas darão lugar a sanções que consigam ter efeitos reais, visto que não adianta se optar por penas alternativas se essas não tiverem efetividade social como penas de restrição da liberdade não têm, quando não reinserem o ex-prisioneiro na sociedade, deixando o marginalizado e apto a reincidir criminalmente.[28]

8. Referências Bibliográficas

8.1 Primária

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 790, ago. 2001.

8.2 Secundária

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia**: o homem deliquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. P. 435-436.

ARAÚJO, Denilson Cardoso de. **Prestação de serviço comunitário quando o agente é hipossuficiente**. Alternativa à sanção pecuniária por infração administrativa prevista no ECA. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2123, 24 abr. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/12687. Acesso em: 14 set. 2019.

BATELLA, Wagner; LOPES, Corinne Julie Ribeiro. **O PAPEL DA COMUNIDADE NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE E A EXPERIÊNCIA DA REDE DE VIZINHOS PROTEGIDOS**. P. 181-195 Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp-Marília. 6 ed. número 6. Dez. 2010. Disponível em:< http://200.145.171.5/revistas/index.php/levs/article/view/1135/1023>. Acesso em: 13 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol 1. Parte geral. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 21-22

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 73.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Teoria pura e mínima do direito penal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1799,

4 jun. 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11341. Acesso em: 13 set. 2019

CAMARGO, Roberta Negrão de. *Abolicionismo Penal: Da Utopia à Realidade*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 01 de set. de 2000. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/abolicionismo-penal-da-utopia-%C3%A0-realidade>. Acesso em: 10 set. de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Princípio da insignificância ou bagatela**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2312, 30 out. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/13762. Acesso em: 15 set. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araúlo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândico Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DI LASCIO, Andrelize Guaita; TELLES, Thiago da Nova. **Alternativas às penas privativas de liberdade**. Disponível em: < Disponível em: < http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=510 >. Acesso em: 14 set. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol 1. 10 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. P. 111-113.

MOLINA, Micheli Alves. **Penas Alternativas:** prestação de serviços à comunidade. 2004. 47 f. Monografia. Universidade FMU, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/mam.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

NEVES, Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânia social**: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. A era da Criminologia clínica. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1442, 13 jun. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9879. Acesso em: 15 set. 2019.

PONTAROLLI, André. **Justiça Terapêutica**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1947/Justica-Terapeutica>. Acesso em: 15 set. 2019.

Procuradoria Geral do Distrito de Lisboa. Decreto-lei nº 433/82 de 27 de outubro. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=166&tabela=leis>. Acesso em: 15 set 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 79

Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado. *In*: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 27.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** Parte General. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. P. 132-133. Tomo I.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** Parte General. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. P. 109. Tomo I.

TASSE, Adel El. Prisão domiciliar: **A tendência de seu emprego estratégico na redução da superpopulação carcerária**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2932, 12 jul. 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/19531. Acesso em: 15 set. 2019.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 133.

NOTAS:

---

[1] CAMARGO, Roberta Negrão de. *Abolicionismo Penal: Da Utopia à Realidade*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 01 de set. de 2000. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/abolicionismo-penal-da-utopia-%C3%A0-realidade>. Acesso em: 10 set. de 2019.

[2]CINTRA, Antonio Carlos de Araúlo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândico Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

[3] CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Teoria pura e mínima do direito penal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13,

n. 1799, 4 jun. 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11341. Acesso em: 13 set. 2019.
[4] NEVES, Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânia social**: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina.
[5] BATELLA, Wagner; LOPES, Corinne Julie Ribeiro. **O PAPEL DA COMUNIDADE NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE E A EXPERIÊNCIA DA REDE DE VIZINHOS PROTEGIDOS**. P. 181-195 Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp-Marília. 6 ed. número 6. Dez. 2010. Disponível em:< http://200.145.171.5/revistas/index.php/levs/article/view/1135/1023>. Acesso em: 13 set. 2019.

[6]BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 73.
[7] ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** Parte General. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. P. 132-133. Tomo I.
* StVoUzG = Gesetz über den Vollzug der Freiheitstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz) [Ley sobre la ejecución de la pena de prisión y de las medidas de corrección y seguridad privativas de libertad (Ley Penitenciaria)], de 16-3-1976 (BGBl. *I,* 581)

[8] ROXIN, Claus. **Op. Cit**.. P.133.
[9] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol 1. 10 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. P. 111-113.
[10] QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 79
[11] Procuradoria Geral do Distrito de Lisboa. Decreto-lei nº 433/82 de 27 de outubro. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=166&tabela=leis>. Acesso em: 15 set 2019.
[12]BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol 1. Parte geral. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 21-22
[13] TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 133.
[14] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit*. P. 21.
[15] CAPEZ, Fernando. **Princípio da insignificância ou bagatela**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2312, 30 out. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/13762. Acesso em: 15 set. 2019.
[16] GRECO, Rogério. *Op. Cit*. P. 66

[17] DI LASCIO, Andrelize Guaita; TELLES, Thiago da Nova. **Alternativas às penas privativas de liberdade**. Disponível em: < Disponível em: < http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=510 >. Acesso em: 14 set. 2019.
[18] DI LASCIO, Andrelize Guaita; TELLES, Thiago da Nova. *Idem Ibidem*.
[19] ARAÚJO, Denilson Cardoso de. **Prestação de serviço comunitário quando o agente é hipossuficiente**. Alternativa à sanção pecuniária por infração administrativa prevista no ECA. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2123, 24 abr. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/12687. Acesso em: 14 set. 2019.
[20] ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia**: o homem deliquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. P. 435-436.
[21] BRAGA, Vera Regina de Almeida. **Pena de multa substitutiva no concurso de crimes**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997. P. 25-29.
[22] TASSE, Adel El. Prisão domiciliar: **A tendência de seu emprego estratégico na redução da superpopulação carcerária**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2932, 12 jul. 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/19531. Acesso em: 15 set. 2019.
[23]MOLINA, Micheli Alves. **Penas Alternativas:** prestação de serviços à comunidade. 2004. 47 f. Monografia. Universidade FMU, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/mam.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.
[24] ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** Parte General. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. P. 109. Tomo I.
[25] PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. A era da Criminologia clínica. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1442, 13 jun. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9879. Acesso em: 15 set. 2019.
[26] Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado. *In*: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 27.
[27] DE SANCTIS, Fausto Martins. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1999.
[28] PONTAROLLI, André. **Justiça Terapêutica**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1947/Justica-Terapeutica>. Acesso em: 15 set. 2019.

A PROTEÇÃO LEGAL DOS TRABALHADORES NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA: A PROTEÇÃO DO TRABALHO DOS TRANSGÊNEROS NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA ENQUANTO GRUPO VULNERÁVEL

ALICE SOARES REIS: Acadêmica do Curso de Direito, 10° período – CIESA

MARCELO DE VARGAS ESTRELLA[1]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo principal abordar as dificuldades vivenciadas pelas pessoas transgêneros, quanto a inserção no mercado de trabalho, e enquanto empregados aos direitos no respectivo contrato de trabalho, que englobam um conjunto de fatores que resultam nessas disparidades, suscitado principalmente pela desigualdade social e pela discriminação de gênero, e ainda pela ausência de normas específicas na legislação que amparem esse grupo de vulneráveis, pela determinação como casos isolados, pela breve atenção que é dada acerca de um assunto de grande relevância, e da contradição evidenciada pelo fato de que sociedade está em constante evolução e mesmo assim encontra-se obstinada ao retrocesso, contribuindo para as limitações impostas para esse grupo de minorias, o trabalho abrange diferentes aspectos, com a pretensão de trazer questionamentos, reflexões, doutrinas divergentes, ementas, jurisprudências, ensejando mudanças efetivas, a adoção de políticas públicas, que vão desde a interpretação da Constituição Federal que consiste em direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, da Consolidação das Leis do Trabalho, que regulam as relações individuais e coletivas do trabalho, e através de um parâmetro entre as tutelas protetivas da Lei Maria da Penha e da qualificadora do Feminicídio, quanto a possibilidade de ampliação e aplicabilidade para os transgêneros.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Proteção das Pessoas Transgêneros. Consolidação das Leis do Trabalho.

ABSTRACT: The main objective of this article is to address the difficulties experienced by transgender people in terms of their insertion in the labor market, and as employees of rights in the respective employment contract, which encompass a set of factors that result in these disparities, mainly caused by social inequality. and gender discrimination, as well as the absence of specific norms in

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

the legislation to support this group of vulnerable, the determination as isolated cases, the brief attention given to a subject of great relevance, and the contradiction evidenced by the fact that society is constantly evolving and yet it is obstinate to backsliding, contributing to the limitations imposed on this group of minorities, the work covers different aspects, with the intention of bringing questions, reflections, divergent doctrines, menus, jurisprudence, causing changes effective, the adoption of and public policies, ranging from the interpretation of the Federal Constitution consisting of fundamental individual and collective rights and guarantees, the Consolidation of Labor Laws, which regulate the individual and collective relations of labor, and through a parameter between the protective protections of the Maria da Penha Law and the qualifier of Feminicide, regarding the possibility of expansion and applicability for transgender people.

Keywords: Labor Law. Protection of Transgender People. Consolidation of labor laws.

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da diversidade de gênero no mercado de trabalho, é um fator que até nos dias atuais vem a contribuir para um cenário de elevadas disparidades na relação de trabalho entre as pessoas transgêneros, que além de estarem entre o grupo de vulneráveis, que estão sujeitos tanto quanto qualquer pessoa de modo geral aos problemas comuns, as adversidades, a competitividade, a busca de posição de cargos elevados, a respectivos salários, o desemprego, e acabam tendo também que lidar com problemas únicos, que diz respeito às suas individualidades, violações de direitos individuais e essenciais como o da personalidade, que ferem inclusive a dignidade da pessoa humana no mercado de trabalho, que acabam por afetar o coletivo, e trata de uma temática que engloba um conjunto de situações negativas presentes no cotidiano, a desigualdade social, e principalmente a discriminação de gênero, um preconceito enraizado que é uma das maiores razões para o retrocesso em questão da diversidade, e a ausência de instrumentos necessários, políticas públicas, leis específicas, ou que integrem

direitos essenciais ao grupo de transgêneros, evidenciando uma fragilidade na legislação.

Infere-se que a identidade de gênero automaticamente causa uma problematização nos fatores sociais, pois envolvem uma sucessão de dificuldades em que as pessoas que não se identificam com o gênero socialmente construído e o respectivo sexo biológico enfrentam, como a dificuldade ao acesso escolar, inserção no mercado de trabalho, discriminação de gênero, exclusão social, preconceito, e em especial a violação de seus direitos fundamentais, até violações psicológicas ou físicas que podem se tornar letais.

O presente trabalho tem como ênfase a proteção das pessoas transgêneros no âmbito de trabalho, e tem por objetivo demonstrar que o acesso ao mercado de trabalho ainda é visto como instável, quanto a discriminação e diferenças em relação à contratação, aos cargos, aos salários e garantias, e essas dificuldades facilmente podem ser observadas, principalmente quanto a discriminação de gênero, e aos direitos que eventualmente são violados, uma vez que não existe de forma explícita na legislação de medidas protetivas no contrato de trabalho, e serão abordados através de parâmetros entre direitos e garantias constitucionais, analisados em duas vertentes, quanto ao amparo da lei nas hipóteses do transgênero que se identifica com o sexo oposto, e decide pelo procedimento de mudança de sexo, e os que apenas buscam o reconhecimento através da alteração do nome e de gênero na certidão de nascimento.

A inserção dos transexuais no mercado de trabalho, como o de gênero masculino que então se sente preso no corpo em que não se identifica, que não aceita suas características físicas e opta pelo processo de mudança, sejam elas físicas, mudanças do nome social, e com isso passa a se reconhecer com o gênero feminino, assim como do contrário, logo chega-se ao questionamento em que alterações vão haver quanto ao seu contrato de trabalho, uma vez que lhe eram atribuídos direitos de acordo com o sexo masculino, ou feminino que agora não mais lhe dizem respeito.

Dentre esses direitos de modo geral, podem ser analisados primeiramente com previsão na Constituição Federal como no art. 1º, III da CF, que tem como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fundamento a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, e ainda, como complemento explicitado no art. 3º, IV, da CF, que tem por objetivo, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, embasando também esses direitos conforme tratados e convenções, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e a conferência realizada em Yogyakarta, Indonésia, que inclui o Brasil, que consiste em um conjunto de princípios jurídicos internacionais que amparam esses direitos, e dando seguimento através de um parâmetro entre os direitos específicos da proteção do trabalho da mulher, e direitos no coletivo previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, e ainda quanto as tutelas protetivas especiais, como a Lei Maria da Penha nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, e a qualificadora do Feminicídio na Lei nº 13.104, de 9 de Março de 2015.

É notório a fundamental importância do debate em relação da diversidade de gênero, dos direitos e garantias que constam presentes na legislação, embora esses direitos não estejam expressamente ampliado para a proteção dos transgêneros, em que encontram-se desprotegidos, que condicionam sua vulnerabilidade com a violação de direitos ao acesso no mercado de trabalho, e enquanto empregados estão sujeitos a não terem o devido reconhecimento no contrato de trabalho, e essa ausência de normas protetivas tornam essa temática de extrema relevância, e buscar essa evolução nas discussões sobre a identidade de gênero, traz a visibilidade para essas minorias que tem o mérito de obter um amparo de normas específicas expresso em lei, ou ainda ter a extensão das normas protetivas e que deixem de serem reconhecidas como casos isolados, a mercê de toda uma análise, e da interpretação literal da lei para uma decisão jurídica da condição de fazer parte ou não da garantia de uma tutela protetiva.

A metodologia e o objeto de estudo disposto para o desenvolvimento do artigo, trata do método dialético, que tem a pretensão de dar ênfase quanto a realidade social, e de natureza qualitativa, a partir de pesquisas tanto de casos concretos que envolvem a temática proposta e suas resoluções, e consultas principalmente a referências bibliográficas, buscando transmitir uma maior

compreensão quanto a proteção dos direitos e garantias referentes a proteção das pessoas transgêneros.

1. TRANSGÊNERO

A ideologia de gênero, é uma temática de grande importância tanto no sentido de dar ênfase, quanto pelo fator de compartilhar sobre sua relevância, sua abrangência, seus conceitos, experiências e conhecimento a respeito, de que se trata de uma realidade que encontra-se presente no nosso cotidiano, seja no âmbito familiar, no âmbito de trabalho, nas relações de amizades, de forma direta ou indireta pode-se estar presente com determinadas situações em que não é de conhecimento geral ou que não considera-se comum, mostrar que a identidade de gênero são na realidade construções sociais, que vão além do padrão da sociedade, da denominação entre masculino e feminino.

A princípio vale destacar as diferenças, que por inúmeras vezes, são facilmente confundidas, como primeiro ponto quanto a orientação sexual, que independentemente de ser homem ou mulher, vem a ser nada mais do que a inclinação sexual, em relação à atração sexual e afetiva entre as partes, em que determinado indivíduo venha sentir por outro, seja físico ou emocional, e que se subdividem como alguns exemplos, heterossexual, bissexual, homossexual, outro aspecto é quanto a identidade de gênero, que vem a ser a forma em que o indivíduo considera ser, a forma em que se enxerga e nesse caso não vai ter relação ao sexo biológico de origem, vai atentar ao que foi mencionado quanto a construção social do indivíduo, que tem a possibilidade ou não de ter como fator a adequação de sexo.

De modo mais específico, o transgênero vem a ser a pessoa que não se sente bem ou não é retratado pelo próprio corpo, e diante desse aspecto a denominação vem a ser a inclusão de pessoas que possuem identidades divergentes das que são estabelecidas e consideradas comuns na sociedade, e tem por finalidade justamente de que não haja uma representação como o que é comum ou não, e sim o reconhecimento da identidade de cada um, e dessa forma a designação de transgênero, abrange todas as questões de gênero, trata de um conflito interior que foi estabelecido a partir do nascimento, uma dúvida acerca do sexo biológico de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

origem, quanto a designação do sexo masculino ou feminino, e que não necessariamente venha trata de uma imposição quanto a questão da adequação de sexo, adequar o corpo a determinado gênero específico.

No que diz respeito dessa transição de gênero, é importante dar ênfase que trata de uma opção, pois não é uma necessidade específica a depender de cada situação diferente, o indivíduo que encontra-se em conflito com o seu corpo, pode optar em conviver com as opções como de inserir na sociedade e de buscar o seu reconhecimento com a identidade em que considera ter, tal como a mudança do nome social, e em outras situações em que esse conflito venha a ser complexo a ponto de ensejar a essa transformação de fato no corpo, sejam transformações como hormônios, ou até mesmo mais definitivo como a cirurgia de mudança de sexo, e essas mudanças levam todo um cuidado específico, um acompanhamento maior, seja através de psicólogo, psiquiatra, cirurgiões plásticos, e o conjunto de todos esses fatores, trata da construção social de cada indivíduo, que se determina a partir de como a pessoa se enxerga, e como se entendem seja pelo gênero masculino ou feminino.

Dessa forma, podemos analisar o direito a personalidade, que pode ser evidenciado para fins de delimitação, na lição de Maria Helena Diniz:

> É o direito de cada pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, identidade, liberdade, privacidade, honra, opção sexual, integridade, imagem. É o direito subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial. (DINIZ, 2010, p.120).

Trata de direitos adquiridos a partir da sua concepção, como o fato de existir, e o direito de defesa da própria natureza como ser humano, são direitos fundamentais previstos na constituição federal, elementos que identificam o ser humano, como o corpo, imagem, honra, integridade, e a privacidade.

Vale ressaltar, quanto as dificuldades vivenciadas pelos transgêneros enquanto grupo vulnerável, que iniciam-se desde o momento em que surge a dúvida, o conflito quanto ao corpo, e a primeira dificuldade é aquela projetada pela própria mente, em que há um conflito direto com aquilo que foi imposto ao

indivíduo como seu sexo biológico, e o fator de não se reconhecer dessa maneira, não compreender e quando compreende tem que lidar tanto com suas individualidades quanto ao medo de exteriorizar os seus sentimentos, pensamentos e a forma em que se considera ser, o gênero em que se sente confortável, o medo do que os outros vão pensar, da rejeição, de ser impedido de ser aquilo que realmente é, que consta em desacordo com o que é empregado como comum pela sociedade, e muitas vezes acabam por optar em não assumirem suas identidades, por não se adaptarem, ou por a luta individual constante, os obstáculos e a ausência de apoio seja familiar ou no círculo de amizades e se tornarem por muitas das vezes, deprimidos, sofrerem com ansiedade, angústias e viverem em constante frustração.

