

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1154

(Ano XV)

(10/06/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1154



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1154, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 587. *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Medidas protetivas de urgência e a Lei 14.550/23: uma visão crítica
Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

Aproximação dos efeitos no controle difuso e concentrado de constitucionalidade

Yasmin Andressa Simioni Cavalari, 32.

Os desdobramentos do acordo de não persecução penal e o princípio da não autoincriminação

Marcelo dos Anjos de Castro, 108.

O processo estrutural e as respostas aos litígios multipolares complexos

Taisa Emiliano da Silva, 132.

Direito do consumidor e as compras pela internet.

João Pedro Coelho Faria, 146.

Tribunal do Júri: Brasil x Estados Unidos

Carolina Grassi Fortunato, 159.

A (in) constitucionalidade da delação premiada

Júlia Emanuelle Rodrigues Machado, 167.

Medidas Socioeducativas

Jenifer Carla Jesus Mendonça, 174.

O direito ao acesso às informações públicas: um estudo de direito comparado entre a legislação brasileira e portuguesa

Diuster de Franceschi Gariboti, 188.

O dano moral decorrente do abandono afetivo nas relações familiares

Luciana Regina Alves da Silva, 208.

A fase da execução processual cível: análise sobre a possibilidade de penhora de criptomoedas em processos na fase de execução

Igor Filipe Rocha Rodrigues, 223.

A psicopatia sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro

Nayara Moraes de Souza, 240.

Índice de violência contra a mulher em meio a pandemia da Covid - 19

Julia Hornes Belini, 258.

A posição preferencial da liberdade de expressão e o discurso de ódio

Taisa Emiliano da Silva, 267.

Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual

Dandara Pinto Pereira, 281.

Utilitarismo e Colaboração Premiada/Delação Premiada

Flavio Manoel Teixeira, 296.

Crime cibernético: uma breve análise penal

Rogério Aparecido Jacob, 316.

Abstrativização do controle difuso do controle de constitucionalidade

Taisa Emiliano da Silva, 329.

Crimes Cibernéticos

Giovana Thais Silva Domingues, 342.

A responsabilidade civil e penal das pessoas jurídicas no atual sistema jurídico pátrio

Thaisa Carvalho Escassio, 361.

Principais Medidas Adotadas pelo Ordenamento Jurídico para Não Inclusão do Indivíduo no Sistema Prisional

Mario Marques Castilho Hachuy, 378.

O caráter inquisitivo do inquérito policial: privação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa

Jeová Ponce Leones, 388.

A atuação do Poder Judiciário brasileiro no combate à discriminação racial em conformidade com as premissas da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Flavio Manoel Teixeira, 398.

As consequências da quebra da cadeia de custódia da prova digital na atuação prática criminal após a Lei nº: 13.964/2019

Mariana Vianna de Barros Pereira, 412.

Banalização do dolo eventual: caso “Boate Kiss”

Ben-Hur Pereira da Silva, 426.

O fenômeno da dupla incidência em consonância com a Constituição Federal de 1988

Taisa Emiliano da Silva, 441.

Trabalho infantil e a Justiça do Trabalho no Brasil

Lennon Henrique Batista Ferreira, 454.

Assédio Moral no Teletrabalho

Cibele Goncalves Gallego, 463

Teoria da perda de uma chance: aplicabilidade do quantum indenizatório na ocorrência do erro de diagnóstico médico

Letícia Secco Santos, 471.

Bandiolatria e a criminalidade no Brasil

Beatriz de Souza Rezende, 497.

Reconhecimento de famílias poliafetivas no ordenamento jurídico brasileiro: a (im)possibilidade de alteração legal e jurisprudencial

João Pedro Prudente Costa Loyola, 512.

Ata notarial como meio de prova

Thiago Oszter Duarte, 529.

Reforma agrária contra a reintegração de posse: direito à propriedade contra o direito à moradia

Pedro Henrique De Moraes Ericeira, 544.

Medidas Socioeducativas: sistema de garantia do direito da criança e do adolescente

Taisa feitosa da Silva, 573.

MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E A LEI 14.550/23: UMA VISÃO CRÍTICA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

RUCHESTER MARREIROS BARBOSA¹

(coautora)

A Lei 14.550/23 acrescentou os §§ 4º, 5º. e 6º. ao artigo 19 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), determinando novos comandos de tratamento para a análise e concessão de Medidas Protetivas de Urgência para mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O § 4º. estabelece os critérios de avaliação do pedido de Medidas Protetivas pelo magistrado. A legislação deixa claro que a concessão da medida não deve primar por um suposto juízo exauriente do caso concreto apresentado, mas orientar-se por um “juízo de cognição sumária”, tendo como parâmetro básico o depoimento da ofendida perante a Autoridade Policial ou suas alegações escritas.

O dispositivo contém a semente de um perigo, especialmente nos tempos midiáticos de condenação sumária fundada em identitarismo de toda espécie e em decisões tomadas com menos preocupação com a Lei, o Direito e a Justiça do que com a indicação de supostas “virtudes” exigidas pelo chamado “politicamente correto”.

Justamente uma famosa e conceituada feminista, Camille Paglia, diagnosticou nosso atual estado de repressão intelectual:

A História move-se por ciclos. A chaga do politicamente correto e os ataques à liberdade de expressão que surgiram nos anos 80 e foram

¹ Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal. Foi aluno especial do programa de Mestrado em Direito Penal e Criminologia (UCAM/RJ). Foi aluno do programa de doutoramento em Direitos Humanos (Universidad Nacional Lomaz de Zamora, Argentina) Ex Coordenador da Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal da Universidade Estácio de Sá/RJ. Membro da Subcomissão do projeto de lei do Novo Código de Processo Penal na Câmara dos Deputados. Premiado 6 vezes consecutivas “Melhor Delegado de Polícia do Brasil”. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Direitos Humanos. Autor de livros e artigos. Colunista do site Consultor Jurídico. Colaborador da Comissão de Alienação Parental da OAB-Niterói/RJ.

algo contidos nos anos 90 regressaram em força. Nos Estados Unidos, tanto as universidades como os meios de comunicação convencionais são atualmente controlados por uma censura do pensamento, cheia de boas intenções mas implacável, tão dogmática nos seus pontos de vista como as autoridades da Inquisição espanhola. Mergulhamos mais uma vez num caos ético em que a intolerância se disfarça de tolerância e a liberdade individual é esmagada pela tirania do grupo. 2

Na senda da aguda percepção de Carson pode-se realmente dizer que a “nova tolerância é inerentemente intolerante”. Desprovida de autocrítica, apresenta “uma atitude de superioridade moral” e não admite questionamentos, tornando-se “parte da estrutura de plausibilidade do mundo ocidental”. A nova tolerância é perigosa socialmente e “intelectualmente debilitante”. 3

Gurgel alerta sobre a necessidade de ter coragem e hombridade de discordar, ainda que na contramão do “establishment”:

Alguns têm dificuldade para entender que a vida não é andar de mãos dadas com todos, cantando *Ciranda, cirandinha*, como se houvesse uma forma única de pensar, de entender os problemas. Não estamos aqui para essa falsa solidariedade, para a ternura hipócrita, mas para ver, olhar atentamente, observar, sair de nós mesmos e alcançarmos o drama dos outros, compreender seus motivos, ainda que, depois disso, sejamos obrigados a recusar suas explicações, sejamos obrigados a dizer um profundo *não* às escolhas que nosso semelhante fez, principalmente quando percebemos que essas escolhas nascem apenas do ressentimento, do rancor muitas vezes disfarçado numa suposta opção intelectual, numa falaciosa opção ideológica; rancor muitas vezes disfarçado em intelectualismo, no sentido de artificialismo das ideias, de simplificação exagerada do raciocínio. 4

Como nos lembra Próton, com relação aos efeitos do discurso feminista nas universidades, na mídia e no Poder Judiciário:

2 PAGLIA, Camille. *Mulheres Livres Homens Livres – Sexo, Gênero & Feminismo*. Trad. Helder Moura Pereira. Lisboa: Quetzal, 2018, p. 7.

3 CARSON, D. A. *A Intolerância da Tolerância*. Trad. Érica Campos. São Paulo: Cultura Cristã, 2013, p. 12.

4 GURGEL, Rodrigo. *O Mínimo Sobre Literatura*. Campinas: O Mínimo, 2023, p. 8 – 9.

Indiciamentos sem instrução probatória mínima, recebimento leviano de denúncias, vulgarização da prisão preventiva embasada no princípio da ordem pública, desvirtuamento da prisão cautelar como instrumento de “fazer justiça”, “vingança” ou “compensação histórica”, deturpação dos parâmetros constitucionais, deformação do sistema acusatório adotado no Estado Democrático de Direito, indiferença à individualização do acusado, julgamento do gênero midiaticamente demonizado. 5

O problema é que a leitura superficial do § 4º., do artigo 19 da Lei Maria da Pena, com a nova redação dada pela Lei 14.550/23 pode ensejar uma falsa impressão, qual seja, a de que o Juiz pode e até deve conceder Medidas Protetivas tão somente com sustento na palavra da sedizente vítima, sem maiores avaliações, as quais, seriam até mesmo consideradas vedadas. A aparência enganadora é a da atribuição de um caráter absoluto à palavra da mulher, a qual não poderia nem deveria ser contrastada ou contraditada de forma alguma.

Na realidade, o § 4º. deve ser interpretado como uma orientação que seria uma obviedade, consistente em estabelecer que para a concessão de Medidas Protetivas de Urgência, a cognição é “não exauriente”, “sumária”, ou seja, não se trata de decisão definitiva sobre o mérito da violência. Realmente, embora isso possa parecer àqueles com menor vivência prática uma normatização desnecessária, dada a evidência da natureza dessas medidas, fato é que há magistrados que exigem muitas vezes praticamente uma comprovação completa de tudo quanto alegado para conferir medidas meramente cautelares e que visam à proteção urgente da pessoa supostamente violentada. Essa exigência exagerada pode ensejar a reiteração de atos de violência e até mesmo em casos mais graves, o homicídio (feminicídio) da mulher. 6

A única função desse § 4º. parece ser realmente a de deixar claro que o excesso de exigências para a concessão das medidas não é adequado. No entanto, entre o excesso e a falta é preciso adotar a mediania virtuosa, conforme o ensinamento aristotélico:

Os homens são bons de um modo apenas, porém são maus de muitos modos. A virtude é, então, uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa

5 PRÓTON, Sara. *Belas e Feras: A Violência Doméstica da Mulher Contra o Homem*. Belo Horizonte: Manduruva, 2018, p. 27.

6 Hirigoyen expõe o fato de que normalmente as violências de gênero são progressivas, iniciando pela coação psicológica até atingir a agressão física que pode chegar não tão raramente na prática de homicídio (Feminicídio). Cf. HIRIGOYEN, Marie – France. *A violência no casal*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, “passim”.

mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio - termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo. 7

O embaraço é que a mediania não é um princípio racional próprio do homem (homem em geral), mas um "princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática". Esse "homem dotado de sabedoria prática" é aquele capaz de discernir a virtude com sustento na "teorética" e forjar então as normas de sua conduta considerada virtuosa (prática), as quais redundarão numa poiética (conduta efetiva, um fazer) coerente e benéfico. Diante disso se conclui que, independentemente da norma posta, sendo esse "homem dotado de sabedoria prática" uma raridade em meio à massa disforme da mediocridade, sempre haverá o perigo de malversação na aplicação da lei, seja para mais, seja para menos. O perigo que segue com o § 4º. em estudo é o de que se migre de alguns erros de exigência exagerada para outros de exigência praticamente nula, impondo-se medidas protetivas gravosas a homens tão somente pelo fato de serem homens e terem sido acusados de algo por uma mulher. Isso certamente não é uma regra ou princípio que possa guiar uma aplicação do Direito minimamente justa e prudente. Aliás, essa espécie de procedimento seria claramente inconstitucional por absolutizar a palavra da mulher diante do homem, tendo em vista o disposto no artigo 5º. e seu inciso I, CF, que inadmitte discriminações de qualquer espécie, inclusive referentes ao sexo das pessoas.

E esse posicionamento equivocado já é encontrado na doutrina incipiente sobre o tema:

Nos termos da Lei 14.550/23, para a concessão das medidas protetivas é suficiente o depoimento da vítima. Assim, ficam afastados argumentos de ausência de testemunhas, laudos periciais ou outros elementos de convicção. Aliás, embora o depoimento da vítima já seja tratado como prova na legislação, aqui surge um regramento específico que estabelece prioridade desse elemento para aferir a existência de indícios de violência (ainda que não tipificado) e o perigo. 8

7 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. 4ª. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 49.

8 FERNANDES, Valéria Diez Scarance, CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.550/2023: Altera a Lei Maria da Penha para garantir maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em

Mas não é só isso. A posição dos autores acima citados já encontrava fundamento antes da alteração legal em enunciados dogmáticos, tal como o Enunciado 45 do FONAVID, trazido à baila em reforço ao entendimento por eles adotado:

“As medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 podem ser deferidas de forma autônoma, apenas com base na palavra da vítima, quando ausentes outros elementos probantes nos autos”. 9

E no mesmo caminho se apresenta o entendimento de Bianchini e Ávila, afirmando que o dispositivo em comento “explicita que o requisito probatório para a concessão da Medida Protetiva de Urgência são as declarações prestadas pela mulher, com ou sem registro de boletim de ocorrência policial”. Para esses autores o “onus probandi” da falsidade da imputação da mulher é transferido para o “suposto ofensor”. 10

É evidente que essa espécie de orientação até pode ser adotada “cum grano salis” e muita prudência para casos excepcionais em que outras provas são realmente indisponíveis, tendo em vista a imaterialidade da conduta (v.g. ameaças, ofensas verbais) e as circunstâncias práticas do ilícito (v.g. ato praticado no recôndito do lar, sem testemunhas). No entanto, sua generalização seja por meio da doutrina, jurisprudência ou da lei, é violadora de um devido processo legal com seus corolários inalienáveis. Para acatar somente a palavra da vítima, a decisão deve ser muito bem fundamentada, e mais, a opção de medidas protetivas deve se circunscrever, o máximo possível, às opções legais voltadas à própria ofendida (Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida – artigos 23 e 24 da Lei 11.340/06).

Também há que concordar que burocratização da análise das medidas protetivas exatamente com exigências de documentações criadas para amparar as mulheres vitimizadas é um tremendo contrassenso. Fernandes e Cunha bem destacam que o condicionamento da decisão sobre as medidas “ao preenchimento do Formulário Nacional de Avaliação de Risco”, como se tem operado em alguns juízos, atrasa indevidamente a proteção da mulher e viola a correta orientação do Enunciado 54 do FONAVID que destaca a finalidade do citado formulário de promover a “celeridade dos encaminhamentos da

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-penha-para-garantir-maior-protECAo-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>, acesso em 12.05.2023.

9 Op. Cit.

10 BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protECAo-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023.

vítima para a rede de proteção” e jamais de atrasar a decisão de seus pleitos. 11 Essa espécie de atuação do Judiciário nos faz lembrar da excelente frase de efeito atribuída ao jornalista e intelectual mexicano, Carlos Catillo Peraza que define a burocracia como “el arte de convertir lo fácil en difícil por medio de lo inútil”. 12

Vale ainda salientar que não se pode negar que uma tutela protetiva da vítima não se rege inteiramente e absolutamente pelo “in dubio pro reo”, mesmo porque de caráter provisório. Não presente a certeza ou a segurança de que a vítima está “suficientemente protegida” ou livre de perigos, a proteção se impõe, regendo-se pelo “princípio da precaução e pela lógica *in dubio pro tutela*”.¹³ Essa espécie de proteção não é conferida com base em um juízo de “certeza” para eventual punição, mas numa circunstância “de gestão social de riscos”.¹⁴ Na verdade, esse raciocínio serve para justificar toda cautelar penal, incluindo as prisões provisórias. Sem esse fundamento racional seria impraticável, por exemplo, uma “Prisão Preventiva”, a qual se chocaria com a “Presunção de Inocência” de maneira inextricável.¹⁵ Há necessidade de ponderação medianeira, mas sem aceitar o desequilíbrio da balança da Justiça, conforme já exposto neste texto.

Não obstante, a palavra da mulher sedizente vítima absolutizada configura uma espécie de “Petição de Princípio” na qual a autoridade do objeto é encontrada no próprio objeto. O argumento é circular: Por que devemos conceder as medidas? Porque a mulher as pediu e disse que foi violada. Por que a mulher foi violada? Porque ela disse. E assim sucessivamente. Mas acontece que algo não pode ser considerado verdadeiro somente porque se diz verdadeiro!

Na tentativa de justificar o injustificável encontramos na doutrina passagens que se assemelham a um emaranhado de contradições e incoerências sem maior significado, o

11 FERNANDES, Valéria Diez Scarance, CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.550/2023: Altera a Lei Maria da Penha para garantir maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-penha-para-garantir-maior-protexcao-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>, acesso em 12.05.2023.

12 Apud, CAMARENA, Gerardo Enrique Garibay. *Cómo jugar el ajedrez sin dados – Una guía para leer la política y entender a los políticos*. México: Ediciones Wellington SAS de CV, 2019, p. 165.

13 FERNANDES, Valéria Diez Scarance, CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.550/2023: Altera a Lei Maria da Penha para garantir maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-penha-para-garantir-maior-protexcao-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>, acesso em 12.05.2023.

14 BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protexcao-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023.

15 Já é comezinha a noção de que a prisão provisória e, conseqüentemente, outras cautelares processuais penais, não ofendem a garantia constitucional da presunção de inocência, desde que aplicadas com a devida razoabilidade e proporcionalidade e obedecendo ao devido processo legal (inteligência da Súmula 9 do STJ).

que nos tenta a parafrasear a expressão do literato Thomas Pavel, “Miragem Linguística”, 16 não no seu rigoroso sentido técnico, mas literal:

Obviamente que não se pretende revestir de sacralidade a palavra da mulher vítima de violência doméstica e familiar e, desta forma, suprimir os direitos do suposto autor do fato, [mas] ressignificar a palavra da mulher nesse contexto, expandindo-a na medida do devido processo legal, livre de representações muitas vezes trazidas aos autos por imaginário marcado por estereótipos e discriminações. 17

Conferir em geral valor absoluto e isolado à palavra da mulher realmente não é “sacralizar” sua versão, apenas porque o contexto não é de natureza religiosa ou mística. A questão é de absolutização indevida e o uso da palavra “sacralidade” dando aparência de que realmente não há nada de irregular é uma válvula de escape indevida, uma fuga do real problema a ser enfrentado. O que se pode querer dizer com “ressignificar a palavra da mulher”? Aliás, o que se pode querer dizer com essa tendência desconstrutiva de “ressignificar” tudo, reconstruindo o mundo como se isso fosse possível, quando, na verdade, o máximo a que se chega é à destruição pura e simples do existente e sua substituição por abstrações? O que significa livrar o devido processo legal de representações imaginárias, marcadas por “estereótipos e discriminações”? O que isso significa quando exatamente se está desconstruindo um sistema de direitos e garantias constitucionais mínimos com sustento em estereótipos e discriminações contra os homens? Muitas e muitas vezes já se disse que a Justiça não é a injustiça de ponta-cabeça, que a Justiça não é a injustiça apenas com o vetor oposto.

Essas manifestações prenes de contradição, incoerência e até mesmo sem um significado plausível deveriam, estas sim, não ser “ressignificadas” (sic), mas relidas por seus autores para que talvez chegassem à constatação que Hofmannsthal descreve em seu texto, “Carta de Lord Chandos”, no qual este último reconhece ter perdido totalmente a capacidade de pensar ou falar coerentemente sobre qualquer assunto. “In Verbis”: “Meu caso, em poucas palavras, é este: perdi por completo a faculdade de pensar ou falar coerentemente sobre qualquer coisa”. 18

16 Cf. PAVEL, Thomas. *A Miragem Linguística – Ensaio sobre a modernização intelectual*. Trad. Erni Orlandi, Pedro de Souza e Selene S. Guimarães. Campinas: Pontes, 1990, “passim”.

17 BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protecao-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023.

18 HOFMANNSTHAL, Hugo von. A Carta. Trad. Zebba Dal Farra, p. 3. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/234389/mod_resource/content/1/uma%20carta%20%281%29.pdf, acesso em 15.05.2023.

Não é possível permitir que a pretexto de proteger as mulheres vítimas (supostamente vítimas, já que tratamos de investigação e processo) sejam estas blindadas ao ponto de poderem eventualmente incidir em “Denúncia Caluniosa” sem maiores chances de que suas narrações sejam cheçadas no decorrer de uma investigação e /ou processo regular.¹⁹

Infelizmente distorções legais e interpretativas têm abundado porque “o movimento [feminista] acabou monopolizando a temática da violência doméstica, canalizando a culpa para a “masculinidade” e dominando todos os campos de debate a respeito de “agressão, assédio e estupro”. Porém, como se vê em muitos pequenos e grandes exemplos “do dia-a-dia”, nesse contexto não é incomum a manipulação do “discurso da violência” por mulheres de má-fé ou mesmo apenas ideologizadas, com o fito de “controlar e cercear a liberdade masculina”, culpabilizando “todos os homens sem espaço para a presunção de inocência”.²⁰ Essa sanha punitivista incontida e unilateral das feministas, não somente “prejudica os homens inocentes”, mas também “atrapalha o caminho da justiça de vítimas mulheres” realmente necessitadas de proteção.²¹

Pode parecer muito desagradável, inadequado ou até cruel questionar a palavra da vítima, seja ela mulher ou não, mas isso é absolutamente necessário para a busca de uma verdade processualmente válida. Quem pode questionar que uma mulher vitimizada no próprio lar deve ser defendida? Isso é até mesmo uma platitude. Mas as consequências do excesso repressivo com relação aos homens, violando garantias mínimas constitucionalmente asseguradas, é um mal que se oculta por trás de uma grossa camada de suposta benignidade. Como nos lembra Dávila:

“Toda la habilidad del mal está en transformarse en un dios doméstico y discreto, cuya presencia ya no inquieta”. ²² Tradução livre: “Toda a habilidade do mal está em se transformar em um deus doméstico e discreto, cuja presença já não incomoda”.

E ao não mais inquietar ou incomodar, pode causar as mais deletérias consequências, sem que seja percebido. Mais que isso, como sói ocorrer nos casos do politicamente correto, o mal travestido de bem, pode gerar aplausos dos incautos e dos covardes que temem confrontá-lo e preferem acomodar-se ao custo das próprias

¹⁹ Em sua obra Creveld fala de legislações que blindam as mulheres a tal ponto que a defesa do homem envolvido se torna impraticável. Cf. CREVELD, Martin van. *O Sexo Privilegiado*. Trad. Fernando Klein. Campinas: Vide Editorial, 2023, p. 204 e 207.

²⁰ CAMPAGNOLO, Ana Caroline. *Feminismo: Perversão e Subversão*. Campinas: Vide Editorial, 2019, p. 356.

²¹ Op. Cit., p. 362.

²² DÁVILA, Nicolás Gómes. *Escólios a Un Texto Implícito*. 2ª. ed. Girona: Atalanta, 2021, p. 22.

consciências. Não é, portanto, assim que se deve avaliar a qualidade de uma norma. Voltando a Dávila:

“El volumen de aplausos no mide el valor de una idea. La doctrina imperante puede ser una estupidez pomposa. Tan trivial reparo suele escapar, sin embargo, al espectador amedrentado”.²³ Tradução livre: “O volume de aplausos não mede o valor de uma ideia. A doutrina predominante pode ser uma estupidez pomposa. Tão trivial reparo costuma escapar, no entanto, ao espectador amedrontado”

Muitas vezes belas palavras, indicações de virtudes obnubilam males, gerando distorções e confusões. Conforme bem assevera Ernest Hello:

Una palabra cuanto más bella, más peligrosa. Es indecible la importancia del lenguaje. Los vocabulos son pan o veneno y es la confusión universal uno de los caracteres de nuestra época. Los signos del lenguaje son instrumentos temibles por lo complacentes. De ellos se puede hacer el abuso que se quiera, pues no protestan, dejan que se les deshonre, y la alteración de las palabras revélase tan sólo por la íntima perturbación que produce em las cosas. 24

Em tradução livre:

“Uma palavra quanto mais bela, mais perigosa. É indizível a importância da linguagem. As palavras são pão ou veneno e é a confusão universal uma das características da nossa época. Os signos da linguagem são instrumentos temíveis por serem complacentes. Deles se pode fazer o abuso que se quiser, pois não protestam, deixam que sejam desonrados, e a alteração das palavras se revela apenas pela íntima perturbação que produz nas coisas.”

Um exemplo muito concreto dessa falta de percepção de um mal que se infiltra insidiosamente e produz consequências que deveriam ser indesejadas, mas que as pessoas em geral nem sequer se dão conta é a interpretação que se dá com frequência a certas normas do Direito Internacional. O “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ”, tornado impositivo pela Resolução CNJ 492/23 consigna que “a ideia de estereótipos de gênero é muito importante, na medida em que, quando permeiam – consciente ou inconscientemente a atividade jurisdicional pode reproduzir inúmeras

²³ Op. Cit., p. 72.

²⁴ Apud, MONEDERO, Juan Carlos. *Lenguaje, Ideología y Poder: la palabra como arma de persuasión ideológica: cultura y legislación*. 2ª. ed. Bella Vista: Ediciones Castilla, p. 21.

formas de violência e discriminação”. É verdade. Mas o problema é que o estereótipo de gênero somente é considerado pela academia e pelas instituições quando se trata de mulheres. Os homens podem ser estereotipados à vontade, até mesmo como “estupradores inatos” de forma generalizante. Podem ser submetidos a procedimentos que, a pretexto de proteger mulheres vítimas (um fim louvável) lhes tolhe direitos e garantias individuais com fulcro tão somente no sexo, tal como essa legislação sob comento.

Essa visão enviesada é resultado de todo um contexto cultural, conforme nos mostra Jiménez :

En numerosos debates he podido comprobar que la *narrativa de género* actúa dejando intacta toda aquella información que se ajusta a su discurso, pero completa los vacíos de conocimiento con las peores expectativas sobre el sexo masculino. De ahí que en el imaginario popular se crea que en el pasado las mujeres carecían de poder, no jugaban papel alguno en la violencia organizada, no tuvieron recurso alguno ante maridos abusivos (supuestamente la mayoría), y que los roles de género actuales fueran una creación ideada para su beneficio a costa de explotar a la mujer.

Como hemos visto, la única forma de combatir este tóxico imaginario popular es mediante el conocimiento, particularmente el conocimiento histórico. Se trata de un trabajo difícil, pues la *narrativa de género* instala un enorme escepticismo hacia documentos o estudios que muestran ideas contrarias a su discurso, y una fácil aceptación de otros que puedan confirmarla, incluso cuando se realizan con datos, fuentes o metodologías altamente cuestionables. Y si bien el sesgo de confirmación no es algo exclusivo de esta narrativa, su influencia en la política y los medios de comunicación la hacen merecedora de una atención especial. Pese a todo, con el conocimiento adecuado no sólo es posible refutar aspectos de la *narrativa de género* que son patentemente falsos, sino también poner en cuestión aquellos huecos donde no tenemos suficiente información para efectuar una valoración razonable y que encuentran ahora ocupados por ella.

No se trata de un asunto trivial. Aceptar la *narrativa de género* actual constituye admitir que no es la adaptación al entorno ni una multiplicidad de factores históricos lo que explica la actitud de hombres y mujeres en el pasado. Reducir todo a la maldad masculina, empleando inadecuadamente términos como

“patriarcado” o “machismo”,²⁵ supone aceptar la inferioridad moral del varón, lo cual además de incorrecto, constituye un peligroso punto de partida para quienes luchan por la igualdad. Esto há llevado a excesos actuales en forma de leyes que partiendo de dicho preupuesto imponen penas superiores al varón por el mismo delito o tornan la presunción de inocência en presunción de culpabilidad, entre otras discriminaciones, pues no se puede tratat igual a quien no se considera como tal.

Por qué há sido tan exitosa una narrativa tan simplista? Si bien ya argumentamos que su éxito radica tanto en su sencillez como en su utilidad política, también (...) los médios de comunicación han jugado un papel clave en su difusión, marginando ciertas noticias o tratándolas como hechos aislados e inconexos, mientras que potenciaban otras más afines a dicha narrativa y las consideraban parte de un todo más amplio.²⁶

Tradução livre:

Em numerosos debates pude comprovar que a narrativa de gênero atua deixando intacta toda aquela informação que se ajusta ao seu discurso, mas completa os vazios de conhecimento com as piores expectativas sobre o sexo masculino. Daí que no imaginário popular se acredita que no passado as mulheres careciam de poder, não desempenhavam papel algum na violência organizada, não tinham recurso algum perante maridos abusivos (supostamente a maioria), e que os papéis de gênero atuais fossem uma criação idealizada para seu benefício à custa de explorar a mulher.

Como vimos, a única forma de combater esse tóxico imaginário popular é mediante o conhecimento, particularmente o conhecimento histórico. Trata-se de um trabalho difícil, pois a narrativa de gênero instala um enorme ceticismo em relação a documentos ou estudos que mostram ideias contrárias ao seu

²⁵ Para uma visão crítica sobre a tese do “patriarcado” na atualidade: KREIMER, Roxana. *El Patriarcado no Existe Más*. Buenos Aires: Galerna, 2020, “passim”.

²⁶ O autor destaca e comprova no seguimento o impacto que a “narrativa de gênero” tem causado na “invisibilidade dos problemas masculinos”, desenvolvendo os conceitos de “eco da mídia” (“eco mediático”) e “perfilamento de gênero” (“hilado de gênero”). Cf. JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando al Varón – Pasado, presente y futuro del sexo masculino*. Ebook Kindle, 2019, p. 187 – 188.

discurso, e uma fácil aceitação de outros que possam confirmá-lo, mesmo quando se realizam com dados, fontes ou metodologias altamente questionáveis. E embora o viés de confirmação não seja algo exclusivo dessa narrativa, sua influência na política e nos meios de comunicação a fazem merecedora de uma atenção especial. Apesar de tudo, com o conhecimento adequado não só é possível refutar aspectos da narrativa de gênero que são patentemente falsos, mas também colocar em questão aqueles buracos onde não temos informação suficiente para fazer uma avaliação razoável e que encontram agora ocupados por ela.

Não se trata de um assunto trivial. Aceitar a narrativa de gênero atual constitui admitir que não é a adaptação ao ambiente nem uma multiplicidade de fatores históricos o que explica a atitude de homens e mulheres no passado. Reduzir tudo à maldade masculina, empregando inadequadamente termos como “patriarcado” ou “machismo”, supõe aceitar a inferioridade moral do homem, o que além de incorreto, constitui um perigoso ponto de partida para quem luta pela igualdade. Isso levou a excessos atuais em forma de leis que partindo desse pressuposto impõem penas superiores ao homem pelo mesmo delito ou tornam a presunção de inocência em presunção de culpa, entre outras discriminações, pois não se pode tratar igual a quem não se considera como tal.

Por que foi tão bem-sucedida uma narrativa tão simplista? Embora já tenhamos argumentado que seu sucesso radica tanto em sua simplicidade como em sua utilidade política, também (...) os meios de comunicação desempenharam um papel-chave em sua difusão, marginalizando certas notícias ou tratando-as como fatos isolados e desconexos, enquanto que potenciavam outras mais afinadas com essa narrativa e as consideravam parte de um todo mais amplo.

E o pior é que essa imposição acadêmico-midiática de estereótipos masculinos negativos atinge não somente homens adultos, mas também meninos, como nos demonstra Sommers, afirmando contundentemente que “en la guerra contra los chicos, como en todas las guerras la primera baja es la verdad”.²⁷ – tradução livre: “na guerra contra os meninos, como em todas as guerras, a primeira baixa é a verdade.” A visão disseminada erroneamente é a de que “a violência tem gênero e seu gênero é masculino” (no original: “la violencia tiene ‘género’ y su género es masculino”). Em geral, aqueles que lideram movimentos por igualdade têm pontos de vista muito obscuros sobre os meninos,

²⁷ SOMMERS, Christina Hoff. *La Guerra Contra Los Chicos*. Trad. Lourdes Huanqui. Ebook Lectulandia, Scribd, 2006, p. 8.

falando solenemente deles como os valentões, violadores e assassinos de amanhã” (no original: “Los líderes del movimiento de igualdad tienen un punto de vista muy oscuro sobre los chicos, hablando con expresión solemne de ellos como bravucones, violadores y asesinos de mañana”). 28

Ainda que em breve análise do parágrafo em estudo é possível encontrar nele mesmo o cerne de uma orientação ponderada. Após a afirmação de que as medidas serão concedidas em “cognição sumária” a partir do depoimento ou alegações escritas da mulher, fica estabelecido que o pedido possa ser indeferido de acordo com a devida “avaliação” da autoridade quanto à “inexistência de risco” efetivo à suposta vítima ou seus dependentes. Resta claro que não se trata de determinar aos magistrados um deferimento de pedidos de medidas protetivas às mulheres de forma automática, tão somente com sustento em suas narrativas.

Deve o magistrado ponderar, em primeiro lugar, a verossimilhança das alegações da ofendida, bem como se a Autoridade Policial tomou as providências cabíveis de acordo com o disposto nos artigos 10 a 12 da Lei 11.340/06. Em caso, por exemplo, de violência física com lesões, será indispensável comprovação de encaminhamento da vítima a exame de corpo de delito, bem como, inicialmente, ao menos a juntada de “laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde”, ou mesmo atestados médicos, fichas de atendimento ou qualquer início de prova da materialidade delitiva (vide artigo 12, § 3º. da Lei 11.340/06). Também não é admissível que, constando da ocorrência a presença de testemunhas no momento da lavratura, não acompanhe o pedido as oitivas respectivas. O novo parágrafo inserido na Lei Maria da Penha não é um salvo-conduto para a omissão e leviandade das autoridades judiciais, ministeriais e policiais.

Não convence ou não deveria convencer a alegação de que não configuraria “exclusão da apreciação judicial”, a decisão baseada somente na palavra isolada da vítima sem maiores fundamentações. Não é correto afirmar que é legítima uma “inversão do raciocínio” corriqueiramente utilizado, buscando ao invés da comprovação (ainda que provisória) da “existência do perigo”, basear o indeferimento das medidas na segurança da “inexistência de perigo”.²⁹ Isso nada mais é do que advogar pela legitimação da chamada

28 Op. Cit., p. 38.

29 Neste sentido (fundamentação na prova da inexistência do perigo sem necessidade de comprovação do fato): FERNANDES, Valéria Diez Scarance, CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.550/2023: Altera a Lei Maria da Penha para garantir maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-penha-para-garantir-maior-protacao-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>, acesso em 12.05.2023.

“Prova Diabólica” ou a “Prova de Fato Negativo” (“Probatio Diabolica” ou “Devil’s Proof”), uma categoria de prova impossível ou descomedidamente difícil de ser levada a cabo.³⁰

Na verdade se trata de posição que advoga claramente uma inversão do ônus probatório. E para embasar tal inversão há quem apresente exemplos advindos da área civil, consumerista e trabalhista:

Vale registrar que a técnica processual de inversão do ônus da prova é usual no âmbito de estatutos de proteção a grupos vulneráveis. Nesse sentido, o art. 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/1990 (CDC) prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, de sorte que basta-lhe provar o fato constitutivo de seu direito (verossimilhança da alegação), que os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito se tornam ônus do fornecedor de produtos ou serviços. Esta análise é feita levando-se em consideração as usuais dificuldades que consumidores têm de comprovar suas demandas (Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp n. 2.162.083/SP, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 24/10/2022). No mesmo sentido, o art. 373, § 1º, do CPC, permite a inversão do ônus da prova, quando houver “excessiva dificuldade de cumprir o encargo [probatório]”. Há regra semelhante no art. 818, § 1º, da CLT. 31

Acontece que não é correto e é extremamente perigoso distorcer a natureza jurídica de medidas, bem como transplantar à fórceps institutos e regras das áreas civil, consumerista e trabalhista para a seara penal que geralmente predomina ou está presente nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. 32

Havia muita discussão sobre haver necessidade de um registro criminal para que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha pudessem ser deferidas. A nosso entender, no âmbito estrito criminal, esse registro e em casos de necessidade de representação ou requerimento/Queixa - Crime (ação pública condicionada ou privada), isso tudo seria realmente imprescindível. Não vislumbrávamos a razão de ser e o fundamento da existência de uma medida cautelar protetiva sem o sustento em um processo ou procedimento principal, tendo em vista sua característica da “accessoriedade”:

30 CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31, out. 2005, p. 12.

31 BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protecao-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023.

32 LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 188.

As cautelares são acessórias de um processo principal, não podendo subsistir por si mesmas. Destaque-se que se em sede de Processo Civil é possível falar em “Cautelares Satisfativas” (que se exaurem em si mesmas), embora tal ponto seja mesmo nessa seara bastante discutido³³, não há se cogitar de satisfatividade cautelar no Processo Penal. Nesta sede a acessoriedade se agiganta, impedindo que a providência cautelar se transforme em antecipação de pena.³⁴

Isso não queria dizer que a mulher ficasse desamparada em relação a eventuais medidas protetivas sem o registro criminal, a representação, requerimento ou Queixa-Crime, se fosse o caso. Apenas significava que o Juízo Criminal não seria o adequado para a concessão de tais medidas. Sabe-se que a Lei Maria da Penha é um diploma híbrido e pode ser aplicado nas searas civil e criminal (vide artigo 14 e artigo 24-A, § 1º, da Lei 11.340/06). Dessa forma as medidas protetivas seriam concedidas com característica de cautelares civis, sem prejuízo algum à necessária urgência, preventividade e celeridade.³⁵ E em caso de descumprimento de eventual cautelar cível, não haveria também desamparo, já que o magistrado não poderia decretar a Prisão Preventiva (artigo 20 da Lei 11.340/06 c/c artigos 311, 312, e 313, III, CPP). Afora os instrumentos coercivos civis, ainda haveria a possibilidade de responsabilização criminal do recalcitrante por infração ao artigo 24-A da Lei 11.340/06, bem como sua Prisão em Flagrante e decretação de preventiva, desta feita pelo competente Juiz Criminal respectivo (inteligência do artigo 24-A, §§ 1º a 3º, da Lei Maria da Penha).³⁶

Entretanto, com o advento da Lei 14.550/23 e o acréscimo do § 5º. ao artigo 19 da Lei 11.340/06, afasta-se expressamente a necessária ligação entre as medidas protetivas e processos ou procedimentos de natureza criminal e até mesmo civil. Fica estabelecido que

33 Mesmo no Processo Civil há autores que negam a possibilidade de cautelares satisfativas. Para estes quando a suposta medida cautelar se exaure em si mesma (ex. uma busca e apreensão de menor em que o requerente já tem a guarda definitiva), perde a característica cautelar porque se torna definitiva e independente, não comportando as características da provisoriedade, revogabilidade e da acessoriedade, senão até mesmo da instrumentalidade. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 13ª. ed. São Paulo: Leud, 1992, p. 87.

34 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada – Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 13 – 14.

35 Op. Cit., p. 13.

36 Neste sentido: BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protacao-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023. “Caso um juiz cível decrete a MPU e haja descumprimento, ocorrerá o crime do art. 24-A da LMP e será por este crime que o agressor poderá vir a ser preso (necessariamente pelo juiz com a competência criminal de aplicação da LMP). Vale lembrar que o art. 359 do CP, igualmente, permite a configuração criminal de atos de desobediência a ordens de juízes cíveis”.

as medidas protetivas independem da “tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência”. Evidentemente, em casos de ação penal pública condicionada ou privada também não haverá necessidade de representação, requerimento e muito menos apresentação em juízo de Queixa-Crime.

Para além da criação de cautelares “sui generis”, sem a característica da “acessoriedade” e do fato de que a inexistência de interesse da ofendida em quaisquer procedimentos ser indubitavelmente um elemento de descrédito quanto à gravidade e até realidade da situação de violência doméstica, é preciso dizer que esse § 5º. nos parece eivado de clara inconstitucionalidade. A violação é patente ao “devido processo legal”, já que se cria uma “cautelar satisfativa”, especialmente na seara criminal.³⁷ Uma “cautelar satisfativa” no campo criminal equivalente à uma antecipação dos efeitos de uma sentença de procedência ou tutela antecipada penal, que em termos práticos, corresponderia à aplicação de pena sem processo de conhecimento, ambiente nativo da cognição exauriente, cuja violação vai ao encontro do brocardo *nullum crimen sine culpa* (inteligência do artigo 5º., LIV, CF).

Não há como fugir dessa conclusão, tendo em vista que nada mais se exige e será aplicada uma medida constritiva a alguém, especialmente no campo penal, mediante um “juízo de cognição sumário”, conforme dispõe o parágrafo logo anterior (artigo 19, § 4º., da Lei 11.340/06), o que equivaleria a uma pena restritiva de direitos sem processo de conhecimento, que no contexto da inteligência da nova redação, descarta, inclusive, a citação. A partir do momento em que essa constrição imposta em “cognição sumária” se concretiza e solidifica sem qualquer outra exigência, é cristalino que houve uma descarada infração reflexa ou um contorno espúrio do devido processo legal, rumando para uma espécie de Direito Penal de “coerção direta”.

E a situação se agrava ainda mais quando vemos que o § 6º., acrescido também ao artigo 19 da Lei Maria da Penha pela Lei 14.550/23 empresta às medidas protetivas uma duração temporal *indeterminada*, já que afirma que estas terão vigor “enquanto persistir risco” à vítima ou seus dependentes. A expressão “enquanto persistir risco” é uma carta

37 Fernandes, em vertente contrária a nosso entendimento, não hesita em atribuir a característica de “cautelares satisfativas” às medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, defendendo sua desvinculação a qualquer processo principal, inclusive de natureza penal. Cf. FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha – O Processo Penal no caminho da efetividade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240. Na mesma senda se apresentam Bianchini e Ávila, escorados no ensinamento de Lima, admitindo a satisfatividade das medidas protetivas de urgência e desprezando sua condição de cautelares, especialmente no âmbito criminal. Cf. BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protECAo-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023. E também a obra citada pelos autores: LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público – artigos 25 e 26. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 327-336.

branca dada ao magistrado para eternizar ou perpetuar a constrição ao homem. A lei sequer prevê um período máximo de duração e uma necessária revisão para eventual renovação da medida de acordo com as circunstâncias e as características da “revogabilidade” e “provisoriidade”.³⁸ A partir de então temos não somente uma pena travestida de providência cautelar, violando o devido processo legal, mas também uma pena de caráter potencialmente perpétuo, dada sua indeterminação no tempo, em patente violação ao artigo 5º., XLVII, “b”, CF, autorizando-se a conclusão teratológica de uma novidade flagrantemente inconstitucional no ordenamento jurídico, qual seja tutela penal antecipada *ad perpetuam secundum eventum litis*, porque não faria coisa julgada material, criando-se, por via transversa uma espécie de revisão criminal *pro societate*. A tentativa do texto de fazer traslado de institutos notadamente de outros ramos do Direito para o direito penal e processual penal é o mesmo que tentar explicar a quadratura do círculo. ³⁹

A sugestão de Fernandes quanto à “reavaliação periódica do perigo e da manutenção das medidas” em sede doutrinária é esboçada nos seguintes termos:

As medidas protetivas estão vinculadas ao perigo e não ao procedimento. Contudo, não podem ter uma duração infinita, sugerindo-se que, na decisão, conste o prazo mínimo para a reavaliação, tal como ocorre em relação às medidas de segurança. O ideal é que, periodicamente, seja realizada nova avaliação de risco para se verificar a necessidade e adequação das medidas anteriormente deferidas, que poderão ser substituídas ou revogadas. Como já salientado anteriormente, a decisão não faz coisa julgada e poderá ser modificada a todo momento, diante da alteração dos fatos. ⁴⁰

Realmente, o mínimo que se poderia esperar da legislação a fim de evitar uma constrição de caráter potencialmente perpétuo, seria a previsão expressa de sua reavaliação periódica e criteriosa em termos de proporcionalidade e razoabilidade, mas isso somente se perfaz na dogmática e não na letra da lei, cujo silêncio homizia inconstitucionalidade por ensejar a confusão entre perpetuação e indeterminabilidade da medida de acordo com zelosa avaliação da “necessidade concreta” de eventuais renovações em revisões contínuas.⁴¹ Talvez uma solução “ad hoc”, portanto não ideal, seja

³⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Op. Cit., p. 12 – 13.

³⁹ GIANNETTI, Eduardo. *Autoengano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 113

⁴⁰ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade*. 4ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

⁴¹ Na jurisprudência também o STJ labuta por colmatar essa omissão inconstitucional da Lei Maria da Penha, a qual é reiterada pela Lei 14.550/23. Vide: STJ – HC 605113 SC 2020/0203237-2, j. 08.11.2022, 6ª. Turma, DJe 11.11.2022. Também

aplicar, por integração, a regra do artigo 316, Parágrafo Único, CPP que impõe a revisão da preventiva de 90 em 90 dias de forma fundamentada.

Ainda que na versão original do Projeto que deu origem à Lei Maria da Penha se tenha substituído a expressão “medidas cautelares” por “medidas protetivas de urgência” com o fito de desconexão desses institutos de “qualquer caráter acessório de um processo principal”,⁴² é preciso reconhecer que tal pretensão sempre foi inadmissível em face dos diversos conflitos com a Constituição que tal quimera jurídica poderia ensejar e efetivamente ensejou, vindo a Lei 14.550/23 para agravar ainda mais a controvérsia.

Discordamos do entendimento de que com o advento da Lei 14.550/23 as medidas protetivas de urgência se tornam necessariamente de “natureza civil”, impugnando a posição firmada no STJ de sua “natureza cautelar criminal”.⁴³ Como visto acima, as medidas protetivas podem ser cautelares de natureza criminal ou civil, a depender das circunstâncias e do juízo que as determine. Nesse passo, concordamos parcialmente com o entendimento de Bianchini, no qual afirma que dados os objetivos de proteção das medidas enfocadas, sua natureza jurídica é “*sui generis*”, não sendo passível de encaixe em “moldura” penal, civil ou administrativa.⁴⁴ Apenas discordamos quanto à alegação de absoluta indefinição. A nosso ver a medida será criminal se oriunda de ordem de Juízo Criminal e civil se originária de determinação de Juízo Civil. Em nosso socorro temos o Enunciado COPEVID n. 4 que considera as medidas protetivas como “tutelas de urgência, *sui generis*, **de natureza civil e/ou criminal**” (grifo nosso). Mas mesmo que se admitisse a condição ou a atribuição de natureza civil de forma generalizada não haveria pretexto para contornar o devido processo legal e a proibição de sanções perpétuas. Nada mais trivial do que a conclusão de que se penas perpétuas na seara criminal são vedadas pela Constituição, também o serão sanções na verdade da mesma natureza, travestidas de civis. O mesmo raciocínio vale para a aplicação de constrição a alguém, seja na área penal ou civil, sem o devido processo legal, o qual não se constitui, como é sabido por todos, da mera previsão positivada de um procedimento.

o STJ aponta para a necessária oitiva da vítima nessas reavaliações, o que é coerente com a índole protetiva das medidas, mas também não tem a necessária e conveniente previsão legal expressa. Cf. STJ, REsp. 1775341/ SP, j. 12.04.2023.

42 BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protECAo-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023.

43 FERNANDES, Valéria Diez Scarance, CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.550/2023: Altera a Lei Maria da Penha para garantir maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-penha-para-garantir-maior-protECAo-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>, acesso em 12.05.2023.

44 BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protECAo-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023.

Finalmente, há que mencionar que a Lei 14.550/23 adiciona o artigo 40-A à Lei Maria da Pena, estabelecendo que sua aplicação se espalha para todas as situações descritas no artigo 5º., da Lei 11.340/06, independentemente da causa ou motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida.

Havia discussão na doutrina e jurisprudência sobre haver necessidade de comprovação de que a violência contra a mulher perpetrada nas circunstâncias descritas no artigo 5º., da Lei 11.340/06 era derivada de uma relação opressiva de gênero (o que está disposto no próprio artigo 5º. da Lei 11.340/06). O que o artigo 40- agora incluído na Lei Maria da Pena faz é dizer claramente que não há necessidade dessa comprovação de opressão de gênero na violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal condição seria *conatural* às situações descritas no artigo 5º., da Lei 11.340/06. Alguém pode até falar em uma “presunção” da presença da violência de gênero nesses casos, o que não nos parece nada aconselhável,⁴⁵ porque então estaríamos diante de nova inconstitucionalidade, já que haveria uma “Presunção de Culpabilidade” contra o investigado ou réu (discriminação de gênero) em violação frontal à “Presunção de Inocência” constitucionalmente imposta (inteligência do artigo 5º., LVII, CF).

Bianchini e Ávila abraçam a tese espelhada no novel artigo 40-A da Lei 11.340/06 de que a conduta de violência doméstica, familiar e referente a relação íntima de afeto contra a mulher “é **sempre** uma forma de violência baseada no gênero, porque é derivada de representações sociais e culturais de gênero estruturantes das relações sociais e por afetarem as mulheres de forma desproporcional” (grifo nosso). Para os autores, a lei “expressamente conceitua que todos os casos de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher são formas de violência baseadas no gênero”. A discriminação, como já se afirmou, seria *conatural* ao ato, fato notório que não requer prova. Mais ainda, essa disposição trazida pela Lei 14.550/23 é um “pressuposto político” de aplicação da Lei Maria da Pena. Erige-se, segundo os autores, a “definição de uma categoria jurídica” e não uma suposta “presunção legal”. Não tem, portanto, cabimento “discutir se a violência doméstica ou

⁴⁵ Fernandes e Cunha debatem sobre tratar-se de uma “presunção” absoluta ou relativa, apoiando a segunda tese. No entanto, como já explicitado, considera-se melhor o entendimento de que as situações do artigo 5º., da Lei 11.340/06 já descrevem diretamente, não presumem, violência de gênero. Essa parece ser a única interpretação capaz de livrar o artigo 40 –A da inconstitucionalidade. A palavra “presunção”, seja ela absoluta ou relativa, contra o réu ou investigado, é inviável num sistema normativo constitucional que abriga a Presunção de Inocência. Cf. FERNANDES, Valéria Diez Scarance, CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.550/2023: Altera a Lei Maria da Pena para garantir maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-pena-para-garantir-maior-protacao-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>, acesso em 12.05.2023.

familiar contra a mulher é ou não uma violência baseada no gênero: a lei faz a opção política de sempre aplicar a Lei Maria da Penha”.⁴⁶

A então Senadora Simone Tebet foi cautelosa na apresentação de sua Justificativa do Projeto de Lei, afirmando que “todas as formas de violência contra as mulheres no contexto das relações domésticas, familiares e íntimas de afeto são manifestações de violência baseada no gênero, que invocam e legitimam a proteção diferenciada para as mulheres”.⁴⁷ Trata-se de uma afirmação, de uma imposição legal, uma escolha política, mais especificamente de “Política Criminal” e não de uma alegada “presunção jurídica” absoluta ou mesmo relativa, o que atrairia evidente inconstitucionalidade. Se essa opção política é ou não um subterfúgio para contornar o cerne inconstitucional da normatização ou se reflete uma realidade factual, é algo a ser objeto do devido debate e depuração.

Todas as questões a respeito do choque entre os dispositivos criados pela Lei 14.550/23 e os direitos e garantias constitucionais do processo (penal ou civil) não podem ser solucionados mediante o recurso à alegação de que não seriam, na verdade, inovações legislativas, mas apenas “interpretações autênticas” da sistemática da Lei 11.340/06.⁴⁸ Ora, a chamada “interpretação autêntica” nada mais é do que uma modalidade de “interpretação pública” (...) “originada pelo órgão legislativo (criador do direito)”.⁴⁹ É irrefutável que o legislativo, tanto na criação como na “interpretação autêntica” do direito ordinário posto há que se curvar diante dos preceitos constitucionais cimeiros do ordenamento jurídico. Pouco ou nada importa se os dispositivos criados pela Lei 14.550/23

46 BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protacao-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023. Inobstante, os mesmos autores apresentam “decisum” do STJ onde se reconhece uma “presunção” de vulnerabilidade e hipossuficiência em relação à mulher nas situações de violência doméstica e familiar. Neste caso, nos parece que o emprego da palavra “presunção” é menos grave, já que não se refere à presunção de que o suposto infrator teria agido movido por questões de dominação de gênero, mas diz respeito à presunção da condição precária das vítimas. Ainda assim, entende-se que a palavra “presunção” deve ser sempre evitada, ainda que se reconheça a “realidade fática” de hipossuficiência e vulnerabilidade da mulher em violência doméstica e familiar. Cf. STJ AgRg na MPUMP n. 6/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 18.05.2022. Outrossim, não se pode deixar de mencionar que a alegação de que a violência doméstica atinge de forma “desproporcional” as mulheres é uma espécie de jargão contestável amplamente por pesquisas que carecem de divulgação dada a influência da “ideologia de gênero” na mídia e na academia. Conforme esclarece e comprova Jiménez: “Numerosos estudios han señalado que en el ámbito doméstico buena parte de la violencia es bidireccional, y que en el caso de unidireccional ésta es protagonizada por la mujer en mayor proporción que el hombre”. Cf. JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando al Varón – Pasado, presente y futuro del sexo masculino*. Ebook Kindle, 2019, p. 216.

47 Cf. TEBET, Simone. Projeto de Lei 1604/2022 – Justificação, p. 10. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9171804&ts=1681993941790&disposition=inline&_gl=1*1ouvwqe*_ga*NjM0MjUwODk3LjE2MjYxMTk5Mjg.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4Mzk5NDA0OC4xLjEuMTY4Mzk5NDEyMS4wLjAuMA, acesso em 13.05.2023.

48 BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protacao-as-mulheres/>, acesso em 13.05.2023.

49 SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002, p. 23.

constituem inovação legal ordinária ou mecanismos de “interpretação autêntica”. Seja como for, têm de ser avaliados em sua legitimidade de acordo com sua adequação à Constituição Federal.

Em sendo, a título de argumentação, possível superar as inconstitucionalidades trazidas no bojo da Lei 14.550/23, a aplicação dos novos §§ 4º, 5º. e 6º., do artigo 19 da Lei 11.340/06 é automática e imediata a partir de sua vigência. São válidos os atos praticados antes e os que agora forem realizados o serão sob a sua égide (inteligência do artigo 2º., CPP c/c 14, CPC).

Quanto ao artigo 40-A da Lei 11.340/06 com nova redação dada pela Lei 14.550/23 entende-se que realmente não é de se perscrutar se sua natureza é penal, processual ou mista. Nesse caso é admissível entender que o legislador fez uma opção de Política Criminal, explicitando, em ato de “interpretação autêntica” o sentido amplo que gostaria de conferir à Lei Maria da Penha. Dessa forma, sua aplicação é imediata e pode perfeitamente retroagir a casos anteriores. Bianchini e Ávila, com acerto e propriedade apresentam esse posicionamento e indicam precedentes do STJ admitindo que se uma nova lei acata entendimento jurisprudencial anterior, solucionando divergência antecedente, não se trata de *novatio legis in pejus*, podendo ser “aplicada *ex tunc*, ainda que prejudique o réu, pois trata-se apenas de aplicar o entendimento da legislação originária, agora esclarecido”.⁵⁰

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. 4ª. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protecao-as-mulheres/> , acesso em 13.05.2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada – Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31, out. 2005.

⁵⁰ BIANCHINI, Alice, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protecao-as-mulheres/> , acesso em 13.05.2023.

CAMARENA, Gerardo Enrique Garibay. *Cómo jugar el ajedrez sin dados – Una guía para leer la política y entender a los políticos*. México: Ediciones Wellington SAS de CV, 2019.

CAMPAGNOLO, Ana Caroline. *Feminismo: Perversão e Subversão*. Campinas: Vide Editorial, 2019.

CARSON, D. A. *A Intolerância da Tolerância*. Trad. Érica Campos. São Paulo: Cultura Cristã, 2013.

CREVELD, Martin van. *O Sexo Privilegiado*. Trad. Fernando Klein. Campinas: Vide Editorial, 2023.

DÁVILA, Nicolás Gómes. *Escólios a Un Texto Implícito*. 2ª. ed. Girona: Atalanta, 2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance, CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.550/2023: Altera a Lei Maria da Penha para garantir maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-penha-para-garantir-maior-protexao-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>, acesso em 12.05.2023.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha – O Processo Penal no caminho da efetividade*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade*. 4ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

GIANNETTI, Eduardo. *Autoengano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GURGEL, Rodrigo. *O Mínimo Sobre Literatura*. Campinas: O Mínimo, 2023.

HIRIGOYEN, Marie – France. *A violência no casa!*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HOFMANNSTHAL, Hugo von. A Carta. Trad. Zebba Dal Farra. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/234389/mod_resource/content/1/uma_carta%20%281%29.pdf, acesso em 15.05.2023.

JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando al Varón – Pasado, presente y futuro del sexo masculino*. Ebook Kindle, 2019.

KREIMER, Roxana. *El Patriarcado no Existe Más*. Buenos Aires: Galerna, 2020.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público – artigos 25 e 26. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MONEDERO, Juan Carlos. *Lenguaje, Ideología y Poder: la palabra como arma de persuasión ideológica: cultura y legislación*. 2ª. ed. Bella Vista: Ediciones Castilla.

PAGLIA, Camille. *Mulheres Livres Homens Livres – Sexo, Gênero & Feminismo*. Trad. Helder Moura Pereira. Lisboa: Quetzal, 2018.

PAVEL, Thomas. *A Miragem Linguística – Ensaio sobre a modernização intelectual*. Trad. Erni Orlandi, Pedro de Souza e Selene S. Guimarães. Campinas: Pontes, 1990.

PRÓTON, Sara. *Belas e Feras: A Violência Doméstica da Mulher Contra o Homem*. Belo Horizonte: Manduruva, 2018.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

SOMMERS, Christina Hoff. *La Guerra Contra Los Chicos*. Trad. Lourdes Huanqui. Ebook Lectulandia, Scribd, 2006.

TEBET, Simone. Projeto de Lei 1604/2022 – Justificação, p. 10. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9171804&ts=1681993941790&disposition=inline&_gl=1*1ouvwqe*_ga*NjM0MjUwODk3LjE2MjYxMTk5Mjg.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4Mzk5NDA0OC4xLjEuMTY4Mzk5NDEyMS4wLjAuMA , acesso em 13.05.2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 13ª. ed. São Paulo: Leud, 1992.

APROXIMAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

YASMMIN ANDRESSA SIMIONI CAVALARI:

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (colação em março 2016); Pós-Graduação em Direito Público pela UNICESUMAR (2017); Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst (2018).⁵¹

RESUMO: O objetivo deste trabalho é evidenciar que os efeitos do controle difuso e concentrado de constitucionalidade se tornaram bem próximos no sistema jurídico brasileiro, diante da sua evolução. Para tanto, será explorado o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade. Ganhando relevo a tese desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes, acompanhada por Eros Grau, atinente a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, no sentido de reconhecer efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, sendo desnecessária a remessa ao Senado Federal (art. 52, X, CF), que foi fortemente debatida na Reclamação 4335, mas somente acolhida quando do julgamento das ADI 3406 e 3470, veiculado no informativo 886 do STF. Nesse sentido, em suma, será demonstrado ambas espécies de controle, cujos efeitos se tornaram adjacentes.

Palavras-chave: Controle concreto, controle difuso, efeitos, resolução do Senado, abstrativização do controle difuso, *overruling*.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade trazer a aproximação dos efeitos das decisões proferidas em controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Para isso, será explorado os modelos de controle de constitucionalidade de outros países, como o inglês: onde inexistia efetivo controle, haja vista a Constituição ser flexível; o americano: onde nasceu o modelo difuso e incidental de inconstitucionalidade; o francês: onde o nasceu o controle político preventivo de constitucionalidade; e, por fim, o modelo austríaco: em que trouxe o controle concentrado e abstrato, dotado de efeitos *ex nunc*.

Após explorar o Direito Comparado, será explorado o controle de constitucionalidade no Brasil, explicando questões relevantes, como: a natureza do órgão que exerce o controle, o momento em que o mesmo é exercido. Ou seja, que o controle pode ter natureza judicial ou política, preventivo ou repressivo. Enfatizando-se o órgão judicial, atinente a natureza difusa ou concentrada, pela via incidental ou direta,

⁵¹ E-mail: yasmminand@gmail.com

respectivamente. Sem deixar de trazer à baila os antecedentes históricos, fundamentais para o controle atual do Brasil.

Imprescindível uma análise mais aprofundada do controle pela via incidental, sobrevivendo no Brasil com a Constituição de 1891, influenciado pelo modelo inglês, efetuado, em regra, de modo difuso. Isto é, cabendo a todos os órgãos judiciais, indistintamente, tanto de primeiro e segundo grau, inclusive os Tribunais Superiores. Os efeitos deste controle, como será visto, é *inter partes*, somente, em tese, podendo ampliá-lo diante da resolução do Senado Federal prevista no art. 52, X, da CF. No entanto, esse dispositivo foi alvo de mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das ADIs 3406 e 3470. De modo a trazer uma aproximação aos efeitos da decisão proferida em controle concentrado (*erga omnes* e vinculante).

A reclamação 4.335/AC será bastante explorada, em especial os votos dos Ministros, notadamente do Ministro Gilmar Mendes, em que defendeu a tese da abstrativização do controle difuso, reduzindo o papel do Senado Federal, no sentido de atribuir a este a incumbência de publicar a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto a tese não foi acolhida. Ao passo que somente no julgamento das ADI 3406 e 3470 que houve sua receptividade.

Nesse sentido, tem-se que será discorrido a evolução do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, para que, finalmente, se evidencie o amparo da tese da abstrativização do controle difuso, independentemente da atuação do Senado Federal

1. MODELOS DE CONTROLE

É sabido que o Estado Moderno, derivado do rompimento com a fragmentação própria da forma estatal medieval, nasceu sem Constituição, haja vista que a primeira versão do Estado foi absolutista. Sendo certo que este modo absolutista de governo ensejou o surgimento das formas de controle de poder, através de mecanismos para conter o poder do príncipe. Assim ocorreu com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração de Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787.

Havendo, desse modo, um movimento constitucionalizador, como bem defende Canotilho, que gerará aquilo que ficou conhecido como “a Constituição de um país”, impondo limites ao poder. Mais do que isso, limitando o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas.

À vista disso, será explorado, sinteticamente, os quatro modelos de controle de constitucionalidade: francês, inglês, americano e o austríaco.

1.1 MODELO INGLÊS

Aludido modelo não consagrou a supremacia da Constituição, mas sim a do Parlamento. Não se aceitava qualquer sistema de controle de constitucionalidade, na medida em que o Parlamento expressava a vontade majoritária do povo, inexistindo motivos para desconfiar de seus atos.

No Direito inglês, *ab initio*, a *common law* tinha prevalência sobre a lei escrita, sendo que aquela jamais poderia ser contrariada por esta. Considerando essa tradição desenvolveu-se a doutrina de Edward Coke, no sentido de defender a atuação dos juízes como guardiões da supremacia *common law* sobre a autoridade do Parlamento e do próprio soberano⁵².

Nesse sentido, tem-se que os juízes poderiam declarar nula a lei do Parlamento que contrariasse ao *commom right and reason*. Porém, com a Revolução Gloriosa de 1688 referido pensamento careceu de força na Inglaterra, consagrando, destarte, a supremacia do Parlamento.

Dito de outro modo, com a Revolução Gloriosa retirou-se do rei a posição de senhor soberano, entabulando, assim, a soberania parlamentar, em especial com a promulgação pelo Parlamento da Declaração de Direitos de 1689, excluindo o poder do monarca absoluto e atribuindo àquele.

Como explica Blackstone acerca do poder do Parlamento inglês:

Sua autoridade soberana é sem freio; pode fazer, confirmar, estender, restringir, ab-rogar, revogar, renovar, e interpretar as leis, sobre as matérias de toda denominação, eclesiásticas ou temporais, civis, militares, marítimas ou criminais. É ao parlamento que a constituição desses reinos confiou este poder despótico e absoluto, que em todo governo deve residir em alguma parte. Todos os males, as desgraças, os remédios a trazer, as determinações fora do curso ordinário das leis, tudo é atingido por este tribunal extraordinário. Pode regular ou mudar a sucessão ao trono, como fez sob os reinados de Henrique VIII e Guilherme III; pode alterar a religião nacional estabelecida, como fez em diversas circunstâncias sob o reinados de Henrique VIII e seus três filhos; pode mudar e criar de novo a constituição de um reino e do próprio parlamento, como fez pelo Ato de União da Inglaterra e Escócia, e por diversos estatutos para as eleições trienais e setenais. Em uma palavra, pode fazer tudo o que não é naturalmente impossível.

⁵² SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 43.

Por isso, não se teve escrúpulo em chamar o seu poder, por uma figura muito audaz: 'O "todo poderoso parlamento'.⁵³

Portanto, é correto dizer que o poder soberano na Inglaterra obteve a aptidão de modificar qualquer lei, mesmo as materialmente constitucionais, justificando, assim, a constituição inglesa vista de modo não escrita, histórica e flexível. Logo, inexistindo mecanismos formais de controle.

1.2 MODELO AMERICANO

Não obstante as ideias de Edward Coke ter perdido força na Inglaterra, tal ganhou força nos Estados Unidos, com a supremacia da *common law*, principalmente pela forma de colonização das colônias.

É cediço que as colônias britânicas na América do Norte poderiam aprovar suas próprias leis, porém, as mesmas não poderiam contrariar as da Inglaterra, onde vigia a supremacia do Parlamento. Ocorre que as colônias se voltaram contra a metrópole, em busca da independência, alcançando-a em 1779, proclamando, cada uma a sua independência nascendo os treze novos Estados independentes.

A Constituição Americana, promulgada em 1787, foi resultado da emancipação das treze colônias. Em um determinado momento respectivas colônias se uniram, vedando o direito de secessão, característica do federalismo, formando um novo país: os Estados Unidos da América.

A Constituição Americana previa em seu art. 6º a cláusula de supremacia, estabelecendo que os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.

Marshall, juiz da Suprema Corte Americana, consagrava a superioridade da Constituição, fruto da vontade popular através de representantes do povo, em face das leis. No entanto, malgrado o Texto Constitucional vislumbrava respectiva superioridade, não havia disposição sobre a consequência da violação, o que foi solucionado com o famoso caso *Marbury vs Madison*, como explica Ronaldo Polletti:

Em 1803, Adams era o Presidente dos Estados Unidos, perdendo a sucessão presidencial para Thomas Jefferson. Antes de deixar o mandato presidencial, Adams nomeou partidários para vários cargos públicos. Marshall foi um desses nomeados, sendo regularmente

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ARANHA, Oswald. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushatsky. 1980. p. 52.

empossado como Presidente da Suprema Corte. Alguns nomeados, entretanto, diferente de Marshall, não conseguiram ser empossados antes da posse do novo Presidente. Adams deixou os atos de nomeação preparados, faltando apenas a efetiva posse. Marbury foi um dos nomeados que não conseguiram tomar posse, tendo sido designado para o cargo de Juiz de Paz.

O novo Presidente, Jefferson, tomou posse, nomeando James Madison como seu Secretário de Estado. Madison, sob ordens de Jefferson, não entregou o ato de nomeação a Marbury, sob alegação de que esse ato estaria incompleto. Irresignado por não assumir o cargo, Marbury, ingressa com ação perante a Suprema Corte. Marshall, Presidente da Suprema Corte, decide que Marbury tem direito a assumir o cargo, mas não concede esse direito, pois a ação foi impetrada diretamente na Suprema Corte, como regia a legislação da época, contudo, a competência da Corte estava listada taxativamente na Constituição, e nessa não se encontrava a competência para esse tipo de julgamento. Deste modo, Marshall decide pela inconstitucionalidade do artigo da lei que concedia essa competência à Suprema Corte, pois tal norma era contrária à Constituição. Nasce, assim, o primeiro caso de controle de constitucionalidade⁵⁴.

Ao decidir pela inconstitucionalidade da lei pronunciou-se sobre o princípio da nulidade – Lei contrária a Constituição deve ser declarada nula. Isto é, com eficácia retroativa, *ex tunc*.

Com efeito, foi desenvolvido o controle difuso e incidental, consoante esclarece Cappelletti:

No método de controle 'difuso' de constitucionalidade – no denominado método 'americano', em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns Países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método "difuso" de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação

54 POLLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.43.

romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do "*stare decisis*". Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método "americano" de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional⁵⁵.

Portanto, nos Estados nasceu o controle difuso e incidental de constitucionalidade, o qual, influenciou demasiadamente o Brasil, conforme será melhor explorado a seguir.

1.3 MODELO FRANCÊS

Como se deduz do que foi dito, na Inglaterra os barões, o povo e os juízes eram contrários a monarquia absolutista. Nos Estados Unidos havia desconfiança em relação ao Parlamento Inglês, diante da pressão da metrópole. Por sua vez, na França, houve revolta contra a monarquia, prevalecendo o Parlamento, sendo que o juiz também era visto com desconfiança, porque este foi contaminado pela nobreza, não tendo participado da Revolução Francesa na década XVIII.

Nesse diapasão, o controle de constitucionalidade era realizado por órgão próprio: o Conselho Constitucional, criado em 1958, que não se confunde com o Conselho de Estado (Justiça Administrativa), nem com a Corte de Cassação (Jurisdição Cível/Comum).

Diante da desconfiança do juiz, a este não cabia o exercício do controle de constitucionalidade das leis, já que era desprovido de poder de interpretação. Uma vez aprovada e promulgada a lei, não era mais possível fiscalizá-la em face da Constituição.

O controle era político e preventivo, somente restando ao juiz a aplicação da lei – *o juiz é boca da lei*. O controle preventivo de constitucionalidade, por consistir numa atividade de fiscalização de leis aprovadas pelo parlamento, mas ainda não promulgadas, insere-se no próprio processo legislativo, apresentando-se como uma fase ou *iter* do processo de formação das leis na França⁵⁶.

⁵⁵ CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. p. 125.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 29.

Em 2008, foi ampliada a competência do Conselho Constitucional, de modo a permitir o controle repressivo de constitucionalidade das leis promulgadas e em vigor, sempre que for suscitada, em qualquer processo judicial ou administrativo, a questão prioritária de constitucionalidade (um incidente).

Em suma, é correto dizer que na França nasceu o controle político preventivo de constitucionalidade.

1.4 MODELO AUSTRÍACO

Este modelo sofreu forte influência de Hans Kelsen, tratando de um sistema diferenciado do mundo, fundando-se na competência exclusiva das Cortes Constitucionais para efetivação do controle de constitucionalidade. Vislumbrando-se, assim, um controle concentrado.

Como bem explica Canotilho, a concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controle constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa⁵⁷.

No sistema concentrado, a inconstitucionalidade, a qual resulta na invalidade da lei, não pode ser julgada por qualquer juiz. Do revés, os juízes comuns são incompetentes para tanto, ainda que *incidenter tantum*. Ao sistema concentrado associam-se o controle por via principal e o controle abstrato. As questões são levantadas a título principal, mediante processo constitucional autônomo, e a impugnação da constitucionalidade de uma lei é feita independentemente de qualquer litígio concreto⁵⁸.

García de Enterría demonstra uma razão histórica para a posição restritiva da atuação do Judiciário: Kelsen queria com isso evitar um governo de juízes, numa época em que havia certa revolta dos juízes contra a lei. Explica, ainda, que o mundo germânico vivia a influência de algumas posições românticas, como as da Escola livre do Direito e da Jurisprudência livre. Proibindo os juízes de deixar de aplicar as leis, procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento⁵⁹.

Ainda, diferente do modelo americano, no austríaco os efeitos da pronuncia de inconstitucionalidade é ligado ao princípio da anulabilidade. Isto é, *ex nunc*. Em que pese o Brasil tenha adotado também o sistema austríaco, tem-se que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa,

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 980.

⁵⁸ Ibidem. p. 981-982

⁵⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas. 1991. p. 57.

restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada, com a ressalva do art. 27 da Lei 9.868/9960.

Destarte, trata-se de um modelo concentrado, abstrato e dotado de eficácia *ex nunc*.

2. SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE

O Brasil abarcou todos os modelos dispostos acima, por essa razão é chamado de híbrido, eclético ou misto.

2.1 QUANTO À NATUREZA DO ÓRGÃO DE CONTROLE

Nesse aspecto o controle pode ser político ou judicial, a depender do órgão que o realiza, sendo este efetuado pelo Poder Judiciário, enquanto aquele por órgãos de natureza política, quais sejam, Poder Legislativo e Executivo.

O Poder Legislativo exerce respectivo controle quando, por exemplo, rejeita um projeto de lei inconstitucional, através da Constituição de Comissão e Justiça, bem como quanto susta atos do Executivo que exorbita o poder regulamentar, consoante art. 49, V da CF61, e quando não aprovam uma medida provisória por entendê-la inconstitucional. O Poder Executivo, por sua vez, exerce o controle quando o seu Chefe veta determinado projeto de lei por sopesá-lo inconstitucional, nos termos do art. 66, § 1º da CF62, bem como quando determina aos seus subordinados a não aplicação de lei cominada de vício da inconstitucionalidade.

Importante salientar que no controle político não há declaração de inconstitucionalidade da lei, por ser matéria reservada a jurisdição, havendo, assim, uma mera apreciação da norma.

O controle exercido pelo Judiciário já tem o condão de declarar a (in)constitucionalidade da norma, conforme explica Roberto Barroso: "no Brasil, onde o

60 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado

61 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

62 Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial — isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma⁶³.

2.2 QUANTO AO MOMENTO DO EXERCÍCIO DO CONTROLE

Em relação ao momento do exercício do controle, ele pode ser preventivo (*a priori* ou anterior) ou repressivo (*a posteriori* ou sucessivo). Isto é, se o juízo é realizado antes da edição da norma é preventivo, se posterior é repressivo.

Luís Roberto Barroso ensina que o controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor, citando os seguintes exemplos⁶⁴:

(i) pelo Poder Legislativo, no âmbito das comissões de constituição e justiça, existentes nas casas legislativas em geral, que se manifestam, usualmente, no início do procedimento legislativo, acerca da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação;

(ii) pelo Poder Executivo, que poderá apor seu veto ao projeto aprovado pela casa legislativa, tendo por fundamento a inconstitucionalidade do ato objeto de deliberação, impedindo, assim, sua conversão em lei (como regra, uma lei nasce com a sanção, isto é, com a anuência do Chefe do Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo

Não somente o Poder Legislativo e Executivo quem exercem o controle preventivo, mas também o Judiciário, vez que o Supremo Tribunal Federal tem conhecido mandados de segurança impetrado contra processamento de propostas de emenda à constituição que violem as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º da Constituição Federal:

O STF admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. Precedentes do STF: MS 20.257/DF, min. Moreira Alves (leading case) (RTJ 99/1031); MS 20.452/DF, min. Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, min. Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, min. Celso de Mello, DJ de 15-9-2003; MS

63 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49.

64 Ibidem, p. 50.

24.593/DF, min. Maurício Corrêa, DJ de 8-8-2003; MS 24.576/DF, min. Ellen Gracie, DJ de 12-9-2003; MS 24.356/DF, min. Carlos Velloso, DJ de 12-9-2003. [MS 24.667 AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 4-12-2003, P, DJ de 23-4-2004.] = MS 32.033, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 20-6-2013, P, DJE de 18-2-201465

Em suma, os três Poderes têm atribuição para efetuar o controle preventivo de constitucionalidade.

Quanto ao repressivo, após a edição da norma, o mesmo é destinado a paralisar a sua eficácia. Em regra, é exercido pelo Poder Judiciário, na qualidade de legislador negativo. Excepcionando-se a atuação do Legislativo quando susta atos do Executivo que exorbitam a delegação concedida, bem como do Executivo quando se recusa a aplicar diretamente uma norma inconstitucional.

2.3 QUANTO AO ÓRGÃO JUDICIAL QUE EXERCE O CONTROLE

Trata-se de um aspecto subjetivo, podendo ser difuso ou concentrado. Este é de atribuição exclusiva e originária de um único órgão do Judiciário, enquanto aquele qualquer juiz ou tribunal – no âmbito de sua competência – pode realizá-lo.

O controle difuso, como já explicado alhures, desenvolveu-se na Suprema Corte Americana no caso *Marbury vs Madison*, com a ruptura da tradição inglesa da supremacia do Parlamento⁶⁶.

Cappelletti afirma que naquela decisão considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento⁶⁷.

⁶⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>

⁶⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenares). *Tratado de direito constitucional*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris. 1984. p. 77.

Nos dias atuais, como sustenta Cunha Júnior: “Pressupõe a existência de um conflito de interesses, no bojo de uma ação judicial, na qual uma das partes alega a inconstitucionalidade de uma lei ou ato que a outra pretende ver aplicada ao caso.”⁶⁸

O concentrado, como também já dito anteriormente, nasceu na Áustria, e tem como pressuposto a existência de apenas um órgão para o exercício do controle. No Brasil este é de incumbência do Supremo Tribunal Federal quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo do Tribunal de Justiça atinente a lei ou ato normativo do seu respectivo estado e seus municípios. Sustenta Luís Roberto Barroso o seguinte:

No sistema concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal. É o modelo dos tribunais constitucionais europeus, também denominado sistema austríaco. Foi adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria, de 1920, e aperfeiçoado por via de emenda, em 1929⁶⁹.

Conforme afirma Cunha Júnior: “À vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma ação direta, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade”.⁷⁰

2.4 QUANTO AO MODO DO CONTROLE JUDICIAL

Guarda relação com o aspecto formal ou processual, podendo ser pela via incidental (*incidenter tantum*/exceção/defesa) ou principal (ação/direta).

Diz-se o controle incidental quando a matéria constitucional não é a principal. A questão constitucional é prejudicial – é a causa de pedir, não o pedido principal. Explica Seabra Fagundes que a declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente⁷¹.

68 CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para concursos*. Bahia: JusPodivm. 2010. p. 305.

69 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

70 CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para concursos*. Bahia: JusPodivm. 2010. p. 327.

71 FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 23

Gilmar Mendes descreve que o controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito Brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Daí recorre-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos- declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1967/69, art. 42, VII)⁷².

Outrossim, salienta-se a doutrina de Luís Roberto Barroso:

O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por via de exceção ou defesa, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida. Todavia, a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais frequente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive e notadamente pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual como coletivo. Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental — realizado na apreciação de um caso concreto — e o controle difuso — desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999, cujas potencialidades ainda não foram integralmente exploradas, passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado⁷³.

No controle pela via de ação direta, tem-se que a matéria constitucional é a questão principal (trata-se de um controle abstrato), veiculada a partir de um processo objetivo, em que inexistente lide. Conforme as lições de Paulo Bonavides:

O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1282.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada erga omnes (com relação a todos)⁷⁴.

Nesse diapasão, conclui-se que a via principal guarda relação com o controle abstrato, na medida em que não há um caso concreto para apreciação. No entanto, isso não é absoluto, visto como é possível o controle concentrado em um caso concreto, quando, por exemplo, o parlamentar impetra um mandado de segurança contra ato de sua respectiva Mesa que deu processamento a um projeto de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétreia. Nesta hipótese, há um caso concreto e o Supremo Tribunal Federal é o competente exclusivo para contemplar a questão, nos termos do art. 102, I, alínea "d" da Constituição Federal⁷⁵.

2.5 ANTECEDENTES DO MODELO EM VIGOR

A primeira Constituição do Brasil, outorgada em março de 1824 – Brasil Império, não regulou o controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário, visto como seu art. 15 atribuía ao Poder Legislativo a incumbência de zelar pela guarda da Constituição. Ao comentar sobre essa ausência de controle judicial, Celso Antônio Bandeira de Melo explica que no Brasil se ignorava essa prerrogativa, ou mesmo conhecendo-a os governantes, não se afeiçoaram a ele⁷⁶.

Nesse diapasão, não se pode negar a semelhança com o modelo francês de constitucionalidade.

Em 1891, na segunda Constituição brasileira – Brasil República, houve forte influência do modelo americano. À vista disso que foi nomeada de Constituição da República do Estados Unidos do Brasil.

Destarte, é correto dizer que a partir de 1891 passou-se a adotar o controle jurisdicional difuso no ordenamento jurídico.

Nas palavras de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco:

74 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 277.