Ainda quanto a essas dificuldades, também relacionado quanto aos seus direitos, tal como ao respeito em que é um direito a toda e qualquer pessoa, direito da dignidade da pessoa humana, quanto ao direito ao trabalho, direito a igualdade, em que a realidade de determinados grupos sociais é que sofrem com os obstáculos, principalmente quanto a discriminação social, e dessa forma fazendo com que seja dificultosa a inserção no mercado de trabalho, e o respectivo reconhecimento quanto ao contrato de trabalho, com o fato de serem considerados marginalizados pela sociedade, direitos esses que acabam por não se aplicar a todos, e de forma contrária, uma vez que a constituição tem por finalidade assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça a todos.

2. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

Abordar a respeito da proteção do trabalho da mulher, é de fundamental importância, quanto a análise da inserção da mulher no mercado de trabalho, das dificuldades enfrentadas, da posição da mulher no âmbito do trabalho, quais os direitos atuais que estão previstos em lei, a evolução e o que ainda consta presente a respeito desses direitos.

É de conhecimento geral, as conquistas realizadas por mulheres, e a grande importância da inserção da mulher no mercado de trabalho, ao longo do tempo as mulheres protagonizaram a luta com o objetivo da igualdade dos direitos entre os sexos, como a igualdade social, política, e econômica, direitos esses que passaram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a ser defendidos através do vínculo entre as mulher, desde a revolução industrial, século XIX, em que as mulheres passaram a ocupar postos diferentes, houve a inserção da mulher em postos que evidenciaram o devido reconhecimento dentro das indústrias, e também é importante frisar que como não havia certa representatividade, logo a participação da mulher na política era importante, e passaram então a reivindicar também quanto ao direito ao voto, que trata de um direito fundamental, pelo fato de que através do voto que pode se obter a participação na política como cidadão, e nos dias atuais a inserção da mulher no mercado de trabalho é a cada vez maior e essas conquistas e direitos dentre outros estão previstos em lei.

Segundo entendimento de Maurício Godinho Delgado:

> Toda regra que trate diferentemente a mulher perante o homem, inclusive restringindo-lhe o mercado de trabalho, é claramente agressora da Constituição. (DELGADO, 2006, p. 785).

Como fundamento a esses direitos, a Constituição federal estabelece:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações;
>
> Art. 7º, inciso XXX - proibição de diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, assim como outros direitos.

Que tratam de direitos e garantias fundamentais de todos, com o objetivo de afastar questões de desigualdade social, ou mais específico a discriminação de gênero.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), tem participação efetiva no que diz respeito ao amparo da legislação trabalhista, quanto aos direitos e garantias pertencente as mulheres, pois consiste dentre seus objetivos influir através das convenções e recomendações na proteção do trabalho da mulher.

Nesse sentido, para Alice Monteiro de Barros:

> No domínio do trabalho da mulher, a ação internacional assumiu dois perfis. O primeiro, de caráter tutelar, articulou-se em duas direções: de um lado, a disciplina dirige-se à mulher no ciclo gravídico-puerperal (Convenções n. 3, 103 e 183 da OIT) e, de outro, impõem restrições ao trabalho da mulher, em geral, proibindo-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, onde se inclui o trabalho noturno nas indústrias (Convenções n. 4, 41 e 89 da OIT), em regime de horas extras e com pesos. O segundo perfil caracteriza-se pela necessidade de se atribuir às mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens no trabalho (Convenções n. 100 e 111 da OIT). (BARROS, 2011, p.855).

Pode-se extrair que faz menção também a regulamentação do trabalho da mulher, que constam previsto na CLT, que são os direitos referentes ao período de gestação, e quanto as restrições justamente pelo fato de terem essas condições especiais enquanto mulher, e dando seguimento trata quanto a equiparação salarial, da igualdade social entre os gêneros.

Na consolidação das leis do trabalho (CLT), também estão previstas normas de proteção ao trabalho da mulher, como vários dispositivos que tratam da proteção à maternidade, como a duração e condições do trabalho:

> Art. 372 - os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este capítulo;
>
> Art. 373-A, inciso IV - é vedado exigir atestado ou exame de qualquer natureza para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego, quanto a jornada de trabalho;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 377- a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário;
>
> Art. 391 - não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez;
>
> Art. 392 – a empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário;
>
> Art. 392-A à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade;
>
> Art.461 - sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade;

Que tratam de artigos que sofreram alteração conforme a reforma trabalhista, que também são mencionados na constituição federal, só que na CLT estão previstos de maneira mais ampla, visando estimular a igualdade em razão de gênero no âmbito do trabalho e determinar que as normas que regulam o trabalho masculino também vão regular e se aplicar ao feminino, que no exercício de determinada função a trabalhadora não pode ser despedida por justa causa por ter contraído matrimônio ou em virtude de gravidez, e também leva em consideração, do empregador não poder usar esses mesmos artifícios para a não contratação de mulheres, o direito a licença maternidade que trata de uma proteção da gestação quanto as restrições sofridas nesse período que será também ampliado para a empregada que adotar, e quanto ao fato de que empregados no exercício das mesmas funções, e que cumpram com os requisitos da equiparação salarial, tenham salários diferentes é afastado tanto pela constituição quanto pela CLT.

Dado o exposto, esses direitos e garantias que visam proteger o trabalho da mulher, são de fundamental importância, pelo fato de que ao longo dos anos a

questão do trabalho da mulher, apesar das diversas conquistas, com os avanços alcançados pela sociedade, da evolução da legislação brasileira, o contexto social, desde as pequenas conquistas, em razão das lutas e reivindicações pelos direitos a igualdade social, política e econômica, a busca por representatividade que estão presentes até os dias atuais, possui uma problemática que trata de um preconceito sustentado desde os primórdios, e mesmo com as leis que regram o comportamento social, leis trabalhistas que regulamentam o direito da mulher, ainda refletem na conduta contemporânea, e com isso é de suma importância essa análise da necessidade de fazer com que esses direitos e garantias sejam cumpridos de modo efetivo, que seja abordado medidas de uma eficaz fiscalização, para que haja uma conscientização acerca dessas desigualdades, sejam diferenças de acesso, de cargos ou quanto a equiparação salarial ou a contratação da mulher no mercado de trabalho, dentre quaisquer formas de discriminação de gênero, que os direitos e garantias que constam previstos em lei, sejam respeitados, pois os direitos de igualdade existem e devem ser efetivamente aplicados.

3. A PROTEÇÃO DO TRABALHO DOS TRANSGÊNEROS

A inserção dos transgêneros no mercado de trabalho, até mesmo nos dias atuais, ainda com todo processo de evolução, de crescimento do mercado de trabalho, as normas de proteção de direitos e garantias fundamentais que são regidos pela constituição federal, normas trabalhistas que ofertam direitos com o objetivo de fomentar a igualdade social no âmbito do trabalho, e como formas de tutela protetiva aos trabalhadores que faz com que a relação de emprego seja beneficiada com a maior inclusão social ao trabalhador, é evidenciado pelo contrário com a exclusão social, seja na contratação, por fatores de desrespeito à dignidade da pessoa humana, exclusão da participação ativa nas relações de experiência, não gozam de oportunidades e direitos essenciais que são ofertados a todos, e que são motivados pela identidade de gênero.

A comissão internacional dos direitos humanos, abrange formas importantes na busca da igualdade de gêneros e como norma protetiva contra as formas de violências sofridas no âmbito social, munida de mecanismos necessários de direitos humanos, com o objetivo principal de assegurar a proteção efetiva contra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

discriminação ou limitação a direitos fundamentais em razão da identidade e orientação sexual.

Como primeiro aspecto, o Brasil é um País signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que foi internalizada como norma em 6 de novembro de 1992, possui atribuição consultiva que tem por objetivo a valorização do ser humano, pelo aspecto de respeitar a dignidade das pessoas pelo fato de serem pessoas, e a garantia da tutela a direitos fundamentais, e por estar em concordância com o Art.5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, da Constituição Federal, e que possuem valor de norma supralegal.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> O direito à identidade de gênero está vinculado às garantias de liberdade e de autodeterminação e seu reconhecimento por parte dos Estados integrantes da OEA é de vital importância para o pleno gozo dos direitos humanos.

Dessa forma o Pacto de São José da Costa Rica protege os direitos essenciais de liberdade pessoal, de justiça social, quanto a orientação sexual, e a identidade de gênero, e principalmente a tutela protetiva quanto o direito ao trabalho a esse grupo vulnerável, ensejando que tratam de direitos fundamentais de todos, disponibilizando de medidas para a efetivação e cumprimento da orientação estipulada.

Outro aspecto relevante a temática, é quanto a conferência realizada em Yogyakarta, Indonésia, em novembro de 2006, através da participação de 25 países incluindo o Brasil, sobre o desenvolvimento do conjunto de princípios jurídicos internacionais para aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação a orientação sexual e a identidade de gênero, por razões em que consiste aspectos negativos em grande repercussão quanto a homofobia, e tem por objetivo através dos tratados e convenções, assinados ou ratificados entre os países, os documentos que vão a partir da declaração dos direitos humanos, em conjunto com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

todas as convenções, como ao pacto internacional de direitos civis e políticos, o pacto de direitos econômicos, sociais e culturais, e a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, que tratam de direitos fundamentais e universais dos direitos humanos, ensejando sua amplitude também quanto a sua aplicação para violações referentes a identidade de gênero e a orientação sexual, evidenciando que os países são signatários de normas fundamentais que tutelam esses direitos, e que possuem medidas para sua efetivação, o documento possui 29 princípios, que entre eles versam como, o direito ao gozo universal dos direitos humanos, a igualdade e a não discriminação, direito à vida, direito à segurança pessoal, a privacidade, o direito de constituir uma família, que concretizam um grande avanço, conquista quanto a tutela protetiva dos direitos dos transgêneros.

Dando ênfase quanto ao disposto no pacto de direitos econômicos, sociais e culturais, em que abrange o direito ao trabalho:

> Art.6º Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu "ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. A decisão ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275. "

A primeira conquista a ser atribuída, é quanto ao reconhecimento do nome social, que nada mais é que uma adequação na documentação, em que foi aprovado a mudança do nome social e do gênero, podendo as pessoas transgêneros fazer toda alteração em certidões de nascimento, e mais importante foi afastado também que houvesse a necessidade de obter uma autorização judicial para tais alterações, e não foi estipulado como requisito o procedimento da cirurgia de mudança de sexo, podendo ser realizados através do pedido administrativo, realizados diretamente em cartórios de registro civil competente, que foi um grande

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

marco para as liberdades individuais, e também para o coletivo uma vez que amplia os direitos e garantias principalmente ao princípio de igualdade, que são às premissas basilares dos direitos da personalidade, para um grupo de vulneráveis que fazem parte da sociedade como um todo.

A alteração do nome e gênero no registro civil, possui seu amparo fundamentado através do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
> ADI 4275 / DF DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. (Data de publicação: 01/03/2018 – Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO – Brasília/DF).
> 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Ministério público através da PORTARIA PGR/MPU Nº 7, DE 1º DE MARÇO DE 2018 abrange esse reconhecimento:

> Art. 1º Toda pessoa, no âmbito do Ministério Público da União, tem direito ao tratamento humanizado e livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde ou deficiência, sendo-lhe garantida, sem prejuízo dos demais direitos dos integrantes do quadro e dos usuários dos serviços públicos, a identificação pelo nome social.

No Brasil, se torna ainda mais evidente com exemplos em casos concretos recentes da efetivação desses direitos como, na polícia militar do estado de São Paulo, que entrou na corporação sendo identificada como mulher, Emanoely, no ano de 2015, e em 2018 passou a ser reconhecido pela corporação pelo gênero masculino, através do nome Emanoel Henrique Lunardi Ferreira, que trata do primeiro policial transexual na Polícia Militar, e mais importante passou a adquirir seus direito, com o gênero com o qual se identifica, outro caso importante a ser mencionado é quanto a primeira advogada, Marcia Rocha que garantiu seus direitos quanto a inclusão do nome social na certidão da OAB, esses e vários outros exemplos demonstram que trata de um direito visto como conquista dos direitos humanos, o amparo legal do uso do nome social.

4. NA LEGISLAÇÃO ENQUANTO GRUPO VULNERÁVEL

Os transgêneros no âmbito do trabalho, ainda constam presentes no retrocesso, isso se dar principalmente pela ausência de legislações específicas para a proteção dos direitos enquanto grupo vulnerável, que por consequência tem-se a estigmatização e a exclusão social, pelo fato de que acabam por não usufruir das mesmas oportunidades, dentre vagas em empresas, a cargos qualificados, respeito à dignidade da pessoa humana, o reconhecimento pela competência e eficiência, e sim pela desvalorização como ser humano, e também outro fator que impede os avanços a esses direitos, é o preconceito enraizado, em que são vistos como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

marginalizados pela sociedade o que impede o reconhecimento dos transgêneros como pessoa, e são visto como uma condição.

A respeito da inserção de pessoas transgêneros no mercado de trabalho, pode-se analisar através do entendimento de Ewerton S. Nascimento:

> As possibilidades de inserção no mercado de trabalho para as transgêneros são mínimas; mesmo nas situações em que estas executem atividades tidas como femininas, não são consideradas mulheres e pela ambiguidade são alvos de preconceitos por parte da sociedade. Considera-se que a questão da diversidade é colocada a dupla dificuldade enfrentada pelas transgêneros, pois é difícil para a mulher entrar no mercado de trabalho, e ter as mesmas condições trabalhistas e salariais do homem, o desafio aumenta para a travesti. (NASCIMENTO, 2003, p.37).

A responsabilidade social da empresa, quando se trata da contratação de transgêneros enquanto grupo vulnerável, os posicionamentos das empresas tendem a variar, de um lado a contratação de uma pessoa transgênero pode ser um impedimento a sua permanência, e por outro a contratação vai se dar desde que a pessoa no exercício da sua função atue como seu gênero de origem, e não com o gênero o qual se identifique, ou até em hipóteses em que um funcionário contratado, inserido antes da transição, e no curso do trabalho venha a assumir outra identidade, acabar por não obter o seu reconhecimento na empresa, ou de ter seus direitos violados, e empresas que vão agir de forma profissional, e avaliar a contratação de acordo com os requisitos e qualificações, e a responsabilidade social da empresa está justamente no fato de que, essa diversidade de gênero devem ser inseridos em cada um dos setores que fazem parte do modelo de gestão da empresa, para que possam se adequar, para que não se trate de casos isolados, pois quando uma empresa passa a adotar essa respectiva valorização, o respeito, e práticas para reduzir as violações da integridade e dignidade dos transgêneros, torna o âmbito de trabalho mais produtivo, mais eficiente quanto a gestão de pessoas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A legislação trabalhista, possui normas que regulam os direitos e as relações individuais e coletiva dos trabalhadores, como primeiro aspecto e direito a mencionar é quanto ao uso do banheiro nas empresas, fica a cargo como poder diretivo do empregador, conforme a consolidação das leis do trabalho (CLT):

> Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

No âmbito trabalhista, existem a ligação com os direitos sociais, e com a questão do uso dos banheiros, ainda é visto como um assunto que gera grande repercussão e questionamentos em torno, uma vez que no entendimento geral, o banheiro se limita ao empregado masculino e ao feminino, e com a possibilidade de amplitude dos gêneros, possam causar o constrangimento quanto aos demais usuários, e essa restrição da adequação quanto ao uso do banheiro pelo transgênero, que se identifica com o sexo masculino ou feminino, nega direitos já conquistados e previstos inclusive em lei, quanto à honra, a dignidade da pessoa humana, e inclusive o direito ao reconhecimento pleno da identidade de gênero.

Na ausência de normas específicas para a aplicação de casos concretos, referentes a pessoas transgênero, na CLT está previsto:

> Art. 8º- As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Dessa forma, quando tratar de determinado caso em que na ausência de disposições legais, serão de grande importância a análise de decisões concretas através de jurisprudências, súmulas proferidas pelos tribunais de determinada matéria desde que similares, vão compor como fonte do direito do trabalho, ou seja podem ser utilizadas outras normas, e princípios gerais do direito, além das que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constam previstas na CLT, inclusive os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal.

Vale destacar, alguns artigos quanto ao Dano extrapatrimonial, que houve alteração conforme a LEI N. 13.467/2017 da reforma trabalhista.

> Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.
>
> Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.
>
> Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Como primeiro aspecto, abrange uma ideia de que a reparação de danos extrapatrimoniais, são regidos apenas por esse atual dispositivo, que deve ser devidamente interpretado, quanto a essa limitação, uma vez que em qualquer campo do direito os danos morais ou extrapatrimoniais, serão regidos tanto N

Outro ponto mencionado, quanto aos danos extrapatrimoniais, causados em detrimento a pessoas transgênero, tratam da violação ao direito da personalidade, principalmente no que tange a integridade física e psíquica, seja no particular ou quanto as suas projeções sociais.

No art.223 – C, trata dos bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física, que consta uma enumeração taxativa de direitos da personalidade, traz um questionamento, se apenas o que consta nesse dispositivo, é que de fato podem ser objeto de violação ou reparação de danos extrapatrimoniais, uma vez que o próprio direito da personalidade abrange mais direitos não mencionados, previsto na Constituição Federal, que também deveriam ser inclusos dentre o objeto dessa tutela jurídica, e que esse dispositivo não pode ser interpretado de forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

limitada, de modo taxativo, levando em consideração sua abrangência em outros campos do direito.

Quanto ao dispositivo da CLT, prevê na hipótese de atos lesivos, em violação ao direito a identidade de gênero do empregado:

> Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

Que trata do reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, em que são hipóteses de justa causa, de falha ou falta grave do empregador, condutas idôneas caracterizadas como assédio sexual, ou assédio moral sofrida pelo empregado transgênero que no caso se identifica com o sexo feminino, tomando como exemplo a não autorização do reconhecimento do nome social, e quanto ao uso do banheiro feminino no âmbito do trabalho, e com essa demonstração da justa causa do empregador, para reconhecimento e gerando desconstituição do vínculo de emprego com a devida verba rescisória garantida, com efeitos da demissão sem justa causa pelo empregador, que não são beneficiados em sua totalidade com o pedido de demissão.