75 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal

76 BANDEIRA DE MELO. Celso Antônio; ARANHA, Oswaldo. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1997. p. 148.

Iniciada a República, desde a sua primeira Constituição (1891), o Brasil passou a adotar o modelo difuso de controle da constitucionalidade, buscando fundamentos no modelo norte-americano, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, §1º, a e b)⁷⁷.

Rui Barbosa definiu como seria utilizado o mecanismo:

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seç. 2ª, cujo teor reza assim: 'O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos'.

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que 'Compete aos juizes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal' (art. 60, a); como, ainda, que 'Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1o, a)'.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença,

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 1035.

por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito⁷⁸.

Conclui-se, assim, que foi reconhecido ao Supremo Tribunal Federal a competência para efetuar o controle de constitucionalidade, ainda que em casos concretos. Em outros termos, existiu um alargamento da competência para a interpretação constitucional.

Em relação a Constituição de 1934, esta trouxe fortes impactos no sistema de controle de constitucionalidade, ao passo que previu expressamente a cláusula de reserva de plenário, previu a suspensão pelo Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional, a criação da representação interventiva.

Consoante explicação de Luís Roberto Barroso.

Com a Constituição de 1934 foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva. A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais sensíveis, constantes do art. 7º da Carta) precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade. No tocante ao controle incidental e difuso, a Constituição de 1934 passou a exigir o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais e previu a suspensão pelo Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional⁷⁹.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.035 apud BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 54-55

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

Não há dúvidas de que a Constituição de 1934 evidenciou a progressão do País em relação ao controle de constitucionalidade, tanto que as previsões ali inauguradas, hoje são insertas na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1937, conhecida como “polaca”, outorgada durante Estado Novo, com caráter ditatorial, dispôs em seu art. 96 que somente por maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes, poderiam os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato emanado pelo Presidente da República, no entanto respectivo parágrafo único continha o seguinte:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

Ou seja, não obstante a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, o Presidente da República submetia novamente o exame, do mesmo ato, ao Parlamento, o qual poderia tornar sem efeito a atuação do Judiciário. Uma verdadeira ditadura.

Com a Constituição Federal de 1946 houve a ruptura com o Estado Novo, diante da redemocratização do País. É salutar destacar a novidade da Emenda Constitucional 16/65, a qual alargou a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Em termos práticos, passou a permitir no Brasil um modelo semelhante ao austríaco de Kelsen, qual seja, concentrado e abstrato. Porém, com a legitimidade exclusiva o Procurador-Geral da República.

De acordo com Luís Roberto Barroso:

Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no

Supremo Tribunal Federal. O controle incidental e difuso, por sua vez, não foi afetado pela inovação, passando ambos a conviver entre si⁸⁰.

Já Veloso expõe que o objetivo da adoção do modelo não era o de estabelecer um verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade, pois a manifestação do STF, atendendo a representação do Procurador-Geral da República, não operava *erga omnes*, e tinha o escopo de constatar a violação de princípio constitucional sensível, para legitimar a decretação da intervenção da União no ente federativo. Mas que a solução da Constituição de 1946 significou um novo e vigoroso passo para a instituição do controle concentrado⁸¹.

Por sua vez, a Constituição de 1967, com a redação da EC 01/69 não trouxe modificações importantes ao sistema, havendo a manutenção do controle difuso e concentrado. No entanto, insta salientar a previsão da ação direta em âmbito estadual, mas limitada a hipótese de intervenção do Estado em Município.

Outrossim, é salutar destacar a Emenda Constitucional 7 de 13 de abril de 1977 a qual pôs termo a controvérsia atinente ao cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, já que passou a reconhecer expressamente. Ainda, pelo mesmo intermédio foi instituída a “representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, por via da qual o Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, poderia fixar, em tese e com caráter vinculante, o sentido de uma norma.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, manteve o sistema eclético híbrido ou misto, harmonizando o controle pela via incidental e difuso (americano), com o controle pela via principal e concentrado (austríaco). Ainda, trouxe um conjunto amplo de inovações, as quais se destacam, consoante obra de Luís Roberto Barroso: “a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º); d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III)”⁸².

⁸⁰ Ibidem, p. 62.

⁸¹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 33.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 62.

A Emenda Constitucional 03 de 1993 acrescentou a ação declaratória de constitucionalidade. Posteriormente, a Emenda Constitucional 45 de 2004 trouxe a possibilidade de efeito vinculante das decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º), assim como de aprovação pelo Supremo Tribunal Federal de súmula vinculante no controle difuso de constitucionalidade (art. 103-A), o estabelecimento de um novo requisito para admissão do recurso extraordinário – repercussão geral (art. 102, § 3º).

Em relação a EC 03/93 comenta Luís Roberto Barroso:

O quadro desenhado pelo constituinte originário passou a ser sistematicamente remodelado a partir da criação da ação declaratória de constitucionalidade, resultante da Emenda Constitucional n. 3, de 18 de março de 1993. A nova ação, de competência do Supremo Tribunal Federal e proponível pelos mesmos legitimados da ADIn (por força da Emenda Constitucional n. 45/2004)¹⁶², foi amplamente contestada por parte da doutrina, que questionava sua constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, por ampla maioria, considerou legítima sua acolhida no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade⁸³.

A lei que regula o processo e julgamento das ações objetivas perante o STF, tanto na via de ação direta de inconstitucionalidade como da ação declaratória de constitucionalidade, é a Lei 9.868/99. Enquanto a Lei 9.882/99 regula o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por derradeiro, foi mantida a ação direta interventiva, como mecanismos de fiscalização concreta. Havendo hoje no Brasil a ação direta de inconstitucionalidade (genérica) (art. 102, I, a); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a); ação direta interventiva (art. 36, III); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA INCIDENTAL

Em que pese tenha se verificado acima algumas explanações sobre esse sistema de controle, neste capítulo o tema será abordado de maneira mais exauriente.

⁸³ Ibidem, p. 63.

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Cumpra relembrar que se trata do modelo americano, integrado no Brasil com a Constituição de 1891. Com o advento do Novo Código de Processo Civil foi instituído o incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais (art. 949 e seguintes, CPC/15).

De acordo com Cleve⁸⁴, o controle de constitucionalidade difuso também denominado concreto, aberto, incidental, via de defesa e via de exceção é admitido para atacar indiretamente a lei ou um ato normativo considerado inconstitucional, que tenha lesionado direito das partes envolvidas, cuja declaração de inconstitucionalidade poderá ser prolatada por qualquer órgão do Judiciário.

Gilmar Mendes revela que o controle difuso possui como fundamento principal o seu desenvolvimento no curso de um processo, em que a controvérsia constitucional é “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência de relação jurídica”⁸⁵.

Como o próprio diz, é um controle incidental – um incidente dentro do processo, em que o pedido principal não é a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas sim um pedido que pressupõe a análise prévia da validade destes frente à Constituição Federal. Dito de outro modo, é a causa de pedir.

Luís Roberto Barroso dá os seguintes exemplos:

Suponha-se que um Município haja instituído um tributo sem observância do princípio da legalidade, e que um contribuinte se tenha recusado a pagá-lo. A autoridade municipal irá, então, autuá-lo, inscrever a dívida e instaurar um processo de execução de seu crédito tributário. O contribuinte, em sua defesa, poderá oferecer embargos de devedor, argumentando que a cobrança é fundada em lei inconstitucional. O objeto dessa ação de embargos é determinar se o tributo é devido ou não. Todavia, para formar sua convicção, o julgador terá de decidir, previamente, se a lei que criou o tributo é ou não constitucional. Esta é a questão prejudicial que subordina o raciocínio que ele precisa desenvolver. Estabelecida a premissa lógica da decisão, ele julgará o mérito, condenando o contribuinte ao

84 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 101.

85 MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei n. 9882, de 3.12.1999*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 1006.

pagamento ou exonerando-o de fazê-lo, consoante tenha considerado a lei válida ou inválida.

Outro exemplo, envolvendo uma relação de locação. Imagine-se que uma lei venha a modificar o critério de cálculo dos aluguéis, tendo previsto sua incidência imediata, inclusive sobre os contratos em curso. Um locatário, prejudicado pela mudança, recusa-se a pagar a majoração, afirmando que a nova lei afeta o ato jurídico perfeito. O proprietário do imóvel ingressa em juízo, formulando pedido de condenação do locatário ao pagamento do valor integral do aluguel, tal como decorrente da lei. Para julgar a causa, o juiz precisará pronunciar-se, incidentalmente, acerca da constitucionalidade ou não da lei que interferiu com o valor do aluguel a ser pago. Só então poderá decidir o objeto da ação, que consiste em determinar se é ou não devida a diferença de aluguel⁸⁶.

Note-se, em ambos os exemplos o que a parte requereu no processo não foi a declaração de inconstitucionalidade da norma, esta foi utilizada como questão prejudicial.

3.1.1 Legitimidade

O rol é bastante amplo, tendo em vista que qualquer das partes pode suscitar. O autor pode suscitar a inconstitucionalidade tanto em seu pedido inicial como em momento posterior, para que não tenha de se sujeitar aos seus efeitos. O réu, por sua vez, também é legitimado, por isso também é denominado de *via de defesa*. Nesse sentido, explica Lúcio Bittencourt que a arguição incidental de inconstitucionalidade é também denominada via de defesa ou de exceção porque, originalmente, era reconhecida como argumento a ser deduzido pelo réu, como fundamento para desobrigar-se do cumprimento de uma norma inconstitucional. A parte, em lugar de atacar o ato diretamente, aguardava que a autoridade postulasse judicialmente sua aplicação, pedindo então ao juiz que não aplicasse a lei reputada inconstitucional⁸⁷.

Até mesmo o Ministério Público, quando seja parte ou oficie como *custos legis*, bem como terceiros que tenham intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente). E, por derradeiro, o juiz ou o Tribunal de ofício. Entretanto, há de se ressaltar que em sede de recurso extraordinário não tendo havido o prequestionamento da matéria

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 84.

⁸⁷ BITTENCOURT. Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 97.

constitucional não será possível o conhecimento do recurso, ainda que seja perceptível *ictu oculi* a inconstitucionalidade de determinada norma⁸⁸.

3.1.2 Quanto ao processo

Na mesma medida em que há amplitude dos legitimados, também há abrangência quanto a natureza do processo a ser suscitado o incidente, seja de conhecimento ou de execução. A exigência é meramente que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticada. Isto é, uma pretensão subjetiva.

Ainda, considerando a obrigatoriedade de uma pretensão resistida, não se pode olvidar a viabilidade de arguição em ação de rito comum e especial, até mesmo nas ações constitucionais, a exemplo da ação popular e ação civil pública.

No mais, é oportuno avultar que quando a apreciação da norma tida por inconstitucional couber ao Tribunal há obrigatoriedade da observação da cláusula de reserva de plenário, nos termos do art. 97 da CF, cujo rito encontra-se inserto no 948 e seguintes do CPC/15.

3.1.3 Quanto ao momento

A inconstitucionalidade de uma norma é matéria de ordem pública. Por essa razão pode ser conhecida de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, mesmo quando já preclusas as vias impugnativas e formada a coisa julgada. Porém, como já explicado acima, a restrição é quanto aos recursos nas instâncias extraordinárias, tendo em vista a exigência do prequestionamento.

3.1.4 Objeto e parâmetro

O objeto trata-se da norma impugnada, enquanto o parâmetro é a Constituição Federal ou Estadual.

Sobressai explicar que a lei orgânica não é parâmetro de controle, a não ser quando se trata da lei orgânica do Distrito Federal, vez que este possui competência legislativa híbrida, pois são atribuídas a ele as competências legislativas reservadas aos Estado e Municípios. Isto é, organiza e estrutura o Distrito Federal, sendo, *mutatis mutandi*, uma Constituição Estadual.

⁸⁸ RE 117.805-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso. À falta de prequestionamento na instância ordinária e de arguição pelo recorrente de inconstitucionalidade do diploma local que assim dispunha, o tema não pode ser enfrentado em recurso extraordinário”

A norma a ser impugnada – objeto, pode ser tanto uma lei federal frente a Constituição Federal, como uma lei estadual frente a Constituição Estadual. Com efeito, não há viabilidade de controle entre lei federal face Constituição Estadual.

3.2 CONTROLE DIFUSO

O controle incidental de constitucionalidade é efetuado, em regra, de modo difuso. Isto é, cabe a todos os órgãos judiciais, indistintamente, tanto de primeiro e segundo grau, inclusive os Tribunais Superiores, como já apontado acima.

O juízo singular tem mais plenitude de atuação se comparado aos Tribunais, pois estes sujeitam-se a regra da reserva de plenário (art. 97, CF) — sendo vedada aos órgãos fracionários, como câmaras ou turmas, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

Lenio Streck argumenta haver uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o exercido pelos tribunais. Segundo sustenta, ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade de um texto normativo, mas apenas deixa de aplicá-lo⁸⁹. Em contrapartida, Clève e Ronaldo Poletti entendem que a declaração de inconstitucionalidade, quer pelo juiz singular, pelos tribunais, ou pelo Supremo Tribunal Federal, tem a mesma natureza e decorre de idêntica fundamentação⁹⁰.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que retirar do juiz de primeiro grau a possibilidade de declarar uma norma inconstitucional no caso concreto levaria a extinção do controle difuso e incidental:

O art. 97 da CF/1988 e a Súmula Vinculante 10 são aplicáveis ao controle de constitucionalidade difuso realizado por órgãos colegiados. Por óbvio, o requisito é inaplicável aos juízos singulares, que não dispõem de “órgãos especiais”. Ademais, o controle de constitucionalidade incidental, realizado pelos juízes singulares, independe de prévia declaração de inconstitucionalidade por tribunal. A tese exposta na inicial equivaleria à extinção do controle de constitucionalidade difuso e incidental, pois caberia aos juízes singulares tão somente aplicar decisões previamente tomadas por tribunais no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

⁸⁹ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 362.

⁹⁰ CLÈVE, Merlin Clèmerson. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2000, p. 104.

[Rcl 14.889 MC, rel. min. Joaquim Barbosa, dec. monocrática, j. 13-11-2012, DJE 226 de 19-11-2012.]

Veja-se, assim, que o objetivo da Súmula Vinculante 10 é dar eficácia à cláusula constitucional da reserva de plenário, cuja obediência é imposta aos tribunais componentes da estrutura judiciária do Estado brasileiro. Ocorre que a decisão, ora reclamada, foi proferida por juiz singular, o que torna o objeto da presente ação incompatível com o paradigma de confronto constante da Súmula Vinculante 10. Isso porque é inviável a aplicação da súmula ou da cláusula de reserva de plenário, dirigida a órgãos judicantes colegiados, a juízo de caráter singular, por absoluta impropriedade, quando da realização de controle difuso de constitucionalidade. [Rcl 13.158, rel. min. Dias Toffoli, dec. monocrática, j. 8-8-2012, DJE 160 de 15-8-2012.]

De todo o modo, com a devida devida, o efeito prático da decisão do juiz singular que repute uma lei inconstitucional, declarando-a ou deixando de aplicá-la, é o mesmo: o afastamento da norma no caso concreto.

3.2.1 Cláusula de reserva do plenário

A cláusula de reserva do plenário está inserida no art. 97 da Constituição Federal, dispondo que somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Isto é, impede-se que os órgãos fracionários dos tribunais declarem a inconstitucionalidade de uma norma mesmo em sede de controle incidental. Ensina Guilherme Sandoval Góes que a cláusula de reserva de plenário também é conhecida como princípio do colegiado ou cláusula do *full bench*, e que tal princípio deriva da presunção de constitucionalidade das leis e da separação de poderes⁹¹.

Houve a edição da súmula vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal⁹², expressando que viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Ao comentar esse enunciado, Sarlet, Marinoni e Mitidiero dizem o seguinte:

A Súmula Vinculante 10 evita o escamoteamento da declaração de inconstitucionalidade, ou melhor, o afastamento ou a mera não

⁹¹ GÓES, Guilherme Sandoval. *Direito Constitucional Avançado*. Rio de Janeiro: Seses. 2018. p. 60.

⁹² Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

aplicação de lei sem que essa seja dita, expressamente, inconstitucional. Deseja-se inibir o órgão fracionário, ainda que consciente da sua falta de competência para decidir a questão constitucional, de imediatamente julgar o recurso, sem sobrestá-lo e enviar a questão constitucional à decisão do Plenário ou Órgão Especial. Assim, impede-se a violação da norma constitucional (art.97 da CF), que exige, para a declaração de inconstitucionalidade, o voto da maioria absoluta de seus membros do tribunal ou de seu Órgão Especial⁹³.

Convém observar que quando o órgão fracionário se depara com a questão prejudicial de inconstitucionalidade de determinada norma ocorre um deslocamento da competência para o julgamento da referida questão para o pleno ou órgão especial. Há a denominada: *cisão funcional de competência em plano horizontal*⁹⁴, cujo procedimento encontra-se previsto expressamente nos art. 948 e seguintes do CPC. Vale dizer, a câmara ou a turma não pode decidir imediatamente a lide, deve-se submeter a questão prejudicial ao pleno ou ao órgão especial do tribunal.

Não é todo o objeto do recurso, ou da ação originária que é enviada ao pleno ou órgão especial, mas tão somente a que discute a (in)constitucionalidade da norma. Por isso, chama-se de cisão – a matéria é cindida. Uma vez decidida a questão prejudicial de inconstitucionalidade, esta é devolvida à câmara ou turma para que julgue definitivamente o recurso ou a ação originária, conforme o caso. À vista disso é o enunciado da súmula 513 do STF⁹⁵.

É importante esclarecer que a cláusula de reserva do plenário se aplica tanto no controle difuso ou concentrado. No entanto, a cisão funcional somente ocorre no controle difuso, vez ser neste em que há o incidente, tendo em vista não ser a matéria tratada como principal, mas sim, repita-se a exaustão, como questão prejudicial.

Por outro lado, tem-se que a cláusula de reserva de plenário não é obrigatória quando já houver precedente do tribunal a respeito da matéria, conforme previsão do art.

93 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p.966.

94 Não há necessidade de pedido das partes para que haja o deslocamento do incidente de inconstitucionalidade para o pleno do tribunal. Isso porque é dever de ofício do órgão fracionário esse envio, uma vez que não pode declarar expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, nem afastar sua incidência, no todo ou em parte. [Rcl 12.275 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 22-5-2014, P, DJE de 18-6-2014.]

95 Súmula 513 STF: A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

949, parágrafo único, do CPC96. O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da entrada do Novo Código de Processo Civil perfilhava entendimento nesse sentido:

É desnecessária a submissão à regra da reserva de plenário quando a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário ou em Súmula deste Supremo Tribunal Federal; (...). [Tese definida no ARE 914.045 RG, rel. min. Edson Fachin, P, j. 15-10-2015, DJE 232 de 19-11-2015, Tema 856.]

A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da Constituição Federal e 481, parágrafo único, do CPC/1973. [ARE 914.045 RG, rel. min. Edson Fachin, P, j. 15-10-2015, DJE 232 de 19-11-2015, Tema 856.]

Outrossim, também há dispensa da observância da cláusula de reserva de plenário quando o órgão fracionário entende pela constitucionalidade da norma, por isso pode rejeitar a arguição, com o prosseguimento do julgamento, nos termos do art. 949, I, CPC97. Segundo a doutrina de Barbosa Moreira:

A cláusula constitucional de reserva de plenário, inculpada no art. 97 da CF, fundada na presunção de constitucionalidade das leis, não impede que os órgãos fracionários ou os membros julgadores dos tribunais, quando atuem monocraticamente, rejeitem a arguição de invalidade dos atos normativos, conforme consagrada lição da doutrina⁹⁸.

Isso se dá em virtude do princípio da presunção de constitucionalidade das normas, no sentido de que o intérprete deve tentar extrair validade das leis e dos atos normativos do Poder Público sempre que possível, só declarando sua inconstitucionalidade quando esta for flagrante e incontestável. A declaração de inconstitucionalidade sempre é

96 Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

97 Art. 949. Se a arguição for: I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

98 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil. vol. V – Arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 40.

medida excepcionalmente adotada, porque implica restrição ao exercício de atividade legítima de outro Poder.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de um recurso extraordinário não se sujeita a regra do art. 97 da CF e da súmula 10 do STF, considerando a sua própria norma regimental.

O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF. [RE 361.829 ED, rel. min. Ellen Gracie, j. 2-3-2010, 2ª T, DJE de 19-3-2010.]

Todavia, nada obsta a remessa ao plenário quando entender que a matéria é relevante.

Ainda, é afastada a regra em juízo de recepção de norma anterior a Constituição Federal, por não envolver juízo de inconstitucionalidade:

(...) a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção – precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) – dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 95/980 – RTJ 95/993 – RTJ 99/544 – RTJ 143/355 – RTJ 145/339, v.g.). [AI 582.280 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2006, 2ª T, DJ de 6-11-2006.] = Rcl 10.114 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 18-12-2013, P, DJE de 19-2-2014 = AI 669.872 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 11-12-2012, 1ª T, DJE de 14-2-2013

A partir do momento em que há violação a cláusula da reserva do plenário nas hipóteses obrigatórias há cabimento do recurso extraordinário, diante da transgressão direta do art. 97 da Constituição Federal.

3.2.2 Efeitos da decisão e o papel do Senado Federal

Tratando-se de controle difuso, em que o processo é subjetivo, as decisões finais de mérito não transcendem as respectivas lides, possuindo, destarte, efeito *inter partes*.

Nas explanações de Luís Roberto Barroso além de defender a eficácia subjetiva, reconhece a ausência de coisa julgada:

Transitada em julgado a decisão, isto é, não sendo mais impugnável por via de recurso, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada. Sua eficácia subjetiva, no entanto, é limitada às partes do processo, sem afetar terceiros (CPC, art. 472). Por outro lado, o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Portanto, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, sendo certo que é a parte dispositiva da sentença (CPC, art. 458), na qual se contém a resolução das questões postas, que recebe a autoridade da coisa julgada⁹⁹.

Ainda, segue com o seguinte exemplo:

A decisão que declare que um tributo não é devido porque a lei que o instituiu viola o princípio da anterioridade, ou a que considere a majoração legal do valor do aluguel, no curso do contrato, prejudicial ao ato jurídico perfeito, produzem efeitos apenas entre as partes do processo: contribuinte e Fazenda Pública, no primeiro caso; locador e locatário, no segundo. Em ambas as hipóteses, o juiz reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da lei aplicável, e os efeitos desse reconhecimento repercutem apenas *inter partes*. Porém, há mais a observar: a declaração de inconstitucionalidade não era o objeto de nenhum dos dois pedidos, mas apenas a razão de decidir. Na verdade, como já visto, era uma questão prejudicial, que precisava ser resolvida como premissa lógica necessária para a solução do litígio. Ora bem: por dicção legal expressa, nem os fundamentos da decisão nem a questão prejudicial integram os limites objetivos da coisa julgada, de modo que não há falar em *auctoritas rei iudicata* em relação à questão constitucional

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103.

Porém, insta esclarecer que Novo Código de Processo Civil em seu art. 503 possibilita o reconhecimento da coisa julgada na presença dos requisitos do seu parágrafo primeiro¹⁰⁰.

Quanto à eficácia no tempo, a regra é de que os efeitos são retroativos, pois uma normal nula é nula *ab initio*. Todavia, o Supremo Tribunal Federal já consagrou ser possível a modulação de efeitos no controle difuso, em recurso extraordinário, nas hipóteses de excepcional interesse social ou segurança jurídica, atendido o quórum qualificado de 2/3 de seus membros (oito ministros), consoante art. 27 da lei 9868/99¹⁰¹.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.² Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.³ Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes

¹⁰⁰ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

¹⁰¹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.⁴ Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, Art.37).⁶ Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da Republica, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, §1). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. **Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.** Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (RE 197.917/SP) grifei

É relevantíssimo trazer à baila a atuação do Senado Federal nas questões envolvendo o controle difuso, uma vez que o mesmo pode suspender a execução no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X da CF102, cuja finalidade é atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.

⁴102 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

É como se o exercício dessa competência pelo poder legislativo implicasse na extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei para todas as pessoas. Isso porque, a partir do momento em que o Senado Federal publica a referida resolução, todos deixam de estar obrigados ao cumprimento da lei cuja eficácia ficou suspensa. Nesse sentido, a norma sai do mundo jurídico¹⁰³.

Já foi debate de muita polemica referido papel desempenhado pelo Senado Federal, Luís Roberto Barroso bem sintetiza como foram resolvidas as controvérsias:

a) a atuação do Senado não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa. Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão erga omnes da decisão do Supremo;

b) a competência do Senado somente é exercitável nas hipóteses de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e não quando a inconstitucionalidade venha a ser pronunciada em sede de ação direta de inconstitucionalidade;

c) a despeito da dicção restritiva do art. 52, X, que se refere apenas à lei declarada inconstitucional, a interpretação dada ao dispositivo tem sido extensiva, para incluir todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder, vale dizer, o Senado também suspende atos estaduais e municipais;

d) embora a matéria ainda suscite ampla controvérsia doutrinária, afigura-se fundada em melhor lógica e em melhores argumentos a atribuição de efeitos ex tunc à suspensão do ato normativo pelo Senado¹⁰⁴.

Sublinha-se que a discricionariedade atribuída ao Senado Federal é atinente a suspensão, não quanto à extensão da suspensão. Dito de outro modo, uma vez decidida pela suspensão da norma declarada inconstitucional pelo STF em controle incidental, esta

¹⁰³ GÓES, Guilherme Sandoval. *Direito Constitucional Avançado*. Rio de Janeiro: Seses, 2018. p. 58.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 106.

deve-se dar na mesma extensão da decisão da Corte, como veiculado no informativo 477 do STF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA. REFERENDO. RESOLUÇÃO Nº 7, DE 21.06.2007, DO SENADO FEDERAL. SUSPENSÃO ERGA OMNES DA EFICÁCIA DE TODO O TEXTO DE LEIS RELATIVAS À COBRANÇA DO ICMS NO ESTADO DE SÃO PAULO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ANTERIORMENTE ESTENDIDA, NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO, APENAS AOS DISPOSITIVOS QUE HAVIAM PRORROGADO A MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA E A SUA VINCULAÇÃO A UMA FINALIDADE ESPECÍFICA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PERIGO NA DEMORA IGUALMENTE DEMONSTRADO. 1. O ato normativo impugnado, ao conferir eficácia erga omnes a um julgado singular, revela sua feição geral e obrigatória, sendo, portanto, dotado de generalidade, abstração e impessoalidade. Precedentes. 2. O exame minucioso das decisões plenárias proferidas nos autos dos Recursos Extraordinários 183.906, 188.443 e 213.739 demonstra que a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos que sucederam à Lei Estadual Paulista 6.556/89 alcançaram, tão-somente, os dispositivos que tratavam, exclusivamente, da majoração da alíquota do ICMS e sobre a vinculação desse acréscimo percentual ao fundo criado para o desenvolvimento de determinado programa habitacional. 3. O Senado Federal, em grande parte orientado por comunicações provenientes da Suprema Corte, acabou por retirar do mundo jurídico dispositivos das Leis Paulistas 7.003/90 e 7.646/91, que, embora formalmente abarcados pela proclamação da inconstitucionalidade do próprio Diploma em que inseridos, em nenhum momento tiveram sua compatibilidade com a Constituição Federal efetivamente examinada por este Supremo Tribunal. Plausibilidade da tese de violação ao art. 52, X, da Carta Magna. 4. Deferimento de medida cautelar referendado pelo Plenário. (ADI 3929 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2007, DJe-121 DIVULG 10-10-2007 PUBLIC 11-10-2007 DJ 11-10-2007 PP-00038 EMENT VOL-02293-01 PP-00055 RTJ VOL-00213-01 PP-00423 RDDT n. 145, 2007, p. 214-217 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 160-178 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 143-152)

Não se olvida a tendência da abstrativização do controle difuso. Porém, isso será melhor explorado no último capítulo, evidenciando a aproximação dos efeitos entre os controles concreto e abstrato.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE AÇÃO DIRETA

Neste capítulo será analisada as características gerais dessa espécie de controle, em especial seus respectivos efeitos.

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Diferentemente do que ocorria no controle pela via incidental, no presente, tem-se que a discussão acerca da constitucionalidade da norma configura questão principal. Ou seja, o juízo de constitucionalidade é o próprio objeto da ação, cumprindo ao tribunal manifestar-se acerca da validade da norma.

O Poder Judiciário, nesse caso, atua como um legislador negativo quando reconhece a invalidade da norma, a extirpando do ordenamento jurídico. Sob esse prisma, é importante salientar que juízes não são eleitos pelo povo, exercendo papel contra majoritário, que muitas das vezes não agradam a população.

4.2 CONTROLE CONCENTRADO

O mesmo também é denominado de principal, abstrato, direto, objetivo, sendo realizado pelo Supremo Tribunal Federal, quando o objeto a ser impugnado for uma lei ou ato normativo federal ou estadual, tendo como paradigma a Constituição Federal, nos termos do art. 102, I, alínea "a" desta. É realizado pelo Tribunal de Justiça quando o objeto for leis ou atos normativos estaduais ou municipais, cujo parâmetro seja a Constituição do Estado, conforme art. 125, § 2º da CF.

Relembre-se que o controle concentrado tem origem no sistema austríaco, em contraposição ao *judicial review* americano. O modelo da Áustria foi criado de modo a justificar a criação de uma Corte Constitucional como único órgão competente para anular atos normativos inconstitucionais. Kelsen esclarece o seguinte:

A Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional. Nem sempre era necessário anular a lei inteira; caso a disposição inconstitucional pudesse ser separada do restante da lei, a corte podia anular apenas essa disposição. A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava

de existir. A decisão anulatória da corte, em princípio, era efetiva apenas ex nunc¹⁰⁵. (

Em que pese a adoção do modelo austríaco, é importante esclarecer que não foi albergado no Brasil a teoria da anulabilidade. Isto é, uma norma declarada inconstitucional é desde a sua origem.

Incluem-se nessa modalidade de controle repressivo judicial concentrado, as seguintes ações constitucionais: a) ação direta de inconstitucionalidade (ADI); b) ação declaratória de constitucionalidade (ADC); c) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); d) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Porém, apenas será delineado no presente capítulo a ação genérica de inconstitucionalidade – ADI, tendo em vista que o tema central do atual trabalho é evidenciar a aproximação dos efeitos.

4.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Trata-se de uma das ações que pertencem ao controle concentrado, introduzida pelo sistema brasileiro através da Emenda Constitucional nº 16/1965, à Constituição de 1946, que a ela se referia como representação.

É uma ação em que não há pretensão individual, desprovida de direitos subjetivos. Sendo certo que somente pelo aspecto formal é possível referir-se à existência de partes.

4.3.1 Competência

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição Federal. Nesse sentido, desempenha ele de modo concentrado e privativo o controle de constitucionalidade das normas federais e estaduais em face da Constituição Federal, conforme art. 102, I, alínea “a” da CF.

Considerando o sistema federativo vigente no ordenamento jurídico brasileiro, também é estendido aos estados o exercício do controle de constitucionalidade das normas estaduais e municipais face a Constituição Estadual, que o realiza através do Tribunal de Justiça, consoante art. 125, § 2º da CF. Não se admitindo a competência deste para apreciar em controle abstrato a constitucionalidade de lei federal.

Em relação a lei municipal em face da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tinha entendimento no seguinte sentido:

¹⁰⁵ Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 304-305.

“É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes e depois de 1988, no sentido de que não cabe a Tribunais de Justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal.”- ADIN 347-0.

Ocorre que recentemente isso foi alterado quando do julgamento do RE 650898, em que foi firmada a seguinte tese:

“Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados”.

Com efeito, compete ao STF exercer o controle de constitucionalidade abstrato de leis e atos normativos federais e estaduais, enquanto aos Tribunais de Justiça o controle de lei e ato normativo estadual e municipal.

4.3.2 Legitimidade

Antes de a Constituição Federal de 1988 somente o Procurador Geral da República tinha legitimidade ativa para ajuizar a ação direta de constitucionalidade, somente a partir desta que o rol foi ampliado, como se observa do art. 103 da Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Consigna Luís Roberto Barroso que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados:

(i) os universais, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e (ii) os especiais, que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada.

São legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional¹⁰⁶.

Note-se, em que pese, a Constituição Federal de 1988 tenha alargado o rol de legitimados, isso não permitiu o controle popular de constitucionalidade no controle abstrato.

Muito embora a ampliação constitucional do rol de legitimados para deflagrar o controle abstrato tenha sido importante e significativa, é importante destacar que o legislador democrático não consagrou a figura jurídica da “ação popular de inconstitucionalidade”, que permitiria que todo e qualquer cidadão pudesse acionar o processo objetivo de controle de normas. (...) Em termos de reconstrução neoconstitucionalista do direito, é correto afirmar que a ampliação do rol de legitimados projeta melhor a imagem da “comunidade aberta de intérpretes da Constituição”, tal qual vislumbrada por Peter Häberle, uma vez que promove o alargamento do círculo dos intérpretes da Constituição e, na sua esteira, a consolidação de um

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 125.

processo aberto e público, elemento fundante da Constituição Aberta häberleana¹⁰⁷. (GÓES & MELLO, 2016, p. 217-218)

Em outros termos, os autores citados acima efetuam uma crítica ante a ausência da “ação popular de inconstitucionalidade”. No entanto, com a devida vênia, em termos práticos isso sobrecarregaria o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que este órgão precisou criar limitações até mesmo para os próprios legitimados consagrados no texto constitucional. No mais, a população não está impedida de efetuar o controle de constitucionalidade, porquanto é plenamente viável a propositura de ação popular, cuja causa de pedir seja a inconstitucionalidade de alguma norma, como já entendeu a Corte Suprema:

Ademais, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em Ação Popular, “desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público”. (REsp 437.277/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13/12/2004)

Em relação aos estados, o art. 125, § 2º da Constituição Federal impôs que cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

4.3.3 Objeto e parâmetro

O objeto da ADI, isto é, os atos impugnáveis, são a lei e o ato normativo federal ou estadual, tendo por parâmetro a Constituição Federal.

No âmbito dos estados o controle de constitucionalidade abstrato tem por objeto ato normativo estadual ou municipal, enquanto o parâmetro é a Constituição do Estado.

Marcelo Novelino esclarece que as normas a serem impugnadas pressupõe vigência e eficácia, que são atributos indispensáveis para a admissibilidade da lei ou do ato normativo como objeto da ação direta ou da ação declaratória. Sendo que tal exigência decorre da própria natureza do controle normativo abstrato, voltado a assegurar a supremacia da Constituição. Leis e atos normativos revogados ou ineficazes embora

¹⁰⁷ GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2016. p. 217-218.

relevantes no âmbito das relações jurídicas individuais, não representam, ameaça iminente a ordem constitucional objetiva¹⁰⁸.

Nesse sentido, na hipótese de o objeto impugnado ter sido revogado antes do julgamento da ação objetiva, haverá, em regra, perda superveniente do objeto da ADI¹⁰⁹. No entanto, subsiste algumas exceções quanto ao aludido entendimento: a) não haverá perda do objeto e a ADI deverá ser conhecida e julgada caso fique demonstrado que houve "fraude processual", ou seja, que a norma foi revogada de forma proposital a fim de evitar que o STF a declarasse inconstitucional e anulasse os efeitos por ela produzidos (STF ADI 3306); b) não haverá perda do objeto se ficar demonstrado que o conteúdo do ato impugnado foi repetido, em sua essência, em outro diploma normativo. Neste caso, como não houve desatualização significativa no conteúdo do instituto, não há obstáculo para o conhecimento da ação (ADI 2418/DF); c) caso o STF tenha julgado o mérito da ação sem ter sido comunicado previamente que houve a revogação da norma atacada. Nesta hipótese, não será possível reconhecer, após o julgamento, a prejudicialidade da ADI já apreciada. STF. Plenário. ADI 2418/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 4/5/2016 (Info 824). STF. Plenário. ADI 951 ED/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/10/2016 (Info 845).

Atinente ao parâmetro, tem-se que o mesmo deve ser o vigente na época de quando a norma foi editada. Se antes do julgamento houve a sua alteração a ADI fica prejudicada, não sendo possível alterar o parâmetro para salvar a norma impugnada, considerando a inexistência de constitucionalidade superveniente¹¹⁰.

4.3.4 Processo e julgamento

O procedimento está delineado na Lei 9.868/99, estando os legitimados previstos no seu art. 2º, que são os mesmos elencados na Constituição Federal.

108 NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm. 2016. p. 191

109 STF ADI 1203

110 CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. **O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.** TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (STF - RE 346084/PR).

Luís Roberto Barroso bem define a sequência do procedimento:

A petição inicial deverá indicar o dispositivo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações e o pedido, com suas especificações. Deverá conter cópia do ato impugnado e procuração, quando a ação seja subscrita por advogado (art. 3º e parágrafo único).

A jurisprudência da Corte tem exigido que a procuração indique de forma específica o ato a ser impugnado, admitindo-se que o relator solicite que a exigência seja suprida, sob pena de a ação não ser conhecida.

Se a petição inicial for inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, será liminarmente indeferida pelo relator, cabendo agravo dessa decisão (art. 4º e parágrafo único). Nos termos da jurisprudência do STF, será manifestamente improcedente a ação direta que verse sobre norma cuja constitucionalidade já haja sido reconhecida pelo tribunal, ainda que em sede de recurso extraordinário. Ressalvou-se, porém, a possibilidade de que a ação venha a ser conhecida quando mudanças relevantes na ordem jurídica ou na realidade social permitam cogitar de uma mudança na jurisprudência.

O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que deverão prestá-las em trinta dias (art. 6º e parágrafo único). Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, cada qual devendo manifestar-se no prazo de quinze dias (art. 8º). Vencidos esses prazos, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 9º, caput). A ação direta de inconstitucionalidade não admite desistência (art. 5º), arguição de suspeição ou impedimento — ressalvada a possibilidade de os próprios Ministros afastarem-se de determinado julgamento por razões de foro íntimo —, nem tampouco intervenção de terceiros (art. 7º). A Lei n. 9.868/99, todavia, contemplou a participação no processo, através da apresentação de petição ou memorial, de quem não seja parte, mas tenha legítimo interesse no resultado da ação. Assim, o relator, considerando a relevância da matéria e a

representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º).

Após alguma hesitação, a jurisprudência do STF firmou o entendimento de que o pedido de ingresso poderá ser feito até a remessa dos autos à Mesa, para julgamento. Cuida-se aqui da introdução formal, no ordenamento brasileiro, da figura do *amicus curiae*, originária do direito norte-americano. A inovação fez carreira rápida, reconhecida como fator de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sua atuação como tribunal constitucional. A participação como *amicus curiae*, é certo, não constitui direito subjetivo, ficando a critério do relator, mas uma vez admitida inclui, também, o direito de sustentação oral.

O art. 9º da Lei n. 9.868/99, em seus §§ 1º e 2º, contém inovações que merecem referência destacada. No § 1º prevê-se que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Supera-se, dessa forma, e em boa hora, a crença dominante de que a ação direta não comportaria fase probatória, devido a seu caráter estritamente objetivo.

Na moderna dogmática jurídica, os fatos, a natureza dos problemas e as consequências práticas das soluções preconizadas desempenham papel de crescente importância na interpretação constitucional. Já não corresponde mais às demandas atuais uma interpretação asséptica e distanciada da vida real, fundada apenas no relato da norma. O § 2º prevê que o relator poderá solicitar informações aos Tribunais Superiores, bem como aos Tribunais federais e estaduais, acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. Também a jurisprudência vem ganhando crescente importância na interpretação jurídica no Brasil, superando a visão mais convencional dos sistemas ligados à tradição romano-germânica. De todo modo, por não envolver direitos subjetivos, iniciativa da parte e contraditório, a instância probatória na ação direta é limitada, devendo as informações, perícias e audiências ser produzidas ou realizadas no prazo de trinta dias (§ 3º). Pelo mesmo

motivo — tratar-se de processo objetivo, sem envolvimento de interesses subjetivos do Estado — é inaplicável à ação direta de inconstitucionalidade o prazo em dobro dos representantes da Fazenda Pública para recorrer (art. 188 do CPC)¹¹¹.

Ainda, é cabível medida cautelar, nos termos do art. 10 da Lei, tratando-se de providência excepcional, à vista de presunção de validade das normas.

Em regra, a liminar será analisada pelo Plenário da Corte, através da maioria absoluta de seus membros (seis ministros). Contudo, há duas exceções em que a medida acauteladora poderá ser concedida monocraticamente, *ad referendum* do pleno: durante o recesso ou nos casos de urgência.

O relator, não é obrigado a ouvir o AGU e o PGR, somente se julgar indispensável, sendo os mesmos ouvidos no prazo de três dias. Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. A sustentação oral será facultada.

Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato.

Os efeitos da medida cautelar são contra todos, *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Essa decisão torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário – efeito.

Por fim, a decisão final:

A Lei n. 9.868/99 trata conjuntamente da decisão a ser proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. Na verdade, o texto cuida de ambas como uma unidade conceitual — fruto do exercício da jurisdição constitucional por via de ação e em abstrato —, com variação apenas do pedido: em um caso a proclamação da constitucionalidade e no outro a da inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada. Em ambas as hipóteses exige-se a manifestação de seis Ministros,

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 135-136.

configurando a maioria absoluta do Tribunal (art. 23). Coerente com a premissa de que ambas as ações integram uma unidade conceitual, estabelece a lei que, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente a eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (art. 24). Julgada a ação, faz-se a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato (art. 25) e, dentro de dez dias após o trânsito em julgado, publica-se a parte dispositiva do acórdão (art. 28). A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos de declaração (art. 26), que somente poderão ser oferecidos pelo requerente ou pelo requerido, e não por terceiros, nem mesmo pelo Advogado-Geral da União. Mas cabe reclamação para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões (CF, art. 102, I, I). A Lei n. 9.868/99 endossa, também, a jurisprudência pacífica da Corte segundo a qual no controle por via principal e abstrata não cabe ação rescisória (art. 26). A decisão na ação direta gera efeito retroativo, salvo expressa deliberação em sentido contrário (art. 27). Na redação textual da lei, tem igualmente “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” (art. 27, parágrafo único). A partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, o reconhecimento de efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade passou a figurar também no texto constitucional, com a nova redação dada ao art. 102, § 2º.

Quanto aos efeitos, tais serão vistos a seguir.

4.3.5 Efeitos da decisão final

Nos termos do art. 102, § 2º da CF e art. 28 da Lei 9.868/99, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Na ótica subjetiva, a eficácia *erga omnes* é corolário do processo objetivo, já que não existem partes formais. O efeito vinculante, por sua vez, alcança diretamente apenas alguns órgãos dos poderes públicos: No Judiciário, excetua-se da vinculação o próprio STF;

no Legislativo, essa vinculação não se estende a sua função típica, razão pela qual, em tese, poderá ser elaborada nova lei com conteúdo idêntico ao de ato já declarado inconstitucional; no Executivo, a vinculação só não abrange as relacionadas ao processo legislativo.

Na ótica objetiva, é a parte dispositiva que produz os efeitos, porque é nesta em que há a declaração de inconstitucionalidade. Esclarecendo-se que o Supremo Tribunal Federal vem rejeitando a tese da transcendência dos motivos determinantes.

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO - CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE TEMAS ENTRE O ATO RECLAMADO E O PARADIGMA DESTA CORTE - TRANSCENDÊNCIA DE MOTIVOS - TESE NÃO ADOTADA PELA CORTE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É necessária a existência de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional. 2. Embora haja similitude quanto à temática de fundo, o uso da reclamação, no caso dos autos, não se amolda ao mecanismo da transcendência dos motivos determinantes, de modo que não se promove a cassação de decisões eventualmente confrontantes com o entendimento do STF por esta via processual. Precedente. 3. Agravo regimental não provido. (STF - Tribunal Pleno, Rcl 3.294 AgR/RN, rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 03/11/2011).

RECLAMAÇÃO. A reclamação pressupõe a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito a decisão proferida. Descabe emprestar-lhe contornos próprios ao incidente de uniformização, o que ocorreria caso admitida a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes: Reclamação nº 3.014/SP, Pleno, relator ministro Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 21 de maio de 2010. (STF - 1ª Turma, Rcl 11477 AgR/CE, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 29/05/2012)

Nem sempre foi esse o posicionamento da Corte Suprema, como se observa na Reclamação 1987-0, de relatoria do Ex-Ministro Maurício Corrêa:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. **Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades**, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente. (STF - Tribunal Pleno, Rcl 1987/DF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 01/10/2003).

Malgrado a Suprema Corte venha rejeitando aludida teoria, subsiste jurisprudência baseando-se em razões contidas na fundamentação de outros acórdãos:

RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR. CENSURA PRÉVIA A VEICULO DE IMPRENSA. INADMISSIBILIDADE. 1. Na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal proibiu "qualquer tipo de censura prévia" aos órgãos de imprensa, como determina a Constituição. 2.

Ao proibir jornalistas, radialistas e integrantes dos meios de comunicação de entrevistar, mencionar, elogiar ou mesmo criticar candidatos inscritos na disputa eleitoral de 2014, a decisão reclamada aparentemente violou a autoridade da decisão do Plenário do STF. 3. Liminar deferida parcialmente. STF - Rei 18.687 MC/DF, Rei. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática (27.09.2014)

Quanto aos efeitos temporais, a decisão final no controle abstrato é *ex tunc* (retroativos), haja vista a adoção da teoria das nulidades¹¹². Em contrapartida, isso não impede a modulação temporal, por razões de segurança jurídica ou de interesse social a justificar o afastamento do princípio da nulidade; e quórum de dois terços dos membros do Tribunal, consoante art. 27 da Lei 9.868/99.

De todo modo, considerando a regra dos efeitos retroativos, tem-se que a legislação anteriormente revogada, se compatível com a Constituição Federal, tem sua vigência restaurada – efeito repristinatório tácito. Se indesejado, faz-se necessária a formulação de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade do diploma abrogatório e das normas por ele revogadas, sob pena de não conhecimento da ação direta.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL. FORMULAÇÕES TEÓRICAS. O STATUS QUAESTIONIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E EFEITO REPRISTINATÓRIO. A QUESTÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO INDESEJADO. NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE FORMULAÇÃO DE PEDIDOS SUCESSIVOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE TANTO DO DIPLOMA AB-ROGATÓRIO QUANTO DAS NORMAS POR ELE REVOGADAS, DESDE QUE TAMBÉM EIVADAS DO VICIO DA ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO, NO CASO, DO DIPLOMA LEGISLATIVO CUJA EFICÁCIA RESTAURAR-SE-IA EM FUNÇÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO. HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. (STF -ADI 2.215/PE, Rei. Min. Celso de Mello)

Portanto, os efeitos finais da decisão em controle abstrato são *erga omnes*, vinculante, retroativo e repristinatório em regra.

¹¹² STF - ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727: "O princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro".

5. APROXIMAÇÃO DOS EFEITOS

Foi explorado acima que os efeitos da decisão em controle concentrado é *erga omnes* e vinculante, enquanto no controle difuso é *inter partes*, obrigando apenas as partes litigantes do processo. Possibilitando-se a ampliação deste efeito com a edição, em tese, da resolução do Senado Federal, constante no art. 52, X da Constituição Federal, dispositivo recentemente alvo de mutação constitucional.

5.1 RECLAMAÇÃO 4.335/AC

A principal discussão sobre a participação do Senado no controle difuso se deu a partir da Reclamação Constitucional 4.335-5/AC, ajuizada perante o STF no ano de 2006, julgada em março de 2014.

O que ensejou o ajuizamento da referida reclamação foi o julgamento do HC 82.959/SP, em que o STF declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. A partir do julgamento deste HC a Defensoria Pública requereu ao Juízo de Execuções Penais de Rio Branco/AC que fosse o mesmo benefício concedido aos seus assistidos, qual seja, a progressão de regime, já que o óbice da Lei 8.072/90 havia sido declarado inconstitucional pelo plenário do STF. Porém, a Justiça do Acre negou, sob o argumento da ausência de resolução do Senado suspendendo o dispositivo impugnado, nos termos do art. 52, X da CF.

Ou seja, a reclamação teve como pedido a extensão dos efeitos do HC 82.959/SP, não obstante a ausência da resolução do Senado suspendendo os efeitos do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90. A partir dessa Reclamação e, especialmente, após o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, se iniciou um extenso debate na Suprema Corte sobre a real eficácia da participação do Legislativo no controle de constitucionalidade difuso.

O Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal revelou-se um forte crítico quando a disposição do art. 52, X da CF, defendendo a abstrativização do controle difuso. Para o Ministro, a função do Senado Federal de suspender a execução da decisão do STF tem por finalidade apenas tornar pública tal decisão, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos¹¹³. Acompanha esse entendimento Lúcio Bittencourt, entendendo que "suspender a execução de lei inconstitucional" constitui uma "impropriedade técnica", uma vez que sendo o ato inconstitucional um ato "nulo", "inexistente" ou "ineficaz", não é possível suspender-se sua execução. Assim, a atribuição constitucional ao Senado Federal

¹¹³ MENDES, Gilmar. *Comentário à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 2023.

não teria outra finalidade que não a de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal¹¹⁴.

Em seu voto na reclamação, o Ministro Relator defendeu a mutação constitucional do art. 52, X da CF, *in verbis* os fundamentos utilizados:

Todas essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade. Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada. Em verdade, quando da promulgação do texto de 1934, outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920.

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, **perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas**. Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Esse é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil,

114 BITTENCOURT. Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 145-146.

os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Com isso satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v. g., dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade. Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente. Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial - ainda que não desejada - no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Esse continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferencia-lo dos demais sistemas "difusos" ou "incidentes" de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz³⁶ ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias. Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no

processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidental, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se que essa alteração não se operou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito pré-constitucional em face da nova Constituição. A ampla legitimização, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado. Essa peculiaridade foi destacada por Sepúlveda Pertence no voto que proferiu na ADC 1, verbis

(...)

Assinale-se, outrossim, que a interpretação que se deu à suspensão de execução da lei pela doutrina majoritária e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribuiu decisivamente para que a afirmação sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional restasse sem concretização entre nós. Nesse sentido, constatou Lúcio Bittencourt que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia erga omnes, nem a chamada retroatividade ex tunc da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. É o que se lê na seguinte passagem de seu magno trabalho:

(...)

Em verdade, ainda que não pertencente ao universo específico da *judicial review*, o instituto do *stare decisis* desonerava os constitucionalistas americanos, pelo menos em parte, de um dever mais aprofundado de fundamentação na espécie. Como esse mecanismo assegura efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores, em caso de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, tinha-se a segurança de que, em princípio, nenhum tribunal haveria de conferir eficácia à norma objeto de censura. Assim, a ausência de mecanismo processual assemelhado à "força de lei" (*Gesetzeskraft*) do direito alemão não impediu que os autores americanos sustentassem a nulidade da lei inconstitucional.³⁹ Sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais Tribunais tal como o *stare decisis* americano⁴⁰, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional⁴¹ e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal⁴². **A suspensão da execução pelo Senado não se mostrou apta a superar essa incongruência, especialmente porque se emprestou a ela um sentido substantivo que talvez não devesse ter.** Segundo entendimento amplamente aceito⁴³, esse ato do Senado Federal conferia eficácia erga omnes à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto.⁴⁴ Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação. Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF. Essa foi a posição sustentada, isoladamente, por Lúcio Bittencourt:

(...)

Tal concepção afigurava-se absolutamente coerente com o fundamento da nulidade da lei inconstitucional. Uma orientação dogmática minimamente consistente haveria de encaminhar-se nesse sentido, **até porque a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da idéia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário.**

Não foi o que se viu inicialmente. Como apontado, a jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado substancial à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão do Senado mostrava-se apto a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo. De qualquer sorte, a ampliação do controle abstrato de normas, inicialmente realizada nos termos do art. 103 e, posteriormente, com o advento da ADC, alterou significativamente a relação entre o modelo difuso e o modelo concentrado. Assim, passou a dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato (ADI e ADC). A disciplina processual conferida à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, que constitui instrumento subsidiário para solver questões não contempladas pelo modelo concentrado - ADI e ADC -, revela, igualmente, a inconsistência do atual modelo. A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia erga omnes; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*. No que se refere aos recursos especial e extraordinário, a Lei n. 8.038, de 1990, havia concedido ao relator a faculdade de negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou ainda, que contrariasse Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, acrescentado pela Lei n. 9.756, de 1998).

Com o advento dessa nova fórmula, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de recurso extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mediante decisão unipessoal do relator. Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado -, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal. Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental. Observe-se, ainda, que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, caput e § 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

Nesse sentido, Maurício Corrêa, ao julgar o RE 228.844/SP46, no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, valeu-se de fundamento fixado pelo Plenário deste Tribunal, em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais, no sentido da inconstitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte, que instituiu alíquota progressiva do IPTU. Também Nelson Jobim, no exame da mesma matéria (progressividade do IPTU), em recurso extraordinário interposto contra lei do Município de São Bernardo do Campo, aplicou tese fixada em julgamentos que apreciaram a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo.⁴⁷ Ellen Gracie utilizou-se de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, para dar provimento a recurso

extraordinário no qual se discutia a ilegitimidade de taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais.⁴⁸ Carlos Velloso aplicou jurisprudência de recurso proveniente do Estado de São Paulo para fundamentar sua decisão no AI 423.25249, onde se discutia a inconstitucionalidade de taxa de coleta e limpeza pública do Município do Rio de Janeiro, convertendo-o em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) e dando-lhe provimento. Sepúlveda Pertence lançou mão de precedentes originários do Estado de São Paulo para dar provimento ao RE 345.04850, no qual se argüia a inconstitucionalidade de taxa de limpeza pública do Município de Belo Horizonte. Celso de Mello, ao apreciar matéria relativa à progressividade do IPTU do Município de Belo Horizonte, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário tendo em conta diversos precedentes oriundos do Estado de São Paulo.⁵¹ Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal. Um outro argumento, igualmente relevante, diz respeito ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas. Aqui, somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem, pode-se falar em decisão com eficácia inter partes. Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública ou em um mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes? Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade. Recorde-se, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime de 7 de abril de 2003, julgou prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.919 (Relatora Min. Ellen Gracie), proposta contra o Provimento n. 556/97, editado pelo Conselho Superior da Magistratura Paulista. A referida resolução previa a destruição física dos autos transitados em julgado e arquivados há mais de cinco anos em primeira instância. A decisão

pela prejudicialidade decorreu do fato de o Superior Tribunal de Justiça, em mandado de segurança coletivo⁵², impetrado pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ter declarado a nulidade daquele ato. Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer eficácia erga omnes à declaração de ilegitimidade do ato normativo proferida em mandado de segurança pelo STJ. Quid juris, então, se a declaração de inconstitucionalidade for proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal em sede de ação civil pública? Se a decisão proferida nesses processos tem eficácia erga omnes (Lei n. 7.347, de 24.7.1985 - art. 16), afigura-se difícil justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal. A propósito, convém recordar que, em alguns casos, há uma quase confusão entre o objeto da ação civil pública e o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, não há como cogitar de uma típica decisão com eficácia inter partes.⁵³ Ressalte-se, ainda, que as decisões do STF, com efeitos limitados, no julgamento do RE 197.971 (caso vereadores⁵⁴) e no próprio caso da progressão de regime (HC 82.959/55), são casos notórios a demonstrar que a Corte, ao prolatar referidas decisões, já lhes estava atribuindo efeito erga omnes. No caso do RE 197.917, trata-se de caso típico de decisão que, se dotada de efeito retroativo, provocaria enorme instabilidade jurídica, colocando em xeque as decisões tomadas pela Câmara de Vereadores nos períodos anteriores, com consequências não de todo divisáveis no que concerne às leis aprovadas, às decisões de aprovação de contas e outras deliberações da Casa Legislativa. Eis o teor da ementa do referido julgado:

(...)

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação - necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade - parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. E que, nesses casos, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos

do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

- Conclusão

Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional n 16/65 e sob a Carta de 1967/69. o sistema constitucional de 1967/69, a ação direta era apenas uma idiosincrasia no contexto de um amplo e dominante modelo difuso. A adoção da ADI, posteriormente, conferiu perfil diverso ao nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continuou a ser um modelo misto. A ênfase passou a residir, porém, não mais no modelo difuso, mas nas ações diretas. O advento da Lei 9.882/99 conferiu conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal. Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, § 3o), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia erga omnes e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental. Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer

efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, **é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado.** Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998). **Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental.** Na oportunidade, ressaltou o Relator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava "em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, ressaltando que se cuidava "de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial".⁵⁶ E ela também demonstra que, **por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da "suspensão da execução da lei pelo Senado Federal" significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto. Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988,** que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. **Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou**

a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema. A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão *inter partes*. De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. **Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado.** O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. **Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988.** Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.⁵⁷ Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar. **A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso - notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a**

necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla - talvez até mesmo um certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º A). De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continue a ter eficácia restrita entre as partes. Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988. A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, "apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos".⁵⁸ Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte⁵⁹, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. **Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade.** Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, **não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa**

força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 - publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê⁶⁰.

Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica. Esta solução, resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e - permita-nos dizer - ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988. Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a idéia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal. Por último, observe-se que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos⁶¹ parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele - Tribunal - definir os efeitos da decisão. No caso em apreço, concedi medida liminar em habeas corpus de ofício, em decisão de 21.8.2006, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, fosse afastada a vedação legal de progressão de regime, nos seguintes termos, na parte em que interessa:

(...)

Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a presente reclamação, para cassar decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que negaram a possibilidade de progressão de regime relativamente a cada um dos interessados acima mencionados. Nesta extensão da procedência da reclamação, caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados (pacientes) atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. grifei

Trata-se de um brilhante voto, em que o Ministro, em síntese, conferiu eficácia *erga omnes* as decisões do Supremo Tribunal Federal ainda que proferidas em controle incidental, independentemente de atuação do Senado Federal, pois como bem pontuou, é o Judiciário quem decide, cabendo ao Senado apenas publicizar, entender de modo contrário estaria a negar a teoria das nulidades.

Ressalte-se a seguinte doutrina citada no voto:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição - a referência é ao texto de 1967 - é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado 'suspende a execução' da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo 'inexistente' ou 'ineficaz', não pode ter suspensa a sua execução¹¹⁵.

¹¹⁵ Idem.

O segundo Ministro a votar na Reclamação foi Eros Grau, quem acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes. No entanto, este foi vencido, inaugurando a divergência o Ex-Ministro Sepúlveda Pertence, o qual sopesou entendimento pela manutenção da competência privativa do Senado Federal nos exatos termos do art. 52, X da Constituição, extrai-se o seguinte excerto do voto:

A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, **sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção.** Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão. De tal modo que reproduzirei no meu voto, para efeitos didáticos, o dispositivo do vigente art. 102, § 3o, que vincula, ele sim, a súmula vinculante, editada na conformidade da Lei de 2006, que a disciplinou. Vincula, nos termos da Constituição, sim, não apenas os tribunais, no que o eminente Ministro Gilmar Mendes, cada vez mais religioso, chama de efeitos transcendentais, mas este restrito aos tribunais que tenham de enfrentar a mesma questão de inconstitucionalidade. E tenho dúvidas se até ai seria vinculante, porque a dispensa da remessa ao Plenário da argüição de inconstitucionalidade não impede o tribunal inferior de alterá-la enquanto não dotada a jurisprudência do Supremo Tribunal do efeito vinculante, que, ou decorre, no nosso sistema, de decisões nos processos objetivos de controle direto, ou decorrerá da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante. Esta, sim, vinculante de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, salvo o próprio Supremo Tribunal, e dos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal. **Homenageio o brilho incomum de ambos os votos que me precederam, mas peço vênias aos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o grande risco tsunâmico - eu diria - do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais frequente de acesso ao Tribunal. Não vejo necessidade de rompê-la a custo desta delicada decisão institucional de converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos.** E como temos feito, e eu tenho feito numerosas vezes, dado que permaneço fiel à Súmula nº 691? Como tenho feito, no caso, julgando

improcedente a reclamação, eu concedo habeas corpus de ofício, para que o juiz da execução examine os demais pressupostos da progressão de regime postulada pelo reclamante. Grife

Alertou o voto divergente o perigo da proposta do Ministro Gilmar Mendes, vez que daria ao Tribunal amplos poderes. Solucionando a questão da reclamação na própria Constituição Federal, solidificando que a EC 45/04 dotou o STF de poderes, mas que isso não reduziu o papel do Senado a um órgão de mera publicidade das decisões da Corte, de modo a dispensar a intervenção de respectiva Casa Legislativa para fins de efeitos vinculantes. O que seria plenamente possível por meio da edição de Súmula Vinculante (art.102, § 3º da CRFB/88), já que dotada de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Ainda esclareceu que o fato de a jurisprudência do STF admitir a dispensa da cláusula da reserva do plenário quando já houvesse decisão sobre a inconstitucionalidade de determinada norma, isso não justifica a redução do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade.

Traço outras considerações no sentido da decisão que, então, se tomou e que, depois, se consolidaria no Tribunal a partir do acórdão do Ministro Ilmar Galvão de dispensar a reserva de Plenário nos demais tribunais, se já houvesse decisão incidente do Supremo declaratória da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo de que de cuidasse. Mas, partir daí, a reduzir-se a nada o papel do Senado – que todos os textos constitucionais subsequentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram – parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca.

Em seguida, votou o Ministro Joaquim Barbosa, que, de igual modo, não conheceu a reclamação, asseverando que a suspensão da execução da lei pelo Senado não evidencia óbice à ampla efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, mas que se trata, na verdade, de um complemento. Destarte, indispensável a manutenção da tradicional leitura do art. 52, X da CF, excluindo a ocorrência da mutação constitucional deste dispositivo, diante da carência de dois fatores: (i) o decurso de um espaço de tempo maior para a verificação da mutação; e (ii) consequente e definitivo desuso do dispositivo.

Após cinco anos dos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, o Ministro Lewandowski apresentou seu voto na sessão plenária do dia 16 de maio de 2013, acompanhando a divergência, afirmando que se trata de uma prerrogativa dada ao Senado desde a Constituição de 1934, não cabendo ao STF “fazer pouco” de uma previsão expressa na Constituição. Observando, ainda, que entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado pautou, para deliberação dos senadores, 53 ofícios encaminhados pelo Supremo Tribunal Federal solicitando a

promulgação de Projeto de Resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso:

Após bem refletir sobre tal proposição, ousou divergir de Sua Excelência [Min. Gilmar Mendes] quanto à ocorrência da aludida mutação constitucional, por não entender tratar-se o instituto de mera reminiscência histórica. É que, primeiro, constato que a Câmara Alta, não tem descuidado do cumprimento dessa relevante competência que os constituintes brasileiros lhe têm atribuído, de forma reiterada, desde o advento da Carta de 1934. Nesse sentido, assinalo que, entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.

Em seguida, o falecido Ex-Ministro Teoria Zavascki pediu vista dos autos, sendo o julgamento retomado em 20 de março de 2014, votando pelo conhecimento e procedência da reclamação, todavia, não aderiu a tese do Ministro Gilmar Mendes. Esclarecendo que o debate acerca do art. 52, X da CF não é fator determinante para o não conhecimento ou improcedência da reclamação, que, ainda que se reconhecesse que a resolução do Senado tenha aptidão para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF, isso não significaria que a expansão das decisões só ocorreria quando e se houvesse a intervenção da referida Casa Legislativa.

Mas a Resolução do Senado não é a única forma de ampliação da eficácia subjetiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, até porque ela diz respeito a uma área extremamente limitada da jurisdição constitucional (apenas a das decisões do Supremo que declaram a inconstitucionalidade de preceito normativo). Significativas modificações de nosso sistema constitucional, supervenientes à Constituição de 1934, conferiram a outras sentenças do Supremo Tribunal Federal – relacionadas, ou não, a controle de constitucionalidade de normas, afirmativas, ou não, da inconstitucionalidade –, eficácia subjetiva universal, expandindo-a para outros lindes do vasto domínio da jurisdição constitucional – que, como se sabe, vai muito além da fiscalização da legitimidade das normas – e para além das partes vinculadas ao processo de sua formação.

(...)

Considerando, assim, a força expansiva dessas tantas outras decisões do Supremo Tribunal Federal, além daquelas de que trata o art. 52, X da Constituição, resta saber se todas elas, em caso de descumprimento, dão ensejo ao imediato ajuizamento de reclamação perante a Corte Suprema. A resposta afirmativa a essa questão, bem se percebe, transforma o Supremo Tribunal Federal em órgão de controle dos atos executivos que decorrem, não apenas das decisões que toma em sua competência originária – como as ações de controle concentrado de constitucionalidade e as ações de descumprimento de preceito fundamental –, como também de todas as demais decisões por ele tomadas, quando revestidas, em alguma medida, de eficácia expansiva. Não há dúvida de que o descumprimento de qualquer dessas decisões importará, em maior ou menor intensidade, ofensa à autoridade das decisões da Suprema Corte, o que, numa interpretação literal e radical do art. 102, I, I da Constituição, permitiria a qualquer prejudicado, a intentar perante a Corte a ação de reclamação para “garantia da autoridade de suas decisões”. Todavia, tudo recomenda que se confira interpretação estrita a essa competência, a exemplo do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal em relação àquela prevista na letra f do mesmo dispositivo. (...) Assim, sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar. A legitimação ativa mais ampla somente será cabível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição ou em lei ou de atribuição de efeitos vinculantes erga omnes – notadamente contra atos ofensivos a decisões tomadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e a súmulas vinculantes, em que se admite legitimação ativa mais ampla (CF, art. 102, § 2º, e art. 103-A, caput e § 3º; Lei 9.882/99, art. 13, e Lei 11.419/06, art. 7º)46

Em suma, foi considerado nesse voto, *a priori*, que a reclamação não seria cabível, vez que visto que a reclamante (Defensoria Pública da União) não fez parte da relação processual no HC 82.959/SP, o que, por conseguinte, inviabilizaria o seu conhecimento.

Entretanto, consignou o Ministro que “no curso do seu julgamento, foi editada a Súmula Vinculante nº 26116.

Assim, tem-se que a justificativa para o conhecimento e provimento da referida ação foi o advento do enunciado nº 26 de Súmula Vinculante.

Da exegese do voto do falecido Ex-Ministro Teori, denota-se um posicionamento favorável a expansão dos precedentes judiciais, diante da aproximação de uma cultura do *stare decisis*, típico do sistema *common law*. No entanto, não houve uma defesa ao fim do mecanismo previsto no art. 52, X da CF.

O informativo 739 do STF bem sedimentou o julgamento, concluído pelos votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, que acompanharam o entendimento do falecido Ex-Ministro Teori Zavascki.

Portanto, a reclamação 4.335-5/AC foi julgada procedente, mas por causa da superveniência da Súmula Vinculante nº 26. Não tendo, assim, a tese sobre a mutação constitucional do art. 52, X da CF prevalecido, restando o debate voltado ao reconhecimento da eficácia *ultra partes* dos precedentes do STF que não dependeriam da atuação do Senado Federal.

5.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CF - *OVERRULING*

Finalmente, em 2018 - quando já alterada a composição dos Ministros da Suprema Corte, no julgamento das ADI 3406 e 3470 houve o acolhimento da tese do Ministro Gilmar Mendes em relação a função do Senado Federal, veiculada através do informativo 886 com o seguinte teor¹¹⁷:

O Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, julgou improcedentes pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. O referido diploma legal proíbe a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação e prevê a substituição

116 Súmula Vinculante 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico

117 <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm#ADI:%20amianto%20e%20efeito%20vinculante%20de%20declara%C3%A7%C3%A3o%20incidental%20de%20inconstitucionalidade>

progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham.

A Corte declarou, também por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º(1) da Lei federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e "erga omnes". O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 24.8.2017).

A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 (2) do Código de Processo Civil reforça esse entendimento. Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X (3), da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.

O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte. Daí se estaria a reconhecer a inconstitucionalidade da própria matéria que foi objeto deste processo de controle abstrato, prevalecendo o entendimento de que a utilização do amianto, tipo crisotila e outro, ofende postulados constitucionais e, por isso, não pode ser objeto de normas autorizativas. **A ministra Cármen Lúcia, na mesma linha, afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém.** O ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E essa afirmação não incide em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria,

que todas as legislações que são permissivas — dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal — são também inconstitucionais.

Em divergência, o ministro Marco Aurélio afirmou que o fenômeno previsto no inciso X do art. 52 da CF — regra que atende a independência e harmonia entre os poderes — é constitutivo e não simplesmente declaratório, visto que diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional.

Quanto à improcedência dos pedidos, prevaleceu o voto da ministra Rosa Weber (Relatora).

A ministra Rosa Weber entendeu que a competência legislativa dos Estados não é plena, e sim suplementar. Por isso, a norma estadual não pode confrontar a norma federal, de modo a provocar o seu afastamento. No caso, a Lei nº 3.579/2001, ao regular aspectos da exploração do amianto relacionados a produção e consumo, proteção do meio ambiente e controle da poluição e proteção e defesa da saúde, não excede dos limites da competência suplementar dos Estados, no tocante a essas matérias.

Reputou que a lei atacada não possui conteúdo normativo que leve ao afastamento da norma geral consubstanciada na Lei nº 9.055/1995. A lei federal é norma geral editada pela União no exercício da limitada competência de conformação normativa conferida pelo art. 24, § 1º, da Constituição da República.

No ponto, asseverou que os artigos 3º, 4º e 5º da Lei nº 3.579/2001, que proíbem a utilização, a pulverização (spray) e a venda a granel de qualquer tipo de asbesto contemplam enunciados normativos em tudo congruentes com o art. 1º, I, II e III, da Lei nº 9.055/1995. Por sua vez, os artigos 2º e 6º do diploma estadual impugnado, que vedam no território do Estado do Rio de Janeiro, a extração, a fabricação e a comercialização de produtos que contenham asbesto de qualquer tipo, traduzem o devido exercício, pelo legislador fluminense, da competência concorrente suplementar, a teor do art. 24, V, VI e XII, e § 2º, da Constituição da República.

Para a ministra Rosa Weber, a Lei nº 9.055/1995, como norma geral que é, adota uma postura teleológica, frente à exploração econômica

do amianto, e reconhece seus riscos e a necessidade de controle. Define as condições mínimas a serem observadas para que a exploração do asbesto da variedade crisotila seja tolerada como lícita. A simples tolerância não vincula a atividade legislativa de Estados e Municípios. De modo algum ostenta eficácia preemptiva de atividade legislativa estadual que, no exercício legítimo da competência concorrente, venha a impor controles mais rígidos ou proibitivos. Portanto, a Lei nº 9.055/1995 e a Lei nº 3.579/2001 estão orientadas na mesma direção, tendo a legislação estadual complementar, no caso, apenas avançado onde o legislador federal preferiu se conter. Ao impor um nível de proteção mínima a ser observado em todos os Estados da Federação, a Lei nº 9.055/1995 não pode ser interpretada como obstáculo à maximização dessa proteção, conforme escolha dos Estados, individualmente considerados. A proibição progressiva encartada na legislação estadual em apreço está alinhada à diretriz norteadora e à teleologia do regime previsto na Lei nº 9.055/1995.

A mesma conclusão de ausência de inconstitucionalidade formal conduz ao entendimento de que inconstitucional, e em consequência nulo e ineficaz, o art. 2º da Lei nº 9.055/1995, a atrair, por si só, a incidência do art. 24, § 3º, da Lei Maior, segundo o qual “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena”. Por isso, infundada a alegada afronta ao art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da Constituição Federal.

Também rejeitou a alegada inconstitucionalidade formal, seja ao fundamento da usurpação da competência privativa da União, seja ao fundamento de vício de iniciativa. Observou que o art. 7º do diploma fluminense estabelece limites de tolerância à exposição a fibras de amianto no ambiente de trabalho. Não expressa norma trabalhista em sentido estrito, mas de proteção do meio ambiente. Já os arts. 8º e 9º da lei fluminense disciplinam a rotulagem de produto quando no território do Estado, o que não representa legislar sobre comércio interestadual.

Esclareceu que os arts. 7º, XII, XIII e XVII, e 10 da lei estadual, de iniciativa parlamentar, de fato incorriam em vício de iniciativa, a teor do art. 84, II e VI, “a”, da Lei Maior, na esteira da jurisprudência do STF, enquanto definiam procedimentos a serem observados pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e assinalavam

atribuições a servidores do Poder Executivo. Todavia, reconhecida a constitucionalidade do seu art. 2º, e considerado o prazo de quatro anos, contados da sua publicação, para a fabricação e a comercialização de produtos contendo amianto crisotila em sua composição, já exauridos os efeitos dos seus arts. 7º, 8º, 9º e 10, pelo que não mais sujeitos ao controle de constitucionalidade em sede abstrata.

Por fim, afastou a apontada inconstitucionalidade material da lei impugnada, por ofensa aos artigos 1º, IV, 5º, “caput”, II, XXII e LIV, e 170, caput, II, IV e parágrafo único, da CF. Explicou que, informada pelo consenso técnico e científico hoje estabelecido, no tocante às premissas fáticas de que (i) todos os tipos de amianto provocam câncer, não tendo sido identificado nenhum limite para o risco carcinogênico do crisotila, e (ii) a sua substituição se mostra absolutamente viável sob o aspecto econômico, a lógica da inconstitucionalidade da proteção insuficiente ampara a conclusão de que não desarrazoadas as iniciativas legislativas relativas à sua regulação, em qualquer nível federativo, ainda que resultem no banimento de todo e qualquer uso do amianto.

Vencidos o ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, reportando-se ao voto por ele proferido na ADI 3.937/SP e, em parte, o ministro Alexandre de Moraes, que, por considerar que o art. 2º da Lei nº 9.055/1995, norma geral, é constitucional e não foi extirpado do ordenamento jurídico, julgou parcialmente procedente os pedidos para dar interpretação conforme ao art. 2º e ao art. 3º, ambos da Lei 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente, no sentido de que fica proibida, em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, a extração de asbesto, excluída a variedade crisotila, e de que fica proibida a utilização de asbesto, excluída a variedade crisotila.

(1) Lei nº 9.055/1995: “Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei”.

(2) CPC: “Art. 535 (...)§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

(3) CF: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

O Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pela maioria, os quais reconheceram que o papel do Senado Federal é de mera publicidade, sendo o Supremo Tribunal Federal quem decide. Deveras, houve uma mutação constitucional,

É importante esclarecer que houve declaração incidental de inconstitucionalidade nas ADI 3406 e 3470. Nestas ADIs houve pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 9.055/95¹¹⁸, ocorre que este dispositivo já havida sido alvo da ADI 4.066, cujo julgamento não acarretou na extirpação da norma do ordenamento jurídico, haja vista o não alcance do *quórum* da maioria absoluta, diante do impedimento dos Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli e ausência de Gilmar Mendes.

Nada obstante, na mesma sessão de julgamento da ADI 4.066, por ocasião da apreciação da ADIn 3.937, declarou-se incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º da lei Federal 9.055/95, muito embora sem efeito vinculante ou eficácia *erga omnes*.

À vista disso, da ausência de efeito vinculante e *erga omnes*, a matéria foi suscitada novamente nas ADI 3406 e 3470 de modo incidental, fulminando efeitos vinculante e *erga omnes*, nos moldes de um controle concentrado, devido ao acolhimento da tese do Ministro Gilmar Mendes de que o art. 52, X da CF é atinente a dar mera publicidade à decisão da Suprema Corte.

5.3 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Por fim, considerando que a Suprema Corte acolheu a tese do Ministro Gilmar Mendes, atinente a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, de ser dispensável a atuação

118 (...) o asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* as decisões do STF, ainda que proferidas em controle difuso, é correto dizer que passa-se a admitir a abstrativização do controle difuso.

Não se pode olvidar que, mesmo antes da solidificação da tese do art. 52, X da CF, já havia uma tendência da perda do caráter subjetivo de determinadas decisões do STF para um papel objetivo. A EC 45/04 introduziu os institutos da súmula vinculante (art. 103-A, CF) e o recurso extraordinário (art. 102, § 3º, CF). Em relação a súmula vinculante denota-se a atribuição de um efeito típico de controle abstrato, extraído de reiteradas decisões em processos subjetivos. Por sua vez, a repercussão geral em questões constitucionalmente discutidas no recurso extraordinário, como requisito de sua admissão. Destaca-se a força dos precedentes do novo Código de Processo Civil, em especial com previsão nos arts. 927, 332 e 932, IV e V.

Com efeito, há eficácia vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle incidental, seja de modo difuso ou concentrado, independentemente da atuação do Senado Federal, ante a superação de entendimento – *overruling*.

Como já pontuava Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidier mesmo antes do julgamento emblemático:

Ora, se as decisões proferidas pelo STF, em controle incidental, têm eficácia vinculante, é completamente desnecessário reservar ao Senado Federal o poder para atribuir efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade. Como é evidente, ainda que o Senado tenha este poder, o fato de esta Casa Legislativa não atuar não pode conduzir à conclusão de que a decisão do STF não produziu – ou deixou de produzir – eficácia vinculante. A omissão do Senado não pode se contrapor à eficácia vinculante da decisão do STF119.

Ademais, careceria de qualquer lógica a imposição de eficácia *erga omnes* somente as decisões proferidas em controle concentrado, até porque há identidade de esforço mental à conclusão da inconstitucionalidade da norma impugnada.

Conclui os mesmos autores o seguinte:

Portanto, negar eficácia vinculante aos precedentes constitucionais em virtude de o Senado Federal ter poder para suspender os efeitos

119 MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. 2017. p. 201.

de lei declarada inconstitucional, além de lamentável e curiosamente impedir que as decisões do STF gozem da devida autoridade, constitui equívoco fácil de ser apanhado¹²⁰.

Isso já era defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos”. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!¹²¹

Inclusive, pelo falecido Ex-Ministro Teori, o qual já consignava a aproximação dos efeitos das decisões prolatadas em ação direta como em via recursal:

Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. **Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países.** No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988¹²².

Deveras, não faz qualquer sentido afastar os efeitos gerais de uma questão prejudicial atinente a matéria inconstitucional, pois isso, como bem pontuou o Ministro Gilmar Mendes, é negar a teoria das nulidades. Norma inconstitucional assim reconhecida

¹²⁰ Idem.

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: 2016. P. 107.

¹²² ZAVASKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 147.

pela Corte Máxima de Jurisdição do país - a qual tem a palavra final, deve ser considerada nula em qualquer lugar dentro do país.

Por outro lado, há doutrinadores que rechaçam a teoria da abstrativização do controle difuso, como por exemplo, Bernardo Fernandes Gonçalves:

A nossa posição, fundamentada de acordo com a teoria discursiva da Constituição e da democracia de Jürgen Habermas. É a de que a tese da abstrativização do controle difuso-concreto reforça o controle concentrado e a objetivização que é adstrita ao mesmo, centralizando as decisões cada vez mais no STF, sob os auspícios de uma desmedida instrumentalidade e economia processuais, que acabam por deslegitimar o sistema de controle de constitucionalidade na via difusa de cunho democrático-discursivo, que se desenvolve por meio da crítica pública das decisões, podendo minar, com isso, a base do próprio sistema de direitos fundamentais atrelada ao Estado Democrático de Direito¹²³.

Flávio Martins Alves Nunes traz críticas também a teoria, sopesando que a lei 9.868/99 traz o controle concentrado de constitucionalidade dando efeito *erga omnes* à essa decisão¹²⁴.

Com a devida vênia aos autores citados por último, felizmente o STF admitiu a teoria. Se o Supremo Tribunal Federal confirmou a inconstitucionalidade de uma norma, ainda que através de recurso – controle difuso, não pode haver quebra da isonomia entre os jurisdicionados que se encontram em uma mesma posição jurídica. É inviável estes terem de aguardar a iniciativa de algum legitimado para propositura de uma ação objetiva contra a norma inconstitucional.

Ademais, é imprescindível destacar que o art. 535, § 5º do CPC veio a evitar a cisão da unidade, reforçando-se o dever de atribuir a decisão proferida em sede de controle difuso a mesma eficácia da decisão proferida em controle abstrato

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para,

123 GONÇALVES, Bernardo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivim. 2017. p. 63.

124 NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 39.

querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em **controle de constitucionalidade concentrado ou difuso**. Grifei

Portanto, veja que ficou superada a visão clássica de apenas conferir efeitos *erga omnes* as decisões proferidas em controle concentrado. Houve, de fato, um *overruling*, que ficou bastante evidenciado quando dos julgamentos das ADIs 3406 e 3470, veiculado no informativo 886 do STF, transmudando a jurisprudência para uma nova interpretação do art. 52, X, da CF, em que o papel do Senado se limita a mera publicação da decisão do órgão julgador.