Nessa perspectiva, vale mencionar quanto a dispensa discriminatória através da Ementa:

> DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - ATO ILÍCITO - RESTRIÇÃO PATRONAL AO DIREITO DE LIVRE EXPRESSÃO DA CONDIÇÃO DE TRANSGÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO - DANO MORAL
>
> - Configura ilícito patronal e dispensa discriminatória a tentativa de limitar a nova condição de pessoa transgênero assumida pelo empregado. O respeito à dignidade da pessoa contempla, dentre outros, o direito subjetivo do indivíduo de estabelecer relações sociais com outros seres humanos, tanto fora como no ambiente de trabalho, especialmente se levarmos em conta que é no desempenho da atividade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> profissional que toda pessoa, em maior ou menor extensão, tem a oportunidade de se socializar e firmar a sua nova condição de transgênero. Mesmo em escola confessional, o respeito à dignidade do transgênero é indeclinável. Desvio de comportamento patronal enseja dano moral indenizável. Recurso da reclamada desprovido. (TRT-15 - RO: 00122664920155150002 0012266-49.2015.5.15.0002, Relator: EDISON DOS SANTOS PELEGRINI, 10ª Câmara, Data de Publicação: 17/03/2017)

A Lei nº 9.029, de 13 de Abril de 1995, que foi alterada pela Lei 12.288, em 20 de julho de 2010, e pela Lei nº 13.146, em 6 de Julho de 2015:

> Art. 4o O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Que também trata de aspectos importantes quanto a proteção do mercado de trabalho dos transgêneros, como a prevenção das práticas discriminatórias no âmbito do trabalho, em hipóteses de o empregador demitir o empregado por razões pessoais, em razão de cor, etnia, sexo, da sua condição social, desde que o empregado esteja munido de provas de que a demissão ocorreu de fato por razão uma conduta discriminatória, tem a possibilidade de ser reintegrado ao seu posto de atuação de trabalho, e também optar quanto a indenização por danos morais devidamente ajustada pelo período de afastamento em dobro.

Dessa forma, analisado todo esse conjunto de direitos que estão previstos em lei, que visam reprimir ou reduzir prática de ações discriminatórias a pessoas transgêneros no âmbito de trabalho, é importante versar tomando como parâmetro

duas vertentes, de um lado a proteção da pessoa transgênero que opta pela transição de gênero de fato, a mudança de sexo, e venha assumir uma nova identidade, a mudança do nome social no registro civil, ou da que opta por não passar pelo processo de mudança de sexo, mas que também objetive o seu reconhecimento com o sexo que se identifica.

Na legislação trabalhista (CLT), como primeiro aspecto de seus direitos de modo geral, devem ser interpretados de forma ampla, a própria legislação deixa claro que na ausência de normas para determinadas decisões, pode se utilizar do auxílio de jurisprudências, de outras esferas do direito, da própria Constituição Federal que fundamentem a respeito, e uma vez que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), tenha sido julgada procedente, quanto o reconhecimento do nome social e do gênero no registro civil, independentemente de qualquer mudança de sexo, ainda no que tange a realização de tratamentos hormonais, pois essas mudanças não estão ligadas ao procedimento cirúrgico, sendo assim os direitos e garantias dispostos pela CLT abrangem a todos os trabalhadores sem limitações de gênero.

Ainda quanto a CLT, nos dispositivos inerentes à proteção do trabalho da mulher, quanto as pessoas transgênero, que possui como sexo biológico masculino, e que passa a adquirir o reconhecimento pelo sexo feminino, passa também a adquirir os direitos conforme o sexo em que se identifique, logo esses dispositivos devem ser interpretados incluindo pessoas transgênero, seja observado de maneira ampla, dessa forma promovendo a inclusão social, abrangendo para o aspecto social a aceitação da diversidade de gênero.

Reitera-se que há uma grande desvalorização no que tange ao poder empregatício, que desrespeitam os direitos e garantias das pessoas transgênero no âmbito do trabalho, uma vez que não podem se sobrepor ao que consta previsto em lei, seja na Constituição ou na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os direitos dos trabalhadores estão apenso diretamente com o conjunto de princípios, como a garantia da dignidade da pessoa humana, com o direito da personalidade, como tutela de proteção a sua liberdade sexual, a ser reconhecido pelo nome e sexo que o definam, e ainda como a garantia facultado ao empregador para que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

âmbito laboral seja adequado e que os respectivos direitos dos trabalhadores sejam respeitados, e livre de discriminações que impliquem quanto a intimidade e atuação profissional.

5. LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, trata de uma das leis que possuem fundamental importância dentro do contexto social para combater a violência doméstica contra a mulher, que teve como inspiração a vida de uma mulher que deixou seu nome na história do País, Maria da Penha Maia Fernandes, que é fundadora do instituto Maria da Penha, que em seu relacionamento pessoal, teve desde sua liberdade individual limitada, até mesmo em 1983 sofrer sua primeira tentativa de assassinato, e por consequência ficou paraplégica em decorrência das agressões de seu ex-marido, e permaneceu em constantes agressões, em cárcere privado, em razão de medo, ausência de visibilidade que na época não existia, na segunda tentativa de assassinato foi que abriu os olhos em virtudes de seus direitos, e procurar justiça, e teve como resposta a inércia da justiça, do País, em uma jornada de 19 anos e 6 meses para obter justiça e punição contra seu ex-marido, que em pouco tempo teve sua liberdade concedida, mas de tudo teve como aspecto positivo, sua história serviu de mecanismo de denúncia contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que foi condenado por omissão, e violação aos direitos humanos em casos de violência doméstica, e ainda foi um caso de grande repercussão, e fundamental para a criação da Lei Maria da Penha, que não só é uma tutela protetiva individual, mas sim com amplitude para todas as mulheres que se encontram nessas circunstâncias, com instrumentos para coibir e prevenir contra a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A lei nº 11.340/06, teve alteração através da lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, em que teve em alguns de seus artigos complemento como:

> Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I- pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º. Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º. Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência. Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas".

Essa inserção de dispositivos na Lei Maria da Penha, como Art.12-C, pode ser analisada a ampliação de competência além do Juiz de direito quanto ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

procedimento de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, passando a ter competência também o delegado de polícia, e nas hipóteses de ausência do delegado, os demais policiais vão dispor de autoridade para executar a medida protetiva de urgência para afastar o agressor do lar, desde que o município não seja sede de comarca, nos casos de cidades que não possuem Juiz de direito, e terão o prazo de 24 horas, para remeter a decisão ao Juiz de direito, que através da reanálise do procedimento, vai decidir entre a manutenção ou a revogação da medida que foi aplicada. Outro ponto a ser tratado é que essa violência doméstica não se limita apenas a mulher, como trata o artigo da extensão também quanto aos seus dependentes, como filhos, enteados, primos, e na hipótese de risco de vida iminente, o agressor deverá ser afastado imediatamente do local em que convive com a vítima, com o objetivo de prevenir ou impedir que venha a ser consumado, e em casos de permanência desse risco à vida da mulher em estado de vulnerabilidade, o agressor não terá a liberdade provisória.

No Art.38-A, a autoridade judiciária vai obter através de seu banco nacional de dados, providenciado pelo juiz competente, todas as informações já registradas de medidas protetivas de urgência, dessa forma em todas as delegacias vão dispor do acesso amplo a esses registros e assim facilitando o desenvolvimento de investigações uma vez que será disponibilizado seja quanto a vítima, se já obteve a devida aplicação da medida protetiva, se já foi resguardada, ou se o autor já tenha cometido, violado determinada medida seja contra uma ou mais pessoas, servindo de mecanismos de auxílio para efetividade, agilidade, e prevenção contra a prática de violência doméstica contra mulher.

No que tange a aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica e familiar sofrida pelas pessoas transgêneros, o Brasil é o País, que dentro de um contexto histórico de violência contra os transgêneros, encontra-se em retrocesso, e torna imprescindível a análise quanto a inobservância de direitos, e da ausência de normas específicas, e apesar de que já mencionado no presente artigo quanto aos direitos conquistados, da mudança de nome e de gênero no registro civil, do reconhecimento da pessoa pelo gênero no qual se identifique, e em específico quanto a mulher transgênero e seus dependentes também estão

presentes dentro do grupo de mulheres vulneráveis, que possuem família, e que no âmbito familiar estão sujeitas a sofrerem violências domésticas.

A Lei Maria da Penha, tem por interpretação dar ênfase ao termo mulher, a se tratar especificamente de uma lei especial para mulheres vulneráveis, dando a entender que essa proteção não inclui aquelas que não são biologicamente mulheres, dessa forma ensejando a análise de todo um procedimento judicial para esse reconhecimento, para que seja aplicada também ao grupo de mulheres transgêneros, que por consequência são violadas duas vezes, uma por agressão doméstica no âmbito familiar, e outra por ter seus direitos de reconhecimento violados, de não ser aplicado de forma automática uma tutela protetiva de fundamental importância.

Conforme disposto na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006:

> Art. 2º - Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Vale ressaltar, que ainda que a lei defina que a tutela protetiva vale para todas as mulheres sem distinção, apenas estar presente o termo orientação sexual, não é suficiente, enquanto não estiver de forma expressa em lei, que esse direito de proteção é extenso a todas as mulheres, e não somente quem é biologicamente mulher, essa literalidade da legislação vai sendo deixada a mercê da interpretação judicial, de um longo e incerto processo.

Decisões referentes a aplicação da Lei Maria da Penha para os transgêneros, podem ser analisadas e tomado como base em jurisprudências e ementas como:

> EMENTA:
> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APLICAÇÃO DA LEI 11.340/06 (MARIA DA PENHA). VÍTIMA TRANSEXUAL. APLICAÇÃO INDEPENDENTE DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RECURSO PROVIDO.

1. Diante da alteração sexual, comportando-se a recorrido como mulher e assim assumindo seu papel na sociedade, sendo dessa forma admitida e reconhecida, a alteração do seu registro civil representa apenas mais um mecanismo de expressão e exercício pleno do gênero feminino pelo qual optou, não podendo representar um empecilho para o exercício de direitos que lhes são legalmente previstos. 3. Recurso provido. (TJ-DF 20181610013827 DF 0001312-52.2018.8.07.0020, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 14/02/2019, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/02/2019. Pág.: 179/197)

Embora, tenha decisões favoráveis em casos de violência doméstica contra pessoas do gênero feminino transgênero, no que tange a aplicação da Lei Maria da Penha, vem a chamar atenção justamente o fato de ensejar essa necessidade de tomar como parâmetro decisões através de jurisprudências, ementas, até mesmo contar com o que recentemente foi aprovado a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), em que por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), criminaliza as condutas que forem consideradas de homofobia ou transfobia, sendo enquadrado como crime de racismo, e nesse sentido abranger apenas quanto ao caráter repressivo.

Diante do exposto, é imprescindível que as mulheres transgêneros também integram o grupo com as demais mulheres na sociedade, e também são possuidoras do resguardo em que consiste a Lei Maria da Penha, e o condão de prevenir e coibir quanto as violências doméstica e familiar, para que assim obtenham o mínimo quanto a um ambiente familiar saudável e adequado, pois fazem parte de direitos merecidos, através de lutas e conquistas das mulheres que percorrem em direção a equidade, a não extensão da Lei Maria da Pena, trata de desamparar um grupo de vulneráveis e fortalecer a exclusão social, é necessária que

seja expresso em lei essa extensão de direitos, para que não se tenha uma interpretação de forma literal, para a acepção e progresso tanto para o indivíduo quanto para as normas da legislação promovendo uma efetividade.

6. FEMINICÍDIO

A Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, alterou o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal, para incluir o Feminicídio como qualificadora de crimes de homicídio, e também para incluir no rol dos crimes hediondo. A qualificadora encontra-se previsto no Código Penal:

> Art. 121 § 2° Se o homicídio é cometido: VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; § 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O feminicídio, trata da violência praticada contra a mulher, que se torna vítima de homicídio pelo simples fato de ser mulher, motivação específica, uma violência internalizada, seja por fato de idealizar a mulher como forma de domínio, de propriedade, de submissão, olhar de inferioridade, pode-se dizer que é a consequência de um conjunto de violências praticadas contra a mulher, condutas consideradas normais no cotidiano, como a discriminação desde o modo de se vestir, de se portar, em função da sua sexualidade, violação de privacidade, a equiparação salarial, imposição de inferioridade, é o ato de cessar essas violências, com a violência letal, no caso o feminicídio, que envolvem também dentre essas práticas de violação, a tutela protetiva abrangida através da Lei Maria da Penha, em casos que envolvem violência doméstica e familiar:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Nessas hipóteses, se o homicídio ocorre dentro do âmbito familiar, logo é tipificado como a qualificadora do feminicídio, que é maior índice de ocorrências, mas a lei ainda se amplia quanto a situações de discriminações e menosprezo, sejam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

configuradas com a qualificadora, e essa lei é de grande reconhecimento, pois objetiva criminalizar essas condutas praticadas, trazendo visibilidade para conscientização principalmente de situações precárias que envolvem a violência de gênero, que fazem parte da sociedade e que precisam ser contextualizadas.

A vulnerabilidade em torno dessa violência de gênero, deve ser analisado também no aspecto da aplicação da qualificadora para as pessoas transgêneros, incluindo também relações homoafetivas constituídas pelo sexo feminino, pois possuem dos mesmos direitos e deveres e também estão sujeitas a se tornarem vítimas do feminicídio, pelos mesmos aspectos que caracterizam essa violência, ensejando o devido reconhecimento quanto a ampliação do alcance da norma, uma vez que no caso de pessoas transgêneros, a qualificadora incide quanto ao que consta em seu documento de registro de nascimento pelo qual se identifica, independentemente do seu sexo biológico.

Segundo entendimento de Rogério Sanches Cunha:

> Mulher, portanto, para os efeitos penais desta qualificadora, é o ser humano do gênero feminino. A simples identidade de gênero não tem relevância para que se caracterize a qualificadora. (CUNHA, 2016, p.65)

Logo, para o autor a qualificadora não abrange em sentido amplo, a designação mulher, pois em sua concepção o gênero vai de acordo com o que consta no registro civil, sua identificação de fato, amparando somente aqueles que possuem formalmente a mudança do nome social e gênero, excluindo dessa tutela especial, tudo o que venha fugir desse contexto e que viabilize uma analogia que mude o que representa a qualificadora.

Por outro lado, a extensão da aplicação da norma pode ser observada através de jurisprudências, ementas como:

> DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. FEMINICÍDIO TENTADO. VÍTIMA MULHER TRANSGÊNERO. MENOSPREZO OU DISCRIMINAÇÃO À CONDIÇÃO DE MULHER. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. IMPROCEDENTE. TESES A SEREM APRECIADAS PELOS JURADOS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPROCEDENTE. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. A decisão de pronúncia dispensa a certeza jurídica necessária para uma condenação, bastando o convencimento do Juiz acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, prevalecendo, nessa fase, o in dubio pro societate, 2. No âmbito do Tribunal do Júri, as possibilidades de desclassificação, absolvição sumária e impronúncia são limitadas, sendo admitidas apenas quando a prova for inequívoca e convincente, no sentido de demonstrar que o réu não praticou crime doloso contra a vida, pois mínima que seja a hesitação, impõe-se a pronúncia, para que a questão seja submetida ao júri, ex vi do art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal c/c art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. 3. Somente as qualificadoras manifestamente improcedentes e sem qualquer apoio na prova dos autos podem ser afastadas. 4. Recursos conhecidos e desprovidos. (TJ-DF 20180710019530 DF 0001842-95.2018.8.07.0007, Relator: WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/07/2019, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 12/07/2019. Pág.: 137/138).

Dessa forma, como já mencionado a qualificadora do feminicídio configura diretamente pela discriminação de gênero, pela condição de ser mulher, quanto sua aplicação existe pontos divergentes, contudo seus objetivos tratam da garantia de direitos individuais, direito a personalidade, e principalmente o direito à vida, e sua incidência deve ser reconhecida e amparado de forma expressa através da norma, pois as violências praticadas contra pessoas transgêneros tendem a não serem interpretadas desde o princípio como casos que possuem cabimento da Lei Maria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da Penha, e muito menos quanto ao feminicídio, evidenciando essa necessidade de abordar e desenvolver essa adequação da norma para a diversidade de gênero.

7. CONCLUSÃO

Tratar da identidade de gênero, ainda que diga respeito à individualidade de cada pessoa, o direito de viver e ser reconhecido por aquilo que considera ser, é uma temática bastante complexa, uma vez que na sociedade é estipulado um padrão denominado homem e mulher, e há de certa forma um estereótipo, obstando assim tudo aquilo que vá em desacordo, trazendo obstáculos seja na inserção de pessoas transgêneros no mercado de trabalho ou de direitos presentes no contrato de trabalho, que ensejam a intercessão de leis que determinem que direitos até mesmo já existentes integram a todos e não apenas determinado grupo da sociedade, e ainda a observância de que tutelas protetivas especiais sejam ampliadas. Sendo de grande importância abranger a temática na esfera trabalhista, dando ênfase e trazendo visibilidade a um assunto que é pouco mencionado, através de pesquisas, discussões, pontos de vistas divergentes entre a doutrina, podendo ser utilizado como paradigma para novas pesquisas como forma de auxílio para uma trajetória de mudanças a serem concretizadas.

Diante da ausência de leis específicas ou da sua expressa ampliação, destaca a fragilidade da legislação que intensificam a toda uma violação de direitos, e o trabalho visa trazer uma transparência no que diz respeito aos direitos e garantias direcionados a proteção das pessoas transgêneros no âmbito do trabalho, através de diferentes vertentes para obter uma unificação, seja através de conceitos, da doutrina que diverge quanto a ampliação de leis especiais, com posicionamentos de acordo com a jurisprudência, a decisão da ADI 4275/DF favorável para alteração do prenome e do sexo no registro civil, ementas com decisões também positivas que refletem direitos como de conceder a aplicação da Lei Maria da Penha e ainda quanto a qualificadora do Feminicídio para pessoas transgêneros uma vez que também integram o grupo de vulneráveis que estão sujeitas a se tornarem vítimas, que são fatores que contribuem para a visibilidade a devida importância e atenção social para o tema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Direito do Trabalho, no que tange as relações de trabalho, o indivíduo que possui como sexo biológico homem, e passa a ser reconhecido como mulher, tanto aquele que opta pela transição de gênero e a cirurgia de redesignação sexual, quanto para os que apenas se identificam pelo sexo oposto, devem ser amparados da mesma forma com a garantia de direitos de acordo com gênero de sua escolha, dessa forma quando se trata de uma pessoa transgênero feminino, os direitos trabalhista devem ir de acordo com a proteção do trabalho da mulher previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), uma vez que possui o seu devido reconhecimento previsto em lei.