6. CONCLUSÃO

Não se pode negar a evolução no Brasil do tema controle constitucionalidade. Na primeira Constituição Brasileira o tema não foi regulado, incumbindo tal exercício ao Poder Legislativo. Com a Constituição de 1891 houve a adoção do modelo inglês, trazendo ao Brasil o controle difuso e incidental, enquanto o controle concentrado e abstrato - modelo austríaco, foi albergado com a Emenda Constitucional 16/65, porém com adoção da teoria das nulidade e efeitos *ex tunc*.

Ressaltando-se que com a Constituição de 1934 é que foi inaugurado no Brasil a suspensão pelo Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional, através de resolução. Ou seja, isso foi trazido quando sequer existia controle concentrado no País. Justamente por isso, dentre outros fundamentos, que foi desenvolvida a tese do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de reconhecer a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal, atribuindo ao Senado Federal a incumbência de apenas publicar a decisão da Corte.

Esta tese foi amplamente debatida da reclamação 4.335 no Supremo Tribunal, a qual tinha como pedido a extensão dos efeitos do HC 82.959/SP (em que se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação a progressão de regime prisional em crimes hediondos), não obstante a ausência da resolução do Senado suspendendo os

efeitos do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90. A partir dessa reclamação e, especialmente, após o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, se iniciou um extenso debate na Suprema Corte sobre a real eficácia da participação do Legislativo no controle de constitucionalidade difuso, defendendo este a sua tese mencionada acima, sendo a tese de Gilmar Mendes somente acompanhada pelo Ex-Ministro Eros Grau.

Infelizmente, naquele momento, não houve o acolhimento da tese, na medida em que prevaleceu o voto do falecido Ex-Ministro Teori Zavascki, no sentido da superveniência da súmula vinculante nº 26, esta sim, sem controvérsia, dotada de efeitos vinculantes e *erga omnes*, levando, destarte, a procedência da reclamação.

Anos mais tarde, após uma alteração substancial dos membros da Corte, no julgamento das ADI 3406 e 3470 houve o acolhimento da tese do Ministro Gilmar Mendes em relação a função do Senado Federal, veiculada através do informativo 886, em que foi acompanhado pela maioria, reconhecendo a mutação constitucional do dispositivo.

Nesse diapasão, tendo em vista a superação de entendimento – *overruling*, reconhecendo a dispensa da atuação do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* as decisões do STF, ainda que proferidas em controle difuso, é correto dizer que passou-se a admitir a abstrativização do controle difuso. Ficando superada a visão clássica de apenas conferir efeitos *erga omnes* as decisões proferidas em controle concentrado, transmudando a jurisprudência para uma nova interpretação do art. 52, X, da CF, em que o papel do Senado se limita a mera publicação da decisão do órgão julgador.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELO. Celso Antônio; ARANHA, Oswaldo. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1997. p. 148.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTENCOURT. Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris. 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para concursos*. Bahia: JusPodivm. 2010. p. 305.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas. 1991.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

GÓES, Guilherme Sandoval. *Direito Constitucional Avançado*. Rio de Janeiro: Seses. 2018.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2016.

GONÇALVES, Bernardo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivim. 2017.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenares). *Tratado de direito constitucional*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ARANHA, Oswald. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushatsky. 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei n. 9882, de 3.12.1999*. São Paulo: Saraiva. 2007.

MENDES, Gilmar. *Comentário à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 1035.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.035 apud BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa. 1962.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil. vol. V – Arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

POLLETTI, Ronaldo. Controle da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAVASKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

OS DESDOBRAMENTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

MARCELO DOS ANJOS DE CASTRO:

Formado em Direito pela UNIVALI, Pós-graduado em Direito Contratual pela Universidade Cândido Mendes. Analista Judiciário do TRE AM (aprovado em 1º lugar). Aprovado nos concursos de Juiz do Acre, Delegado do Amazonas, Delegado do Ceará, Delegado do Paraná, Polícia Rodoviária Federal, entre outros.¹²⁵

RESUMO: O Acordo de Não Persecução Penal-ANPP representa um passo marcante em busca da evolução neste nosso complexo e tumultuado sistema de justiça criminal brasileiro com a expectativa de que seja devidamente utilizado quando presentes os requisitos autorizadores para a sua propositura. Diante disso, o artigo objetivou analisar o instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n.13.964/2019 (Pacote Anticrime), oferecido pelo Ministério Público ao acusado, seus desdobramentos e, as implicações da confissão como requisito para o oferecimento do acordo, frente aos princípios constitucionais decorrentes da não autoincriminação, prevista no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988. Para tanto, fez-se inicialmente, uma abordagem sobre o direito negocial e os institutos introduzidos pela Lei n. 9.099/95 que guardam sintonia com o Acordo de Não Persecução Penal. No decorrer do trabalho foram abordados alguns desdobramentos do ANPP e a obrigatoriedade da confissão e os princípios constitucionais. Por fim, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial a fim de verificar, na prática, como os Tribunais, estão aplicando o instituto do Acordo de Não Persecução Penal.

Palavras-chave: ANPP. Persecução Penal. Autoincriminação.

ABSTRACT: The Non-Prosecution Agreement (NPA) represents an important step towards the evolution of our complex and tumultuous Brazilian criminal justice system, with the expectation that it will be properly used when the authorizing requirements for its proposition are present. In view of this, the article aimed to analyze the institute of the Non-prosecution Agreement (NPA) provided for in Article 28-A of the Code of Criminal Procedure, introduced by Law No. 13,964/2019 (Anti-Crime Package), offered by the Public Prosecutor's Office to the accused, its developments and the implications of confession as a requirement for offering the agreement, in the face of constitutional principles arising from the non-self-incrimination, provided for in Article 5, subsection LXIII of the Federal

¹²⁵ E-mail: marcelopcpr@gmail.com

Constitution of 1988. To this end, we initially approached the right to negotiate and the institutes introduced by Law 9.099/95 that are in harmony with the Non-prosecution Agreement. During the work, some developments of the ANPP and the compulsory nature of the confession and constitutional principles were discussed. Finally, a jurisprudential research was conducted in order to verify, in practice, how the Courts are applying the institute of the Non-Prosecution Agreement.

Keywords: ANPP. Criminal Prosecution. Selfincrimination.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Penal Negocial. 2.1 Conciliação Penal. 2.2. Transação Penal e a Suspensão Condicional do processo. 2.3 Colaboração Premiada. 3. O ANPP e seus Desdobramentos. 3.1. A Obrigatoriedade da Confissão. 3.2. Autoincriminação e os Princípios Constitucionais. 3.3. A Jurisprudência sobre o ANPP. 4 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal-ANPP se traduz num excelente benefício aos investigados na medida em que sua aceitação importa em não desenvolvimento de processo penal e, conseqüentemente numa não condenação e não cumprimento de pena privativa de liberdade, incluindo-se no âmbito do novo direito penal, muito mais negocial, transacional, trazido pelo recente pacote anticrime (Lei 13.964/2019), porém, sua concessão está subordinada, entre outros requisitos, à confissão pelo acusado.

Assim, a pesquisa ganha maior relevância dada a inovação legislativa o que recomenda a análise de seus desdobramentos, bem assim, na medida em que a exigência da confissão pelo acusado/beneficiado, gera, como consequência, sobretudo na hipótese de rescisão do ANPP, num reconhecimento antecipado de culpa, o que sugere a análise da eventual violação de princípios constitucionais, notadamente, o da não autoincriminação.

Nesse sentido, a pesquisa consiste em analisar o ANPP e seus desdobramentos e, de modo particular, se a confissão do acusado como requisito para o oferecimento do ANPP viola o princípio da não autoincriminação previsto pela Constituição Federal e quais são os prejuízos que o acusado confesso terá em caso de descumprimento do termo de acordo, tendo em vista que a consequência neste caso é oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Para a realização da pesquisa foi adotado o método de análise indutiva, composta pela revisão bibliográfica de doutrinas, leis e jurisprudência.

2 DIREITO PENAL NEGOCIAL

Com o advento da Lei n. 9.099/95, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JeCrim), surge no ordenamento pátrio como uma nova forma de solução de conflitos sociais, tutelados pelo direito penal, sobretudo, nas práticas de mediação, conciliação e negociação – este último, inspirado no sistema norte-americano *plea bargaining*, ou seja, inaugurou-se no ordenamento jurídico uma série de medidas despenalizadoras, as quais, mediante o cumprimento dos requisitos necessários, podem impedir a deflagração do processo criminal ou suspender a persecução penal.

Logo, essa nova forma de solução de conflitos somente se faz possível através da previsão do art. 98, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais, os quais detêm competência de julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Logo, a Lei n. 9.099/95 – orientada pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (BRASIL, 1995), permite que ocorra a conciliação entre o autor dos fatos e a vítima, acarretando no acordo de composição civil dos danos, ou, que ocorra a conciliação entre autor dos fatos e Ministério Público, mediante o acordo de transação penal ou suspensão condicional do processo, sendo todo esse negócio jurídico acompanhado por um defensor ou advogado dativo nomeado pelo juízo.

Sem embargo, se tratando de incentivos à Justiça Restaurativa, a qual não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado, forçoso reconhecer que a Lei n. 9.099/95 inaugurou a jurisdição consensual na seara criminal, com o fito de minimizar os efeitos negativos gerados pela persecução do processo criminal em troca dos métodos alternativos e mais benéficos às partes, tendo em vista que anteriormente à Lei, no Brasil, existia somente a jurisdição em caráter contencioso.

Assim é que se passa, adiante, a apresentar alguns institutos da legislação brasileira que guardam sintonia com o direito penal negocial.

2.1 Conciliação Penal

A composição civil dos danos, prevista nos artigos 72 a 76 da Lei n. 9.099/95, ocorre entre a vítima e o autor dos fatos, e acarreta renúncia ao direito de queixa crime pela vítima, no âmbito da ação penal privada, ou à renúncia ao direito de representação quando da ação penal pública condicionada, resultando na conseqüente extinção da punibilidade do autor do fato (art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95).

Para Capez (2020), nos casos de ação penal privada, não havendo acordo de composição dos danos civis, se faz necessária a ratificação, através de oferecimento de queixa-crime, ou a representação criminal contra o investigado, pela vítima, devendo-se

aguardar o decurso do prazo decadencial de que trata o art. 38 do Código de Processo Penal (seis meses a partir do conhecimento da autoria do fato), de modo que o direito de representação não se esgota na audiência (art. 75, parágrafo único). Nesse sentido, após instaurada a competente queixa crime pela vítima, o Órgão Ministerial poderá propor o benefício da transação penal, caso o investigado preencha os requisitos objetivos e subjetivos.

Entretanto, segundo Capez (2020), em caso de ação penal condicionada quando da representação, e não sendo caso de arquivamento, assim como no exemplo anterior, abre-se a possibilidade para o Ministério Público propor a Transação Penal ao suposto autor do fato.

2.2 Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo

É notório que o instituto da transação penal constitui um dos mais importantes mecanismos do direito penal negocial, estando regulamentado no art. 76 da Lei nº 9.099/95, podendo ser definido como uma espécie de conciliação, voltada à resolução de conflitos de menor potencial ofensivo. Nesse caminho, em se tratando de direito público subjetivo do autor do fato, o Ministério Público tem o dever de oferecer a transação penal quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas preconizadas pelo §2º do art. 76, da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995).

Portanto, o Ministério Público está autorizado a ofertar o benefício da transação penal, nas ações penais públicas condicionadas (considerando a representação criminal da vítima), assim como nas ações penais públicas incondicionadas e na ação penal privada, tendo em vista a extensão jurisprudencial (DELMANTO, 2018).

No entanto, a possibilidade do Órgão Ministerial se abster de denunciar de pronto o acusado, se faz possível mediante ao princípio da discricionariedade regrada. Nesse sentido, tal benefício será ofertado pelo Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, ou seja, ainda no momento do Inquérito Policial, ou Termo Circunstanciado. Logo, diante da manifestação de oferecimento do benefício, considerando que o acusado preenche todos os requisitos previstos no art. 76, §2º, da Lei 9.099/95, será manifestado nos autos a oferta do benefício, bem como será aprazada audiência pelo Poder Judiciário, para o oferecimento ao investigado (CAPEZ, 2020).

Todavia, em caso de descumprimento das condições pelo investigado, o Ministério Público dará continuidade à persecução penal, mediante oferecimento de denúncia, tendo em vista que a homologação da transação penal não faz coisa julgada, conforme preconiza a Súmula Vinculante n. 35 do STF (DELMANTO, 2018).

Sem embargo, tendo o acusado comparecido à solenidade e aceito o benefício da transação penal, mediante o cumprimento das condições de pena restritivas de direitos especificadas pelo Órgão Ministerial, dispostas pelo art. 43 do Código Penal, quais sejam: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, será extinta a punibilidade do investigado, não sendo computado antecedentes criminais, tendo em vista que o investigado não foi denunciado, ou seja, não respondeu por uma ação penal.

Ainda, no tocante à ação penal de iniciativa privada, tem-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores entende que o instituto da transação penal é aplicável, desde que não haja formal oposição do querelante (STJ, 6.^a T., no RHC n. 8.123/AP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.4.1999, DJ de 21.6.1999, p. 202) (BRASIL, 1999).

Nesse sentido, corroborando ao julgado, o Enunciado 112 do FONAJE dispõe que na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e suspensão condicional do processo. Portanto a oferta do instituto continua sendo do Órgão Ministerial, porém, está condicionada à não oposição do querelante (DELMANTO, 2018).

Entretanto, a aceitação e cumprimento da transação penal, seguida do seu fiel cumprimento, não terá efeitos civis, ou seja, não computará antecedentes criminais ao investigado, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível conforme preconiza o §6º, do art. 76, da Lei n. 9.099/95.

Assim como na transição penal, a suspensão condicional do processo (também denominada como "*sursis* antecipado" ou "*sursis* processual", a qual também se faz presente no contexto do direito penal negocial, está disposta no art. 89 da Lei n. 9.099/95, como sendo um instituto que enseja a extinção da punibilidade sem a imposição de pena, quando cumpridas as condições especificadas pelo Ministério Público, conforme preconiza o §1º, do art. 89, da Lei 9.099/95.

Dessa forma, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, ou em momento anterior à prolação da sentença, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Nesse sentido, conforme preconiza o art. 77 do CP (BRASIL, 1940), a execução de pena privativa de liberdade poderá ser suspensa desde que: o condenado não seja reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; assim como não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código (penas restritivas de direitos).

Ainda, o §2º, do referido artigo, permite que a execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, seja suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade ao tempo da sentença, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

2.3 Colaboração Premiada

O instituto da colaboração premiada está previsto na Lei n. 12.850/13, e trata-se de negócio jurídico processual (entre o Estado e o Cidadão criminalmente perseguido) e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, conforme dispõe o art. 3º-A, do citado diploma legal (CORDEIRO, 2019). Portanto, tal instituto está intimamente relacionado ao direito penal negocial.

Para Cabral (2021), o instituto da colaboração premiada, tem como finalidade o oferecimento de incentivos (prêmios) aos agentes que colaborarem com o Ministério Público para o esclarecimento da trama criminosa, apresentando elementos de informações, provas ou indicativos de onde busca-los com objetivo de possibilitar a persecução penal de novos integrantes da organização criminosa e da descoberta de novos fatos a respeito dos quais não exista elementos de informação suficientes para possibilitar um bom desenvolvimento da persecução penal.

Ainda, Nefi Cordeiro (2019) disserta que a colaboração premiada é meio de obtenção de prova durante investigação válida, podendo incidentalmente ser fonte de conhecimento investigatório na revelação de outros agentes e estruturação da mesma prática criminosa. Em virtude do acordo, o colaborador deve narrar os fatos ilícitos para os quais contribuiu, e que se relacionem de forma direta com os fatos investigados. Assim, considerando que o colaborador preenche os requisitos e que sejam obtidos resultados positivos, como “prêmio”, poderá obter a redução de pena; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou até mesmo o seu perdão judicial.

Tais benefícios somente lhe são conferidos tendo em vista que renunciou ao seu direito de silêncio, que somente pode ser compreendido como uma escolha para o momento, vez que só pode negociar a colaboração quem concorda em dizer toda a verdade sobre os crimes e organização criminosa do processo. Nada impede, porém, que no futuro prefira o colaborador deixar de contribuir com a verdade integral e a consequência será o desfazimento do acordo (CORDEIRO, 2019).

Conforme dispõe o art. 4º da Lei 12.850/13 (BRASIL, 2013), o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Para tanto, se faz necessário que como resultado, a colaboração proporcione um ou mais dos requisitos estabelecidos, tais como: identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; ou localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Nesse contexto, sob o mesmo ponto de vista da conciliação civil, do instituto da transação penal e suspensão condicional do processo, os quais visam soluções mais céleres e efetivas por meio da celebração de acordos, o próximo tópico passará a tratar do novel instituto do Acordo de Não Persecução Penal (trazido pelo pacote anticrime – Lei 13.964/2019) que, igualmente, se coaduna com o direito penal negocial.

3 O ANPP E SEUS DESDOBRAMENTOS

Preliminarmente, tem-se que o art. 18 da Resolução n. 181/2017, emitida pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, instituiu o acordo de não persecução penal, o qual ainda não detinha amparo na legislação penal. Sobre o procedimento realizado pelo CNMP, tem-se que a Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução n. 45/110, conhecida como Regras de Tóquio, chamou atenção sobre a necessidade de implementação de medidas alternativas ao processo penal, a serem tomadas antes do ajuizamento da ação penal, destacado em seu item 5 (BIZZOTO, 2020).

Notadamente, a criação do acordo por meio de Resolução do CNMP foi polemizada pontualmente em relação a sua constitucionalidade, passando a ser objeto das ADIs n. 5.790 e 5.793, respectivamente ajuizadas pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), visando impugnar a Resolução n. 181/2017. No entanto, a CNMP aprovou várias edições na redação da Resolução n. 181/2017, o que cominou na Resolução n. 183/2018, e a partir de então, o acordo veio sendo aplicado (BIZZOTO, 2020).

As questões levantadas acerca da constitucionalidade do requisito da confissão formal, previsto pelo art. 18 da Resolução 183/2018, compreendiam as possíveis violações de princípios constitucionais. Analisando os diplomas legais, verifica-se que, em tese, o requisito da confissão formal viola diretamente o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, inciso LXIII da CRFB, o qual garante que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado” (BRASIL, 1988), assim como, as garantias previstas no art. 8º, 2º, g, da norma supralegal contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) (BARROS, 2017).

Fundado no poder de realizar a política criminal de persecução penal, pode o Ministério Público buscar alternativas, visando obter respostas mais céleres e adequadas aos casos penais de baixa e média gravidade, por meio de acordos penais (CABRAL, 2021).

Inspirado nas Resoluções do CNMP (181/2017 e 183/2018) sobreveio uma nova sistemática negocial no processo penal com o advento do “Pacote Anticrime”, previsto na Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019), o qual acrescentou o art. 28-A ao Código de Processo Penal, que dispõe sobre os requisitos para a efetividade e proposição do acordo de não persecução penal.

Em relação ao oferecimento do acordo, Bizzotto e Silva (2020), entendem que é importante dizer que o acordo de não persecução penal permite que o Ministério Público, nas ações penais de iniciativa pública e nas condicionadas a representação da vítima, renuncie ao seu exercício em favor de se barganhar com o investigado/acusado e assumam algumas condições previamente estipuladas. Impende ressaltar que tal acordo não é pertinente na ação penal de iniciativa privada, haja vista que o querelante tem total disponibilidade da ação.

Para tanto, não se tem legislação regulamentando a possibilidade de celebração de Acordo de Não Persecução Penal-ANPP nas ações de iniciativa privada. Logo, a doutrina acredita que poderá haver uma extensão jurisprudencial, assim como ocorreu com os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo em sede de ação penal de iniciativa privada.

Sobre o instituto do ANPP, é válido fazer uma breve comparação no tocante à semelhança ao instituto da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95). Entre os benefícios, verifica-se que os requisitos objetivos e subjetivos são distintos, vez que a transação penal exige pena máxima de 2 (dois) anos, enquanto o ANPP exige pena mínima de até 4 (quatro) anos, além da confissão formal – que está presente apenas no art. 28-A, do CPP (BRASIL, 1941). É importante lembrar que a transação penal cuida de delitos de menor potencial ofensivo, enquanto o ANPP cuida de delitos de pequena e média gravidade.

Não obstante, em comparação com o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), tem-se que em regra, ANPP é o celebrado na fase pré-processual, enquanto a suspensão condicional do processo necessita que seja oferecida a denúncia seguida do recebimento pelo juiz, em sede de ação penal.

Além disso, o ANPP tem como requisito pena mínima de até 4 (quatro) anos, enquanto o instituto da suspensão condicional do processo requer que o delito possua pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano. Importante frisar que, assim como o instituto

da transação penal, a suspensão condicional do processo não exige a confissão pelo investigado/acusado.

Ademais, a natureza do ANPP caracteriza-se como uma criação jurídica de “caráter ambivalente, misto ou híbrido”, visto que a sua promoção realiza consequências e efeitos imediatos na esfera penal, bem como na esfera processual (BIZZOTO, SILVA, 2020).

O art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988), entretanto, por meio do *Habeas Corpus* n. 191.464 o Supremo Tribunal Federal limitou a retroatividade da lei penal no tocante a propositura do acordo quando fixou a tese de que “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (BRASIL, 2020). Portanto, o ANPP apenas poderá ser proposto pelo Ministério Público antes do recebimento da denúncia pelo Juiz.

No entanto a doutrina entende ser plenamente possível o oferecimento do ANPP nas ações penais em curso, quando ainda não tenha sido prolatada a sentença condenatória. Nesse sentido é o entendimento de Santos (2020), determinar que o ANPP seja oportunizado aos processos em curso, mesmo com denúncia já recebida, significa assegurar o direito de todo e qualquer imputado, supostamente autor de infração penal sem violência, nem grave ameaça a pessoa, cujo piso seja inferior a 4 anos, a não ser efetivamente julgado, preservando, assim, o estado de inocência e a liberdade.

Isto posto, preenchidos os requisitos previstos no §2º, do art. 28-A, do Código de Processo Penal, o Ministério Público, na forma do §3º, do art. 28-A, ofertará o acordo de não persecução penal, ao investigado, estando este, na presença do seu advogado ou defensor dativo nomeado pelo juízo.

Caso seja de interesse do autor celebrar o acordo, este será formalizado por escrito e firmado pelo Ministério Público, pelo investigado e pelo seu defensor (constituído ou nomeado pelo juízo). Feito isso, os autos serão encaminhados para o Juízo *a quo*, para a homologação ou indeferimento do acordo²⁶, nos termos dos §§5º, 6º e 7º, do art. 28-A do Código de Processo Penal, quando restar caracterizada alguma ilegalidade.

Ocorrido a homologação, pelo fato do acordo estabelecer direitos e obrigações de natureza negocial, o investigado apenas cumprirá as condições se quiser, tendo em vista que as condições não possuem caráter coercitivo.

Quanto ao procedimento em caso de descumprimento do acordo, Santos (2020) argumenta que, sobrevindo, no juízo das execuções, a notícia de descumprimento do pacto, notifica-se o investigado para se justificar, remetendo os autos, na sequência, ao juiz de garantias ou ao responsável pelo processamento da vindoura demanda. Lá chegando,

determina-se a remessa ao Parquet lá oficiante para que opine sobre a revogação ou subsistência do pacto, ouvindo-se, após, a defesa técnica. Se rescindido pelo juiz, intimasse a vítima, na forma do art. 28-A, § 9º do CPP, volvendo-se os autos ao órgão do Ministério Público a ele atrelado para o oferecimento da denúncia.

Destaque-se que a homologação do acordo de não persecução penal pelo Poder Judiciário, nos termos do §4º, do art. 28-A, não é de natureza de sentença penal condenatória, mas sim, de natureza integrativa do negócio jurídico, visto que constitui mero ato homologatório, sem força de coisa julgada material (CABRAL, 2021).

Feito essa breve apresentação do instituto, no subcapítulo a seguir, passaremos, a apresentar o requisito da obrigatoriedade da confissão e alguns princípios fundamentais que se correlacionam com acordo de não persecução penal.

3.1 A Obrigatoriedade da Confissão

O requisito da obrigatoriedade da confissão em sede de acordo de não persecução penal, insurge questionamentos no tocante a constitucionalidade do acordo frente aos princípios fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, principalmente em relação ao direito ao silêncio e não autoincriminação disposto de forma explícita e implícita no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal e no art. 8º, alínea "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica.

O art. 28-A, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) possui como requisito para a sua celebração, a confissão formal e circunstanciada do investigado. Para tanto, a confissão que será registrada por meio de áudio e vídeo, deverá conter os detalhes e as circunstâncias da prática criminosa.

Para Cabral (2021) a confissão no acordo de não persecução penal constitui uma garantia frente a celebração do acordo, no sentido de que não está sendo praticado uma injustiça a um inocente e uma garantia processual, visto que, em caso de descumprimento injustificado do acordo, abre-se a possibilidade de o Ministério Público fazer uso da confissão. Situação oposta ao que ocorre na hipótese de não homologação do acordo pelo Juízo, vez que por força do princípio da lealdade e moralidade administrativa a confissão não poderá ser utilizada em prejuízo do investigado.

No entanto, os elementos de informação – confissão do acusado em sede de ANPP - produzidos na fase de inquérito deverão ser repetidos na ação penal, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. Nesse caso, assim como acontece com as confissões extrajudiciais feitas aos policiais militares no momento da abordagem, por exemplo, tal informação servirá apenas para reafirmar as provas já existentes contidas nos autos.

Sobre a confissão, Cabral (2021) ensina que, reconhecer ao investigado essa decisão (de fazer o acordo confessando) é reconhecê-lo como sujeito de direitos, com dignidade, liberdade e autonomia para decidir sobre o seu destino. Em um sistema inquisitivo, isso seria impensável, uma vez que o investigado era objeto de investigação, não possuindo direitos.

Importante ponderar, que é obrigação do Ministério Público ofertar o ANPP quando o investigado preencher os requisitos objetivos e subjetivos, ou então, justificar o seu não oferecimento, no entanto, é o investigado que possui a faculdade de silenciar e, também, fica a seu critério o aceite do benefício.

Nesse sentido Bizzotto e Silva (2020) lecionam que, para a defesa, o acordo criminal seria um recurso a mais no vasto desempenho da ampla defesa. Configuraria a realização do acordo uma estratégia da defesa em observar, concretamente qual seria a posição mais favorável aos seus interesses. Ainda na defesa da aplicação do instituto, assevera-se que o devido processo penal e a presunção de inocência ficam intocáveis na medida em que se dá a faculdade de escolha à defesa. Esta pode optar pelo acordo de não persecução penal com a pertinente confissão, para que a situação penal fática do acusado tenha um ganho com o impedimento do nascer de um processo.

Importante frisar que a confissão do investigado deverá ser voluntária, pois somente dessa forma será possível a celebração do acordo de não persecução penal. De qualquer modo, para a segurança do negócio jurídico, o ANPP detém um duplo controle de voluntariedade. O primeiro é realizado pelo Ministério Público quando da celebração do acordo, e, o segundo, pelo Juiz no momento da audiência de homologação do acordo, nos termos do §4º, do art. 28-A.

3.2 Autoincriminação e os Princípios Constitucionais

Para que seja possível a compreensão do real direito do investigado, para que esse, não reste prejudicado em decorrência da sua autoincriminação, é imprescindível que se realize a análise do conjunto de princípios fundamentais que são impactados pelo acordo de não persecução penal. Assim é que passaremos, adiante, a apresentar alguns princípios fundamentais que guardam sintonia com o instituto do acordo de não persecução penal.

O primeiro a ser tratado é o princípio da presunção da inocência. Há quem remonte a origem da presunção de inocência aos períodos da Antiguidade grega e romana. Isto porque, foi naquele período em que se originou o próprio sistema processual penal acusatório, marcado, basicamente, por características como a nítida e consistente separação entre as funções de acusar e julgar, pela paridade existente entre a acusação e defesa (com a presença de contraditório e direito de defesa), bem como pelo caráter de publicidade e oralidade que vigiam no processo (LOPES JR, 2022).

Percebe-se, assim, segundo Lopes Jr (2022) que, naquela época, ao se permitir o exercício do direito de defesa e ao se utilizar de pessoas distintas para as tarefas de acusar e julgar, poder-se-ia se vislumbrar um indício da existência da garantia de se tratar o acusado de cometimento de um delito como presumivelmente inocente, ou ao menos como algo parecido com isso.

Lima (2016) destaca o sistema inquisitório, em que as funções de acusar e julgar acabaram se concentrando em uma só pessoa, comprometendo, assim, a imparcialidade do julgador, que detinha amplos poderes para gerir as provas, o próprio processo e a própria persecução criminal. As garantias individuais do acusado, assim, foram aos poucos tolhidas, sendo inconcebível se falar, nesse momento, em contraditório e direito de defesa plenos. Referido sistema, inclusive adotado pelo Direito canônico, vigorou desde o século XIII. A partir da Revolução Francesa, no século XVIII, com a valorização do homem, traços considerados cruéis do sistema inquisitório foram se modificando.

Verifica-se que o princípio surge, antes de tudo, como uma garantia dos cidadãos contra o exercício do poder estatal, contra a arbitrariedade que vinha até então reinando naquele cenário histórico. Esse contexto histórico, de onde culminou a Revolução Francesa, é de extrema importância para a consolidação de direitos dos cidadãos e da pessoa humana, bem como é considerado o marco de surgimento do Estado liberal (BARROSO, 2022).

Já tempos mais tarde, no ano de 1948, tal premissa foi novamente abordada pela Declaração Universal de Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, onde, em seu artigo 11.1, destaca que toda pessoa acusada tem o direito de ser declarada inocente, até que se prove, de acordo com a Lei e julgamento justo a sua culpabilidade (ONU, 1948).

A referida Declaração é um marco na questão dos Direitos Humanos, uma vez que é nesta época em que estes Direitos ganham força no cenário internacional, em decorrência, basicamente, das inúmeras violações a garantias humanas fundamentais que se deram durante período da Segunda Guerra, onde, inclusive, foi fundada a própria Organização das Nações Unidas - ONU.

A partir daí, então, surgem inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, como reflexo do cenário global de proteção às garantias fundamentais que se instala neste momento da história mundial.

Com isso, verifica-se a presença da presunção de inocência, em seguida, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ou Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), de 1950, que, seguindo no mesmo entendimento, declarou, em seu art. 6º, 2, que "Qualquer pessoa acusada de uma infração

presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (EUROPA, 1950).

Já em 1966, é a vez do o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos consagrar, no mesmo sentido, em seu artigo 14,2, que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (ONU, 1966).

Verifica-se, assim, que o princípio da presunção de inocência veio se consolidando, durante anos e de forma gradativa na história mundial, sendo hoje, todavia, indissociável de qualquer ordenamento jurídico que preserve condições humanas dignas.

No Brasil, entretanto, ainda que já se tenha discutido nos tribunais brasileiros a respeito do princípio da presunção de inocência em data anterior a promulgação da Carta de 1988, tem-se que tal garantia foi consolidada tão somente na Constituição Federal de 1988, que estabeleceu expressamente, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

No entendimento de Rangel (2015), o princípio da presunção de inocência é aquele que garante ao indivíduo, durante o trâmite de investigação criminal ou processo penal, a condição de ser tratado como inocente, garantia inerente ao próprio *status* natural (intrínseco) do ser humano, que assim o é desde seu nascimento, até que, sobrevivendo sentença penal condenatória, transitada em julgado, com observância ao rito do devido processo legal (com a ampla defesa e o contraditório sempre presentes), constitucionalmente previsto, seja ele declarado culpado pela prática de um crime. E por figurar referido princípio entre aqueles constitucionalmente previstos, deve ser observado pelo ordenamento jurídico interno com a mais relevante atenção, mormente em razão do seu caráter de garantia humana fundamental.

O segundo princípio a ser tratado é o do devido processo legal. O referido princípio sempre esteve presente nas Constituições Brasileiras, porém, sua expressa inserção se deu apenas na Constituição Federal de 1988, preceituando em seu art. 5º, inc. LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988), evidenciando a proteção de diversas garantias processuais. Segundo Machado (2010) o devido processo legal é o princípio base que assenta e fundamenta os demais princípios, deve ser o direcionador de toda atividade jurisdicional como garantia de um processo justo.

Sob o crivo dos ensinamentos de Bonfim (2009), o princípio do devido processo legal deve ser analisado sob dois aspectos, o material, sendo garantia fundamental do indivíduo o protegendo de toda forma abusiva de intervenção estatal, proporcionando aos

cidadãos instrumentos eficientes para atuação ante o poder estatal, e o aspecto formal, que assegura a proteção processual dos direitos fundamentais. Para Nucci (2022) é princípio que salvaguarda direito do acusado ser processado em conformidade com preceitos legais do nosso ordenamento jurídico.

O devido processo legal, integra e garante infindos princípios, em especial outras duas premissas básicas, a dialética processual do contraditório e ampla defesa expressa na Magna Carta de 1988, art. 5º, inc. LV (BRASIL, 1988).

Outro princípio relevante é o do contraditório. A garantia do contraditório, conforme Capez (2020), encontra-se exposto em nosso texto constitucional no art. 5º, inc. LV. Na doutrina, o princípio do contraditório é consubstanciado pelos termos ciência e participação, decorrente da máxima romana *audiatur et altera pars*, que proporciona aos acusados a possibilidade de praticar os atos necessários e apropriados para persuadir o convencimento do juiz.

O contraditório, no sistema processual penal, exige a concreta oposição da acusação, por versar de direitos indisponíveis, dimanando as regras de igualdade e liberdade processual, conferindo as partes a absoluta paridade de armas e oportunidades semelhantes. (CAPEZ, 2020).

Conforme Machado (2010) o contraditório é princípio que deve ser observado durante toda relação processual, propiciando as partes os meios necessários para reagir e contrariar os atos processuais que repute prejudiciais, conferindo a validade processual. No tocante a ampla defesa, é princípio garantido, voltado a possibilidade do acusado apresentar subsídios fundamentais para denotar a verdade real dos fatos.

Por fim, tem-se o princípio da autoincriminação. No Brasil, o princípio da não autoincriminação detém natureza constitucional, visto que, está disposto implicitamente no texto, ou seja, subtendido nas regras e garantias do direito ao silêncio, disposto no art. 5º, inciso, XIII, da Constituição Federal, que dispõe que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado" (BRASIL, 1988). Logo, o princípio da não autoincriminação incumbido ao investigado engloba também o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal na produção de provas que possam incriminá-lo; direito de não declarar contra si mesmo; direito de não confessar; e direito de não falar a verdade.

Todavia, apesar da interpretação literal do referido inciso especificar que o direito se dá ao preso, o Brasil ratificou tratados internacionais que incluem e garantem o direito a não autoincriminação a toda pessoa que estiver sendo investigada ou acusada em um

processo penal. À exemplo, tem-se o art. 8, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (SANTOS, 2020)

Importante ressaltar que, assim como os demais princípios apresentados, o direito a não autoincriminação, visa garantir a dignidade humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal) do investigado/acusado, valendo tanto para a fase pré-processual, quanto para a fase judicial.

Nesse contexto, sob o ponto de vista dos requisitos objetivos e subjetivos para a celebração do ANPP, preservadas as garantias fundamentais do investigado, o próximo capítulo passará a tratar da análise jurisprudencial relativa a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

3.3 A Jurisprudência sobre o ANPP

Apresentam-se nesse tópico algumas decisões relevantes, referentes ao instituto do Acordo de não Persecução Penal – ANPP.

No tocante à Ação Penal Privada, extrai-se do julgado n. 0303234- 62.2018.8.24.0091 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que o querelante não aceitou propor o acordo de não persecução penal aos querelados. Diante disso o Juízo *a quo* encaminhou os autos ao órgão do Ministério Público, tendo esse reforçado a impossibilidade do órgão de acusação, no caso de ação privada, interferindo-se no papel do querelante. Entretanto, o Juiz *a quo* entendeu que "é possível a adoção da medida de solução consensual também da ação penal privada, uma vez preenchidos os requisitos objetivos de sua aplicação na hipótese", motivo pelo qual remeteu os autos ao Procurador Geral de Justiça, o qual, por meio de decisão negou provimento à remessa, "a fim de que seja mantida a negativa da proposta do acordo de não persecução penal".

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CALÚNIA. REJEIÇÃO DE QUEIXA-CRIME NA FORMA DO ART. 395, INC. III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INSURGÊNCIA DO QUERELANTE. DEMANDA EM FASE DE INSTRUÇÃO. NEGATIVA DA PARTE EM PROPOR ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL QUE NÃO CONFIGURA FALTA DE JUSTA CAUSA. INTERESSE DO QUERELANTE NO JULGAMENTO DE MÉRITO LEGÍTIMO. ESTÁGIO DO PROCESSO QUE NÃO MAIS PERMITE A OFERTA DE ANPP. QUEIXA-CRIME JÁ RECEBIDA, INCLUSIVE COM A INSTRUÇÃO INICIADA. DECISÃO DESCONSTITUÍDA. A negativa do querelante em se submeter a acordo de não persecução penal não conduz à rejeição da denúncia por falta de justa causa (inc. III do art. 395 do Código de Processo Penal), sobretudo quando o processo se encontra na fase de instrução, com a queixa-crime, por evidente, já

recebida. Com o recebimento da queixa-crime não mais se mostra viável a aplicação do instituto do ANPP, que, por sua natureza, destina-se à fase pré-processual. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0303234-62.2018.8.24.0091, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Alexandre d'Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 17-06-2021).

No tocante ao momento ideal para o oferecimento do acordo de não persecução penal, extrai-se do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de *Habeas Corpus*, as duas correntes de jurisprudência no tocante a fase processual adequada para o oferecimento do acordo de não persecução penal, veja-se:

HABEAS CORPUS. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. PLEITO DE REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA DELIBERAÇÃO QUANTO AO OFERECIMENTO DA MEDIDA. INDEFERIMENTO. Hipótese em que a magistrada singular indeferiu o pleito de encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, para análise do cabimento de Acordo de Não Persecução penal ao paciente, dado o manifesto descabimento do benefício, a denúncia já tendo sido recebida, antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019. O Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no ordenamento jurídico por meio da Lei nº. 13.964/2019, denominada "Pacote Anticrime", é instituto voltado à fase pré-processual, que, na cronologia dos atos procedimentais, antecede ao oferecimento e recebimento da denúncia e, por consequência a própria instauração da ação penal. Dado o seu caráter de medida despenalizadora, constitutiva de nova causa de extinção da punibilidade (art. 28-A, §13 do CPP), está-se diante de norma híbrida, abarcada pelo princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica, portanto aplicável aos fatos anteriores à sua vigência. **Sobre a matéria, debatem-se a doutrina e a jurisprudência na definição das fases processuais em que cabível a avaliação do Acordo, surgindo já algumas correntes, a primeira limitando o cabimento do ANPP aos processos sem recebimento da denúncia, e as demais admitindo a retroatividade da norma depois de instaurada a ação penal, todavia divergindo quanto ao momento, se até a prolação da sentença condenatória ou o trânsito em julgado da condenação. A questão está sendo discutida pelo STF nos autos do HC nº 185.913/DF, ainda em tramitação.** Tenho, assim, que a

interpretação que melhor se amolda ao já afirmado caráter híbrido do instituto do ANPP é aquela que limita a sua aplicação à fase pré-processual, admitindo a retroatividade da norma até o recebimento da denúncia. **A regra do art. 28-A do CPP é preponderantemente processual, visto que, ao fim e ao cabo, tem como finalidade precípua a não sujeição do investigado a processo criminal. Nessa moldura, mostra-se inviável a ampla retroatividade da norma, sob pena de se subverter as características ínsitas do instituto. Precedentes.** Ausência de pressuposto autorizador da incidência do art. 28-A do CPP. Situação fático-jurídica do paciente – que já tinha contra si denúncia recebida em 17.05.2019, portanto, quando da entrada em vigor do “pacote anticrime”, em 23.01.2020, já estava deflagrada a ação penal), que autorizava o indeferimento, pela magistrada singular, do pedido de encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, dada a manifesta impertinência da pretensão defensiva, não havendo falar em invasão da competência do Órgão Ministerial. Se, por um lado, o oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal é de iniciativa exclusiva do Ministério Público; por outro, cabe ao magistrado, no exercício de sua discricionariedade, coibir medidas inócuas e/ou meramente protelatórias, indeferindo-as ou deixando de proceduralizá-las. Ausência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Criminal, Nº 70084971035, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 31-03-2021). (grifo nosso).