Diante de todo o exposto, apesar de todo progresso, conquistas, direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, direitos trabalhistas, e com todas as decisões, ementas que amparem quanto a ampliação de tutelas especiais, medidas protetivas de urgência em face dos transgêneros, é fundamental que sejam expressas as disposições em lei, para que deixem de se tratar com fragilidade, em dependência da interpretação da lei, reforçando também quanto a criação de políticas sociais que tenham por finalidade a proteção das pessoas transgêneros, e principalmente impulsionar a efetividade de direitos que constam no ordenamento jurídico, afastando qualquer limitação a liberdade do reconhecimento da identidade de gênero de cada pessoa.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: Vade Mecum. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 06 jul. 2019

_____. Decreto nº 1.396, de 19 de janeiro de 1937. Promulga a Convenção relativa ao trabalho noturno das mulheres. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1396-19-janeiro-1937-456636-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 21 jul. 2019.

_____. Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

_____. Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dez. de 1998. Aprova a solicitação de reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do instrumento, de acordo com o previsto no § 1º do art. 62 daquele instrumento internacional. Diário Oficial da União. Brasília, 04 de dez. de 1998.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de Abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Lei nº 13.104, de 6 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-lei nº 2,848, de 7 de dezembro de 1940, código penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e o art 1º da lei nº 8.072, de 25

de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 12 de jul. 2019.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 14 de jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, de 01 de março de 2018. Direito Constitucional e Registral. Alteração do Prenome e do Sexo no Registro Civil. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 mar. 2018.

_____. Portaria PGR/MPU nº 7, de 1º de março de 2018. Dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas transgênero. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PORTARIAPGRMPU7_DE1DEMARCODE2018.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região). Recurso Ordinário Trabalhista. Origem: 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí. Dispensa discriminatória. Recurso Ordinário nº 0012266-49.2015.5.15.0002. 1º Recorrente: Instituto Cristão de Educação Jundiaí; 2º Recorrente: Eduardo Aparecido Mendes de Godoi; Juíza: Camila Moura de Carvalho. Relator: Edison dos Santos Pelegrini. 10ª Câmara, 17 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em Sentido Estrito. Aplicação da Lei 11.340/06. Recurso em Sentido Estrito nº 20181610013827 (001312-52.2018.8.07.0020). Acórdão nº 1152502. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; Recorrido: Rafael Souza Fernandes; Relator: Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos. 2ª Turma Criminal, Brasília, DF, 20 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em Sentido Estrito. Direito Penal e Processual Penal. Recurso em Sentido Estrito nº 20180710019530 (001842-95.2018.8.07.0007). Acórdão nº 1184804. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior. 3ª Turma Criminal, Brasília, DF, 04 jul. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Especial. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Ewerton S. Alternativas de mercado de trabalho para as travestis de Aracaju. Aracaju: Ministério da Justiça, 2003.

NOTA:

---

[1] Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado do Amazonas e graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1999). Professor do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA) e Analista Judiciário/Área Judiciária da Auditoria da 12ª CJM/Superior Tribunal Militar (Manaus/AM).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O PUNITIVISMO NO ESTADO BRASILEIRO

RENAN DA SILVA DOMICIANO[1]
EURO BENTO MACIEL FILHO
(Orientador)

RESUMO: A medida cautelar da prisão preventiva, somente deverá ser aplicada quando outras medidas cautelares diversas da prisão não forem cabíveis. Neste ponto, cabe ressaltar que a lei 12.403/11, evidenciou as medidas cautelares diversas da prisão, configurando assim, uma das características mais marcantes da reforma processual introduzida pela referida lei. Atualmente, o sistema prisional brasileiro vivencia uma de suas maiores crises com o problema das superlotações, além de condições precárias e desumanas em que os presos se encontram. No Brasil, o número de pessoas encarceradas já ultrapassou a marca de 700.000[2] pessoas, dos quais, 34% representa o número de presos provisórios, evidenciando a fragilidade deste sistema, o que frequentemente, tem demonstrado o punitivismo do Estado brasileiro. O atual cenário da situação carcerária do Brasil, requer medidas urgentes e eficazes, em que uma nova política de tratamento aos crimes praticados deve ser verificada, e a prisão terá lugar apenas nos casos mais graves, e que estiverem presentes os requisitos mínimos indispensáveis. Neste cenário, as audiências de custódia, tem sido um forte instrumento de política criminal, como preservação da liberdade.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Punitivismo Estatal. Medidas cautelares. Audiência de custódia.

ABSTRACT: The precautionary measure of pre-trial detention should only be applied when other precautionary measures other than imprisonment are not applicable. At this point, it should be pointed out that Law 12,403 / 11, evidenced several precautionary measures of the prison, thus forming, one of the most striking characteristics of the procedural reform introduced by said law. Currently, the Brazilian prison system is experiencing one of its greatest crises with the problem

1 Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Paulista Unip para obtenção do título de Bacharel em Direito.

2http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios, acesso em 27/07/2017.

of overcrowding, in addition to precarious and inhuman conditions in which prisoners meet. In Brazil, the number of people incarcerated has already exceeded the mark of 700,000 people, of which 34% represents the number of temporary prisoners, evidencing the fragility of this system, which has often demonstrated the punitivism of the Brazilian State. The current scenario of Brazil's prison situation requires urgent and effective measures, in which a new policy for dealing with crimes committed must be verified, and imprisonment will take place only in the most serious cases and the minimum necessary requirements are met. In this scenario, custody hearings have been a strong instrument of criminal policy, as preservation of freedom.

Key-words: Keywords: Pretrial detention. State punitivism. Precautionary measures. Custody hearing.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A PENA DE PRISÃO. 3 DA PRISÃO PREVENTIVA. 3.1 Prisão-pena e prisão-provisória. 3.2 Natureza da prisão preventiva. 3.3 Dos fundamentos para decretação da prisão preventiva. 4 FUMUS COMISSI DELICTI E O PERICULUM LIBERTATIS. 4.1 A prisão preventiva como medida de exceção. 5 MEDIDAS CAUTELARES E OUTRAS ALTERNATIVAS AO CÁRCERE INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011. 6 DA LIBERDADE PROVISÓRIA. 7 CAUSAS IMPEDITIVAS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES. 8 DO PUNITIVISMO ESTATAL. 8.1 Presos provisórios no Brasil. 8.2 Do Constrangimento ilegal. 9 PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL COMPARADO. 9.1 Alemanha. 9.2 Espanha. 9.3 Portugal. 9.4 França. 10 SISTEMA PRISIONAL EM COLAPSO. 11 AUDIENCIA DE CUSTÓDIA. 11.1 Impactos positivos das audiências de custódia para o sistema carcerário. 12 A IMPORTANCIA DE IMPLANTAÇÃO DE SOLUÇOES ESTRATEGICAS ANTE O PROBLEMA CARCERARIO. 13 CONCLUSÃO. 14 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Este breve estudo apresenta uma reflexão sobre como a medida cautelar da prisão preventiva, em muitos casos, tem sido utilizada de maneira desproporcional, se distanciando cada vez mais de seu caráter cautelar, integrando uma espécie de antecipação de pena, o que reflete um comportamento extremamente punitivista do Estado, uma ofensa à dignidade da pessoa humana bem como as principais garantias fundamentais inerentes ao homem, especialmente a liberdade.

Nesta trilha, é importante pontuar a recente e polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal após o julgamento do HC 126.292, que alterou substancialmente o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, possibilitando a execução provisória da pena antes do transito em julgado permitindo assim a antecipação da prisão, e principalmente, contrariando o que diz a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º inciso LVII, que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*", o que viola o princípio constitucional da **presunção de inocência**.

Inobstante isso, vale destacar que a lei 12.403/11, que entrou em vigor em 04 de julho de 2011, trazendo importantes modificações no Código de Processo Penal, especialmente no que diz respeito às alternativas à prisão cautelar, alterando o Título IX do referido código que passou a vigorar com a descrição "*Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória*".

Neste sentido, abordaremos no presente trabalho, que a referida lei teve como principal objetivo evitar o encarceramento provisório do indiciado ou acusado quando ausentes os requisitos mínimos necessários, e que a prisão preventiva, deve ser utilizada apenas nos casos mais extremos, quando de fato não houver a possibilidade de se aplicar outras medidas menos gravosas, como bem pontua CAPEZ (2013).

No ano de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, fez um levantamento inédito ao incluir nesta estatística geral de presos, as pessoas em prisão domiciliar. Com isso, chegou-se à conclusão de que a população carcerária brasileira é de aproximadamente 711.463 presos, colocando o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos.

Em contrapartida, existe um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário, mas se considerarem os mandados de prisão em aberto, ou seja, 373.991, a população carcerária saltaria para mais 1 milhão de pessoas.

Neste sentido, cabe destacar o comentário do renomado jurista PACELLI (2013), pontuando que "o *encarceramento é um mal a ser evitado, devido ao seu alto potencial estigmatizante e os inúmeros problemas sociais que disso decorrem, incluindo-se o aumento da violência e da criminalidade*".

A relevância do tema abordado neste trabalho se dá na medida em que verificamos que a prisão provisória somente deverá ser aplicada nos casos em que os bens jurídicos mais importantes possam estar em risco concreto de sofrer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

alguma lesão, e que estejam presentes os requisitos e pressupostos legais inerentes à espécie.

Abordaremos através dos mais diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, que a prisão preventiva é uma medida cautelar que somente deverá ser utilizada, quando esgotadas as demais medidas, priorizando a liberdade, como garantia constitucional.

BREVE HISTÓRICO SOBRE A PENA DE PRISÃO

Quanto à origem das penas, fica difícil conceituar seu início de forma precisa, sendo mais prudente observar sua evolução ao longo da história da humanidade. Nas lições de BITENCOURT (2001), temos que na antiguidade não era comum o encarceramento de delinquentes. Até o final do século XVIII, a prisão servia apenas para contenção e guarda dos réus, para preserva-los até o momento de seu julgamento, e como bem preleciona o autor quanto à privação de liberdade,

> Podem-se encontrar certos resquícios de pena privativa de liberdade fazendo um retrospecto da história em suas diferentes etapas até o século XVIII, quando adquirem relevo as compilações legais da época dos princípios humanísticos de correção e moralização dos delinquentes por meio da pena. Porém, durante vários séculos, a prisão serviu de deposito, contenção e custódia da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução. (BETENCOURT, 2001. p.29).

A prisão, durante muito tempo serviu apenas como deposito, contenção e custodia do réu que de forma desumana, aguardava em condições precárias a execução de sua pena. Desde então, já havia a carência de se aplicar as penas privativas de liberdade tão somente as penas mais extensas ou aquelas aplicadas a condenados definidos como mais perigosos e de difícil recuperação, não sendo mais justificadas as expectativas desta sanção mais tradicional, e assim, caminhava-se para busca de alternativas a pena de prisão, pois o problema da prisão seria a própria prisão.

Contudo, neste período, a prisão não era utilizada como aplicação de pena, pois, as sanções aplicadas até então, quase sempre tinham como fim, a morte e penas corporais que denegriam o acusado, ou seja, era uma maneira de garantir que o réu permanecesse sob custódia até que sua execução fosse cumprida, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ainda em casos de dívida, garantiria o cumprimento da obrigação, enquanto o condenado estivesse preso.

Sob este aspecto, destaca BITENCOURT (2011), que a antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal, e que naquele instante, mesmo se admitindo que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, esta sanção não tinham caráter de pena e repousava em outras razões, ou seja, até o fim do século XVIII a prisão era utilizada apenas para guarda e contenção dos réus, afim de preserva-los e garantir sua integridade física até seu julgamento ou execução, em uma época em que se recorria à pena de morte, penas corporais e infames.

A sociedade atravessava um período em que a violação de normas, era expressa pela aplicação das mais atrozes penalidades, como penas de morte, mutilação, torturas, trabalho forçado, dentre outros tipos cruéis de sanção, e a prisão, além de ser utilizada como uma espécie de custódia dos infratores para que aguardassem receber sua dura punição que geralmente consistia em perder sua vida, começou também a ser utilizada como meio de intimidação do credor contra o devedor, como meio de garantir o pagamento de sua dívida, como bem aponta o referido autor,

> Platão já apontava as duas ideias históricas da privação da liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, esta última a única forma efetivamente empregada na Antiguidade. Deve-se acrescentar que a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas. Ficava, assim, o devedor à mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir o crédito. Essa prática, inicialmente privada, foi posteriormente adotada como pública, mas ainda como medida coercitiva para forçar o devedor a pagar sua dívida.

Na Grécia e Roma, ainda no mundo antigo, já se conhecia a prisão apenas como espécie de custódia, como forma de impedir que o acusado viesse a evadir-se de seu castigo, que neste período histórico, quase sempre resultava em sua morte, como bem aponta BITENCOURT (2011), a finalidade da prisão limitava-se a custódia dos réus até a execução das condenações destinada a estes.

A palavra pena provém do latim *poena* e do grego *poiné* e tem o significado de inflição de dor física ou moral ao indivíduo que tenha infligido à lei, de maneira que desde o momento em que o homem começou a viver em sociedade, já existia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a ideia de que no momento em que fosse contrariada uma regra, ele deveria ser punido, e na lição de GRECO (2015), "*essa punição não era originaria de leis formais, que não existiam naquela época, mas sim de regras costumeiras, culturais, destinadas à satisfação de um sentimento inato de justiça, e também com a finalidade de preservar o próprio corpo social.*"

Sendo assim, os costumes tinham extrema relevância no momento de punir determinadas condutas, pois o que se buscava era a satisfação pessoal em detrimento do sentimento de justiça vivido pela sociedade da época.

Neste sentido, sobre a evolução e as diversas fases da pena, complementa NORONHA (1980 apud GRECO, 2015, p.16),

> A pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça. Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta, ainda permanece a seu lado.

Já na idade média, a lei penal tinha como objetivo, provocar o medo coletivo, ou como nos traz NEUMAN, (2011 apud BITENCOURT, p.31-32), [...] não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficam encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou em calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte.

Durante todo o período da idade média, ainda não aparecia à ideia de pena privativa de liberdade, prevalecendo, nesse período, o direito germânico, e a privação de liberdade, como podemos ver anteriormente, continua a ser utilizada como custódia para aqueles que viriam a ser torturados e executados.

Na antiguidade, a privação de liberdade ainda era desconhecida como sanção penal, como bem ressalta VON HENTIG (1967 apud BITENCOURT 2011)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] as masmorras das casas consistoriais e as câmaras de torturas estavam umas ao lado das outras e mantinham os presos até entrega-los ao Monte das Orcas ou às Pedras dos Corvos, abandonando, amiúde, mortos que haviam sucumbido à tortura ou à febre do cárcere. A prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física.

Ainda na idade média, surge a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Nas prisões de Estado, eram detidos inimigos do poder, que tivessem cometido delitos de traição, e adversários políticos dos governantes. Esta modalidade de prisão servia como custodia, onde o acusado aguardava sua execução, mutilação, açoites, etc., ou como detenção temporal ou perpétua, podendo até receber o perdão real.

Já a prisão eclesiástica, era destinada aos clérigos, e davam ao internado o sentido de penitencia e meditação. Os infratores eram recolhidos em um local no mosteiro, onde por meio da penitencia e oração, pudessem se arrepender do mal que cometeram. Seguindo este contexto histórico, nos traz NEUMAN (1971 apud BITENCOURT 2001, p.10),

> A prisão canônica era mais humana que a do regime secular, baseado em suplícios e mutilações, porém é impossível equipara-la à prisão moderna. Foi por iniciativa eclesiástica que no século XII surgiram às prisões subterrâneas, que tornaram célebre a expressão *vade in pace*3*;* os réus eram despedidos com essas palavras porque aquele que entrava naquelas prisões não saía com vida. Eram masmorras as quais se descia por meio de escadas ou através de poços onde os presos eram dependurados por uma corda.

Por sua vez, na idade moderna, o panorama social era de uma época cercada pela pobreza em meados dos séculos XVI e XVII, com altos índices de criminalidade, o que impossibilitaria a aplicação da pena de morte devido a grande quantidade de pessoas que cometiam delitos neste período. No caso em apreço comenta HENTIG (1967 apud BITENCOURT, 2001, p.15).

> Os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do século XVII, a devastação do país, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de

3 Vai em paz. Palavras com que o confessor despede o penitente, depois de absolvê-lo. (http://www.dicionariodelatim.com.br/vade-in-pace/)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> vida e da economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da criminalidade em fins do século XVII e inicio do século XVIII. Acrescente-se a isso a supressão dos conventos, o aniquilamento dos grêmios e o endividamento do estado. Tinha de enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. Pode-se estabelecer a sua procedência: nasciam nas aldeias incendiadas e nas cidades saqueadas, outros eram vítimas de suas crenças, vítimas atiradas nos caminhos da Europa.

Frise-se que ao longo da história, as tentativas de se produzir um meio eficaz de se evitar e punir delitos por meio da prisão, muitas vezes deixou como evidencia a brutalidade e a inobservância do respeito e dignidade do custodiado, e a prisão, quase sempre tinha como fim, a sua tortura e até mesmo a morte.

Como destaque da ineficiência da pena de prisão, destaca BITENCOURT (2001), que um dos fatores mais frequentes, foram os altos índices e reincidência. Ele destaca que,

> "[...] é inquestionável que a delinquência não diminui em toda América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado".

Somente na metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, onde foram construídas prisões destinadas à correção dos apenados.

2 DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar disciplinada no código de processo penal nos artigos 311 a 316, e aplicável em qualquer fase do procedimento inquisitório ou do processo penal, ao ser decretada pelo juiz, de ofício, durante a ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, e até mesmo por representação da autoridade policial, conforme o disposto no artigo 311 do Código de Processo Penal.

Com o advento da lei 12403/11, ficou ainda mais evidente o caráter de excepcionalidade da referida medida, ou seja, deve ser aplicada apenas naqueles casos imprescindíveis e que não comportem outras modalidades cautelares menos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

severas desde que respeitados os limites legais e preenchidos os requisitos exigidos para tal medida.

2.1 Prisão-pena e prisão-provisória

É de extrema importância, antes de adentrarmos no estudo do tema Prisão Preventiva, identificarmos as diferenças existentes entre os institutos da prisão-pena e prisão-provisória, pois além de serem aplicadas em momentos distintos, possuem finalidades diversas.

Neste sentido, eis a seguir, escólio de DELMANTO (2008), que faz uma abordagem clara e didática quanto às expressivas diferenças entre estes dois institutos penais:

> Enquanto a prisão-pena "é tão só a que se impõe, na Justiça penal, como sanção repressiva, ao autor de crime ou contravenção", somente podendo ser aplicada com a condenação criminal passada em julgado, a prisão provisória "tem por objetivo a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as consequências do *periculum in mora*", aplicando-se, portanto, durante o curso do processo, mas antes da prolação de sentença definitiva.

Sendo assim, quando não estivermos diante de sentença condenatória definitiva, trata-se de prisão provisória, uma vez que esta poderá ser utilizada desde que presentes os requisitos de admissibilidade, quais sejam os previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, e quando não for possível a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do referido código.

2.2 Natureza da prisão preventiva

Na lição de RENATO MARCÃO (2011), temos que a medida cautelar da prisão preventiva é uma modalidade de prisão de natureza processual decorrente de decisão judicial, que pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, ou até mesmo no momento da decisão de pronuncia ou da sentença penal condenatória, desde que estejam presentes os requisitos legais exigidos para aplicação desta rigorosa medida acautelatória.

Sobre a natureza jurídica da prisão preventiva, nos ensina o referido autor, *in verbs*:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Por se tratar de modalidade de prisão sem pena, é correto afirmar que a prisão preventiva é prisão provisória (ainda não há uma condenação com trânsito em jugado), de *natureza cautelar*, que visa assegurar a harmonia da ordem social ou da ordem econômica, o êxito da produção de provas, bem como a efetiva aplicação da lei penal.
> É *providencia excepcional* privativa de liberdade que decorre do poder geral de cautela que a lei confere ao juiz, somente exercitável quando demonstrados seus requisitos gerais: *fumus boni iuris* (fumaça de um bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora).
> Tem *natureza subsidiaria*, visto que em face da nova regulamentação, imposta pela lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (§6º do art.282 do CPP).

Em síntese, ao nos depararmos com o instituto da prisão preventiva, não podemos deixar de observar seu caráter **cautelar**, **excepcional** ou ainda **subsidiário**, e que seus efeitos prevalecerão até a prolação da sentença, momento em que deixará seu caráter preventivo, tornando-se prisão pena.

Nesta toada, ainda sobre o conceito de prisão preventiva, cabe destacar de maneira didática, que esta pode ser subdividida em diversas modalidades, como bem pontua SCARANCE (2012), quais sejam:

> a) Prisão preventiva originária: imposta ao indivíduo que estiver solto, como disposto nos artigos 312 e 313 do CPP;
> b) Prisão preventiva derivada: esta, por sua vez, resulta da conversão da prisão em flagrante, prevista no artigo 310 inciso II do CPP;
> c) Prisão preventiva sancionatória: cabível quando ocorrer o descumprimento de outra medida cautelar, prevista no artigo 312, parágrafo único do CPP;
> d) A prisão preventiva protetiva: nos casos de violência doméstica, possibilita a garantia de atuação de outa medida protetiva, conforme artigo 313, inciso III do CPP;
> e) Prisão preventiva esclarecedora: esta modalidade, aplicada quando houver a necessidade que se esclareça a identidade de uma pessoa suspeita, artigo 313, parágrafo único do CPP;

2.3 Dos fundamentos para decretação da prisão preventiva

O artigo 312 do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei 12.403/11, tem grande importância para o ordenamento jurídico, e traz os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, sob quatro aspectos importantes respectivamente, quais sejam **garantia da ordem pública**, **da ordem econômica**, **por conveniência da instrução criminal**, ou **para assegurar a aplicação da lei penal.**

Dispõe o artigo 312 do CPP:

> A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Em relação à **garantia da ordem pública**, temos que este fundamento é extremamente amplo, devendo ser observado com muita cautela. Caracteriza-se pela necessidade de se manter a ordem social que venha ser abalada por algum delito. Deve existir um nexo entre a ordem social abalada e o delito para que assim, seja possível fundamentar de forma concreta a real necessidade de aplicação da prisão preventiva sob tal fundamento.

Por este vértice, NUCCI (2017) bem pontua que, uma das causas que afeta a ordem pública é a própria credibilidade do judiciário, como fica evidenciado em ementa citada pelo referido autor, *in verbs*:

> Na jurisprudência: TJMG: 'O paciente fora indiciado pela pratica dos crimes previstos nos arts. 213 e 214 c/c art. 224, a [os arts. 214 e 224 do Código Penal foram revogados pela Lei 12.015/2009, embora o seu conteúdo tenha sido incorporado pelo art. 213], todos do Código Penal, acusado, juntamente com 'N.B.', de haver explorado sexualmente, de forma sistemática, crianças do Município de Águas Formosas-MG, mediante o pagamento de módicas quantias em dinheiro e pequenos agrados. (...)Ora, em casos tais, a custódia se faz necessária não só para prevenir a prática de novos crimes, mas também como meio de acautelar a própria credibilidade da justiça, em razão da gravidade dos delitos e sua repercussão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> social' (HC 1.0000.05.417037-8/000, 1.ª C., rel. Edelberto Santiago, 15.03.2005, v.u.). Apura-se o abalo à ordem pública também, mas não somente, pela divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação – escrito ou falado. Não se trata de dar crédito ao sensacionalismo de certos órgãos da imprensa, interessados em vender jornais, revistas ou chamar audiência para seus programas, mas não é menos correto afirmar que o juiz, como outra pessoa qualquer, toma conhecimento dos fatos do dia a dia acompanhando as notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação.

Inobstante isso, outro fundamento a ser abordado nesta esfera, é a **garantia de ordem econômica.** Por este fundamento, ainda na lição do referido autor, a garantia da ordem econômica é uma espécie de gênero da ordem pública, e tal fundamento visa impedir que o agente interfira na ordem econômica e financeira, pois, se tal indivíduo permanecer em liberdade, traria a sociedade uma ideia de impunidade, ou como bem pontua o citado autor,

> Busca-se manter o judiciário atento a chamada criminalidade invisível dos empresários e administradores de valores, especialmente os do setor público. Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o estuprador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso do colarinho branco. (NUCCI, 2017, pg. 808).

Temos ainda como fundamento para decretação da prisão preventiva a **conveniência da instrução criminal**, que traz a garantia da manutenção do devido processo legal, impedindo a obstrução da justiça de modo que possa o agente, de alguma forma, atrapalhar o andamento das investigações, ou ainda nas palavras do autor,

> A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada, e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disto, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva.

Em contrapartida, não se pode permitir que estes fundamentos sejam utilizados de maneira imprecisa, baseado em meras suposições, o que caracterizaria um verdadeiro abuso de poder, uma demonstração do punitivismo estatal, trazendo insegurança jurídica e comprometendo o judiciário.

Em casos que tais, ainda sob a ótica da referida obra, NUCCI, que faz importante análise sobre o tema em questão, senão vejamos:

> Por outro lado, a banalização da prisão preventiva, por conveniência da instrução, advindo o fundamento não da realidade, mas da suposição feita pelo órgão acusatório e/ou judicial, é um abuso de direito. A maciça doutrina e a mansa jurisprudência afirmam que a prisão cautelar é exceção – jamais a regra; vê-se, entretanto, no cotidiano da prática forense, o oposto disso. São vários os casos de decretação da preventiva com base em simples hipóteses de que o acusado possa destruir provas. Não é motivo idôneo. Exige-se a demonstração de um fato, extraído de um processo, para calcar a decretação da custódia cautelar.

Posto isto, a simples hipótese de risco à instrução não é motivação idônea para decretação da prisão preventiva. É preciso mais do que simples suposição para que se embase a aplicação de draconiana medida.

3 FUMUS COMISSI DELICTI E O PERICULUM LIBERTATIS

Como a prisão preventiva é de fato, medida cautelar, se faz necessário observar dois aspectos extremamente importantes inerentes a esta modalidade acautelatória, quais sejam o *fumus* comissi *delicti* e o *periculum libertatis.*

O *fumus comissi delicti*, como bem ensina CEBRIAN e GONÇALVES (2012), refere-se à exigência de que o fato investigado seja criminoso, e que exista **indícios** de **autoria** e **prova** da **materialidade.** É importante destacar que no processo civil, este instituto é conhecido como *fumus boni iuris*.

Diferentemente, o *periculum libertatis* faz referência à **necessidade** de segregação cautelar do acusado por se tratar de pessoa perigosa, ou ainda, caso exista o risco de fuga. Já no processo civil é conhecido *periculum in mora*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O referido autor pontua que a prisão preventiva, tem como base constitucional o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, que permite tal medida acautelatória desde que bem **fundamentada** e por **ordem escrita** por autoridade judiciaria devidamente competente, além de ser uma medida estritamente excepcional, regendo-se pelos princípios da taxatividade, adequação e proporcionalidade.

Ao expor os motivos que fundamentam a prisão, o magistrado não pode fazer de forma genérica e abstrata, pois a insuficiência de fundamentação poderá ensejar sua revogação, tornando nula sua aplicação.

Em sintonia com este entendimento, vejamos uma síntese do venerando aresto da egrégia 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça4 do Estado de São Paulo:

> HABEAS CORPUS Nº: 0215666-43.2012
> COMARCA: PILAR DO SUL IMPETRANTE: JEREMIAS DE CAMARGO
> IMPETRADO: M.M. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA
> PACIENTE: FERNANDO AMADEU SYLVIO SILVA
> RELTOR: ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA
> EMENTA:
> HABEAS CORPUS. ROUBO. PRESENTES REQUISITOS DA LIBERDADE PROVISÓRIA E **AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO** DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. LIMINAR DEFERIDA COM A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO CORRÉU.
> Ordem concedida para convalidá-la, mantida a extensão ao corréu e as medidas cautelares.
> Trata-se de habeas corpus impetrado pelo I. Advogado Dr. JEREMIAS DE CAMARGO em favor de FERNANDO AMADEU SYLVIO SILVA, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do M.M. Juízo de Direito da Vara Única Comarca de Pilar do Sul, nos autos do processo nº 244/2012, a que responde por suposta infração ao artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal.

4https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=6444548&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_034006afb7774a10a2a24979aa1a69c9&vlCaptcha=ixmfz&novoVlCaptcha=. Acesso em 30/07/2017.

> ...A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 73/79, manifestou-se pela concessão da ordem.
> (...) Consoante restou consignado quando da apreciação do pleito preambular:
> "Examinando-se o despacho que decretou a prisão preventiva de Fernando (que não foi detido em estado de flagrância), **verifica-se não estar ele suficientemente fundamentado, não tendo sido demonstrada a concreta presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, já que não são suficientes a tanto os indícios de autoria e a gravidade em abstrato do delito**. Também não é suficiente à manutenção da medida de exceção a decisão que a manteve, acostada às fls. 20/21. **É necessário apontar quais os elementos concretos que impedem a concessão da liberdade, não sendo cabível a utilização de presunções e ilações.**
> Nesse sentido o v. julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:
> 1- "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E MOTIVOS GENÉRICOS DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA. ORDEM CONCEDIDA.
> São Paulo, 15 de janeiro de 2013.

No referido aresto citado anteriormente, ficou evidenciado que para decretar a prisão preventiva, é imprescindível que tal decisão seja devidamente fundamentada pelo magistrado, não se apoiando apenas em meras conjecturas abstratas.

Posta desta maneira a questão, cabe esclarecer que no Direito Processual Brasileiro, a prisão, sem sombra de dúvidas, **é medida de exceção**. Tal afirmação é possível em virtude do que estabelece o artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal que afirma categoricamente que *"ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"*.

Com efeito, as medidas cautelares de natureza processual penal objetivam a garantia e o normal desenvolvimento do processo e, consequentemente, a eficácia na aplicação do poder de punir, como medidas destinadas à tutela do processo.

Ou seja, a prisão cautelar NÃO se destina a punir quem quer que seja, mas, apenas, acautela o regular desenvolvimento do processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.1 A prisão preventiva como medida de exceção

A Constituição Federal dispõe no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal que *"ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".*

Por esse prisma, fica fácil notar que a prisão preventiva, que é uma espécie de prisão cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de antecipação de pena, e sim como medida de exceção. Sobre este aspecto, bem aponta TOURINHO FILHO (2004):

> Já sabemos que toda e qualquer prisão que anteceda à decisão definitiva do Juiz é medida drástica, ou, como dizia Bento de Faria, é uma injustiça necessária do Estado contra o indivíduo, e, portanto, deve ser reservada para casos excepcionais. Por isso mesmo, entre nós, a prisão preventiva somete poderá ser decretada dentro daquele mínimo indispensável, por ser de incontrastável necessidade e, assim mesmo, sujeitando-a a pressupostos e condições, evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara.

Temos que a prisão preventiva é medida de exceção, aplicável apenas nos casos em que outras medidas cautelares não sejam aplicáveis, tamanha a dureza de tal instituto, e nunca, jamais, deverá obter o caráter de antecipação da pena.

Em relação ao instituto da prisão preventiva e sua natureza, imperioso se faz mencionar os ensinamentos do imortal jurista, ALMEIDA JUNIOR (1959), *in verbs:*

> A prisão preventiva não é uma pena, porque a pena não pode ser imposta sem a certeza do delito e de quem seja o delinquente, isto é, sem uma decisão final, que produza a firmeza do juízo. Por isso, no processo criminal há atos decisórios de prevenção, de acusação, e de julgamento.

Aliás, nessa esteira de raciocínio, SANGUINÉ (2014), com o brilhantismo que lhe era peculiar, já ensinava que:

> A privação da liberdade a título de prisão cautelar pode ser justificada por diversos fundamentos. Para uns em critérios de estrita necessidade; para outros numa finalidade constitucionalmente legítima como é o dever estatal de perseguir eficazmente o delito, em tensão com o dever de assegurar o âmbito de liberdade do cidadão, de realizar a

> justiça penal e de assegurar o processo. Não se podendo buscar, em nenhum caso, com a prisão preventiva fins punitivos ou de antecipação de pena.

Nesse diapasão, inclusive, merecem ser citadas as palavras do mestre TOURINHO FILHO, quando leciona:

> Não se pode, sob pena de resvalar-se para o arbítrio e prepotência, presumir que os fins do processo não serão alcançados sem a prisão do réu. Por outro lado, sua maior ou menor periculosidade não pode exercer qualquer influência no campo da prisão provisória. Justificá-la, pois, em face da periculosidade do réu seria uma forma de burlar a lei(...)

A prisão provisória, como medida excepcional que é, antes de ser aplicada ao caso concreto, deve ainda respeitar certos requisitos indispensáveis, os quais deverão estar presentes no momento de sua decretação.

Neste sentido, cabe destacar a lição de RENATO MARCÃO (2011), ao citar o brilhante comentário do eminente Ministro Celso de Mello, *in verbis*:

> Há que se ter em mente, sempre, a seguinte advertência do Min. Celso de Mello a respeito da necessidade de apuração criteriosa dos requisitos autorizadores: ' A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.

Registre-se ainda, neste mesmo sentido, desta vez na lição do saudoso e imortal processualista brasileiro TORNAGHI:

> Em geral as leis deixam à prudência do juiz a decisão sobre a necessidade de impor a prisão preventiva. Não se trata,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> propriamente, de faculdade, de que o juiz usa a seu bel-prazer, a seu arbítrio, e sim de poder discricionário, regulado, portanto, por motivos de conveniência que devem ser levados em consideração. Se o juiz exerce esse poder sem que ocorram as razões consideradas por lei como determinantes da prisão, configura-se o abuso de poder. É certo que o julgamento da conveniência é deixado ao juiz, mas pode a decisão dele ser contrastada pela instancia superior que dirá se houve desmando, excesso, incomedimento.

Nesse sentido, quanto a necessidade da concreta fundamentação para justificar tal medida, na ótica de TOURINHO FILHO (1996 p.488):

> Se a prisão provisória não é pena, e sim medida precautória, é induvidoso que esta somente poderá ser admitida se indispensável [...]
> Não se pode, sob pena de resvalar-se para o arbítrio e prepotência, presumir que os fins do processo não serão alcançados sem a prisão do réu.
> Por outro lado, sua maior ou menor periculosidade não pode exercer qualquer influência no campo da prisão provisória. Justificá-la, pois, em face da periculosidade do réu seria uma forma de burlar a lei[...]

De mais a mais, se torna evidente o entendimento que não há se falar em prisão preventiva sem o devido fundamento legal, além da indispensável presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos que sem os quais, a manutenção da medida cautelar da prisão preventiva, se mostrara desarrazoada, como um claro constrangimento ilegal e uma mostra do punitivismo do Estado, e este comportamento levará serias consequências à sociedade, especialmente na violação das garantias constitucionais inerentes àqueles alcançados pela punição Estatal.

4 MEDIDAS CAUTELARES E OUTRAS ALTERNATIVAS AO CÁRCERE INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011

A lei 12.403/2011 trouxe diversas alterações ao código de processo penal, especialmente ao que tange as prisões cautelares e as medidas alternativas ao cárcere, estas ultimas, inseridas no contexto do artigo 319 do referido código.

O código de processo penal de 1941, ainda em sua primitiva redação, em teve como ponto de partida em sua elaboração um juízo de antecipação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

culpabilidade, com bem leciona PACELLI (2013, p.496), na medida em que a prisão fazia referência apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.

Para que o processo penal possa atingir seus objetivos, dentre outras questões, o Código de Processo Penal ainda prevê diversas medidas cautelares que podem ser utilizadas no curso do processo, como bem pontua TÁVORA (2015, p.919), podem ser destacadas:

> 1) Prisões cautelares (medida cautelar prisional), que visam a proteção da efetividade do processo toda vez que ocorra situação da qual se depreenda, por exemplo, o ***fumus comissi delicti*** consistente na existência do crime e nos indícios de autoria do crime, bem como hipótese que caracterize ***periculum libertatis***, tal como se dá com a necessidade de se garantir a aplicação da lei penal em virtude da fuga do agente;
> 2) A liberdade provisória, com ou sem vinculação (medida cautelar não prisional) que, por seu turno, pode consistir não só em prestação de fiança, mas em assunção de outras obrigações, como comparecimento aos atos da persecução penal;
> 3) Outras medidas cautelares diversas da prisão, conforme disposto no art. 319 CPP, tais como uso de monitoramento eletrônico, a proibição de frequentar determinados lugares e aproximar-se de determinadas pessoas, dentre outras.