Logo, de acordo com a referida jurisprudência, até que o Supremo Tribunal Federal decida a matéria nos autos do *Habeas Corpus* n. 185.913/DF, o oferecimento e a celebração do acordo de não persecução penal limitam-se até o oferecimento da denúncia, ou seja, aplica-se o limite da retroatividade da lei penal.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Agravo Interno em Apelação Criminal, relativo aos autos n. 0013629- 90.2013.8.24.0018, pelo delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, capitulado no art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, entendeu a relatora do caso que o “benefício que somente pode ser ofertado até a apresentação da peça acusatória. impossibilidade de retroagir aos feitos que, iniciada a vigência da lei 13.964/2019, já haviam ultrapassado referido momento processual” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal: Nº 0013629-90.2013.8.24.0018. Relator: Ana Lia Moura Lisboa Carneiro. Primeira Câmara Criminal. Data de julgamento 20-05-2021).

A partir do julgado, é possível verificar que a 1ª Câmara Criminal entende que não é possível estender o benefício a todos os processos em trâmite, especialmente aqueles com oferecimento da denúncia e já sentenciados. Tal decisão corrobora com a limitação da retroatividade da lei penal no tocante a propositura do acordo fixada pela tese do *Habeas Corpus* n. 191464, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal-STF que dispõe “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal . HC 191464 AgR / SC. Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020).

Nesse sentido, levando em consideração que o ANPP se trata de negócio jurídico pré-processual, não é possível o seu oferecimento quando o processo se encontra em segunda instância, conforme se extrai do julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

FURTO PRIVILEGIADO – PRETENDIDO O ENCAMINHAMENTO DO FEITO AO PARQUET PARA OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – INADMISSÍVEL – **MEDIDA INAPLICÁVEL EM SEGUNDA INSTÂNCIA** – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – RECEBIDA A EXORDIAL, IMPOSSÍVEL RETROCEDER NA MARCHA PROCESSUAL – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – PENA BEM APLICADA – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Criminal 0020994- 06.2017.8.26.0050; Relator (a): Amaro Thomé; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 11ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/06/2021; Data de Registro:14/06/2021). (grifo nosso).

Tanto é verdade, que o Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento ao recurso oferecido pelo Apelado no tocante a aplicação do acordo de não persecução penal tendo em vista que a razão não lhe assiste, visto que a denúncia já havia sido recebida e julgada procedente através de sentença penal condenatória

Tanto é verdade, que o Tribunal de Justiça do Paraná a 4ª C. Criminal - 0026125-52.2017.8.16.0013 negou provimento ao recurso oferecido pelo Apelado no tocante a aplicação do acordo de não persecução penal tendo em vista que a razão não lhe assiste, visto que a denúncia já havia sido recebida e julgada procedente através de sentença penal condenatória (PARANÁ. Tribunal de Justiça. 4ª C. Criminal - 0026125-52.2017.8.16.0013 - Curitiba - Rel.: Desembargadora Sonia Regina de Castro - Julgado 11.04.2021).

Ainda, em situação semelhante o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal 0009989- 60.2016.8.26.0037, em que acusado de 12 estelionatos

desejava o benefício do ANPP, teve o caso negado. A ação já havia sido iniciada, autoria e materialidade comprovadas e a pena fixada com critérios adequados. Para relator o “ANPP só cabe até o oferecimento da denúncia” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 0009989- 60.2016.8.26.0037. Relator (a): Euvaldo Chaib; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araraquara - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/06/2021; Data de Registro: 17/06/2021).

O ANPP pode ser denegado por outras questões, veja-se julgado do *Habeas Corpus* n. 2090808-85.2021.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em relação ao crime de furto qualificado, tipificado no art. 155, §§ 1º e 4º, incisos II e IV, do Código Penal. O ANPP foi denegado pelo relator considerando que, no caso em comento, o Ministério Público considerou as certidões de antecedentes criminais do acusado, tendo fundamentado o não oferecimento do benefício com base nos maus antecedentes. A recusa do MP em propor ANPP devido aos antecedentes foi referendada pela Procuradoria-Geral de Justiça (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Criminal 2090808-85.2021.8.26.0000. Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Criminal Barra Funda - 10ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 09/06/2021; Data de Registro: 10/06/2021).

No tocante ao requisito da confissão, ao contrário do entendimento doutrinário que verte sobre a desnecessidade da confissão do acusado na fase policial para o oferecimento do ANPP desde que, o investigado confesse o delito praticado no momento oportuno, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já julgou improcedente o pedido de oferecimento do ANPP, visto que o investigado permaneceu em silêncio no seu interrogatório “Paciente não preenche todos os requisitos para a concessão do benefício, haja vista que permaneceu em silêncio quando da prova indiciária, portanto, não adimpliu uma das condições básicas para fazer jus a proposta de acordo” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Criminal, Nº 50552907020218217000, Primeira Câmara Criminal. Relator: Andréia Nebenzahl de Oliveira, Julgado em: 27-05-2021).

De forma contrária foi o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo no *Habeas Corpus* 0027172-77.2021.8.19.0000 o qual no entendimento da desembargadora foi de que “a confissão poderia ser realizada no próprio acordo de não persecução penal, já que o direito constitucional ao silêncio, previsto no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal não poderia ser oposto como impedimento à realização do acordo” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus -0027172-77.2021.8.19.0000. Terceira Câmara Criminal. Des(a). Mônica Tolledo de Oliveira. Julgamento: 25/05/2021).

Portanto, apesar da escassez jurisprudencial, visto que se trata de uma temática recente, é possível verificar que o instituto do acordo de não persecução penal constante no âmbito do novo direito penal, trazido pelo pacote anticrime (Lei 13.964/2019), está sendo oferecido pelo Ministério Público ao investigado quando respeitado os requisitos objetivos e subjetivos.

Na prática, observa-se que há algumas controvérsias relativa ao oferecimento do ANPP após o recebimento da denúncia, visto que a decisão de recebimento da exordial acusatória poderá ser anulada, ao passo que seja informado a viabilidade do acordo ainda na fase pré-processual em razão da natureza híbrida do instituto (matéria penal e processual penal).

O entendimento majoritário por enquanto, consiste na tese firmada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 191.464 que dispõe “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal . HC 191464 AgR / SC. Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020). A Primeira Turma em caráter unânime, entre os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Rosa Weber e Alexandre de Moraes acompanharam o voto do relator Ministro Roberto Barroso. Em que pese o referido *Habeas Corpus* seja o *leading case* sobre o tema e se trata da jurisprudência mais citada, existem julgados com posições diferentes no próprio Tribunal Constitucional.

Em sede de Recurso Extraordinário 1339248 AgR-segundo de relatoria do Ministro Roberto Barroso julgado em 11 de novembro de 2021, foi adotada posição divergente a partir de citação jurisprudencial de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que o limite temporal seria o oferecimento da denúncia e não o seu recebimento (ARE 1.293.627 AgR). Em outra oportunidade, no julgamento do HC 204.976 AgR de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, a Primeira Turma adotou posicionamento diverso, indicando como limite temporal para a retroação do cabimento de ANPP nos processos em curso até o proferimento da sentença, divergindo da posição fixada no HC 191.464 (BEM, MARTINELLI, 2021).

Não há decisão colegiada na Segunda Turma, nem no Plenário da Corte para tentar pacificar a problemática. Entretanto, tendo em vista as posições divergentes, acertadamente o Ministro Gilmar Mendes afetou o *Habeas Corpus* 185.913 para julgamento pelo Plenário, e uma das questões-problemas fixadas como objeto de análise, trata-se da possibilidade de aplicação retroativa do ANPP e sua amplitude em benefício do imputado nos processos criminais em curso. Julgamento ainda pendente para julgamento no Plenário da Suprema Corte.

Portanto, apesar do equívoco de algumas interpretações jurisprudenciais, a amplitude da norma deve ser respeitada como regra essencial do jogo, e a retroação do Acordo de Não Persecução Penal para as ações penais em curso, ainda que decididos com sentença penal condenatória transitada em julgado deve ser respeitada, pois trata-se de comando normativo que se revela em respeito à liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Considerando que o tema será rediscutido pelo Poder Judiciário, já pautado para o Plenário do Supremo Tribunal Federal, a retroação do Acordo de Não Persecução Penal surge como solução adequada para redução de processos criminais no Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento desse artigo possibilitou a análise no âmbito do Sistema de Justiça Criminal, no tocante ao instituto do acordo de não persecução penal, seus desdobramentos e os princípios constitucionais decorrentes da não autoincriminação.

Verificou-se os requisitos objetivos e subjetivos para o oferecimento do benefício ao investigado, assim como, as implicações da confissão em caso de descumprimento o acordo.

A pesquisa permitiu avaliar o requisito obrigatório da confissão formal e circunstanciada previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal. Através do requisito, identificou-se que a confissão do investigado poderá ser utilizada em caso de descumprimento do termo de acordo pelo investigado, servindo de evidência processual de caráter pré-processual quando da deflagração da Ação Penal, por meio de denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Foi possível analisar através dos princípios constitucionais que, ao submeter-se ao termo de acordo, o investigado, representado pelo seu advogado (constituído ou nomeado pelo júízo), detém garantidos e respeitados os princípios constitucionais.

Além disso, constatou-se que o direito ao silêncio é preservado, desde que o investigado não tenha sido coagido para submeter-se a confissão, situação a qual será analisada pelo representante do Ministério Público, como também pelo Juiz das garantias.

Ademais, o investigado possui a faculdade da celebração do acordo, contando com o conhecimento técnico da sua defesa, sendo-lhe dada a oportunidade de obter vantagem com a não persecução de um processo criminal, e conseqüentemente oportunizando um Sistema de Justiça Criminal mais célere, por meio da eleição de prioridades, otimizando tempo, recursos públicos e oportunizando efetivo julgamento para os processos de natureza grave.

Por fim, o entendimento majoritário consiste na tese firmada pelo *Habeas Corpus* n. 191464 que dispõe que o ANPP deve ser aplicado a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que a denúncia não tenha sido recebida. Considerando que o tema será rediscutido pelo Poder Judiciário, já pautado para o Plenário do Supremo Tribunal Federal, a retroação do Acordo de Não Persecução Penal surge como solução adequada para redução de processos criminais no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. 2. Ed. São Paulo: Mizuno, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O respeito à Constituição Federal a aplicação retroativa do ANPP. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (orgs). **Acordo de não persecução penal**. 2. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido. 2021

BIZZOTTO, Alexandre; DA SILVA, Denival Francisco. **Acordo de não persecução Penal**. 1. Ed. Dialética, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 30 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . **HC 191464 AgR / SC**. Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . **RE1339248**. Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/11/2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 8.123/AP**, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.4.1999, DJ de 21.6.1999.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 2.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, v. 4: legislação penal especial.15. São Paulo: Saraiva, 2020.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada - Caracteres: Limites e Controles**. São Paulo, GEN, 2019.

DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**.3. São Paulo: Saraiva, 2018.

EUROPA, Conselho da. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 1950. Disponível em:

<http://www.gddc.pt/direitoshumanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>. Acesso em: 03 jun. 2023.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2022.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 8. Ed. São Paulo: Forense, 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>Acesso em: 03 jun 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal. Nº 0026125-52.2017.8.16.0013**. Relator: Desembargadora Sonia Regina de Castro. Quarta Câmara Criminal. Data de julgamento: 11-04-2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal: 70084971035..**
Relator: Fabianne Breton Baisch. Oitava Câmara Criminal. Data de julgamento: 31-03-2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: Nº 50552907020218217000.**
Primeira Câmara Criminal. Relator: Andréia Nebenzahl de Oliveira. Data de julgamento: 27-05-2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal: Nº 0013629-90.2013.8.24.0018.** Relator: Ana Lia Moura Lisboa Carneiro. Primeira Câmara Criminal. Data de julgamento 20-05-2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n. 0303234-62.2018.8.24.0091.** Relator: Alexandre d'Ivanenko, Quarta Câmara Criminal. Data de julgamento: 17-06-2021.

SANTOS, Marco Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime.** Rio de Janeiro: Método, 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal: Nº 0020994- 06.2017.8.26.0050.**
Relator: Amaro Thomé. 2ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 14-06-2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: Nº 0027172-77.2021.8.19.0000.**
Terceira Câmara Criminal. Desembargadora: Mônica Tolledo De Oliveira. Data de Julgamento: 25-05-2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 0009989- 60.2016.8.26.0037.**
Relator (a): Euvaldo Chaib; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araraquara - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/06/2021; Data de Registro: 17/06/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal 2090808-85.2021.8.26.0000.**
Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Criminal Barra Funda - 10ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 09/06/2021; Data de Registro:10/06/2021.

O PROCESSO ESTRUTURAL E AS RESPOSTAS AOS LITÍGIOS MULTIPOLARES COMPLEXOS

TAISA EMILIANO DA SILVA:

Bacharel em Direito e Analista Jurídica na Defensoria Pública do Amazonas¹²⁶

RESUMO: Os litígios multipolares complexos são caracterizados pela presença de múltiplas partes envolvidas e pela complexidade das questões legais e fáticas subjacentes. Eles geralmente abrangem uma ampla gama de interesses, direitos e responsabilidades. Nesse contexto, o processo estrutural surge como uma abordagem inovadora para enfrentar esses litígios complexos, buscando soluções abrangentes e duradouras. O problema estrutural refere-se a questões sistêmicas e estruturais que afetam os direitos fundamentais. O processo estrutural é a ferramenta utilizada para abordar e solucionar esses problemas, visando alcançar mudanças estruturais e sistêmicas. A decisão estrutural é o resultado final do processo estrutural, estabelecendo medidas e diretrizes para enfrentar o problema identificado. O artigo propõe uma classificação das características essenciais e típicas do processo estrutural e aborda aspectos relacionados ao procedimento, sugerindo a aplicação do procedimento comum previsto no Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Processo Estrutural. Litígios multipolares complexos. Efetividade processual.

ABSTRACT: Complex multipolar litigation is characterized by the presence of multiple parties involved and the complexity of the underlying legal and factual issues. They generally cover a wide range of interests, rights and responsibilities. In this context, the structural process emerges as an innovative approach to face these complex disputes, seeking comprehensive and lasting solutions. The structural problem refers to systemic and structural issues that affect fundamental rights. The structural process is the tool used to address and solve these problems, aiming to achieve structural and systemic changes. The structural decision is the final result of the structural process, establishing measures and guidelines to face the identified problem. The article proposes a classification of the essential and typical characteristics of the structural process and addresses aspects related to the procedure, suggesting the application of the common procedure provided for in the Civil Procedure Code of 2015.

Keywords: Structural Process. Complex multipolar disputes. Procedural effectiveness.

126 E-mail: taisa_tes@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tema de estudo desse artigo aborda os processos estruturais e a relação e efetividade com os litígios multipolares complexos caracterizados pela presença de múltiplas partes envolvidas e pela complexidade das questões legais e fáticas subjacentes.

No campo do Direito Processual Civil, a busca pela efetividade e pela justiça tem levado à adoção de novas abordagens, além dos tradicionais modelos de processos individuais. Entre essas abordagens, destacam-se os processos estruturais, que têm como objetivo solucionar problemas jurídicos e sociais de maneira ampla e coletiva. Os processos estruturais são uma resposta à necessidade de lidar com questões que transcendem os interesses das partes diretamente envolvidas, promovendo a transformação social e garantindo direitos fundamentais. Neste artigo, exploraremos os processos estruturais no processo civil e sua importância na promoção de uma justiça mais abrangente e efetiva.

Os processos estruturais são mecanismos processuais utilizados para enfrentar problemas jurídicos complexos que afetam uma coletividade ou uma categoria de pessoas. Ao contrário dos processos individuais tradicionais, que buscam a proteção de interesses particulares, os processos estruturais visam corrigir situações sistêmicas e estruturais que violam direitos fundamentais ou causam prejuízos generalizados.

Uma característica fundamental dos processos estruturais é sua abrangência. Eles não se limitam a solucionar casos individuais, mas têm o propósito de estabelecer diretrizes e soluções que afetem um grupo mais amplo de pessoas. Além disso, os processos estruturais buscam promover mudanças estruturais e institucionais, indo além da simples reparação de danos e visando a prevenção de violações futuras.

Busca-se abordar a causa raiz dos problemas e promover mudanças sistêmicas, visando à proteção dos direitos fundamentais, à prevenção de violações futuras e à promoção de justiça social. Eles geralmente abrangem uma ampla gama de interesses, direitos e responsabilidades. Nesse contexto, o processo estrutural surge como uma abordagem inovadora para enfrentar esses litígios complexos, buscando soluções abrangentes e duradouras.

As principais características do processo estrutural em litígios multipolares complexos: abordagem holística: O processo estrutural leva em consideração a complexidade dos litígios multipolares complexos, analisando não apenas os aspectos legais, mas também os fatores sociais, econômicos e políticos envolvidos. Isso permite uma compreensão mais abrangente das questões em disputa; participação das partes interessadas: o processo estrutural busca envolver todas as partes interessadas relevantes, incluindo indivíduos, grupos afetados, organizações da sociedade civil e representantes

governamentais. Isso promove a representatividade e a legitimidade das decisões tomadas; busca de soluções abrangentes: em vez de se limitar a resolver disputas individuais, o processo estrutural busca encontrar soluções abrangentes que abordem as questões sistêmicas subjacentes. Isso pode incluir a implementação de políticas públicas, a adoção de medidas corretivas e a reforma de instituições; medidas de acompanhamento: O processo estrutural pode incluir mecanismos de monitoramento e acompanhamento para garantir a efetividade das decisões e a implementação das medidas estabelecidas. Isso permite avaliar o progresso e realizar ajustes conforme necessário. Benefícios do Processo Estrutural em Litígios Multipolares Complexos: efetividade: O processo estrutural aborda as causas subjacentes dos litígios complexos, permitindo soluções mais abrangentes e duradouras. Isso promove a efetividade na resolução de disputas e na proteção dos direitos das partes envolvidas; prevenção de litígios futuros: Ao enfrentar as questões sistêmicas e estruturais, o processo estrutural busca prevenir a ocorrência de litígios futuros semelhantes. Isso reduz a carga sobre o sistema judiciário e promove uma abordagem mais proativa na resolução de conflitos.

Existem diferentes tipos de processos estruturais, cada um com suas peculiaridades e objetivos específicos. Alguns exemplos notáveis incluem:

1. **Ações Civas Públicas:** São ações promovidas pelo Ministério Público ou por entidades legitimadas, com o propósito de tutelar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Essas ações visam à reparação de danos, à implementação de políticas públicas ou à correção de práticas que afetam uma coletividade.
2. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR):** Trata-se de um mecanismo que busca a uniformização de decisões sobre questões de direito com grande repetição em múltiplos processos individuais. O objetivo é evitar a proliferação de decisões divergentes, promovendo a segurança jurídica e a eficiência na prestação jurisdicional.
3. **Ações de Controle de Constitucionalidade:** São ações promovidas para questionar a constitucionalidade de leis ou atos normativos, visando à declaração de sua inconstitucionalidade e à consequente proteção dos direitos fundamentais.

Alguns dos principais benefícios são:

1. **Efetividade:** Os processos estruturais permitem abordar questões que afetam uma coletividade, proporcionando soluções mais abrangentes e duradouras. Ao lidar com problemas sistêmicos, eles visam a promover mudanças reais e efetivas, evitando a repetição de violações.
2. **Justiça Social:** Os processos estruturais têm o potencial de corrigir desigualdades e injustiças que afetam grupos vulneráveis ou minoritários. Eles buscam

promover uma distribuição mais equitativa de direitos, benefícios e oportunidades, contribuindo para uma sociedade mais justa.

3. **Prevenção de Danos:** Ao abordar problemas estruturais, os processos estruturais têm como objetivo não apenas reparar danos passados, mas também prevenir violações futuras. Ao implementar medidas corretivas e estabelecer diretrizes, eles contribuem para a prevenção de práticas abusivas e injustas.

No entanto, os processos estruturais também apresentam desafios significativos. Alguns dos principais desafios são:

1. **Complexidade:** Devido à natureza abrangente e complexa dos problemas abordados, os processos estruturais podem envolver questões jurídicas e fáticas complexas. Isso requer uma análise aprofundada e especializada, bem como a cooperação entre diferentes atores do sistema de justiça.

2. **Morosidade:** A abrangência e a complexidade dos processos estruturais podem levar a um maior tempo de tramitação. A necessidade de envolver múltiplas partes interessadas, realizar investigações extensas e obter dados relevantes pode resultar em um processo mais demorado.

3. **Implementação e Cumprimento das Decisões:** Uma vez que os processos estruturais envolvem mudanças estruturais e institucionais, a implementação e o cumprimento das decisões podem ser desafiadores. É necessário garantir a efetiva execução das medidas ordenadas pelo tribunal, bem como monitorar sua eficácia ao longo do tempo.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 O Devido processo estrutural

No sistema jurídico brasileiro, o direito ao devido processo legal é fundamental para garantir a proteção dos direitos e liberdades individuais, bem como a segurança jurídica. Ele impõe limites ao exercício do poder estatal, garantindo que os indivíduos sejam tratados de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos pela lei.

A Constituição de 1988 do Brasil consagra o direito ao devido processo legal no artigo 5º, inciso LIV. Essa garantia constitucional tem como base a expressão "due process of law" do direito anglo-americano. A inclusão desse princípio na Constituição reflete a preocupação em assegurar um processo justo e equitativo para todos os cidadãos. A expressão "due process of law" tem suas origens na Magna Carta inglesa de 1215, especificamente na cláusula n. 39. Ela foi posteriormente incorporada ao 28º Estatuto de

Eduardo III, de 1354. Esses documentos históricos foram fundamentais na consolidação do princípio do devido processo legal, estabelecendo a ideia de que nenhum indivíduo pode ser privado de seus direitos fundamentais sem um processo adequado.

O devido processo legal abrange uma série de garantias processuais, como o direito à ampla defesa, ao contraditório, à igualdade de tratamento, à produção de provas, ao acesso à justiça e à imparcialidade do juiz. Essas garantias são essenciais para assegurar que as partes envolvidas em um processo judicial tenham a oportunidade de apresentar suas argumentações e evidências de maneira justa e equitativa.

a principal diferença entre o devido processo legal individual e o devido processo legal estrutural reside na sua abordagem e flexibilidade em relação às soluções aplicáveis aos casos em questão.

O devido processo legal individual está mais associado à legalidade e ao respeito aos princípios tradicionais do processo, como o princípio da demanda e o princípio da estabilidade do processo. Ele é voltado para a proteção dos direitos e interesses das partes envolvidas em um litígio específico, seguindo as regras e procedimentos estabelecidos pela legislação.

Por outro lado, o devido processo legal estrutural apresenta uma maior abertura à construção de soluções adaptadas e flexíveis por parte do juiz e das partes envolvidas. Ele busca lidar com problemas sistêmicos e estruturais, indo além da resolução de disputas individuais e abordando questões mais amplas que afetam a sociedade como um todo.

No processo estrutural, o foco está na adequação das soluções às especificidades do caso concreto, considerando a evolução do tratamento da causa em juízo e a variação das medidas executivas necessárias para tutelar adequadamente os direitos envolvidos. Isso significa que as providências a serem tomadas podem ser ajustadas ao longo do procedimento, conforme a evolução das circunstâncias e das necessidades das partes. Essa abordagem flexível e adaptada do devido processo legal estrutural é ainda mais ampla do que aquela praticada no processo coletivo em geral. Ela reconhece que problemas sistêmicos exigem soluções personalizadas e abrangentes, que podem variar de acordo com as particularidades do caso e a evolução das circunstâncias.

Portanto, a maior abertura do devido processo legal estrutural às soluções adaptadas para o caso concreto reflete a necessidade de lidar com questões estruturais e complexas, permitindo uma maior flexibilidade na busca por medidas que efetivamente protejam os direitos envolvidos e promovam a justiça social.

2.2 As Características do Processo Estrutural

O processo estrutural apresenta características distintas que são fundamentais para a sua adequação às particularidades da tutela de interesses multipolares complexos. Essas características visam superar a rigidez do processo tradicional e lidar com a complexidade dos conflitos envolvidos.

Conforme explica Edilson Vitorelli:

“Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.” (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural processo coletivo processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo: RePro*, ano 43, vol. 284, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2018, p. 345).

2.3 Características essenciais e específicas dos processos estruturais

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.

Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios:

- 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos;
- 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável;
- 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado;
- 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura;
- 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e

6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura. (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural processo coletivo processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo: RePro*, ano 43, vol. 284, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2018, p. 348).

Algumas das características do processo estrutural incluem:

Conflitos multipolares complexos: O processo estrutural lida com situações em que há a presença de múltiplos interesses em disputa sobre o objeto do litígio. Diferentemente do modelo bipolar, que envolve apenas dois interesses opostos, o processo estrutural lida com a formação de diversos núcleos de posições e opiniões. Essa multiplicidade de interesses exige uma abordagem diferenciada e flexível para alcançar soluções adequadas.

Adequação ao caso concreto: O processo estrutural busca adaptar-se às particularidades de cada caso, levando em consideração as características específicas e a evolução do litígio ao longo do tempo. Isso implica em uma maior flexibilidade nas medidas e providências a serem adotadas, permitindo a construção de soluções personalizadas para cada situação.

Enfoque na equidade: O processo estrutural valoriza o princípio da equidade, buscando a justa conciliação dos interesses envolvidos. Essa abordagem vai além da mera aplicação da lei e considera aspectos de justiça social, buscando soluções que promovam a igualdade e a justiça distributiva.

Participação das partes interessadas: O processo estrutural incentiva a participação ativa das partes interessadas, como representantes de grupos afetados, especialistas, organizações da sociedade civil, entre outros. Essa participação é fundamental para que as soluções propostas considerem as perspectivas e necessidades de todos os envolvidos, garantindo uma maior legitimidade e efetividade do processo.

Busca por soluções abrangentes: O processo estrutural busca soluções abrangentes e duradouras, que não se limitem apenas à resolução dos litígios individuais, mas que tenham impacto no sistema ou na estrutura que gerou o conflito. O objetivo é promover mudanças estruturais que previnam a repetição dos mesmos problemas no futuro.

Essas características do processo estrutural refletem a necessidade de uma abordagem diferenciada e adaptada para lidar com conflitos multipolares complexos, buscando soluções justas e efetivas que considerem a diversidade de interesses e as particularidades de cada caso. A flexibilidade, a equidade e a participação das partes interessadas são elementos-chave para alcançar uma abordagem eficaz no contexto do processo estrutural.

É possível que se atinja no processo estrutural um denominador comum na ponderação dos interesses. Por essa razão, Sérgio Cruz Arenhart questiona inclusive o emprego da expressão “conflito” no âmbito dos Processos Estruturais, ao sustentar:

“Embora o texto aluda, constantemente, a expressões classicamente ligadas à finalidade da prestação jurisdicional – “conflito”, “litígio”, etc. – é até mesmo de se duvidar da adequação do emprego desses vocábulos em relação aos processos estruturais. A rigor, essas expressões ligam-se aos conflitos bipolarizados, em que há um polo demandante, a que se opõe outro, demandado. No caso dos “conflitos” estruturais, porém, o que há é um problema, que demanda solução, e que envolve diversos interesses e pontos de vista diferentes. Nem sempre haverá conflito, no seu sentido próprio, já que, muitas vezes, os sujeitos envolvidos convergem na conclusão sobre a necessidade de dar solução ao problema; divergem, porém, quanto à forma de solução, ao tempo ou a aspectos dessa resposta.”.

Referida característica importa na dedução pela doutrina de requisitos indispensáveis para os processos estruturais: redefinição do contraditório enquanto direito de influir e participação no processo. Sobre a redefinição da noção de contraditório, leciona Sérgio Cruz Arenhart: O contraditório visto como direito de efetivamente influir no convencimento do juiz, aqui, não pode limitar-se a partes de um conflito abstrato. Exige a participação de toda coletividade, na medida em que a política pública também se destina a toda ela. Logicamente, porém, essa ampla participação de todos os sujeitos individuais que compõem o grupo ou a sociedade como um todo é inviável, o que impõe o emprego de técnicas de representação adequada dos vários interesses em jogo e dos vários segmentos que possam utilmente contribuir para a construção da decisão judicial. Ainda assim, porém, trata-se de uma visão muito mais ampla do que o tradicional dualismo que impregna o processo individual e o processo coletivo tal como praticado hoje em dia.

Sobre a necessidade de participação no processo estrutural não apenas dos núcleos de interesses envolvidos, mas também de especialistas a fim de contribuir com conhecimento técnico necessário para elaborar soluções para o conflito de fundo, o autor prossegue:

As questões típicas dos litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. Para a consecução desse objetivo, instrumentos como as audiências públicas e o *amicus curiae* são fundamentais. Audiências que permitam participação ampla da comunidade envolvida,

embora não disciplinadas expressamente nem no CPC, nem na legislação básica a respeito do processo coletivo. Do mesmo modo, é fundamental que o processo seja capaz de absorver a experiência técnica de especialistas no tema objeto da demanda, em que possam contribuir tanto no dimensionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia.

2.3 Um Procedimento Adequado para o Controle Judicial de Políticas Públicas-Litígios Complexos

A garantia ativa do processo refere-se ao fato de que, diante de uma ilegalidade ou violação de direitos, o indivíduo prejudicado pode utilizar o processo como meio de buscar prevenir ou remediar essa situação. Ou seja, o processo jurisdicional permite que o indivíduo busque a proteção de seus direitos e a reparação de danos.

Por outro lado, o processo jurisdicional também é uma garantia passiva, pois impede a justiça pelas próprias mãos. Ele previne que as pessoas façam justiça de forma unilateral, seja através do exercício arbitrário do poder estatal, seja por ações realizadas por particulares visando a satisfação direta de suas pretensões, sem a devida análise jurídica e imparcialidade.

Assim, o processo jurisdicional desempenha um papel fundamental no Estado de Direito, assegurando a garantia de acesso à justiça, a igualdade das partes perante o tribunal e a imparcialidade na resolução dos conflitos. Além disso, o processo contribui para a pacificação social, evitando a aplicação da força ou da autotutela como forma de solucionar os litígios.

É importante ressaltar que o processo jurisdicional, além de ser uma garantia individual, também possui uma dimensão coletiva, na medida em que promove a efetivação dos direitos fundamentais e a proteção da ordem jurídica como um todo.

Portanto, a garantia do processo jurisdicional como componente essencial do Estado de Direito é uma conquista histórica que assegura a todos o direito a um julgamento justo, a proteção de seus direitos e a manutenção da paz social.

A despeito da reconstrução, por parte da doutrina, de uma base normativa para fundamentar a adoção dos processos estruturais no Brasil, é de suma importância a constatação de que, assim como nos Estados Unidos e na Argentina, as ferramentas dos Processos Estruturais foram introduzidas no Brasil por meio da atuação judicial. Foram os magistrados brasileiros e membros do Ministério Público que, cientes das limitações do processo civil tradicional brasileiro, passaram a adotar medidas e procedimentos que muito se aproximam da ideia de Processo Estrutural. Mais de uma década antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, já havia, no Brasil, demandas judiciais que, não obstante

não haverem adotado o termo Processo Estrutural, desenvolveram-se de acordo com algumas suas características. A doutrina aponta como um dos mais emblemáticos, o caso que ficou conhecido como Ação Civil Pública do Carvão (ACP do Carvão).¹⁶⁰ Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada no ano de 1993¹⁶¹, pelo Ministério Público Federal de Santa Catarina, perante a Justiça Federal de Criciúma, por meio da qual postulou a criação e implementação de plano de recuperação de áreas degradadas pela mineração nos arredores do Município de Criciúma.

No polo passivo havia, inicialmente, 24 réus: a União e empresas mineradoras. A sentença de fundo, prolatada no ano 2000, determinou que os réus apresentassem plano de recuperação da área degradada, contemplando os itens indicados na decisão. Assim como no caso Mendoza, na ACP do Carvão os réus foram condenados a elaborar e apresentar ao juízo plano de recuperação ambiental.¹⁶² Para efetivar a decisão, foram impostas medidas coercitivas e medidas de sub-rogação. Por fim, a decisão também determinou que o Ministério Público Federal deveria opinar sobre o plano de recuperação que seria apresentado pelos réus. A decisão transitou em julgado no ano de 2014 (11 anos depois do ajuizamento da demanda).

Sucedeu que, o Ministério Público Federal, antevendo a possibilidade de prejuízo pela demora, paralelamente ao trâmite dos recursos, entrou com pedido de cumprimento provisório da sentença. Medida importante contra o risco de ineficácia da decisão pelo decurso do tempo, ou seja, para garantia de uma tutela jurisdicional tempestiva. A complexidade da matéria de fundo exigiu que os provimentos para dar cumprimento à decisão se estruturassem em forma de cascata, divididos em três grandes fases.

A primeira fase foi de 2000 a 2004. Sobre ela, explica Sérgio Cruz Arenhart¹⁶³, que com as informações disponíveis até o momento, não se tinha a exata noção da dimensão do problema. Também por essa razão, a sentença então prolatada condenou os réus a obrigação genérica de recuperação ambiental. Percebe-se, aqui, a característica mencionada dos Processos Estruturais acerca da dificuldade de antever, de plano, a correta dimensão do problema enfrentado e, conseqüente, as medidas necessárias para sua solução. Por isso, a primeira fase de execução da decisão na ACP do carvão consistiu na reunião de informações para subsidiar, posteriormente, a adoção de medidas mais concretas.

Na segunda fase, que se desenvolveu entre os anos de 2004 e 2005, as ações foram concentradas na atuação do Ministério Público Federal que, com auxílio de técnicos e especialistas, identificou as partes do programa de recuperação apresentado pelos réus que não condiziam ou a realidade ou não ofereciam soluções adequadas.

Na terceira fase, que vai de 2006 a 2009, os réus foram obrigados a apresentar plano de recuperação de acordo com a padronização e indicadores sugeridos pelo Ministério Público Federal. Foi criado também Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA), composto por especialistas da área ambiental externos ao processo, responsáveis por propor soluções e técnicas para a recuperação ambiental. Sérgio Cruz Arenhart também chama atenção para o fato de que todas as decisões tomadas pelo GTA necessitavam de consenso.¹⁶⁴ Observa-se, assim, que ao longo do processo procurou-se, a todo momento, permitir ampla participação daqueles que poderiam contribuir para a construção da decisão. Para conferir publicidade ao cumprimento da decisão, foi também criado, como já mencionado, endereço eletrônico para que a população tivesse fácil acesso às informações do caso e pudesse acompanhar seu cumprimento.

Ainda que não tenha adotado a expressão “Processo Estrutural”, o modo como o caso conhecido como ACP do Carvão se desenvolveu apresenta características que são próprias do Processo Estrutural. Assim como no caso Mendoza, na ACP do Carvão pode ser constatada postura consciente de autocontenção dos magistrados ao determinarem, em um primeiro momento, apenas objetivo a ser alcançado (a recuperação ambiental de área degradada pela ação humana). Aos demandados, ficou a possibilidade de escolha sobre os meios empregados para a consecução dos objetivos. Apenas diante da inércia dos réus ou apresentação de planos em desconformidade com dados objetivos sobre a realidade, que adotaram postura mais ativa ao concretizar suas determinações.

A ACP do Carvão também foi marcada por ampla participação e possibilidade de influência de diversos núcleos de interesse, seja mediante a realização de audiências públicas, oitiva de *amicus curiae* ou assessoramento técnico ao juízo. Importante destacar também a prospectividade presente no caso: os planos de recuperação têm execução prevista até o ano de 2020. Presentes essas características, é possível concluir que a ACP do Carvão é exemplo de uma das primeiras vezes (talvez a primeira) em que a lógica do Processo Estrutural foi aplicada no Brasil. Por sua vez, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁶⁵ indicam que o caso conhecido como Raposa Serra do Sol¹⁶⁶ também adotou ferramentas típicas dos processos estruturais, ainda que de maneira não tão ostensiva como ocorreu na ACP do Carvão.

No caso, o Supremo Tribunal Federal fixou condições para a demarcação como área indígena de extensão de terra conhecida como Raposa Serra do Sol. A área foi demarcada pelo Ministério da Justiça, através da Portaria No 820/98, modificada pela Portaria 534/2005. A demarcação foi homologada por decreto da Presidência da República, em 15 de abril de 2005. Não obstante, foi o Supremo Tribunal Federal que fixou diversos requisitos para o exercício dos direitos dos indígenas sobre a terra.

Os autores indicam como outro exemplo de decisão estrutural a proferida no Mandado de Injunção n. 708/DF, no qual o Supremo Tribunal Federal delineou o modo

como o direito de greve dos servidores públicos civis deveria ser exercido. Diante da constatação de omissão inconstitucional por parte do Poder Legislativo em regulamentar o exercício do direito de greve previsto na Constituição, o STF determinou qual a regra que deveria ser adotada, no caso, a Lei n. 7.783/89, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas. Atribui-se, também, a lógica estrutural às decisões proferidas em sede de Medida Cautelar na ADPF 378, por meio das quais foi reconhecido pelo STF o estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema carcerário brasileiro.

3 CONCLUSÃO

Processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC). Além disso, o processo estrutural também apresenta algumas características típicas, mas não essenciais: a multipolaridade, a coletividade e a complexidade.

O devido processo legal individual está centrado na proteção dos direitos e interesses das partes envolvidas em um litígio específico, seguindo as regras e procedimentos estabelecidos pela lei. Porém, quando lidamos com conflitos multipolares complexos, o processo tradicional pode ser insuficiente para oferecer soluções adequadas e justas.

Nesse sentido, o devido processo estrutural procura superar a rigidez do processo tradicional, permitindo uma abordagem mais flexível e adaptada às necessidades do caso concreto. Ele reconhece que a multiplicidade de interesses envolvidos requer soluções personalizadas e abrangentes, que vão além da simples aplicação da lei.

No contexto do devido processo estrutural, é importante considerar a equidade como um princípio orientador. A busca pela equidade visa a alcançar uma justa conciliação dos interesses envolvidos, levando em conta não apenas a legalidade, mas também aspectos de justiça social e distribuição equitativa dos direitos e benefícios.

Além disso, o devido processo estrutural enfatiza a participação ativa das partes interessadas no processo. Isso inclui representantes de grupos afetados, especialistas, organizações da sociedade civil e outros atores relevantes. A participação das partes interessadas contribui para a legitimidade e efetividade das soluções propostas, assegurando que as decisões tomadas reflitam as perspectivas e necessidades dos envolvidos.

Por fim, o devido processo estrutural busca soluções abrangentes e duradouras, que vão além da resolução dos litígios individuais. O objetivo é promover mudanças estruturais que previnam a repetição dos mesmos problemas no futuro, garantindo uma tutela adequada dos interesses multipolares envolvidos. Em conclusão, um procedimento adequado para o controle judicial de políticas públicas deve garantir o acesso à justiça, permitir uma análise aprofundada das políticas, promover a transparência e a participação pública, assegurar a deliberação fundamentada das decisões e respeitar os limites constitucionais. Ao estabelecer um processo equilibrado e eficiente, o controle judicial de políticas públicas contribui para a proteção dos direitos fundamentais e para o aprimoramento das políticas implementadas pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos**. In: Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 10, nº 1, 2019.

Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: Revista de Processo Comparado. São Paulo: RT, jul/dez, 2015, n. 2, versão eletrônica.

Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 225.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BATISTA, Felipe Vieira. **A recuperação judicial como processo coletivo**. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CABRAL, Antonio; ZANETI JR., Hermes. **Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil**. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 2019, vol. 287.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A “execução negociada” de políticas públicas em juízo**. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 37, vol. 212, outubro/2012. DIDIER JR., Fredie;

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 333 do CPC-2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.

DIREITO DO CONSUMIDOR E AS COMPRAS PELA INTERNET.