Em suma, após as inovações trazidas pela lei 12.403/2011, no que tange as alternativas cautelares diversas da prisão, assim dispôs o artigo 319 do código de processo penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

> I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
> II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
> III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
> V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
> VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
> VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
> VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
> IX - monitoração eletrônica.
> § 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

As referidas medidas cautelares adotadas no Brasil, foram baseadas na legislação portuguesa, como fica evidenciado no artigo 197 e seguintes do código de processo penal de Portugal, que menciona as medidas como *medidas de coacção*, e que por sua vez, se inspiraram no código de processo penal italiano ao título *misure coercitive do Codice di Procedura Penale* a partir do artigo 280. (PACELLI 2013, p. 507).

5 DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é uma medida que tem o escopo de trocar a prisão provisória por outro provimento, que logre garantir a presença do infrator em juízo, para o andamento do curso processual, sem o sacrifício da prisão. Há de se destacar que grande parte da doutrina entende que não é cabível a liberdade provisória para os crimes hediondos, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e a tortura. Todavia, insta acentuar, que a Lei nº 11.464/07 alterou a redação do art.2º da Lei nº 8.072/90, permitindo-se a aplicação do instituto da liberdade provisória aos crimes nesta elencados, corroborando o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores.

O instituto em questão está respaldado pelos incisos LVII e LXVI do art.5° da Constituição Federal, respectivamente, a saber: " *ninguém será levado à prisão ou*

nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; " e "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Faz-se necessário apontar outro dispositivo constitucional que versa sobre esse tema, inciso LIV do art.5°, a saber: "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*." Nesse sentido, verifica-se que a liberdade provisória é uma garantia constitucional assegurada ao cidadão, baseada no princípio da presunção da inocência e no princípio do devido processo legal. Noutras palavras, o princípio do devido processo legal, é uma dos mais importantes princípios constitucionais, visto que, diversos princípios o possuem como base.

Assim, a Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, consagrou em seu art. 11 que: "*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa*".

6 CAUSAS IMPEDITIVAS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Existem algumas situações observadas na lei processual penal, que quando presentes, não se admitirá a imposição de nenhuma das medidas cautelares previstas, independentemente de se demonstrar a real necessidade de sua aplicação.

Refere-se a proibição nos casos em que ao Acusado, não for cominada pena privativa da liberdade para infração penal em apuração ou já no curso do processo.

Sob este aspecto, cabe destacar os ensinamentos de (PACELLI 2013, p.519):

> Do mesmo modo, como já dissemos linhas atrás, julgamos inadequadas e desnecessárias as medidas cautelares para as infrações de menor potencial ofensivo, para as quais é previsto o processo conciliatório da transação penal, e também para os casos de proposta e aceitação da suspenção condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95. As exigências para a suspenção do processo já implicam providencias de natureza acautelatórias. Por razões semelhantes, mostram-se inadequadas, em princípio, aos crimes culposos.

Por este aspecto, em virtude da lei autorizar a decretação da prisão preventiva nos casos em que as medidas cautelares forem descumpridas, como dispõe o art. 282, §4º, CPP, se for admitida a imposição de algumas destas medidas cautelares para tais infrações, haveria o risco de ser decretada prisão para crimes que em tese, não era esperado imposição de pena privativa de liberdade, e esta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

prisão se daria em face ao descumprimento das medidas cautelares anteriormente aplicadas.

O artigo 282, parágrafo 2º do CPP dispõe que as medidas cautelares previstas, não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Evitou-se assim, a aplicação de medidas cautelares superiores aos resultados finais do processo, quando houver condenação, orientando-se pela proporcionalidade nas restrições de direito.

7 DO PUNITIVISMO ESTATAL

O uso indiscriminado da medida cautelar da prisão preventiva, especialmente quando outras medidas menos nocivas à liberdade forem cabíveis, demonstra uma postura extremamente punitivista do Estado, o que viola uma das garantias fundamentais mais importantes, qual seja, a liberdade.

A liberdade é uma garantia tão importante, que o legislador entendeu por bem, destaca-la já no preambulo da Constituição5, *in verbs*:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

Para uma melhor compreensão acerca do tema, vejamos nos tópicos a seguir, um panorama geral da atual situação carcerária no Brasil.

7.1 Presos provisórios no Brasil

No ano de 2017, mais precisamente em 12 de janeiro de 2017, foi realizada reunião da Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça com os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados, na qual foram tratados diversos assuntos, dentre eles, a crise no sistema penitenciário brasileiro.

5 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Naquele momento, foi firmado acordo entre os Presidentes dos Tribunais, com o intuito de proporcionar maior celeridade no julgamento dos referidos processos de presos provisórios, por se tratar de matéria afeta à competência e responsabilidade do Poder Judiciário.

Para isto, foi determinado que seriam colhidas informações quanto ao número de presos provisórios, elaborado um plano de ação para acelerar o julgamento dos processos de réus presos, com prazo de duração de 90 dias e encaminhamento dos resultados ao Conselho Nacional de Justiça6.

Inicialmente, foi fixado prazos para coleta de dados quanto ao número de presos provisórios por Estado, informação que deveria ser encaminhada pelos Tribunais ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de medidas Socioeducativas, prazo este que se esgotou às 17:00 do dia 17/01/2017, sendo que, mesmo sem observância do prazo consignado, todos os Estados encaminharam as planilhas com relação nominal dos presos provisórios, algumas planilhas com visível inconsistência de dados.

Após o levantamento7, verificou-se que o número total de presos no país é de mais de 654.372 presos, dos quais, 34% são presos provisórios, ou seja, 221.054 presos aguardam julgamento.

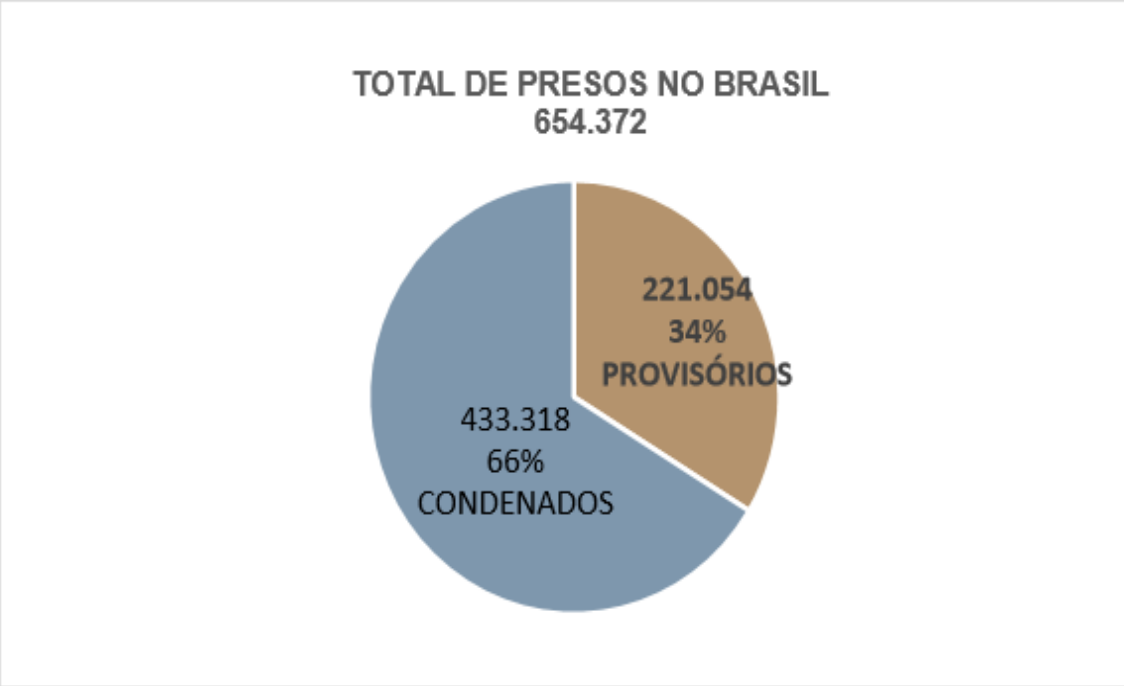
Para uma melhor compreensão, vejamos os números obtidos após o levantamento conforme imagens a seguir:

Imagem 1 – total de presos no Brasil

6 http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf, acesso em 24/09/2017.

7 http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454



Fonte: levantamento CNJ junto aos presidentes dos tribunais de justiça, janeiro 2017.

Como ficou evidenciado na imagem 1, o número de presos provisórios, absurdamente, representa mais da metade do total de presos condenados.

Esta situação alarmante, lamentavelmente representa uma clara antecipação da pena, pois em grande parte dos casos em que o judiciario opta por esta medida cautelar, ao final da instrução o Indiciado é colocado em liberdade, e o tempo que permaneceu com sua liberdade cerceada jamais poderá ser restituído pelo poder estatal.

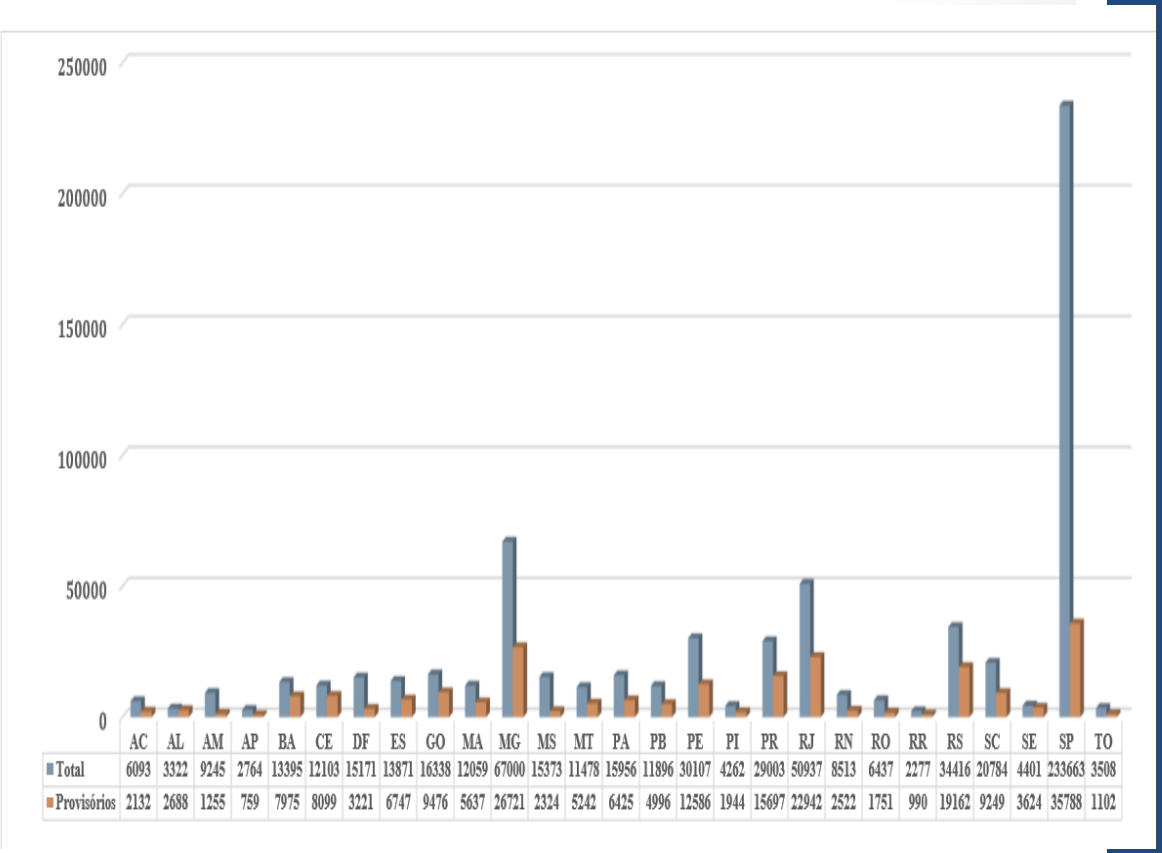
O que tem se verificado é que em muitos casos, seria totalmente possível a aplicação de medidas alternativas diversas da prisão, como as que estão previstas no artigo 319 do CPP.

Desta forma, seria possível diminuir torrencialmente o número de presos provisórios, reservando a prisão apenas para aqueles casos mais graves e que estivessem presentes os requisitos e pressupostos inerentes à medida cautelar da prisão preventiva.

Vejamos no gráfico a seguir a relação de presos já condenados e provisórios:

Imagem 2 - Total de presos X presos provisórios por UF

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454



	AC	AL	AM	AP	BA	CE	DF	ES	GO	MA	MG	MS	MT	PA	PB	PE	PI	PR	RJ	RN	RO	RR	RS	SC	SE	SP	TO
Total	6093	3322	9245	2764	13395	12103	15171	13871	16338	12059	67000	15373	11478	15956	11896	30107	4262	29003	50937	8513	6437	2277	34416	20784	4401	233663	3508
Provisórios	2132	2688	1255	759	7975	8099	3221	6747	9476	5637	26721	2324	5242	6425	4996	12586	1944	15697	22942	2522	1751	990	19162	9249	3624	35788	1102

Fonte: levantamento CNJ junto aos presidentes dos tribunais de justiça, janeiro 2017

Podemos observar na imagem 2, que o estado de Sergipe (SE) foi o que apresentou o maior numero de presos provisórios em relação ao número total de presos, atingindo a surpreendente marca de 4.401 presos provisorios, o que representa mais de 82%.

É evidente que o alto índice de prisões cautelares é uma clara demonstração de desequilibrio e descontrole estatal, em um momento socialmente crítico, onde outras medidas menos severas, e mais eficientes poderiam diminuir drasticamente o número de prisões cautelares que frequentemente, são aplicadas sem as devidas observancias legais.

7.2 Do Constrangimento ilegal

Se não bastasse o alto índice de prisões cautelares aplicadas no Brasil, ainda há o problema do constrangimento, consequência do longo período que se estende a prisão cautelar sem que haja o desfecho da persecução penal, ou da aplicação da medida sem a devida fundamentação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

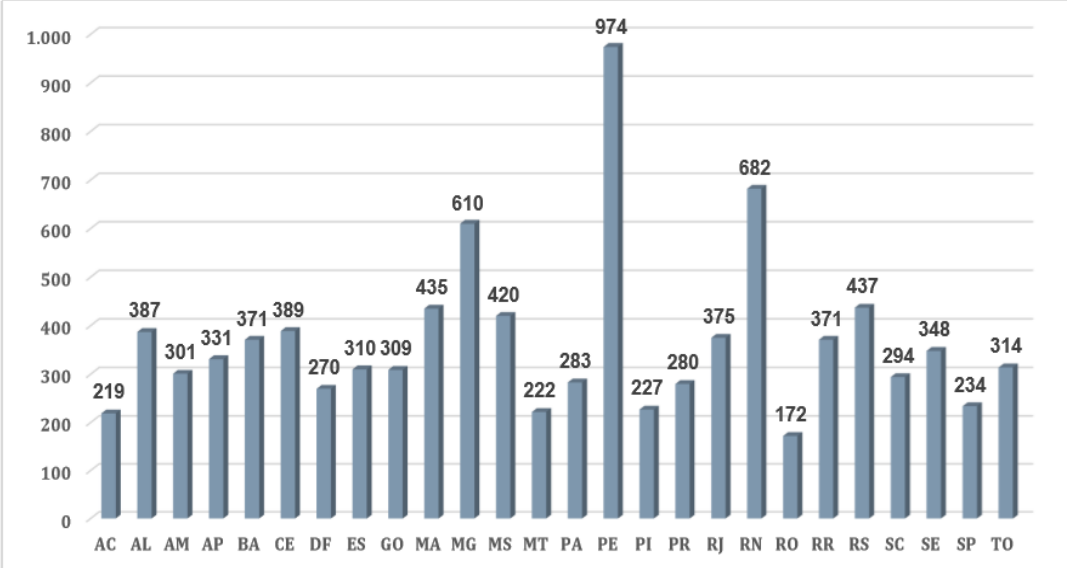
Neste sentido, eis ementa de voto proferido recentemente pelo eminente Ministro do STJ, Sebastião Reis Junior:

> HABEAS CORPUS Nº 403 .655 - SP (2017/0142003-1)
> RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
> IMPETRANTE : RICARDO DOS REIS SILVEIRA
> ADVOGADO : RICARDO DOS REIS SILVEIRA - SP170776
> IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : LEONARDO DE MARTIN MOCHI (PRESO)
> EMENTA :
> HABEAS CORPUS . SUPERAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA 691/STF. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTOS DA PRISÃO CAUTELAR. **EVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL**.
> 1. Segundo a orientação jurisprudencial, é inadmissível a impetração de habeas corpus contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF). O rigor na aplicação desse entendimento, no entanto, é atenuado em hipóteses excepcionais, como na espécie, em que é evidente a coação ilegal.
> 2. Não se pode prender preventivamente para satisfazer a opinião pública. A prevalecer a fundamentação abstrata qualquer réu poderá ser preso preventivamente, mesmo que sua situação específica não se adeque ao previsto no art. 312 do Código de Processo Penal.
> 3. No caso, **nem a decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva nem a de negativa de revogação da custódia cautelar adotaram fundamentação idônea, a motivação é genérica e baseada em conjecturas, sem nenhuma vinculação a fatores reais de cautelaridade**. Apesar de estar diante desse quadro, o Relator do prévio habeas corpus , em curso no Tribunal estadual, não vislumbrou ilegalidade manifesta ou probabilidade de dano irreparável que poderiam ensejar a antecipação do writ.
> 4. Ordem concedida, confirmando-se a decisão liminar deferida, para revogar a prisão, se por outro motivo o acusado não estiver preso, sem prejuízo de que outras medidas cautelares possam ser aplicadas ou até mesmo de que novo decreto segregatório seja expedido, desde que fundamentadamente.
> Brasília, 12 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Em relação ao tempo de duração da medida cautelar da prisão preventiva, os números verificados são ainda mais absurdos.