JOÃO PEDRO COELHO FARIA:

Discente da Universidade Brasil.
Curso de graduação em Direito.
Campus Fernandópolis. (2023).¹²⁷

MATEUS LUCATTO DE CAMPOS

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo abordará o direito do consumidor no comércio eletrônico, dissertando sobre as disposições vigentes que regulamentam as relações de consumo na internet. Para isso, será realizado um levantamento e análise dos direitos básicos e fundamentais do consumidor nas compras online, bem como dos mecanismos legais disponíveis para sua proteção. O objetivo final deste trabalho é verificar a eficácia do Decreto Federal nº 7.962/2013 na proteção do consumidor no comércio eletrônico e enfatizar a importância da aplicação rigorosa desta norma para garantir os direitos destes nas relações de consumo.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Comércio Eletrônico. Compras. Proteção.

ABSTRACT: This article will address consumer rights in electronic commerce, discussing the current provisions that regulate consumer relations on the internet. For this, a survey and analysis of the basic and fundamental rights of consumers in online shopping will be carried out, as well as the legal mechanisms available for their protection. The final objective of this work is to verify the effectiveness of Federal Decree nº 7.962/2013 in consumer protection in electronic commerce and to emphasize the importance of strict application of this norm to guarantee their rights in consumer relations.

Keywords: Consumer Law. E-commerce. Shopping. Protection.

1 INTRODUÇÃO

O direito do consumidor está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXII, como um direito e garantia fundamental. Este artigo estabelece que o Estado tem a responsabilidade de promover a defesa do consumidor por meio da legislação. A palavra "promover" nesse contexto significa buscar restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo, visto que mesmo que ante a criação do Código de

¹²⁷ E-mail: joao_cfaria@hotmail.com

Defesa do Consumidor, o consumidor configura a parte vulnerável nas várias transações comerciais.

Com o avanço contínuo das tecnologias de informação e comunicação, os negócios comerciais realizados por meio da internet aumentaram significativamente. Portanto, é crucial que os direitos dos consumidores sejam assegurados sobretudo nesse âmbito, vez que as o comércio eletrônico hoje compreende uma gama de consumidores.

Este artigo irá se concentrar principalmente no estudo do direito do consumidor e nas legislações que abordam o tema, incluindo o Decreto Federal nº 7.962/2013. O objetivo é examinar a proteção do consumidor no comércio eletrônico, enfatizando a importância da aplicação rigorosa das normas como uma medida essencial para proteger os direitos do consumidor nas relações de consumo.

2 COMÉRCIO ELETRÔNICO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Para compreender melhor o que é o comércio eletrônico, é importante entender o significado dessa expressão. De acordo com Tarcísio Teixeira o comércio eletrônico pode ser entendido como um conjunto de trocas comerciais que ocorrem por meio de comunicação eletrônica, utilizando-se de dispositivos e tecnologias digitais para a realização de compras e vendas de bens e serviços. Portanto, é a comunicação gerada por impulsos elétricos que caracteriza o comércio eletrônico¹²⁸.

Comércio eletrônico ou e-commerce, ou venda não-presencial, ou ainda comércio virtual, pode ser definido como a realização de transações comerciais eletronicamente, especialmente por meio da internet. Em outras palavras, o comércio eletrônico é uma relação de consumo em que não há contato direto entre o consumidor e o fornecedor do bem ou serviço, sendo um negócio jurídico celebrado à distância, e que pode ser realizado usando diferentes ferramentas digitais. Dessa forma, o comércio eletrônico engloba todas as transações comerciais realizadas entre consumidores e fornecedores no ambiente virtual¹²⁹.

Qualquer pessoa capaz civilmente pode participar desse tipo de comércio, desde que tenha acesso a um aparelho com conexão à internet. Além disso, esses procedimentos são realizados em uma infraestrutura predominantemente pública de fácil e livre acesso e

¹²⁸ TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico** - conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622494/>. Acesso em: 20/03/2023.

¹²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 41.

baixo custo¹³⁰. No entanto, é preciso atentar para garantir a proteção do consumidor, parte mais vulnerável e hipossuficiente na relação. Essa proteção, inclusive, é garantida na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXII, como um direito fundamental.

Ocorre que, embora o Código de Defesa do Consumidor possa proteger os cidadãos nas relações comerciais de maneira geral, por si só não é suficiente. A relação consumista se torna uma preocupação social, exigindo que o direito do consumidor se adapte às novas demandas do mercado. Apesar da existência do Código, é necessária a criação de instrumentos específicos para proteger os consumidores em suas relações com o comércio eletrônico. Para abordar essa lacuna, o Decreto Federal nº 7.962/2013 apresenta inovações relevantes para as vendas online no país.

2.1 DISPOSITIVOS LEGAIS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, regula todas as relações de consumo, estabelecendo os direitos e deveres tanto dos consumidores como dos fornecedores.

O direito do consumidor surgiu com o objetivo de eliminar as desigualdades decorrentes das relações de consumo, especialmente após a Revolução Industrial. Com a produção em massa, novos mecanismos de distribuição e produção surgiram, o que levou à criação de contratos coletivos, contratos de massa e contratos por adesão, todos baseados em um direito material tradicional, com princípios como "pacta sunt servanda" e responsabilidade fundada na culpa¹³¹.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 inclui a proteção ao consumidor como um direito fundamental e garante a defesa do consumidor como um direito e uma garantia fundamentais. Isso deixou claro que o Estado deve buscar e implementar uma política nacional de relações de consumo efetiva e justa.

O artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal estabelece que o Estado tem o dever de promover a defesa do consumidor, e é responsável por restabelecer equilíbrio e igualdade nas relações de consumo de acordo com a lei. Com o aumento das vendas online, foi necessário criar normas específicas para regular esse tipo de comércio, já que o Código de Defesa do Consumidor não possui disposições expressas sobre o comércio eletrônico, mas ainda é utilizado para regulá-lo.

Surge, por fim, recentemente, a primeira legislação destinada a regulamentar o comércio eletrônico (e-commerce). Publicado no Diário Oficial em 15 de março de 2013, o

¹³⁰ ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico**: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.15.

¹³¹ CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 464.

Decreto Federal nº 7.962/2013 entrou em vigor em 60 dias a partir da sua publicação. Até então, mesmo o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, não possuía disposições que regulamentassem a comercialização por meio eletrônico.

2.2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO

A relação de consumo estabelecida pela internet deve ser tão confiável, segura e informativa quanto a estabelecida em um estabelecimento comercial físico, já que o negócio jurídico realizado por meios eletrônicos não difere do realizado de maneira tradicional e, portanto, é passível de proteção jurídica¹³². No entanto, é comum que o consumidor não se preocupe em conhecer as condições do fornecedor ou saber a procedência dos produtos e serviços ofertados nesse âmbito.

A confiança, segundo Antônio Menezes Cordeiro¹³³, deve ser entendida como uma situação em que um indivíduo adere, em termos de atividade ou de credibilidade, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. No comércio eletrônico, o consumidor experimenta uma maior vulnerabilidade e hipossuficiência, já que há uma desmaterialização e despersonalização dos fornecedores.

O aumento da vulnerabilidade do consumidor diante dessa nova realidade deve ser considerado como uma hipervulnerabilidade, como já foi objeto reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça. O consumidor não pode ser responsabilizado integralmente pelos riscos da atividade econômica ocorrida no âmbito virtual, especialmente pela falta de informações claras e precisas sobre como utilizar a ferramenta.

Na contratação eletrônica via internet, a confiança dos contratantes, que integra parte do conteúdo substancial da boa-fé, deve ser protegida em face da especificidade do meio, garantindo uma expectativa legítima da parte sob o ponto de vista da segurança e informação.

Conforme apontado por Ralph Kogge¹³⁴, essa nova modalidade de comercialização tem uma grande relevância social e traz potenciais danos e riscos ao consumidor, como a impossibilidade de ver e experimentar o produto, riscos de erros e manipulações no momento de concluir ou de se arrepender do negócio, fornecedores não sérios ou falsários, a perda do valor pago, a demora extrema no fornecimento do produto ou serviço, riscos

¹³² MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 39.

¹³³ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1234.

¹³⁴ KOGGE, Ralph APUD. Marques, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52/53.

com os dados sensíveis enviados, perturbação da privacidade, uso indevido dos dados sensíveis, das senhas e dos dados financeiros. Por isso, faz-se necessária a criação de novas normas específicas para o comércio eletrônico – para fornecer mais clareza, informação e proteção ao consumidor.

3 APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Apesar da falta de uma lei específica para o comércio eletrônico até recentemente, os direitos do consumidor estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor podem e devem ser aplicados, uma vez que existe uma relação de consumo em vigor. Isso também porque mesmo no comércio virtual o consumidor é considerado vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo, e assim como nas transações físicas, as normas do Código de Defesa do Consumidor também devem ser aplicadas aos contratos eletrônicos que envolvem relação de consumo.

De acordo com o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, as normas de proteção e defesa do consumidor nele estabelecidas têm natureza social e interesse público. Portanto, essas normas são de caráter imperativo, ou seja, sua aplicação não pode ser banida, independentemente da vontade das partes envolvidas¹³⁵.

É o mesmo entendimento do professor Fábio Ulhôa Coelho, o comércio eletrônico não é abordado especificamente pelo direito positivo brasileiro, mas os empresários brasileiros que se dedicam ao comércio eletrônico possuem as mesmas obrigações que os fornecedores em geral em relação aos consumidores. A venda realizada em um estabelecimento físico ou virtual não afeta os direitos dos consumidores e os deveres dos empresários. O contrato eletrônico de consumo entre brasileiros está sujeito aos mesmos princípios e regras aplicáveis a outros contratos (orais ou escritos) regidos pelo Código de Defesa do Consumidor¹³⁶.

De acordo com Fábio Ulhôa Coelho, independente se a venda ocorreu em um estabelecimento físico ou virtual, os direitos dos consumidores e os deveres dos empresários permanecem inalterados. Por isso, certos princípios contratuais se aplicam igualmente aos contratos eletrônicos e a transparência é crucial para assegurar uma boa relação de consumo.

O consumidor tem o direito de receber informações precisas e completas sobre o produto ou serviço adquirido, independentemente de ser uma transação eletrônica ou

¹³⁵ CASTRO, Luiz Fernando Martins. **Comércio Eletrônico e a Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro e no Mercosul**. In Internet e Direito. Reflexões Doutrinárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 37.

¹³⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2006. v. 3. p. 42.

física. O princípio da transparência, como adverte Guilherme Magalhães Martins, estabelecido no direito positivo brasileiro pelo artigo 4º, significa principalmente clareza, lealdade e respeito. É responsabilidade do fornecedor informar o consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, mas também sobre o conteúdo do contrato, incluindo manifestações pré-contratuais, especialmente publicidade¹³⁷.

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor é fundamental para proteger o consumidor na relação com o fornecedor. Seu primeiro inciso busca proteger a vida, saúde e segurança do consumidor contra produtos que possam causar danos. Combina-se este com o inciso III, que garante que todas as informações relevantes sobre o produto ou serviço sejam fornecidas, especialmente os riscos associados. O inciso IV protege o consumidor contra práticas comerciais enganosas ou abusivas e o inciso VI garante o direito à prevenção e reparação de danos. Além disso, o inciso VIII permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, levando em conta sua posição de hipossuficiente.

Jean Carlos Dias afirma que é importante ressaltar que os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, que são amplamente estudados atualmente, são distintos. Enquanto o primeiro se refere à situação natural de risco inerente à relação de consumo, o segundo é um agravamento dessa condição, em que o consumidor, devido a suas circunstâncias pessoais (culturais, sociais, econômicas, etc.), necessita de ainda mais proteção. Em contratos de consumo realizados em meios virtuais, os consumidores não só são vulneráveis, mas também são hipossuficientes devido ao elemento tecnológico que apresenta um fator de adversidade evidente. Portanto, é fundamental destacar que, nas relações de consumo em meios virtuais, a proteção ao consumidor é ainda mais crucial, exigindo que as empresas que desejam operar nesse mercado tenham cuidados redobrados para atender às condições exigidas por lei¹³⁸.

No comércio eletrônico, assim como em qualquer outro tipo de comércio, é permitido fazer tudo o que for legalmente aceitável para atrair clientes. No entanto, muitos empresários recorrem a publicidades falsas ou omitem informações relevantes sobre a natureza, qualidade, características, origem e preço dos produtos e serviços oferecidos, levando os consumidores a cometer erros na hora de fazer a escolha. Esse tipo de prática ocorre em lojas físicas, onde o consumidor tem a oportunidade de ver e tocar os produtos,

¹³⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.132.

¹³⁸ DIAS, Jean Carlos. **Direito contratual no âmbito virtual**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 111.

tanto quanto em maior escala nas lojas virtuais, onde o consumidor tem acesso somente a informações escritas na tela e, no máximo, fotos dos produtos¹³⁹.

Nesse sentido, os artigos 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor são plenamente aplicáveis, visto que o primeiro estabelece a obrigação do fornecedor que divulgou a oferta e a publicidade, tornando-as parte integrante do contrato a ser celebrado, enquanto o segundo reforça a obrigação de que a oferta e apresentação dos produtos ou serviços contenham informações corretas, claras, precisas e ostensivas em língua portuguesa. Além disso, é importante considerar a publicidade nas relações de consumo, visto que é proibida de ser enganosa ou abusiva, conforme a norma geral estabelecida no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, o que também é justificável no contexto virtual.

Se um fornecedor se recusa a cumprir uma oferta, apresentação ou publicidade, é justo impor ao fornecedor as alternativas previstas no artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor, que o consumidor pode escolher entre: obrigar o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou serviço equivalente, ou rescindir o contrato e receber a quantia paga com os devidos reajustes e perdas e danos¹⁴⁰. O consumidor também tem o direito de se arrepender, como previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que permite a desistência do contrato no prazo de 7 dias após sua assinatura ou o recebimento do produto ou serviço.

Portanto, é inquestionável que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado nas relações de consumo virtual, com interpretação adaptada aos casos específicos. O Decreto Federal nº 7.962/2013, que traz dispositivos específicos para o comércio eletrônico, objetiva, em conjunto, oferecer ao consumidor maior conforto e segurança ao realizar compras pela internet.

4 O DECRETO FEDERAL Nº 7.962/2013 E SEU REFLEXO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

No dia 15 de março de 2013, a então presidente Dilma Rousseff sancionou o Decreto Federal nº 7.962, que estabelece normas específicas para as contratações realizadas por meio do comércio eletrônico. Esse Decreto foi criado para atualizar a Lei nº 8.078/90, que é o Código de Defesa do Consumidor, e atender às novas demandas geradas pelo comércio online.

O Decreto trouxe inovações importantes, como a exigência de que os fornecedores informem em seus sites a razão social, CNPJ, endereços eletrônico e físico, bem como todas

¹³⁹ CASTRO, Luiz Fernando Martins. **Comércio Eletrônico e a Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro e no Mercosul**. in Internet e Direito. Reflexões Doutrinárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 37.

¹⁴⁰ CASTRO, Luiz Fernando Martins. **Comércio Eletrônico e a Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro e no Mercosul**. in Internet e Direito. Reflexões Doutrinárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 37.

as informações essenciais sobre os produtos ou serviços oferecidos, incluindo eventuais encargos e restrições aplicáveis à oferta, conforme determina o artigo 2º e seus incisos.

Dessa forma, o Decreto Federal nº 7.962/2013 representa um avanço significativo na proteção dos direitos do consumidor no ambiente virtual. Entre as suas inovações, destaca-se a obrigatoriedade dos fornecedores em manter um serviço de atendimento adequado e eficaz em meio eletrônico, capaz de solucionar demandas relacionadas a informações, dúvidas, reclamações, suspensão ou cancelamento do contrato, com resposta encaminhada em até 5 (cinco) dias ao consumidor. Tal previsão está prevista no artigo 4º, inciso V, parágrafo único do mencionado Decreto.

O artigo 5º estabelece que, além, o fornecedor é obrigado a informar de maneira clara e ostensiva os meios adequados e eficazes para que o consumidor exerça o direito de arrependimento, que deve ser garantido por meio da mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

Além disso, o fornecedor tem a obrigação de comunicar imediatamente à instituição financeira ou administradora de cartão de crédito o exercício do direito de arrependimento, para que a transação não seja lançada na fatura do consumidor e, se já tiver sido lançada, efetivar o estorno do valor.

O direito de arrependimento é previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor e permite que o consumidor desista das compras realizadas fora de estabelecimento comercial dentro de até sete dias, contados a partir da contratação ou do recebimento do produto ou serviço. Por fim, o fornecedor também deve enviar ao consumidor uma confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

O Decreto Federal nº 7.962/2013, regulamentando o Código de Defesa do Consumidor, estabelece regras específicas aplicáveis às contratações realizadas por meio de comércio eletrônico, garantindo os direitos do consumidor no âmbito virtual. O fornecedor deve informar de forma clara e ostensiva os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor, e comunicar imediatamente o exercício do direito de arrependimento à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito para o estorno do valor. A inobservância dessas condutas ensejará a aplicação das sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor. A expectativa é que esse diploma legal aperfeiçoe e torne mais rígido e efetivo o cumprimento das normas de proteção e defesa do consumidor no comércio eletrônico, garantindo maior conforto e segurança ao consumidor.

4.1 CASOS PRÁTICOS QUE ELUCIDAM A APLICABILIDADE DO DECRETO FEDERAL Nº 7.962/2013

Acerca da aplicabilidade do Decreto Federal nº 7.962/2013, a ementa a seguir colacionada se refere a uma decisão de apelação cível sobre uma empresa autuada pelo PROCON devido a práticas adotadas na venda online de ingressos para um espetáculo musical. A cláusula que previa um prazo de até 10 dias úteis para o estorno foi considerada abusiva, além de também a cobrança de taxas de conveniência e de retirada. A sentença foi parcialmente reformada, com o provimento do recurso do PROCON.

APELAÇÃO CÍVEL – MULTA PROCON – Empresa autuada em razão de práticas adotadas em venda online de ingressos para espetáculo musical – **PRELIMINAR DE BIS IN IDEM** – Inocorrência – Processos judiciais e administrativos que têm por objeto autos de infrações distintos, relacionados a eventos passados, ainda que apurem as mesmas infringências – Legalidade da instauração autuação todas as vezes que houver reiteração das infrações - Prazo para exercício do direito de arrependimento ou reflexão – CDC que prevê o prazo de 7 (sete) dias contados da data de recebimento dos ingressos, e não da data da compra – Termo inicial que deve ser a data do recebimento dos ingressos na residência do consumidor – Infringência ao artigo 49, caput, do CDC – **PRAZO PARA ESTORNO, NO CASO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA** – Política de venda de ingressos que prevê o prazo de até 10 (dez) dias úteis – Cláusula abusiva – Administradoras de cartões de crédito e instituições financeiras que possuem interesse econômico e jurídico nas vendas e devem colaborar para o reembolso imediato – Ausência de razoabilidade no prazo estipulado, que coloca o consumidor em manifesta desvantagem e desestimula o exercício do direito de arrependimento - Art. 49, parágrafo único, do CDC e art. 5º do Decreto nº 7.962/13 – **COBRANÇA DE TAXA DE CONVENIÊNCIA E DE TAXA DE RETIRADA ('WILL CALL')** – Cláusulas abusivas, nos termos do art. 39, inciso V, do CDC – Custos inerentes à opção de venda por meio eletrônico, que não pode ser repassado ao consumidor – Colocação de ingressos a venda pela internet que representa uma vantagem principalmente ao fornecedor, por possuir maior alcance entre os consumidores - **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS** – Fixação com base nas alíquotas mínimas previstas no art. 85, §3º, incisos I a V, do CPC - Sentença

parcialmente reformada – Recurso da parte autora improvido - Recurso do PROCON provido.¹⁴¹

Em caso de temática assemelhada, em que se trata de uma apelação cível referente a uma ação anulatória de uma multa imposta pelo PROCON, a decisão confirmou que não houve violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório e que as decisões do PROCON foram fundamentadas e respeitaram o direito de recurso da decisão administrativa. Foi reconhecida a infração ao Decreto 7.962/2013 que regulamenta os direitos do consumidor nos contratos de comércio eletrônico, e negado o argumento do recorrente que tentou demonstrar que as exigências do decreto haviam sido respeitadas.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA IMPOSTA PELO PROCON. REDUÇÃO DO VALOR DA SANÇÃO. 1) Inexistência de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tendo sido inclusive respeitado o direito de recurso da decisão administrativa. Decisões do Procon que foram devidamente fundamentadas. 2) Infração ao Decreto 7.962/2013, o qual regulamenta os direitos do consumidor nos contratos de comércio eletrônicos corretamente reconhecida, sendo certo que o recorrente não logrou êxito em demonstrar que as exigências referidas pelo aludido diploma haviam sido respeitadas. 3) Análise do conteúdo do site que deveria ter sido realizada nos idos de 2013, ocasião na qual foram constatadas as aludidas irregularidades, não valendo para o fim de comprovar ou não o cumprimento dos termos do decreto imagens atuais ou produzidas muito tempo depois da verificação, pelo poder público, das aludidas infrações. 4) Multa administrativa estabelecida em consonância com as disposições do art. 57 do CPC, bem como com os ditames dos artigos 3º e 4º da Lei Estadual 3.906/02 e artigos 24 a 26 e 28 do Decreto nº 2.181/97. 5) Recurso ao qual se nega provimento.¹⁴²

Não obstante, é perceptível que, mesmo nos assuntos abordados pelo Decreto, podem ser identificadas eventuais lacunas que, por sua vez, deixam a legislação vulnerável a interpretações enviesadas, permitindo a continuidade de situações que prejudicam o consumidor. No entanto, ainda diante de todas as limitações e lacunas pontuadas, é

¹⁴¹ TJSP. **Apelação Cível 1048834-91.2019.8.26.0053**; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 08/07/2020

¹⁴² TJRJ. **Apelação Cível 0218599-73.2015.8.19.0001**; Des(a). Heleno Ribeiro Pereira Nunes; Órgão Julgado: 5ª Câmara Cível; Julgamento: 23/06/2020

inegável que o Decreto traz uma maior confiabilidade aos consumidores que se utilizam dessa modalidade de comércio, além de proporcionar uma segurança jurídica mais específica que possibilita ao consumidor uma proteção legal mais eficaz e eficiente para suas compras.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente há um notável avanço nas tecnologias de informação e comunicação, que revolucionaram as formas de organização e relacionamento da sociedade, tornando-as mais ágeis e acessíveis. A internet, em particular, tem sido a ferramenta mais importante nesse processo, ampliando as possibilidades de comunicação, compartilhamento de informações e negociações. Devido a essa escala de evolução, o Direito também se viu na necessidade de avançar na mesma velocidade, criando legislações específicas para regulamentar os negócios formalizados por meio da internet, também conhecidos como comércio eletrônico.

Com o avanço dessas tecnologias, foi criado o Decreto Federal nº 7.962/2013, que trouxe grandes inovações para as vendas online no Brasil. Esse Decreto veio para regulamentar o Código de Defesa do Consumidor, visto que este não possuía dispositivos específicos para essa nova modalidade de transação comercial.

Neste artigo, que não teve a intenção de esgotar o tema, mas sim de analisar alguns pontos específicos do comércio eletrônico e a relevância do Decreto Federal nº 7.962/2013 para as relações de consumo existentes no meio virtual, foi possível constatar que o comércio eletrônico não é um novo tipo de comércio, mas sim um novo meio de formalizá-lo.

Assim sendo, no contrato eletrônico são aplicáveis as normas e princípios gerais do direito contratual tradicional, devendo ser adaptados a cada situação e às particularidades do meio virtual, com a finalidade de legitimar os negócios jurídicos celebrados por meio eletrônico. Além disso, restou comprovado que é viável a utilização do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo eletrônicas, especialmente no tocante ao direito de arrendimento previsto no artigo 49.

Apesar de o Decreto Federal nº 7.962/2013 ainda não ter produzido mudanças significativas na legislação em vigor, acredita-se que possa aprimorar e intensificar o cumprimento das normas de proteção do consumidor.

O legislador demonstrou grande preocupação com a relação consumerista atual no comércio eletrônico, tendo criado o novo diploma legal que certamente trará mais conforto, segurança, transparência, confiabilidade e proteção ao consumidor nas

transações eletrônicas, especialmente por se tratar de um ambiente tecnológico ainda não totalmente dominado pela maioria dos usuários que o utilizam para negócios jurídicos.

Contata-se que, apesar de o Código de Defesa do Consumidor já visar à proteção do consumidor, o Decreto Federal nº 7.962/2013 trouxe inovações relevantes para a comercialização eletrônica, uma vez que, até então, não havia dispositivos específicos para esse tipo de transação comercial. Isso muitas vezes deixava o consumidor desprotegido ao realizar um negócio jurídico por meio virtual. Portanto, a expectativa é que o Decreto Federal traga mais efetividade às normas que regulamentam a comercialização eletrônica, garantindo maior rigidez, transparência, segurança e proteção ao consumidor no momento da realização do negócio.

A pesquisa realizada confirmou as hipóteses iniciais, visto que o Código de Defesa do Consumidor já resguardava, de forma geral, a proteção e segurança jurídica do consumidor antes do Decreto. Entretanto, a legislação específica trazida pelo Decreto proporciona maior segurança e proteção nas relações de consumo eletrônicas, esclarecendo lacunas que antes existiam na legislação vigente.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico**: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. **Decreto Federal nº 7.962 de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 20/03/2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20/03/2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20/03/2023.

CANUT, Letícia. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2007.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. **Comércio Eletrônico e a Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro e no Mercosul**. in Internet e Direito. Reflexões Doutrinárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2006. v. 3.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **Direito contratual no âmbito virtual**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. 17 ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA, Miriam. **Contratos eletrônicos**. Rio de Janeiro. Mauad, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico** - conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622494/>. Acesso em: 20/03/2023.

TJRJ. **Apelação Cível 0218599-73.2015.8.19.0001**; Des(a). Heleno Ribeiro Pereira Nunes; Órgão Julgado: 5ª Câmara Cível; Julgamento: 23/06/2020

TJSP. **Apelação Cível 1048834-91.2019.8.26.0053**; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 08/07/2020

TRIBUNAL DO JÚRI: BRASIL X ESTADOS UNIDOS

CAROLINA GRASSI FORTUNATO:
bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹⁴³.

ALEX APPOLONI

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo discutir questões relativas à eficácia do procedimento do tribunal do júri no sistema jurídico brasileiro em comparação ao presente no sistema jurídico dos Estados Unidos. O tribunal do júri brasileiro tem seus fundamentos estabelecidos no Brasil no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal de 1988, e na Constituição Americana pela Sexta e Sétima emenda. Já as diferenças se iniciam desde os sistemas adotados por cada país até o momento de interposição dos recursos. É de suma importância este estudo a fim de absorver o que há de mais valioso e defeituoso em cada instituição, respeitando o fato notório de que os sistemas judiciais brasileiro e americano são bastante distintos por uma questão histórico-cultural.

PALAVRA-CHAVE: Tribunal; Brasileiro; Constituição; American

ABSTRACT: This paper aims to discuss issues related to the effectiveness of the jury trial procedure in the Brazilian legal system compared to the present in the United States legal system. The Brazilian jury court has its foundations established in Brazil in Article 5, item XXXVIII of the Federal Constitution of 1988, and in the American Constitution by the Sixth and Seventh Amendments. Differences start from the systems adopted by each country until the moment of filing the appeals. This study is extremely important in order to absorb what is most valuable and defective in each institution, respecting the well-known fact that the Brazilian and American judicial systems are quite different due to a historical-cultural issue.

KEYWORDS: Court; Brazilian; Constitution; American

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do tribunal do júri causou grande polêmica entre doutrinadores de todo o mundo. Entretanto, é fato comum entre eles que nos primórdios aquela instituição era associada a superstições e crenças populares, sendo comum a invocação de deuses na

143 E-mail: carolgrassi40@gmail.com

condenação de crimes cometidos na sociedade. Este artigo tem como objetivo mostrar de forma objetiva como os júris brasileiros e norte-americanos evoluíram e destacar as principais diferenças e semelhanças entre os dois sistemas.

Para fazer uma análise comparativa do modelo de júri no Brasil e nos Estados Unidos, é muito importante atentar para os aspectos históricos de cada modelo e também para a ideia universal do tribunal. Acredita-se que na comparação possam ser destacados os fatores determinantes de cada ordenamento jurídico e a cultura jurídica de cada país. Em nosso ordenamento jurídico, crimes dolosos contra a vida são aqueles em que o agente pretende tirar a vida da vítima, sendo os crimes correlatos julgados por júri popular. O júri é composto por sete jurados selecionados por sorteio, juntamente com outros vinte cinco jurados alistados auxiliarão o juiz-presidente a decidir sobre a culpabilidade do acusado.

A instituição do júri na América do Norte foi influenciada pelo sistema de direito common law, e essas decisões têm grande participação e conscientização do público, cujos resultados podem se irradiar por todo o sistema e contribuir para os precedentes que estabelecem os julgamentos. É importante observar que as diferenças entre os países começam desde os sistemas jurídicos aceitos até a apresentação de uma reclamação. Por isso é importante comparar todas as diferenças e semelhanças entre os tribunais dos dois países, pois vemos que para completar tal instituição é necessário fazer reformas, para que no futuro tenhamos um tribunal com participação popular que alcance a mais civilizada forma de justiça.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 O Surgimento do Tribunal do Juri Brasileiro

O Júri foi implantado no Brasil através da Lei de 18 de junho de 1822, época em que o Brasil ainda era colônia portuguesa, pelo então Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara, influenciado por José Bonifácio de Andrada e Silva (MOSSIN, 1999, p. 183).

Criado como um ramo do poder judiciário, até 1823, esse instituto se prestava para apreciar os delitos de liberdade de imprensa, tendo atribuição para, no tocante à matéria de fato, decidir tudo (tanto na esfera criminal, quanto na esfera cível) (MOSSIN, 1999, p. 184).

A Constituição de 1824 dispunha, em seus artigos 151 e 152, respectivamente: Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e jurados, os quaes terão lugar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juízes aplicam a Lei.

Segundo a maior parte da doutrina, o júri como o conhecemos vem da Grande Carta da advém da Magna Carta inglesa de 1215, que garantia uma série de direitos aos cidadãos perante o Estado, no entanto, existem vestígios de um tribunal cidadão desde o início. Na Palestina, havia um tribunal designado para julgar crimes puníveis com a morte, composto por sacerdotes, levitas e pelos chefes das famílias mais importantes de Israel. Ficou conhecido como Tribunal dos Vinte e Três e ocorria em aldeias de mais de 120 famílias, e os crimes condenados neste tribunal eram punidos com a pena de morte.

A constituição de 1937, chamada “Polaca” por ter sido inspirada na constituição autoritária do fascismo polonês e no regime ditatorial do Estado Novo, não mencionou a instituição que autorizou a Lei nº. 167 de 1938, uma usurpação dessa soberania que permitiu a revisão de mérito pelos tribunais de apelação, uma vez que tal soberania não foi restaurada até a constituição de 1946. Por fim, a Constituição de 1988 estabeleceu o júri como direito e garantia fundamental em seu artigo. 5º, inciso XXXVIII e a caracteriza como sentença de ferro apresentada no art. 60, §4º, inciso VI, pois não pode ser suprimido ou limitado nem mesmo por emendas constitucionais (CAPEZ 2012, p. 648)

Um grande júri, principalmente um órgão especial do sistema jurídico em nível estadual ou federal, é composto por um juiz presidente eleito e sete dos vinte e cinco juízes convidados que compõem o conselho judicial. Nota-se que o referido conselho tem o poder de punir com a vida os acusados de crimes dolosos e tem plena autoridade sobre as decisões tomadas por seus membros ordinários com base em um sistema de crenças não provocadas, secretas e íntimas.

O recurso é interposto contra a decisão de apresentar ou rejeitar uma acusação em sentido estrito, bem como contra a rejeição no caso de recurso e ao receber uma decisão de arquivamento com base em uma reclamação, ou seja, reclamação contra a decisão declaratória da primeira instância em sentido estrito, a doutrina se refere à destituição, que tem a mesma consequência jurídica da destituição.

2.2 Juri Americano

A instituição do júri norte-americano desenvolveu-se historicamente de acordo com o espírito e os princípios da common law. É a tradição jurídica que forneceu as circunstâncias e o contexto apropriados para o aparente sucesso do júri, nos Estados Unidos, o realismo sociológico definiu uma posição teórica que tornava aceitável um sistema de direito consuetudinário regido por juízes e pessoas, onde o direito e a sociedade se renovam e se alimentam. As peculiaridades da tradição política do povo americano, por

outro lado, permitiram a emergência de um espírito cívico e de uma consciência jurídica comum, que faz da viabilidade material do júri a regra, não a exceção.

O compromisso dos cidadãos dos Estados Unidos por meio da participação na administração pública e a decorrente responsabilidade dos órgãos estatais com suas solicitações e reais necessidades é um claro testemunho do sistema jurídico americano e, especialmente, da instituição do júri. O maior impedimento possível ao possível despotismo legal é o contrapeso significativo de um júri de cidadãos selecionados aleatoriamente, menos cidadãos e intelectualmente capazes cujo veredito é soberano e diretamente no âmbito das sanções penais. De acordo com a democracia constitucional americana, apenas a instituição de um júri tem legitimidade suficiente para aplicar sanções tão severas. O júri enfrenta as partes que cumprem concreta e democraticamente uma limitação contratual da sua liberdade, ponderando inclusive o alcance dessa limitação e cumprindo o papel de controlar a sua eficácia.

O julgamento por júri é considerado uma das garantias constitucionais mais importantes porque foi consagrado na Sexta e Sétima Constituição em 1791, tanto em casos criminais quanto civis. Uma limitação constitucional ao direito do Estado de restringir ou privar os cidadãos de sua liberdade e punir atos ilegais é essencial. Não é por acaso que 12 dos 23 direitos autônomos privilegiados pelas oito primeiras emendas à Constituição dos EUA dizem respeito ao direito penal (ISRAEL e LA FAVE, 1988)

Os júris no sistema jurídico norte-americano são um fenômeno interessante que podem ser observados tanto em processos criminais quanto civis, dividindo-se no chamado Grand Jury (grande júri), contemplado pela quinta Emenda à Constituição Americana, e no Petit Jury (pequeno júri). Um Grand Jury (grande júri) é basicamente um júri de 23 jurados encarregado de investigar um determinado caso quando há provas suficientes para mostrar a gravidade do crime e do autor do crime, e, portanto, o caso deve ser enviado a um pequeno júri para análise, que decidirá se condenar ou absolver o acusado. Deve-se notar que um grande júri é um processo confidencial ao qual os não-jurados não têm acesso. (NUCCI, 2002, p. 72).

Atualmente, os grandes júris são limitados a um grande júri federal e a algumas jurisdições estaduais e são usados para crimes graves que acarretam a pena de morte.

Podemos citar como características principais dos jurados na Common Law: independência frente ao juiz, irresponsabilidade de seus integrantes, como consequência da não exigência de motivação do veredicto emitido, segredo das deliberações, unanimidade do veredicto e carácter cívico-obrigatório. Existem ainda outras características do Tribunal do Júri do tipo "puro":

- a) Os juízes são tirados do povo;

- b) Decidem por íntima convicção (jurados) e através do livre convencimento motivado (Juiz-Presidente);
- c) Tratam matérias de fato (jurados) e de direito (Juiz-Presidente);
- d) Há divisão de trabalho entre o jurado e o Juiz Presidente;
- e) No Brasil, tutela o direito de liberdade, visto que se encontra no art.º 5º,XXXVIII da Constituição Federal;
- f) Tem competência diversa para o julgamento de diversos crimes, no direito comparado;
- g) É um órgão especial da justiça comum, estadual e federal e
- h) É um órgão colegiado heterogêneo e temporário. (CUNHA, 2019)

O fato é que nos Estados Unidos, o júri é na verdade um direito constitucional fundamental dos cidadãos e deve ser respeitado em todos os tribunais, federais e estaduais. O julgamento por júri é um direito americano, portanto, somente pela vontade do acusado pode ser feito um julgamento por um juiz monocrático se o promotor e o juiz concordarem. As partes são responsáveis por apresentar provas, convocar e preparar testemunhas, contratar peritos (se necessário) e reunir provas a seu favor.

Numa audiência judicial, a tarefa do juiz é garantir a equidade do processo, aplicando as normas costumeiras e legais que regulam a admissibilidade e a importância das provas fornecidas para a apreciação do tribunal. Segundo o princípio da apuração compacta, os procedimentos devem ser tranquilos, o juiz resolverá possíveis pendências de acordo com o plano, mas não há objeções ao tratamento minucioso da questão jurídica, pois a má aplicação isto que a má aplicação da law of evidence pode ensejar uma nulidade. A principal garantia dos americanos é uma oportunidade igual para encontrar a verdade, buscar provas de sua inocência ou acusar outros. O confronto expõe a verdade por meio de evidências e debate durante o julgamento, esta é uma indicação prática do que os filósofos jurídicos americanos pensam sobre esta teoria de dire.

2.3 Comparativo Entre os Tribunais

O poder persuasivo e convincente do discurso expressa o poder do espírito, que chama a atenção para o arranjo para mediação no tribunal, que converge para a escalada da vitória de um trabalho digno e do mais conceituado mérito, em favor do ofício de um advogado. A tecnologia e a vivência diária permitem que quem exerce a profissão e ao mesmo tempo usa a oralidade progrida passo a passo. Não é deprimente que existam

peças que tenham meios para fazer importantes deduções práticas; a instituição da língua através dos seus métodos, através da riqueza do vocabulário e da estrutura gramatical, permite ao aspirante ou veterano insatisfeito aperfeiçoar-se e enriquecer-se à medida que a observação, a técnica e a experiência gradual convivem com a arte da observação.

Ante a conceituação dos dois sistemas jurídicos, destaca-se a primeira diferença entre o Tribunal do Júri brasileiro e o americano, bem como o motivo pelo qual os dois procedimentos possuem mais diferenças do que semelhanças, no Brasil adota-se o sistema Civil Law, já nos Estados Unidos o sistema utilizado é o Common Law. Outra grande diferença é no que diz respeito à competência do Tribunal do Júri, que também é bastante distinta nos dois países.

A primeira diferença é que o júri brasileiro, como já visto, é competente para ouvir o mínimo possível de crimes dolosos contra a vida e crimes correlatos, enquanto o júri americano tem atuação ampla em processos cíveis, sucessões e cíveis. Deve-se notar que no Brasil, como já explicado, os júris na antiguidade julgavam até casos não criminais. Outra diferença importante está relacionada ao sigilo da votação, pois enquanto no júri americano há livre comunicação entre os jurados, conduzida por um mediador, para que cheguem a um acordo sobre o veredito, no Brasil é o contrário, pois os jurados devem proferir voto secreto em uma sala especial, onde não haja comunicação entre eles ou terceiros por causa da nulidade absoluta do júri, bem como multa do jurado e exoneração da junta judiciária. (GRAZIOLI, 2020)

A instituição do júri, tanto brasileiro quanto norte-americano, está prevista em sua constituição, onde a apresentação é de um estado democrático natural, o que inclusive é previsto em suas doutrinas como órgão do poder judiciário e, por vezes, como direito fundamental e garantia do povo tribunal. Mesmo diante de argumentos e conflitos de princípios constitucionais, o júri é soberano na tomada de decisões no Tribunal Popular. O júri brasileiro é estabelecido pela Constituição como uma proteção abrangente dos direitos e garantias do acusado.

Ressalta-se que o pedido diz respeito apenas ao tipo de crime doloso contra a vida que é próprio do ordenamento jurídico brasileiro, onde assegura a transparência processual em seus trâmites. Embora o júri americano tenha expressado em sua Constituição, que foi escrita principalmente na sexta e sétima emenda, e se estende a todas as Constituições estaduais, mostrando sua importância como princípio. Tanto os júris brasileiros quanto os americanos possuem características doutrinárias distintas em seus procedimentos quanto à formação do veredito, seleção do júri, quórum, procedimentos do júri e seus fundamentos definidos constitucionalmente. (CUNHA, 2019)

CONCLUSÃO

O principal objetivo deste artigo foi analisar e descrever os Instituto do Tribunal do júri Brasileiro e tribunal do Júri Americano, buscando de forma direta as principais características relevantes desses Instituto dentro do ordenamento jurídico.

Discutiu-se acerca dos institutos do júri, suas características específicas, adotadas no Brasil, assim como, Estados Unidos, buscando desmontar a grande diferença entre os procedimentos de cada Instituto dos referidos países. Em primeiro lugar foi observado que esses institutos apresentam um contexto histórico de grande discussão em relação a sua origem, em que doutrinadores divergem em alguns pontos.