Vejamos na tabela a seguir, os resultados obtidos no levantamento do CNJ junto aos presidentes dos tribunais em 2017:

Imagem 3 – Tempo médio da prisão em dias por UF



Fonte: levantamento CNJ junto aos presidentes dos tribunais de justiça, janeiro 2017

O estado de Pernambuco (PE) foi o que apresentou o maior prazo de manutenção da prisão preventiva, alcançando absurdamente, 974 dias de prisão provisória.

Em casos que tais, é flagrante o constrangimento ilegal, principalmente quando não estão presentes os requisitos legais inerentes à espécie cautelar.

Em casos que tais, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, recentemente decidiu pela concessão de *writ*, em brilhante voto proferido pelo eminente Ministro Nefi Cordeiro, em situação de evidente constrangimento pelo excesso de prazo na manutenção da prisão preventiva, senão vejamos:

> HABEAS CORPUS Nº 392.387 - PE (2017/0057998-0)
> RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
> IMPETRANTE : YDIGORAS RIBEIRO DE ALBUQUERQUE JUNIOR ADVOGADO : YDIGORAS RIBEIRO DE ALBUQUERQUE JUNIOR - PE027482 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO PACIENTE : JOSE CLEYTON DA SILVA BEZERRA (PRESO)
> EMENTA :

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA PENAL. MOROSIDADE NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE EXTRAPOLADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. É uníssona a jurisprudência desta Corte no sentido de que o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando seja a demora injustificável, impondo-se adoção de critérios de razoabilidade no exame da ocorrência de constrangimento ilegal.
2. No presente caso, a prisão do paciente foi efetivada em 01/08/2012 por força de prisão preventiva (fls. 92) que foi mantida na sentença condenatória proferida em 02/05/2014, onde o mesmo foi condenado a 16 anos de reclusão, em regime inicial fechado pela prática dos crimes tipificados no artigo 33 e 35 da Lei de Drogas, o que revela a desproporcionalidade e falta de razoabilidade da medida constritiva que perdura há mais de cinco anos, e representa aproximadamente 1/3 da pena imposta.
3. Habeas corpus concedido, para a soltura do paciente, JOSE CLEYTON DA SILVA BEZERRA, o que não impede nova e fundamentada decisão cautelar penal, inclusive menos gravosa que a prisão processual, esta última fundamentada exclusivamente por fatos novos.
Brasília (DF), 12 de setembro de 2017 (Data do Julgamento)

Quando houver demora na manutenção da prisão de forma injustificável, nos termos do respeitável voto do eminente Ministro Nefi Cordeiro, se torna necessário a adoção de critérios de razoabilidade no exame da ocorrência de constrangimento ilegal, e dentro desta análise, verifica-se ainda a possibilidade de aplicar à espécie, alternativamente, outra medida cautelar menos gravosa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

8 PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL COMPARADO

Para uma melhor compreensão sobre o tema da prisão preventiva, faremos uma breve analise acerca do direito processual penal comparado no que tange a prisão preventiva em alguns países da Europa.8

8.1 Alemanha

Na Alemanha, como bem pontua ROXIN (2003) citado por CAMPOS, admite-se que qualquer pessoa realize a prisão em flagrante de alguém surpreendido cometendo um delito, se houver risco de fuga ou não for possível identificá-lo imediatamente (§ 127, I, StPO - Strafprozeßordnung9).

A prisão provisória (*Untersuchungshaft*)10 não será cabível quando desproporcional ao crime ou à pena que provavelmente será imposta (§ 112, I, StPO). Ela pode ser decretada por um juiz em qualquer momento do processo ou da fase investigatória se existir um alto grau de probabilidade de que o suspeito cometeu um crime e se estiverem presentes todos os pressupostos de punibilidade e condições de procedibilidade.

Para se aplicar tal medida, se faz necessária ainda a presença de algum dos seguintes motivos: a) o suspeito fugiu ou se escondeu (§ 112, II, 1, StPO); b) consideradas as circunstâncias do caso, concluir-se que há o risco de o acusado evadir-se - risco de fuga (§ 112, II, 2, StPO); c) a conduta do acusado provoque sérias suspeitas de que ele vá, pessoalmente ou por terceiros: *c.1*) destruir, remover, suprimir ou falsificar provas (§ 112, II, 3, "a", StPO); *c.2*) indevidamente influenciar co-acusado , testemunhas ou peritos (§ 112, II, 3, "b", StPO); d) se existir perigo de que a descoberta da verdade se torne mais difícil - risco de obstrução do procedimento (§ 112, II, 3, "c", StPO).

Em qualquer caso, realizada a prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz até o dia seguinte em que foi detido (§§ 115 e 115a, StPO). O juiz poderá suspender a execução da prisão quando, decretada diante do risco de fuga, outras medidas forem suficientes ao fim visado, como a obrigação de apresentação

8 https://jus.com.br/artigos/10547/a-prisao-provisoria-no-direito-comparado

Publicado em 10/2007.

9 Tradução: código de processo penal.

10 Tradução: custódia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

periódica, a proibição de ausentar-se sem autorização ou de sair de sua residência desacompanhado de uma pessoa designada.

8.2 Espanha

Na Espanha11, em cumprimento à orientação do Tribunal Constitucional, que desde o ano de 2000 advertira o legislador da necessidade de adequar a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* - LECrim12 às exigências constitucionais, foi aprovada na Espanha em outubro de 2003 a Lei Orgânica nº 13, modificando a regulamentação da previsão provisória, como bem ensina DEU (2005) citada por CAMPOS.

Com isso, o art. 503 da LECrim passou a exigir a ocorrência de três pressupostos para a decretação da prisão provisória: 1º) *pressuposto subjetivo* - a existência de motivos suficientes que levem à convicção de que a pessoa contra a qual se decretará a prisão seja a autora do delito (art. 503, 1.2); 2º) *pressuposto objetivo* - que o fato corresponda a um crime punido com pena máxima igual ou superior a dois anos, ressalvadas as seguintes exceções, nas quais a pena máxima pode ser inferior a esse patamar: *a*) se o acusado tiver antecedentes não cancelados e não suscetíveis de cancelamento, derivados de delitos dolosos (art. 503, 1.1); *b*) se houver risco de fuga, aferido pela existência de pelo menos dois mandados de chamamento e busca contra o acusado expedidos nos dois últimos anos (art. 503, 1.3, "a", *infra*); *c*) quando se busque evitar que o acusado ofenda bens jurídicos da vítima, em especial quando se trate de violência doméstica (art. 503, 1.3, "c"); *d*) quando se objetive evitar o risco de reiteração de delitos pelo acusado, em especial quando se inferir através dos seus antecedentes, de informações fornecidas pela polícia judiciária ou da própria autuação, que ele venha atuando sistematicamente com outras pessoas de forma organizada ou quando se tratar de reiteração habitual de crimes; 3º) *pressuposto teleológico* - os fins perseguidos com a medida seja constitucionalmente legítimos, a saber, tenham o fim de impedir a fuga do acusado, evitar a ocultação, a alteração ou a destruição de fontes de prova, frustrar a reiteração delitiva ou impedir a ofensa a bens jurídicos da vítima, em especial no caso de violência doméstica.

Se o Ministério Público ou outra parte acusadora pedir a decretação da prisão preventiva ou a concessão de liberdade provisória com fiança, as partes presentes poderão formular alegações ou propor provas que deverão ser colhidas

11https://jus.com.br/artigos/10547/a-prisao-provisoria-no-direito-comparado

12 Tradução: lei de processo penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no ato se não o foram nas setenta e duas horas anteriores à audiência (art. 505, 3). Em seguida, decidirá o juiz. Se não solicitadas pela acusação a prisão provisória ou a imposição de fiança, o detido deverá ser posto imediatamente em liberdade (art. 505, 4). Se por qualquer razão a audiência não puder ser celebrada, o juiz poderá determinar a prisão provisória, se presentes os seus pressupostos, ou impor liberdade provisória com fiança, mas deverá em seguida, dentro de setenta e duas horas, convocar nova audiência nos termos mencionados (art. 505, 5).

8.3 Portugal

Em Portugal, é previsto inicialmente que a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar (art. 191, CPP português), dependendo de prévio indiciamento do indivíduo - "prévia constituição como arguido" (art. 192, 1). Devem ademais as medidas de coação ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente possam ser aplicadas (art. 193).

As medidas de coação são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e, depois do inquérito, oficiosamente, ouvido o Ministério Público (art. 194, 1). São precedidas, sempre que possível e conveniente, de audição do arguido e podem ter lugar no primeiro interrogatório judicial (art. 194, 2). São previstas várias espécies de medidas de coação, como: a obrigação de prestar caução (art. 197); nos crimes punidos com pena máxima de prisão superior a seis meses, a obrigação de apresentação periódica a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal (art. 198); nos crimes com pena máxima superior a dois anos, a suspensão do exercício da função pública, de profissão ou atividade cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública, ou do poder paternal, da tutela, da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito, sempre que a interdição do exercício respectivo possa vir a ser decretada como efeito do crime imputado (art. 199); a proibição de permanência em certos lugares, de ausentar-se e de estabelecer contatos com determinadas pessoas, quando se tratar de crimes punidos com pena máxima superior a três anos (art. 200); em tais crimes, é possível também impor ao acusado a obrigação de permanência em seu domicílio, podendo ser utilizado, para fins de fiscalização, meios técnicos de controle à distância (art. 201).

A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido: 6 meses sem que tenha sido deduzida acusação; 10 meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; 18 meses sem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que tenha havido condenação em 1.ª instância; 2 anos sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado (art. 215). Esses prazos são elevados, respectivamente, para 8 meses, 1 ano, 2 anos e 30 meses, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a oito anos, ou crimes de furto ou de veículos, falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados ou da respectiva passagem, de burla, insolvência dolosa, administração danosa do setor público ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação econômica em negócio, de branqueamento de capitais, bens ou produtos provenientes do crime; de fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito; abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima. Podem tais prazos ser elevados, respectivamente, para 12 meses, 16 meses, 3 anos e 4 anos, quando o procedimento for por um dos crimes referidos e se revelar de excepcional complexidade [14], devido, nomeadamente, ao número de acusado ou de ofendidos ou ao caráter altamente organizado do crime (art. 215, 3).

8.4 França

Na França, como bem pontua DALMAS (2005) citado por CAMPOS, nos casos de flagrante de um *crime* ou de *delito* punido com prisão, qualquer pessoa pode deter o infrator e encaminhá-lo à unidade policial mais próxima (art. 73, *Code de Procedure Penale*)13. No caso de flagrante de *crime* ou de *delito* punido com pena igual ou superior a três anos, se o juiz de instrução ainda não interveio, poderá o Procurador expedir mandado de busca ("mandat de recherche") contra qualquer pessoa quando existirem razões de que praticou ou tentou praticar a infração penal. Localizada a pessoa conforme determinado no mandado, será ela detida e interrogada pela polícia. (art. 70, CPP, com a redação da Lei 204/2004).

Poderá ainda o agente da polícia nacional determinar a retenção de pessoa que se recuse ou seja incapaz de fornecer provas de sua identidade, para fim de verificar a sua verdadeira identidade. Essa retenção só poderá durar o prazo estritamente necessário para o estabelecimento de sua identidade, não poderá exceder a quatro horas (arts. 78-3 e 78-6).

Prevê-se ainda uma espécie de prisão temporária, denominada "garde à vue". O oficial de polícia poderá determinar, por necessidade de investigação, a prisão de qualquer pessoa suspeita de haver ou cometido ou tentado cometer uma infração penal. Nesse caso, o Ministério Público deverá ser cientificado da prisão,

13 Tradução: código de processo penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que não poderá durar mais de vinte e quatro horas, com possibilidade de ser prorrogado por igual período mediante autorização escrita do Procurador da República (art. 63).

A prisão provisória só poderá ser decretada se houver previsão de pena criminal ou de pena correcional superior a três anos (art. 143-1, com as alterações da Lei 1138/2002). É admissível se constituir o único meio apto a: 1) conservar as provas e os indícios da materialidade, evitar pressões sobre as testemunhas ou as vítimas, ou impedir conspiração fraudulenta ("concertation frauduleuse")14 entre pessoas investigadas ("personnes mises en examen")15 e cúmplices; 2) proteger a pessoa investigada, assegurar que ela permaneça à disposição da Justiça, pôr fim ao delito ou prevenir a sua reiteração; 3) pôr fim a um distúrbio excepcional e persistente da ordem pública provocado pela gravidade da infração, pelas circunstâncias em que cometida ou pela extensão dos danos que causou (art. 144, com as alterações da Lei 1.549/2005). Poderá ainda ser ordenada se a pessoa acusada tiver voluntariamente descumprido as obrigações estabelecidas no denominada *controle judiciaire* (art. 141-2), e que podem ser, dentre outras, de não se ausentar do seu domicílio ou sair de um limite territorial indicado, apresentar-se periodicamente, fornecer documentos de identificação e passaporte, abster-se de dirigir veículos, não se encontrar com pessoas indicadas, submeter-se a tratamento médico, pagar uma fiança, não exercer certos cargos profissionais etc. (art. 138). O controle judicial pode ser determinado em qualquer fase como alternativa à prisão provisória (art. 137) ou como medida substitutiva desta (arts. 147 e 148, *4ª parte*).

É admissível a qualquer momento a concessão de liberdade de ofício pelo juiz da instrução, com ou sem a imposição do controle judicial, depois de ouvido o Ministério Público. Se concedida, a pessoa investigada deverá comparecer a todos os atos do processo e informar suas atividades (art. 147, *1ª parte*). Se o pedido for requerido pelo Ministério Público e o juiz de instrução não conceder a liberdade por ele solicitada, deverá este, no prazo máximo de cinco dias, remeter o expediente ao juiz das liberdades e da detenção, que decidirá em três dias (art. 147, *2ª parte*). Pode o acusado ou o seu advogado requerer a concessão de liberdade a qualquer momento, devendo o juiz de instrução remeter imediatamente o expediente ao Ministério Público para se manifestar. Se o Procurador da República discordar do pedido, caberá ao juiz de instrução, nos cinco dias seguintes, remeter o pedido para

14 Tradução: consulta fraudulenta.

15 Pessoas cobradas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

análise do juiz da liberdade e das detenções, que deverá proferir decisão no prazo de três dias, fundamentando-a de acordo com os motivos que autorizam a decretação da prisão provisória, previstas no art. 144 (art. 148).

9 SISTEMA PRISIONAL EM COLAPSO

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em matéria divulgada no Jornal ESTADÃO, existem aproximadamente 564.198 mandados de prisão expedidos aguardando cumprimento no Brasil.

O que impressiona é que esse número supera a quantidade de vagas oficialmente existentes nos presídios, que é de aproximadamente 376.669, de acordo com o último balanço do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), publicado em 2014.

Estima-se que se todos os mandados fossem cumpridos de uma só vez, seria preciso ocupar todas essas vagas e ainda criar mais 50% para abrigar somente esses réus, o que beira o absurdo se levarmos em consideração a precariedade em que o sistema prisional brasileiro tem se apresentado. Para um melhor entendimento sobre o tema, velamos trecho da referida matéria16:

> O Tribunal de Justiça de São Paulo é o que tem o maior número absoluto de mandados expedidos – 175.219 –, seguido de Minas Gerais (49.425), Rio (44.607) e Pernambuco (36.925). Os dados constam do Banco Nacional de Mandados de Prisão do CNJ.
>
> O subprocurador-geral da República Mario Bonsaglia, coordenador da Câmara de Sistema Prisional e Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público Federal (MPF), diz que os números de mandados "falam por si sós sobre a caótica situação do sistema prisional brasileiro" e "evidenciam que há um problema de política criminal e não apenas de política prisional".
>
> Bonsaglia atua pelo MPF no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e afirma que é comum chegarem pedidos de habeas corpus para autores de crimes que poderiam ter obtido a aplicação de pena restritiva de direitos, em vez de regime fechado, se os tribunais regionais aplicassem a jurisprudência das cortes superiores.

16http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,com-cadeias-ja-superlotadas-pais-tem-564-mil-mandados-de-prisao-em-aberto,70001643216, acesso em 24/09/2017.

Podemos ainda mencionar acerca da precariedade carcerária, analise efetuada pelo jurista FRAGOSO:

> Temos como resultado dessa caótica conjuntura a ideia de que se o Estado é incapaz de defender a sociedade ela deve fazê-lo, por suas próprias mãos, na falta de credibilidade e na capacidade de reabilitação e ressocialização do criminoso, o crescente aumento da reincidência, aliado do desrespeito às regras do sistema progressivo, uma vez que além de não se alcançarem os efeitos positivos com a aplicação da pena de prisão, o próprio delinquente confia na impunidade, o desrespeito às normas estabelecidas pelos regimentos internos dos presídios e a tendência social visando à aprovação e reivindicação de formas punitivas como a pena de morte. Deve ficar bem colocado, que apesar da necessidade e urgência das penas alternativas atingirem um campo mais abrangente de delitos e agentes, e serem aplicadas e fiscalizadas com mais intensidade e rigor, a pena privativa da liberdade deverá ser mantida, pois se faz necessária frente a periculosidade do indivíduo (exame criminológico).
> (NUNES apud FRAGOSO, p. 296.)

Sendo assim, fica evidenciado que há muito, a prisão preventiva deveria ser utilizada apenas nos casos de maior necessidade, e que seja imprescindível sua aplicação como meio de garantir a ordem pública, e os demais requisitos indispensáveis previstos no artigo 312 do CPP.

O altíssimo índice de pessoas encarceradas, ante a ausência de vagas nos presídios e centros de detenção provisória, e em detrimento do grande número de mandados de prisão que ainda não foram cumpridos, são fatores que devem ser observados com cautela pelo julgador, pois de fato, outras medidas cautelares diversas da prisão devem ser verificadas como medida de cautelar menos gravosa, possibilitando ao acusado, melhores condições de responder a persecução penal, sem que a este, seja draconianamente aplicada qualquer sanção como medida de antecipação da pena, o que por si só, fere aos preceitos e princípios constitucionais inerentes a cada indivíduo.

10 AUDIENCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custodia é uma ação do Conselho Nacional de Justiça mediante a qual a pessoa presa em flagrante é levada à presença de um juiz no prazo de 24 horas, acompanhado de seu advogado ou de um defensor público,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ocasião em que será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. É o instrumento processual que determina que todo preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

A previsão legal encontra-se, desde muito, em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A exemplo disto, podemos citar o art. 7º., 5, do Pacto de São Jose da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que diz: "*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo*." No mesmo sentido, o art. 9º., 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York17.

Em fevereiro de 2015, o CNJ lançou um projeto para garantir a realização da audiência de custódia, e em 01.02.2016, entrou em vigor a **Resolução 213/2015**, que regulamenta tais audiências no Poder Judiciário. A resolução estipulou prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor, para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais se adequassem ao procedimento. Este prazo findou em maio de 2016.

Ainda será avaliado pelo juiz se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão.

A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose. 18

O principal intuito desta medida é assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, verificando a possibilidade de se

17http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona

18 http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aplicar medidas mais adequadas e em substituição à prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado. Desta maneira, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros.

10.1 Impactos positivos das audiências de custódia para o sistema carcerário

Neste contexto, imperioso se faz mencionar a importância das audiências de custódia em face do problema do hiperencarceramento como medida de grande impacto social positivo contrário à cultura do encarceramento. A implantação do programa das audiências de custódia tem demonstrado na prática que é possível, através de novas políticas minimizar o problema das superlotações nos presídios no Brasil.

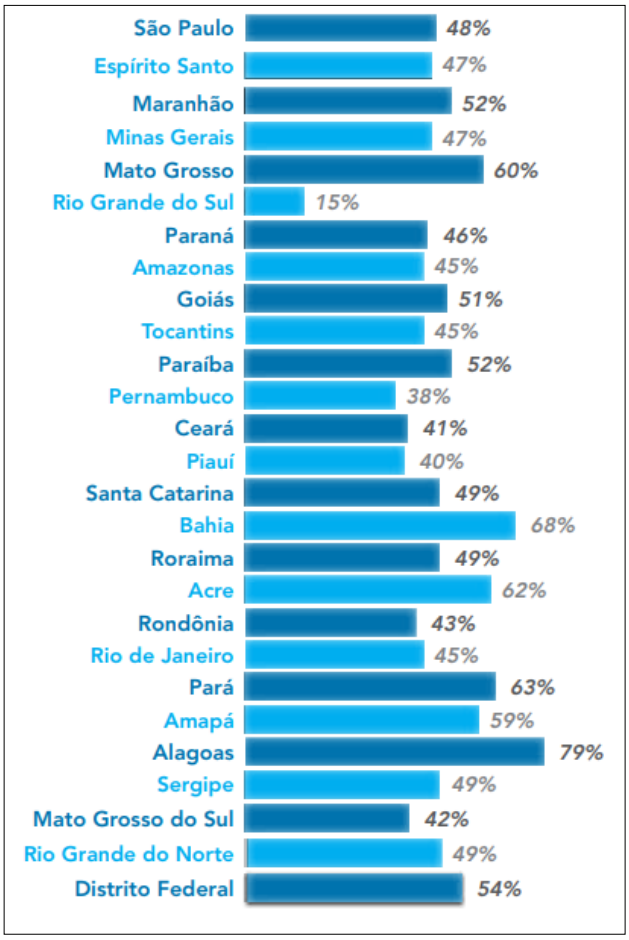
Além de incentivar a avaliação sobre a necessidade de manutenção das prisões, o programa de audiências de custódia também prevê a implantação de centrais integradas de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal. É o suporte necessário para que o magistrado decida por alternativas à prisão

Podemos observar, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que os estados que já implementaram a audiência de custódia verificaram que 50% das prisões preventivas são desnecessárias. O CNJ estima que a redução pela metade do número de pessoas presas antes de terem sido condenadas gerará uma economia anual de 4,3 bilhões de reais, e que além disso, ao deixar de prender 120 mil dessas pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, o que representa uma economia de 9,6 bilhões de reais.

Vejamos a seguir, o índice de soltura alcançado com a implantação deste projeto:

Imagem 4 – Índice de soltura nas audiências de custódia até 24/04/2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454



Fonte: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf

Como ficou evidenciado na imagem 4, o índice de soltura de presos é extremamente alto, e com isso, milhares de prisões desnecessárias foram evitadas, dando espaço a outras medidas cautelares diversas da prisão.

Além deste fator, com o expressivo número de prisões evitadas, ficou claro que a cultura do aprisionamento instalada em nosso país ainda existe, mas caminha para um rumo em que outras medidas tem ganhado espaço. Quando verificamos ainda os benefícios gerados com a implantação das audiências de custódia, os números são ainda mais impressionantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vejamos na tabela a seguir:

Imagem 5 – economia alcançada por Estado até 24/05/2016.

Estado	Data de implantação	Cidadãos liberados da prisão	Presídios não construídos[1]	Economia total (R$)
São Paulo	24/2/2015	10.678	21	1.400.530.000
Espírito Santo	22/5/2015	3.182	6	354.552.000
Maranhão	22/6/2015	1.026	2	101.546.000
Minas Gerais	17/7/2015	3.505	7	385.150.000
Mato Grosso	24/7/2015	1.437	2	123.110.000
Rio Grande do Sul	30/7/2015	191	0	2.865.000
Paraná	31/7/2015	2.058	4	221.740.000
Amazonas	7/8/2015	532	1	52.768.000
Tocantins	10/8/2015	199	0	5.373.000
Goiás	10/8/2015	952	1	57.136.000
Paraíba	14/8/2015	942	1	65.434.000
Pernambuco	14/8/2015	1.033	2	107.891.000
Ceará	21/8/2015	1.929	3	172.083.000
Piauí	21/8/2015	410	0	11.070.000
Santa Catarina	24/8/2015	330	0	7.920.000
Bahia	28/8/2015	1.137	2	100.466.000
Roraima	4/9/2015	314	0	6.594.000
Acre	14/9/2015	501	1	12.024.000
Rondônia	14/9/2015	806	1	56.926.000
Rio de Janeiro	18/9/2015	1.317	2	111.608.000
Pará	25/9/2015	412	0	9.888.000
Amapá	25/9/2015	840	1	60.160.000
Alagoas	2/10/2015	78	0	468.000
Sergipe	2/10/2015	473	0	8.514.000
Mato Grosso do Sul	5/10/2015	1.990	3	161.790.000
Rio Grande do Norte	9/10/2015	592	1	52.432.000
Distrito Federal	14/10/2015	3.720	7	358.120.000
TOTAL		40.584	68	4.008.158.000

Fonte: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf

O Estado de São Paulo, foi o que apresentou o maior número de pessoas liberadas nas audiências de custódia no período avaliado, e da mesma forma, apresentou o valor mais expressivo em economia, pois proporcionalmente ao número de prisões evitadas, evitou-se a construção de 21 presídios, o que representa um número superior a R$ 1.400.000.000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II A IMPORTANCIA DE IMPLANTAÇÃO DE SOLUÇOES ESTRATEGICAS ANTE O PROBLEMA CARCERARIO

A situação carcerária é uma das questões mais complexas da realidade social brasileira. O retrato das prisões apresentado no Relatório do Infopen19 desafia o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública.

Interessante se faz mencionar que ante a gravidade do problema apresentado, qual seja, o grande número de pessoas encarceradas, especialmente em relação aos presos provisórios, exige que os operadores jurídicos, os gestores públicos e os legisladores intensifiquem seus esforços na busca conjunta de soluções e estratégias inteligentes.

Os problemas no sistema penitenciário devem nos conduzir a profundas reflexões, sobretudo em uma conjuntura em que o perfil das pessoas presas é majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda. Além da necessidade de construção de vagas para o sistema prisional, em relação à qual, nos últimos anos, o Governo Federal fez investimento recorde de mais de R$1,1 bilhão, é preciso analisar mais detalhadamente as prisões efetuadas e o perfil das pessoas que têm sido encarceradas, para que seja possível problematizar a "porta de entrada" e as práticas de gestão dos serviços penais, desde a baixa aplicação de medidas cautelares e de alternativas penais até a organização das diversas rotinas do cotidiano das unidades prisionais.

Nesse contexto, foi proposto pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) uma política nacional de melhoria dos serviços penais, abrangendo quatro eixos bastante amplos, quais sejam **alternativas penais e gestão de problemas relacionados ao hiperencarceramento**, **apoio à gestão dos serviços penais e redução do déficit carcerário**, **humanização das condições carcerárias e integração social**; e por fim, **modernização do sistema penitenciário nacional**.

Para uma melhor compreensão acerca destes quatro eixos a serem abordados, vejamos a seguir o que foi proposto pelo Depen:

19http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf

> Quanto ao primeiro eixo, a necessária busca por alternativas penais tão ou mais eficazes que o encarceramento é um desafio de alta complexidade que depende de estreita articulação com os órgãos do sistema de justiça criminal. Nesse sentido, têm sido extremamente interessantes os resultados da implantação das audiências de custódia, objeto de acordo de cooperação entre o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça, que consistem na garantia da rápida apresentação da pessoa presa a um juiz nos casos de prisões em flagrante. Na audiência, são ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado da pessoa presa. Além de analisar a legalidade e necessidade da prisão, o juiz pode verificar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos. Nesse projeto, o Depen viabiliza a estruturação de centrais de alternativas penais e centrais de monitoramento eletrônico, para que o juiz possa decidir por alternativas ao encarceramento provisório.

Quanto a responsabilidade atribuída pela lei de Execuções Penais ao DEPEN:

> Quanto ao segundo eixo, a Lei de Execução Penal atribui ao Depen a responsabilidade de assistir tecnicamente às unidades federativas (art. 72, inciso III). Para exercer essa atribuição, cabe ao Depen implementar modelo de cooperação federativa que promova o máximo de proximidade entre o Governo Federal e os gestores estaduais, utilizando os saberes de especialistas para disseminar e fortalecer boas práticas. Assim, além de buscar a qualificação dos estabelecimentos penais, com redução do déficit de vagas, adequação arquitetônica e aparelhamento, é preciso repensar a macrogestão das políticas e a microgestão do cotidiano das unidades prisionais.

Em relação ao terceiro eixo proposto, foi abrangido a questão da humanização e as condições a que são submetidos os encarcerados, senão vejamos:

> Quanto ao terceiro eixo, a humanização das condições carcerárias depende da promoção de um modelo intersetorial de políticas públicas de saúde, de educação, de trabalho, de cultura, de esporte, de assistência social e de acesso à justiça. Para que esses serviços alcancem as 607 mil pessoas que se encontram nos presídios brasileiros, as políticas devem ser implementadas pelos gestores estaduais especializados nas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> diferentes temáticas sociais governamentais. Já se sabe que é inadequado o modelo de "instituição total", que desafia unicamente o gestor prisional a improvisar arranjos de serviços para o ambiente intramuros, de forma frágil e desconectada às políticas sociais do Estado. Esse passo parece ser decisivo para reconhecermos, de fato, a pessoa privada de liberdade e o egresso como sujeitos de direitos.

Por fim, a última proposta traz à baila a discussão quanto a modernização do sistema penitenciário como forma de melhoria na gestão:

> Quanto ao quarto eixo, a modernização do sistema penitenciário nacional deve ocorrer pelo aumento de investimentos em tecnologia para aprimorar procedimentos e garantir a segurança, e pelo aprimoramento da gestão de informações, para coletar e tratar dados que permitam o monitoramento integrado pelos órgãos de fiscalização das condições carcerárias de estabelecimentos críticos, o planejamento da gestão dos serviços penais e até mesmo o adequado acompanhamento da execução da pena de cada pessoa privada de liberdade.

Cabe mencionar que o problema do hiperencarceramento é uma questão de ordem mundial. Diversos países do mundo passam por dificuldades, o que mostra que este problema social é um mal a ser encarado de frente, buscando-se novas políticas e uma atuação mais efetiva do estado para que assim, a sociedade tenha uma resposta mais efetiva acerca deste problema.

Para uma melhor visualização desta questão, eis na tabela a seguir, dados obtidos no levantamento efetuado pelo Infopen20, senão vejamos:

Imagem 6 – Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional do mundo

20http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	161,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90%	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%
Irã	225.624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167.163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165.023	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157.824	290	127,70%	26,00%
Vietnã	142.636	154	-	12,80%
Colômbia	116.760	237	149,90%	35,20%
Filipinas	110.925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93.044	111	-	14,00%
Reino Unido	85.704	149	111,60%	14,40%
Polônia	78.139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74.944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72.816	221	157,80%	46,20%
Peru	71.913	232	228,00%	49,80%

Destaque-se na imagem anterior, que a população carcerária mundial é altíssima, e quando verificamos o número de presos que ainda não foram condenados, o número é ainda mais assustador. Em alguns países o número de presos provisórios supera a marca de 50%, e com base nesses dados, podemos observar a importância de se buscar novos meios alternativos, aplicando medidas mais efetivas e inteligentes que possam substituir o cárcere, devendo este, ser aplicado apenas nos casos mais graves e que estejam presentes os requisitos mínimos indispensáveis, pois ao contrário, pois na medida em que novas medidas são aplicadas em face aos altos índices de prisões cautelares, o Estado se valerá de uma grande economia, e com isto, poderá investir em novas políticas de tratamento a criminalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

12 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, foi possível verificar as importantes modificações trazidas após as recentes alterações na lei processual penal, com o advento da lei 12.403/11, ganhando destaque a utilização de medidas alternativas menos gravosas em substituição à prisão.

A prisão preventiva deverá ser aplicada naquelas situações em que as demais medidas não forem cabíveis, e além disto, estiverem presentes os requisitos e os pressupostos inerentes à espécie cautelar, principalmente após o advento da referida lei citada alhures, que ressaltou a importância das medidas cautelares diversas da prisão.

Resumidamente, diante do instituto da prisão preventiva, não podemos deixar de observar seu caráter **cautelar**, **excepcional** ou ainda **subsidiário,** quando não houver a possibilidade de se aplicar quaisquer medidas cautelares diversas da prisão, devido ao grande impacto gerado na vida dos indivíduos que tem sua liberdade cerceada, em situações que poderiam ser tratadas de maneira menos gravosa, principalmente quando não estiverem presentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, bem como o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis,* pressupostos que se não estiverem presentes, impossibilitam a aplicação da draconiana medida cautelar da prisão preventiva.

De outra parte, com a implantação das audiências de custódia, esta, em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), foi possível vislumbrar uma significativa e positiva alteração no atual cenário das superlotações carcerárias na atualidade, pois na pratica, tem ocorrido uma apreciação mais apropriada da prisão imposta, considerando a presença física do autuado em flagrante, a garantia do contraditório e a prévia entrevista pelo juiz da pessoa presa.

Evitando-se a prisão preventiva quando outras medidas menos gravosas forem passíveis de serem aplicáveis, além de trazer uma grande economia aos cofres públicos, deixando-se de construir inúmeros presídios e centros de detenção provisória, prevenindo o ciclo da violência e da criminalidade, permitindo o início de uma nova política criminal de tratamento aos delitos praticados, investindo-se em medidas menos gravosas, buscando preservar as garantias fundamentais, de maneira menos onerosa para o Estado.

Desde que presentes os requisitos legais, não havendo óbice a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

processo Penal, até porque a Constituição Federal de 1988 é enfática ao trazer em seu artigo 5º inciso LVII, que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFEENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O Processo Criminal Brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pg. 346.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas, São Paulo: Saraiva, 2011,p.9.

_____. Falência da Pena de Prisão. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1993.

_____. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 1996.

_____Tratado de direito penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003. v1

Bustos Ramires, Juan. Bases críticas de um nuevo derecho penal. Bogotá: Temis, 1987.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.v.1

_____Curso de Direito Penal: Parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.v.1.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva. ed.20. 2013, p.310.

DAHRENDORF, Ralf. A lei e a ordem. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. Medidas substitutivas e alternativas á prisão, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pg11.

DEU, Teresa Armenta. "El nuevo processo penal español: processo abreviado, juicio rápido e prisión provisional". *Themis*, Lisboa, n. 11, p. 217-243, 2005;

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 7ºedição,pg.292-293.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 7ºedição, pg.292-293.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Constituição Federal Interpretada. São Paulo: Manole, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GARCIA VALDÉZ, Carlos. Estúdios de derecho penitenciário. Madrid: Tecnos, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. Penas e medidas alternativas à prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Rogerio. Curso de Direito Penal. 17. ed. São Paulo: Impetus, 2014.v.1.

Hans von Hentig, 1967, apud Bitencourt 2011, (Falência da Pena de Prisão, Causas e alternativas, cear Roberto Bitencourt, 2011, saraiva, sp, p.28).

HASSEMER, Winfried. Três temas de direito penal. Porto Alegre: Fundação Escola superior do Ministério publico, 1993.

HENTIG, Hans von. La pena. Madrid, Espasa-Calpe:1967.

MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas: de acordo com a lei 12.403 de 4-5-2011, São Paulo: Saraiva, 2011, pg121-

NEUMAN, Elias. Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios. Buenos Aires: Pannedille, 1971.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. Penas Restritivas de Direitos: Alternativa de Punição Justa. Curitiba: Juruá, 2008.

NORONHA, E Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva,1980. V.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, Rio de Janeiro: Forense, 2017, ed.16, pg 807-809.

PACELLI, Eugênio. Prisão preventiva e Liberdade Provisória. São Paulo: Atlas, 2013. p.40, 496. 513.

PIRES, Antônio Fernando. Direito Constitucional: Serie Universitária. São Paulo: Elsevier, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte geral. 8.ed. São Paulo: RT, 2008.v.1

QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do Direito Penal. Belo horizonte: del rey,1996.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo, Victor Eduardo Rios Gonçalves. Direito Processual Penal Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2012, pg.378.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo, Victor Eduardo Rios Gonçalves. Direito Processual Penal Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2012, pg.378.

ROXIN, Claus. Derecho penal- Parte General. Madrid: Civitas,1997.

SANGUINÉ, Odone. Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pg. 44

SEGNINI, Sandro. et al. Código penal interpretato.4.ed. São Paulo: Manole, 2014.

TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1915, vol. 3, pg. 327.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: Saraiva, 1996, p.488, v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2005, 8.ed., p.612.

http://principiologia.blogs.sapo.pt/1852.html

http://www.dicionariodelatim.com.br/vade-in-pace/

http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html

http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htmhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art45

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/1998/Mv1447-98.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

https://jus.com.br/artigos/10547/a-prisao-provisoria-no-direito-comparado - Ricardo Ribeiro Campos

www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm#art43

http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1728/1646

http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf, acesso em 24/09/2017.

http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 925 de 28/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454