Ao analisar e comparar os dois Instituto do Tribunal do júri no que se refere a origem observamos o que o tribunal do júri brasileiro teve sua origem no tribunal romanos e o tribunal do júri americano no tribunal da Inglaterra, mais o tribunal do júri brasileiro apresenta as suas características no molde romano -germânico e americano nos moldes do Common Law.

Os Instituto possuem as suas competências fundamentadas em suas constituições e apresentam vários princípios constitucionais que são fundamentais para esse instituto como plenitude de defesa, do sigilo das votações, da soberania dos vereditos, e a competência de jugar os crimes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. O. JÚNIOR, J.S. **Direito Comparado: O Tribunal do Júri Brasileiro e o Norte Americano.** Revista Científica Eletrônica De Ciências Aplicadas Da Fait, n 2, novembro, 2016. Disponível em:

<http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/Mev6INRocOiFnYI_2020-7-23-17-31-57.pdf> Acesso em 05 nov. 2022.

AZEVEDO, A. M. L. **Tribunal do Júri e Soberania Popular.** Dissertação (Mestrado em Direito) 240 p. Natal. Universidade do Rio Grande do Norte, 2007.

BARBOSA, R. **O júri sob todos os aspectos.** Org. Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal.** 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, S. C. **Tribunal do Juri Brasileiro Comparado com Tribunal do Juri Americano no Código de Processo Penal.** Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53794/tribunal-do-jri-brasileiro-comparado-com-o-tribunal-do-jri-americano-no-cdigo-de-processo-penal>> Acesso em 05 nov. 2022

GRAZIOLI, M. C. W. **O Tribunal do Júri: Um Estudo Comparado**. Programa de Iniciação Científica (PIC) do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

ISRAEL, J. H., LA FAVE, W. R. **Criminal Procedure: Constitutional Limitations**. St. Paul, West, 4ª ed., 1988.

JUNIOR, E. C. Oratória no Tribunal do Júri. Técnica de Defesa, Teori e Prática. 2ªed. Editora Cronus, 2023.

LIMA, R. **Brasileiro de. Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Vol. Único. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MOSSIN, H. A. **Júri: Crimes e Processo**. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, G. de S. **Júri: Tribunal do Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, G. de S. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: J. De Oliveira.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VALE, I. P. **O tribunal do júri no contexto do devido processo legal**. 2014.Tese (Doutorado).585p. Lisboa. Universidade de Lisboa, 2014.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA

JÚLIA EMANUELLE RODRIGUES MACHADO:
Graduanda em Direito pela Universidade
Brasil¹⁴⁴

ELOISA DA SILVA COSTA

(Orientadora)

Resumo: A delação premiada é um instituto empregado na esfera jurídica e atua como uma espécie de "troca de favores" entre o juiz e o réu. Neste instituto, o acusado provê informações referentes ao(s) crime(s) cometido(s), prestando auxílio a fim de colaborar com a solução do mesmo, podendo obter as compensações previstas em lei. Tal instituto tornou-se amplamente conhecido com a chamada Operação Lava-jato, quando houve diversos acordos de delação premiada com repercussão em âmbito nacional. O presente artigo tem como objetivo, através das informações legais e sob o ponto de vista da ética e da moral, apresentar argumentos com relação à constitucionalidade deste instituto jurídico, considerando seus aspectos positivos e negativos, demonstrando a sua finalidade e os benefícios que podem ser concedidos.

Palavras-chave: Delação. Constitucionalidade. Aspectos positivos e negativos.

Abstract: The award-winning delation is an institute used in the legal sphere and acts as a kind of "exchange of favors" between the judge and the defendant. In this institute, the accused provides information regarding the crime(s) committed, providing assistance in order to collaborate with the solution of the same, being able to obtain the compensations provided for by law. This institute became widely known with the so-called Operation Lava-jato, when several plea bargaining agreements took place with nationwide repercussions. This article aims, through legal information and from the point of view of ethics and morals, to present arguments regarding the constitutionality of this legal institute, considering its positive and negative aspects, demonstrating its orientation and the benefits that can be granted.

Keywords: Delation. Constitutionality. Positive and negative aspects.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentação teórica. 3. Legislação e concessão de benefícios. 3.1. Momentos para a concessão do acordo. 4. Valor probatório da colaboração premiada. 5. A ética e a moral. 6. Considerações finais. Referências.

144 E-mail: rodrigues.julia0305@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo disserta sobre o instituto jurídico denominado de delação premiada, conhecido popularmente como uma troca de favores entre o juiz e o réu. Sucede-se quando o acusado fornece informações importantes sobre o crime ocorrido e delata outros partícipes, informações estas que levam a resultados pertinentes na resolução do crime. Quando o acordo acontece, o juiz pode conceder ao réu, a depender da legislação utilizada, a diminuição da pena em até 2/3 (dois terços), substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, cumprimento da pena em regime semiaberto e o perdão judicial.

Segundo Guilherme de Souza Nucci a delação premiada ocorre:

Quando se realiza o interrogatório de um co-réu e este, além de admitir a prática do fato criminoso do qual está sendo acusado, vai além e envolve outra pessoa, atribuindo-lhe algum tipo de conduta criminosa, referente à mesma imputação. (NUCCI, 1997, p. 208).

Apesar de estar prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde a década de 1990 com a lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), a delação premiada tornou-se um dos assuntos mais falados no Brasil no ano de 2013 e seguintes. Isso se deve às investigações por corrupção desencadeadas por manifestações e por iniciativa do sistema judiciário brasileiro na chamada Operação Lava-jato, quando foram firmados diversos acordos de delação premiada a fim de obter sucesso na investigação.

Foi instituída com o objetivo de facilitar a resolução de crimes, com enfoque nos cometidos por organizações criminosas, devido à dificuldade em punir os crimes praticados em quadrilha ou bando, uma vez que era muito difícil descobrir todos os envolvidos na prática do delito.

Existe no âmbito jurídico uma discussão acerca da inconstitucionalidade, ou não, da delação premiada. Vários doutrinadores consideram o mecanismo inconstitucional do ponto de vista moral e ético. Outros doutrinadores a consideram constitucional pelos seus pontos positivos, visto que por meio deste instituto se desmontam diversas organizações criminosas.

Vale ressaltar que delação premiada é apenas uma das espécies de colaboração premiada, sendo esta o gênero. O vocábulo delação presume, precisamente, que haja a incriminação de demais partícipes da organização. Deste modo, na colaboração pode-se colaborar com o Estado delatando um comparsa, como por exemplo na delação premiada, ou colaborar com outras informações importantes, sem a delação de demais coautores do crime.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O instituto da Delação Premiada foi criado com o propósito de contribuir com a obtenção de provas durante uma investigação. Assim, esse mecanismo favorece o processo no tocante à aquisição de provas. Nesse sentido, através da delação premiada, o Estado consegue dismantelar um grupo de criminosos com maior facilidade.

De maneira resumida, podemos determinar que a delação premiada é uma técnica judicial onde um acusado colabora com as investigações delatando demais partícipes do crime e prestando informações úteis para o esclarecer o fato delituoso, em contrapartida, o Estado oferece um benefício que pode ser: a redução da pena de até dois terços do total, converter a pena em regime semiaberto, ou então, o perdão judicial.

No Brasil a delação premiada está prevista por lei desde o ano de 1990, quando foi criada foi a Lei de Crimes Hediondos (8.072/1990). No entanto, essa lei tratava apenas da redução de um a dois terços da pena do réu.

De acordo com o artigo 8º da lei 8.072/90:

Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu dismantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1990).

Após a Lei dos Crimes Hediondos, tivemos a Lei do Crime Organizado, Lei 9.034 de 1995, entretanto, foi revogada pela Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, a qual dispõe cautelosamente sobre a delação premiada, os requisitos necessários, seus possíveis benefícios e os direitos do colaborador.

3. LEGISLAÇÃO E CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS

Na legislação brasileira, várias leis fazem menção à delação premiada, algumas delas são: Crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, § 4º, do Código Penal), Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/90, incluído pela Lei 9.080/95) e a Lei 12.850/13 que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal.

A Lei 12.850/13 que discorre sobre a investigação criminal, o processo de obtenção da prova, as infrações penais e sobre o procedimento criminal a ser utilizado, aperfeiçoou o instituto da delação premiada trazendo seus requisitos.

Assim diz o seu artigo 4º:

(...) Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

(BRASIL, 2013).

Além da legislação brasileira, encontramos a colaboração (ou delação) premiada na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecido como Convenção de Palermo, promulgada pelo decreto nº 5.015/2004, sendo este o principal instrumento de âmbito mundial de combate ao crime organizado transnacional.

3.1 MOMENTOS PARA A CONCESSÃO DO ACORDO

Os acordos de colaboração premiada podem ocorrer nas diversas etapas da persecução penal, ou seja, o acordo pode ser firmado em qualquer momento, desde a investigação preliminar até a execução penal, após o trânsito em julgado da condenação.

O art. 4, § 5º, lei 12.850/13 diz: Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

4. VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O art. 4º, § 16, traz no seu texto a informação de que não poderá ser decretada ou proferida medidas cautelares ou pessoais, recebimento de denúncia ou queixa-crime ou sentença condenatória baseando-se somente nas declarações do colaborador.

Apesar disso é possível que o julgador, respaldado pelo princípio da livre valoração da prova, considere relevantes os elementos apropriados para proferir a sentença, visto que a colaboração premiada constitui meio de obtenção prova. Entretanto, por si só não é suficiente para proferir sentença.

5. A ÉTICA E A MORAL

Alguns doutrinadores são contra a aplicação do acordo de delação premiada, com base no argumento de que este instituto fere a moral e a ética, entendendo que quem pratica o ato de delatar é visto como traidor.

De acordo com Carvalho (2009, p.101), a tomada de uma postura infame (trair) pode ser vantajosa para quem o pratica, e o Estado premia a falta de caráter do codelinqüente, convertendo-se em autêntico incentivador de antivalores ínsitos à ordem social.

Já, em contrapartida, outros doutrinadores entendem que a delação premiada é benéfica para o ordenamento jurídico, visto que auxilia no dismantelamento de organizações criminosas.

Nesse sentido, para Nucci (2007) ainda que o instituto da delação premiada seja criticado pela moral e a ética por regularizar o "dedurismo", comprova ser uma forma válida no combate à criminalidade. Desta forma, traz benefícios ao Estado e também para a sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate em torno da (in) constitucionalidade da delação premiada, em relação à moral e a ética, sempre existirá, considerando que existem duas vertentes.

Nesse contexto, o posicionamento favorável entende que o benefício que este instituto traz para o combate a criminalização deve ser considerado, visto que por

continuação, beneficia toda a sociedade, trazendo efetividade no combate à corrupção, desestimulando a prática de crimes e também conferindo agilidade no processo penal.

Em contrapartida, a vertente contrária ao instituto alega que o mesmo fere o direito constitucional ao silêncio, e considera a delação como uma forma de traição e que não deve ser fonte de premiação para um criminoso.

No entanto, conclui-se que o valor coletivo deve prevalecer, sendo essencial para a vida em sociedade. Nessa perspectiva, sob o fundamento do interesse coletivo e o bem social, analisa-se que a delação premiada é um instituto benéfico e necessário, considerando que é um instrumento jurídico eficaz que auxilia o Estado no combate a corrupção. É importante ressaltar que a delação premiada deve ser utilizada dentro dos limites estabelecidos pela legislação e garantindo os direitos e garantias fundamentais do acusado. Além disso, é fundamental que haja um cuidadoso acompanhamento e controle dos acordos de delação, a fim de evitar possíveis abusos e garantir que a colaboração seja voluntária e verdadeira.

REFERÊNCIAS

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. Disponível em: <<https://direito.idp.edu.br/blog/direito-penal/acordo-colaboracao-premiada/>> Acesso em: 30 de setembro de 2022.

BITENCOURT, C. R. **Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013.** São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.

BRASIL, **Lei 8.137 de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

Colaboração premiada. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/pdf> Acesso em: 25 de outubro de 2022.

Da colaboração premiada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 08 de abril de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997 p. 208.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial.** 3^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 716.

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

JENIFER CARLA JESUS MENDONÇA:

Graduanda em Direito pela Universidade
Brasil- Campus de Fernandópolis¹⁴⁵.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo científico tem como intuito apresentar análises e reflexões que estudam a eficácia das medidas socioeducativas aplicadas a jovens (crianças e adolescentes), visando responsabilizá-los mediante a gravidade do ato praticado e suas formas de reeducação para inibir a reincidências dos mesmos e prover a ressocialização, por parte do estado e da sociedade. Abordando dentro do estudo o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 mais conhecido com ECA, juntamente com a Constituição Federal e ainda a Inimputabilidade Penal. Acarretando que as medidas socioeducativas são medidas não punitiva, ou seja, possuem caráter pedagogo por mais grave que seja o ato infracional cometido, elas não são meio de punição e sim configurações de alternativas para os jovens, que são titulares de garantias especiais e propriedade absoluta. No decorrer, será feita uma classificação das medidas, obtendo a explicação de cada uma delas e ainda discorrendo sobre a eficácia, forma, que estas foi recepcionada.

Palavra-chave: Medidas, Socioeducativas, Forma, Punição, Classificação, Eficácia.

ABSTRACTY: his scientific article aims to present analyzes and reflections that study the effectiveness of socio-educational measures applied to young people (children and adolescents), aiming to make them responsible for the seriousness of the act practiced and their forms of re-education to inhibit their recidivism and provide resocialization, by the state and society. Approaching within the study the Child and Adolescent Statute - Law 8.069/90 better known as ECA, together with the Federal Constitution and even the Criminal Unimputability. As a result of the fact that socio-educational measures are non-punitive measures, that is, they have a pedagogical character, no matter how serious the infraction committed, they are not a means of punishment, but configurations of alternatives for young people, who are holders of special guarantees and absolute property. . In the course, a classification of the measures will be made, obtaining the explanation of each one of them and still discussing the effectiveness, way, that these were received.

Keywords: Measures, Socio-educational, Forms, Punishment, Classification, Effectiveness.

145 E-mail: jenifercarlajesus@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A finalidade desse trabalho é a análise fática das medidas socioeducativas, podendo ser encontradas na Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente mais conhecida como ECA que foi iniciado com a Constituição Federal através do seu Art. 127, havendo uma proteção integral.

A adolescência é apontada como crises de identidades e conflitos, o que faz com que muitos jovens se sintam inferiores e para obter uma sensação melhor, acabam se colocando em riscos.

Dessa maneira os jovens descobrem o caminho das bebidas alcoólicas e drogas ilícitas, ocasionando situações de maiores riscos, como envolvimento em agressões, furtos, tráfico.

Com isso, é possível notar que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi iniciado com o intuito de intervir positivamente na infância e juventude, onde obtém caráter pedagógico.

As medidas são formas de um tratamento legal de reeducação dos jovens que praticaram um ato criminoso podendo serem descritas como crime ou contravenção penal, sendo protegidos pelo ECA e suas formas de aplicações conjunto dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Entretanto a medida socioeducativa é a resposta do Estado pelo ato praticado pelo menor. Vale dizer que é a responsabilização da criança ou do adolescente que cometeu o ato infracional de maneira legal e positiva, inadequado a conduta praticada como forma de prevenção para conflitos que possa vir a acontecer posteriormente

Essas aplicações são encontradas no Art. 112 da Lei, sendo, advertências, liberdade assistida, internação em estabelecimento educacional, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade e por fim, inserção em regime de semiliberdade. Serão discutidas as definições e explicações no tópico 4.

Ainda no estudo, será abordado a inimputabilidade penal, onde são considerados aqueles menores de 18 anos, consistindo em sanidade mental.

No final do artigo, será discutido a eficácia dessas medidas, na qual foram bem recepcionadas.

2. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No tempo atual, crianças e adolescentes são titulares de direitos e deveres perante a sociedade.

O termo "infância" vem do latim *infantia*, no que tange a ausência de linguagem, que significa falta de pensamento, conhecimento ou racionalidade. Portanto, a criança é compreendida como um ser inferior, sendo dependente de um adulto.

O Decreto nº 99.710/90 – Convenção Internacional dos Direitos da Criança, discorre o seguinte texto em seu Art. 1º:

Art. 1º Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Já o texto do Art. 2º do Estatuto da Criança e Adolescente – Lei 8.069/90, traz o seguinte:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Nota-se que ambos os artigos define a criança pela idade.

Retomando o estudo da Convenção Internacional da Criança, foi aprovado pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1989, sendo originada pela Declaração de Genebra que tratava da necessidade dos Estados para criarem mecanismos de proteção e benefícios da criança e do adolescente.

Saraiva (2005), relatou que ao logo do tempo o Código de Menores esteve em vigor, sendo 80% do infanto-juvenil ficava internada na FEBEM (Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor), sendo aqueles que não cometeram infrações tipificadas no Código Penal.

3.MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E INIMPUTABILIDADE PENAL

A Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido também como ECA, é um conjunto de normas do ordenamento jurídico e tem como propósito a proteção das crianças e dos adolescentes, seres em desenvolvimento.

Na Lei citada, prenuncia as medidas socioeducativas, que são aplicadas por juízes aos adolescentes que praticarem atos infracionais, consideradas de caráter pedagógico, que não visa a punição dos jovens, mas sim a reeducação em sociedade.

Inimputabilidade é um termo relacionado para aquele que não é responsável penalmente de um ilícito que cometeu, já que não está em condições de compreender/medir as suas ações ou as consequências destas.

3.1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Criado em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente com junções de diretrizes internacionais decorrente da Declaração Universal dos Direitos Humanos do ano de 1948, da Constituição Federal de 1988, Declaração dos Direitos das Crianças no ano de 1924 e das Regras de Pequim.

A partir disso, as crianças e adolescentes foram vistos plenamente como pessoas, onde proporcionou dignidade e autonomia, vindo a abolir a discriminação de expressão de menor, onde caracterizava-os como infratores.

O ECA com a política de atendimento a esses jovens, instituiu o Sistema de Garantias de Direitos, no qual determinou responsabilidades a fim de garantir e firmar direitos.

Esse sistema prevê a ação de princípios norteadores consagrados na Descentralização político-administrativa nas três esferas do governo, no reordenamento institucional, o que implica repensar toda a lógica socioassistencial e protetiva para a infância e repensar o papel das políticas públicas e por fim, prevê que haja uma integração operacional do sistema, mais precisamente sob a perspectiva do trabalho em "rede" e de cooperações múltiplas entre os vários atores sociais envolvidos na proteção sistemática aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes (VERONESE; SALEH, 2016, p. 6).

Assim, tal política é um importante instrumento por transformar a vida desses jovens, pois são necessários tratamentos que levem à ressocialização ao invés de punições.

3.2 MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Medidas socioeducativas são originadas de uma sentença judicial, ou seja, demandam de um processo de caráter educativo e sancionatório, sendo aplicadas a

adolescente que praticou uma infração. Podendo ainda ter natureza administrativa com homologação judicial.

Encontramos essas medidas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 112, sendo apresentado rol taxativo, podendo ser de advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade ou internação em estabelecimento educacional.

Nucci, em 2018, realizou um confronto entre punibilidade certificado aos adultos, os inimputáveis, crianças e adolescentes, conforme o texto abaixo:

O adulto, autor de crime ou contravenção, plenamente capaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta e determinar-se conforme esse entendimento sofre o juízo de censura (culpabilidade), devendo, comprovada a sua culpa, receber a pena, cuja finalidade é multifacetada (reprimir e prevenir). O maior de 18, quando enfermo ou retardado mental, considerado inimputável, autor de um injusto penal (fato típico e ilícito), não pode sofrer o juízo de censura (culpabilidade), motivo pelo qual não comete crime e é absolvido; entretanto, como medida curativa, pretendendo protegê-lo e também a sociedade, aplica-se a medida de segurança, lastreada num juízo de periculosidade (NUCCI, 2018).

Para haver aplicação de medidas socioeducativas é necessária apresentação de prova da autoria e da materialidade, havendo exceção da advertência que apenas poderá ser aplicada nos indícios de autoria e materialidade, conforme prescreve o Art. 114 e parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127. Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

Essas medidas são consideradas resposta do Estado à prática infracional, onde visa a não reincidência. Independentemente da medida, será aplicada conforme as condições dos adolescentes para o cumprimento, assim como a gravidade da infração.

Não só em seu Art. 112 do ECA há previsões de aplicações de medidas. No Art. 101 e seus incisos da Lei há hipóteses aplicadas por autoridades:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.

O ECA diferencia as medidas socioeducativas das medidas protetivas, em virtude da aplicação de cada uma. Sendo a primeira aplicada em casos de situações de atos infracionais e a segunda aplicada em situações de risco social e pessoal.

3.2.1 Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE

Para a execução/cumprimento de medidas socioeducativa existe o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, previsto na Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012 que visa à provisão de vagas para o atendimento às medidas socioeducativas por meio de implementação, ampliação, construção, reforma e equipagem de unidade de atendimento socioeducativo (Núcleos de Atendimento Integral – NAI, unidades de internação e unidades de semiliberdade).

Com vistas a reordenar a rede física do Sistema Nacional de Acompanhamento de Medidas Socioeducativas (SINASE) e proporcionar um atendimento adequado aos adolescentes autores de ato infracional, a oferta de vagas nos programas de atendimento às medidas socioeducativas em meio fechado e no semiliberdade é o principal objetivo da iniciativa.

Anina Lahalle descreve que “as novas orientações criminológicas aconselham aos que organizam o tratamento dos menores infratores de despertar neles o senso de responsabilidade pelo ato cometido, pelo prejuízo causado à vítima e pelo direito da sociedade proteger-se face às novas formas de violências juvenil” (in As Regras Mínimas para a Administração da Justiça de Menores, São Paulo, Ministério Público, 1989).

Os recursos são aplicados por meio de convênios, contratos, acordos, termos de parceria, ajustes ou similares com órgãos e entidades da administração pública e instituições privadas sem fins lucrativos nos termos da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004).

3.3 INIMPUTABILIDADE PENAL

São considerados inimputáveis os menores de 18 anos, onde ficam sujeitos a uma legislação especial, conforme Art. 27 do Código Penal: *“Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”*.

A imputabilidade consiste em conjunto de condições maduras e sanidade mental, onde permite ao sujeito a capacidade de autodeterminação e compreensão, caso falte ao agente, não será considerado imputável, haverá aplicação de medidas excludente de inimputabilidade, sendo estas: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, menoridade penal, embriaguez completa ou proveniente de caso fortuito ou força maior.

Em casos de menoridade penal, presume-se que as crianças e os adolescentes não possuem plena capacidade de cogitar a ilicitude de um ato criminoso.

A fixação da inimputabilidade penal abordado pelo ordenamento jurídico brasileiro para determinar a maioridade penal, considera-se sua idade no momento da ação.

Não pode confundir a inimputabilidade com a ausência de responsabilização, ainda que o adolescente infrator não responda penalmente pelo crime, fica sujeito de aplicações de medidas socioeducativas previstas no ECA.

Veronese (2016), relata que as leis têm potencial para proteção da juventude, e que o Estado tem dificuldade e executar:

[...] apesar da bela redação do texto constitucional, o Estado parece olvidar o avanço legislativo, mantendo-se omissos face às garantias que são dele decorrentes, vez que não é capaz de atender aos interesses de crianças e adolescentes, omitindo direitos fundamentais básicos, como o acesso à educação, o direito à saúde, à alimentação e, conseqüentemente, retirando destes o direito à dignidade da pessoa humana. (VERONESE, 2016)

É considerado suficiente as medidas para o adolescente infrator, apenas que sejam aplicadas de forma adequada com a participação dos órgãos responsáveis.

4.CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Conforme o Art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são classificadas de acordo com sua gravidade, sendo seis medidas socioeducativas:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - Advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Nucci, compara a punibilidade dos adultos, os inimputáveis, crianças e os adolescente:

O adulto, autor de crime ou contravenção, plenamente capaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta e determinar-se conforme esse entendimento sofre o juízo de censura (culpabilidade), devendo, comprovada a sua culpa, receber a pena, cuja finalidade é multifacetada (reprimir e prevenir). O maior de 18, quando enfermo ou retardado mental, considerado inimputável, autor de um injusto penal (fato típico e ilícito), não pode sofrer o juízo de censura (culpabilidade), motivo pelo qual não comete crime e é absolvido; entretanto, como medida curativa, pretendendo protegê-lo e também a sociedade, aplica-se a medida de segurança, lastreada num juízo de periculosidade. (NUCCI, 2018)

Ficando dispostas aos magistrados, para que este as utilize para aplicação da pena de jovens infratores, sendo determinado por lei que sejam aplicadas conforme a capacidade do jovem, circunstâncias e gravidades das situações.

4.1 ADVERTÊNCIA

A Advertência é uma medida socioeducativa prevista nos artigos 112 e 115 do ECA, que é aplicada pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude naqueles jovens que se envolveram em algum ato criminoso.

Consiste em uma leitura de um ato e comprometimento de que não se repetirá, sendo uma admoestação verbal, "bronca", onde o jovem assinará um termo. A Advertência esgota-se por si mesma, com isso. Não há necessidade de acompanhamento posterior.

Nucci (2018) explicou em sua obra sobre a Advertência que:

[...] é a mais branda das medidas socioeducativas, devendo ser reservada para os atos infracionais considerados leves, envolvendo a lesão a bens jurídicos de menor relevância, além de ser destinada aos adolescentes de primeira vez. (NUCCI, 2018)

Ainda, a Advertência não necessita de prova concreta de autoria.

4.2 OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO

A medida de Obrigar a Reparar o Dano, está previsto no ECA em seus artigos 112 e 116.

O infrator é considerado nestes casos, relativamente incapaz, no qual estará assistido por pais ou responsáveis legais que tenham objetivos na reparação.

[...] este deverá estar assistido pelos pais e/ou responsável legal em qualquer ato que tenha objetivo de eventual composição de dano envolvendo ato infracional; lembrando-se que a maioria da doutrina e da jurisprudência entende que os pais têm responsabilidade solidária” (ARAUJO JÚNIOR, 2019, p. 101).

Esta medida em que a autoridade poderá determinar que o jovem infrator recompense a vítima, seja na restituição da coisa ou no ressarcimento do dano, atos infracionais patrimoniais.

Quando houver impossibilidade de reparar o dano, esta medida poderá ser substituída por outra.

4.3 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE

A Prestação de Serviços à Comunidade está previsto nos artigos 112 e 117 do ECA, que incumbe na realização de trabalho gratuito de interesse social, não excedendo o período de 6 meses junto com as entidades assistenciais com programas comunitários e governamentais.

[...] a reeducação pelos bons princípios do auxílio comunitário, fazendo o adolescente sentir um pouco da miséria ou dor alheia, de diferentes níveis, pois atuará junto a enfermos físicos (hospitais), pessoas em aprendizado (escolas) [...] (NUCCI, 2018, p. 460).

Além de não exceder o prazo de 6 meses, não possuirá jornada superior a oito horas semanais, poderá ser realizada todos os dias da semana, inclusive feriados e finais de semanas, sempre respeitando a frequência escolar.

4.4 LIBERDADE ASSISTIDA

A Liberdade Assistida está prevista nos artigos 112, 118 e 119 do ECA, aplicada pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude.

Segundo o autor Gediel Claudino de Araújo *“consiste, basicamente, no comparecimento periódico do adolescente a uma entrevista com o assistente social ou psicólogo do juízo, equivale [...] à suspensão condicional do processo”*.

Esta medida consiste no comparecimento regular dos adolescentes em um diálogo que será acompanhado perante um orientador nomeado pela autoridade, havendo um prazo de duração de 6 meses, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida.

A medida incumbe ao orientador promover uma supervisão, orientação, sendo como exemplo o Art. 119, inciso II do ECA, no qual será supervisionado a frequência e aproveitamento escolar do adolescente, promovendo ainda sua matrícula.

4.5 INSERÇÃO EM REGIME DE SEMILIBERDADE

A medida de Inserção em Regime de Semiliberdade está prevista no ECA em seus artigos 112 e 120, no qual poderá ser decretado desde o início ou de forma de transição para o meio aberto, onde pode ser realizadas atividades externas, independentemente de autorização judicial.

Para Nucci (2018), em sua obra:

Conforme a gravidade do ato infracional, pode o juiz determinar, na decisão do procedimento verificatório, o ingresso do jovem, desde o início, no sistema de semiliberdade; porém, é viável, ainda, destinar-se à progressão de quem vem do sistema penal, é o regime fechado. Deve o julgador trabalhar com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atualmente muito utilizado no contexto penal e processual penal. Em particular neste último cenário, no tocante à prisão cautelar (necessidade e duração). (NUCCI, 2018)

Essa medida não deduz um prazo determinado e sua manutenção é reavaliada a cada seis meses.

4.6 INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO EDUCACIONAL

A Internação é uma medida que está prevista nos artigos 112, 121 a 125 do ECA, considerada a medida mais severa, pois restringe a liberdade do adolescente per meio de uma instituição (ZAPATER, 2019).

Essa medida é dividida em três princípios: brevidade, excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A excepcionalidade encontra-se no fato de que é aplicado em último caso, quando não houver outro meio que possa utilizar. Sendo assim, podendo ser aplicada quando cessar todos os outros meios à reeducação.

O princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento compete ao rol taxativo do Art. 122 do ECA:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

Já o princípio da brevidade é relacionado ao limite que a internação pode abranger, por não ter um prazo determinado. Devendo então, respeitar o limite máximo de 3 anos ou o quando o adolescente completar a idade de vinte e um anos, que deverá ser obrigatoriamente solto.

5.A EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Quando se fala de eficácia das medidas socioeducativas, entramos em um conflito, onde grande parte entende que tenham caráter educativo, ressocialização e outro entendem que o Estado estabeleceu medidas privativas e restritivas, tendo natureza sancionatória ao jovem infrator.

Acontece que o ECA tem o intuito dessas medidas terem caráter pedagógico, aplicado corretamente e tornando-se eficaz.

Segundo o autor Veronese:

[...] é sabido que a simples previsão de leis garantidoras de direitos sociais não é suficiente para quebrar paradigmas e possibilitar uma nova realidade. Para tal, é necessário que se construa uma política

social eficaz, que de fato assegure materialmente os direitos já positivados (VERONESE, 1997, p. 15).

As medidas socioeducativas são aplicadas em cima dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com cumprimento juntamente de órgãos públicos, fornecendo materialidade necessária para concretização.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem do tema, medidas socioeducativas, tem caráter educativo e sancionatório para os jovens que cometem atos infracionais. Porém essas medidas não são consideradas formas de punições.

As medidas socioeducativas estão amparadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, previstas em seu Art. 112, apresentando um rol taxativo de classificações.

Podemos observar que dentro das classificações das medidas socioeducativas, temos a advertência, ainda discutindo o fato de não ser forma de punição. A advertência é o meio no qual uma autoridade realizará uma admoestação verbal, termo mais simples “bronca”, considerada uma das medidas mais leves.

Já a internação é a medida considerada mais severa, usada quando não houver outro meio, cessando com isso, todas as formas de reeducação.

As medidas socioeducativas foram bem recepcionadas, por mais que houveram dúvidas quanto à sua eficácia, estabeleceu um respeito por ter caráter pedagógico e a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É possível ver que no nosso cotidiano, as infrações cometidas por menores cresceram e com isso foi se tornando mais presente a aplicação das medidas socioeducativas, sendo um meio necessário para a população.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **PRÁTICA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro Digital.

CAPEZ, F. **CURSO DE DIREITO PENAL - PARTE GERAL** - V.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Disponível em:
<<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/819254?title=Curso%20de%20direito%20penal%20-%20parte%20geral%20-%20v.1>> Acesso em: 28 fev 2023.

CÓDIGO PENAL. Disponível <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Ano 1940.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Ano 1988.

DECLARAÇÃO DE 1948. Disponível em <https://desinstitute.org.br/noticias/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-como-surgiu-e-o-que-defende/?gclid=EAIaIQobChMIw5Gjq4KC_wIVyiFMCh3t0AIVEAAYASAAEgLSgPD_BwE>. Ano 1948.

DECRETO 99.710/90. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Ano 1990.

REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DE MENORES. Disponível em <<https://www.social.go.gov.br/files/institucional/Sinase-RegrasdeBeijing.pdf>>. Ano 1985.

LEI 8.069/90. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Ano 1990.

LEI 11.079/04. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Ano 2004.

LEI 12.594/12. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Ano 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMENTADO.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro Digital.

REGRAS DE PEQUIM. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>> 2016.

RESOLUÇÃO 44/25 – ASSEMBLÉIA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/legal/instrume/children/croc_p.htm>. Ano 1989.

SARAIVA, João Batista Costa. **ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI – DA INDIFERENÇA PROTEÇÃO INTEGRAL: UMA ABORDAGEM SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **TEMAS DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.** São Paulo: LTr, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SALEH, Nicole Martignago. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS IMPACTOS DO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. ANAIS DO XIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.** 2016.

VIOLENCIA JUVENIL E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: REVISÃO DE LEITURA.

Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ptp/a/K39NwcXcX6mCNHHsqjXpj8w/?format=pdf&lang=pt>>.

ZAPATER, Máira. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro Digital.

O DIREITO AO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E PORTUGUESA

DIUSTER DE FRANCESCHI GARIBOTI:

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

RESUMO: O direito ao acesso às informações públicas é um direito constitucional interligado ao princípio da publicidade, princípio este que está contido e assegurado, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, quanto na Constituição da República Portuguesa. Assim, esta pesquisa visa abordar a relação entre a legislação brasileira e portuguesa quanto ao direito constitucional ao acesso às informações públicas, além do princípio da publicidade. O objetivo deste artigo é realizar uma análise comparativa quanto às diferenças ou similaridades entre a legislação do Brasil e de Portugal sobre o direito ao acesso às informações públicas, elencado nos documentos constitucionais e legislações infraconstitucionais de ambos os países. A metodologia empregada nesta investigação é a hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica, aliada a pesquisa documental, a fim de analisar, comparar e contextualizar diversos estudos de renomados autores, junto às legislações do Brasil e de Portugal, relativos/as ao direito ao acesso às informações públicas e ao princípio da publicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Princípio da Publicidade. Acesso às Informações Públicas. Legislação Brasileira. Legislação Portuguesa.

THE RIGHT TO ACCESS TO PUBLIC INFORMATION: A STUDY OF COMPARATIVE LAW BETWEEN BRAZILIAN AND PORTUGUESE LEGISLATION

ABSTRACT: The right to access public information is a constitutional right linked to the principle of publicity, a principle that is contained and guaranteed both in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and in the Constitution of the Portuguese Republic. Thus, this research aims to address the relationship between Brazilian and Portuguese legislation regarding the constitutional right to access public information, in addition to the principle of publicity. The objective of this article is to carry out a comparative analysis regarding the differences or similarities between the legislation of Brazil and Portugal on the right to access public information, listed in the constitutional documents and infraconstitutional laws of both countries. The methodology used in this investigation is the hypothetical-deductive and the bibliographic research technique, combined with documental research, in order to analyze, compare and contextualize several studies by renowned authors, together with the legislation of Brazil and Portugal, related to the law access to public information and the principle of publicity.

KEYWORDS: Comparative law. Principle of Advertising. Access to Public Information. Brazilian legislation. Portuguese legislation.

1. INTRODUÇÃO

Este presente estudo tenciona abordar como é tratado e efetivado o direito ao acesso às informações públicas e o princípio da publicidade no âmbito legislativo do Brasil e de Portugal. Sendo assim, o objetivo deste artigo é realizar uma análise comparativa quanto às diferenças ou similaridades entre a legislação do Brasil e de Portugal sobre o direito ao acesso às informações públicas, elencado nos documentos constitucionais e infraconstitucionais de ambos os países.

A justificativa deste trabalho surge através de um período de mobilidade acadêmica realizado pelo autor deste trabalho, durante um semestre da graduação, na Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Direito, em Lisboa - Portugal, mediante bolsa de estudos concedida pelo programa de mobilidade acadêmica da Associação das Universidades de Língua Portuguesa - AULP. Junto a isso, tem-se a justificativa relacionada à demanda de pesquisa desenvolvida ao decorrer das aulas e debates da disciplina de "Direito Administrativo" ministradas na Universidade Federal do Rio Grande (FURG) no curso de Direito Bacharelado no ano de 2022.

Nesse sentido, a metodologia empregada nesta investigação é a hipotético-dedutiva que, consoante Popper (1993), desenvolve-se através de uma problemática, dentro de uma conjuntura, que se submete a sucessivos testes de falseamento. Além disso, utilizar-se-á a técnica de pesquisa bibliográfica, aliada a pesquisa documental, a fim de analisar, comparar e contextualizar diversos estudos de renomados autores, junto às legislações do Brasil e de Portugal, relativos/as ao direito ao acesso às informações públicas e ao princípio da publicidade.

Nesse contexto, observa-se que o direito ao acesso às informações públicas é um direito constitucional que encontra-se interligado ao princípio da publicidade, princípio este que está contido e assegurado, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, quanto na Constituição da República Portuguesa. Entende-se, em um primeiro ponto, que propiciar a acessibilidade à informação e efetivar esse direito constitucional expressa um elemento de legitimidade e transparência governamental, além de participação democrática.

Sendo assim, o princípio constitucional, ressaltado nesta pesquisa, acaba por integrar e participar efetivamente de um âmbito maior, o da transparência administrativa, que, com os devidos esclarecimentos e publicidade dos atos, contribui para a concretização de um Estado com teor de legitimidade. Ao longo dos anos, a procura pelo consenso no

meio social e o regime democrático resultaram em um pressionamento vasto em relação aos legisladores, o que possibilitou a implementação e a promoção de leis que tratassem sobre o direito ao acesso às informações públicas, junto ao princípio da publicidade, em quase todos os países democráticos (FLEMING, 2018).

Com isso, vê-se que, na esfera do Brasil e de Portugal, a partir da influência de tratados internacionais e propagação de leis acerca da temática em outros países, além de influências exercidas por grupos sociais - por exemplo, associações cívicas - restou legislado também sobre leis de conteúdo acerca da publicidade e informações públicas. Desse modo, percebe-se que, na legislação brasileira e portuguesa, o direito ao acesso às informações públicas encontra-se sedimentado, em função da evolução histórica interligada ao cumprimento das aspirações retratadas contemporaneamente.

No Brasil, o direito ao acesso às informações públicas e o princípio da publicidade encontram-se regulados pela Constituição de República Federativa do Brasil de 1988, junto à Lei nº 12.527 de 2011, a qual regula o direito constitucional de acesso às informações públicas. Em Portugal, o mesmo direito e princípio também encontram-se regulados na Constituição da República Portuguesa e, também, na Lei n.º 26 de 2016, a qual regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização, transpõe a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro, e a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro.

Nesse sentido, faz-se necessário a análise comparativa da legislação portuguesa e brasileira acerca do direito ao acesso às informações públicas. Por esse viés, dividir-se-á a presente pesquisa em três partes, de modo que, em um primeiro plano, irá ser analisada a legislação brasileira, após, irá ser analisada a legislação portuguesa e, enfim, comparar-se-á as duas legislações a fim de perceber as similaridades e diferenças em função de como o direito ao acesso às informações públicas é abordado e efetivado em ambos os países.

2. O DIREITO AO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS NO CONTEXTO BRASILEIRO

PREÂMBULO

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.
(CRFB/1988, Preâmbulo).

A priori, como referido anteriormente, cabe ressaltar que, no Brasil, o direito ao acesso às informações públicas e o princípio da publicidade encontram-se regulados pela Constituição de República Federativa do Brasil de 1988, nos incisos XXXIII, XXXIV e LX do art. 5º, no artigo 37, § 3º, inciso II, artigo 216, § 2º e artigo 225, inciso IV. Além da constituição, há a Lei nº 12.527 de 2011, a qual regulamentou o direito constitucional de acesso às informações públicas previsto no inciso XIV, XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; alterou a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revogou a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e deu outras providências.

Com ênfase para o Princípio da Publicidade e ao direito ao acesso às informações públicas, observa-se que qualquer cidadão pode se dirigir ao Poder Público e requerer, por exemplo, cópias e certidões de atos e de contratos, ou seja, ter acesso amplo a gestão transparente dos órgãos, como exposto na Lei de Acesso à Informação. Percebe-se que a referida lei deve ser observada pelos três Poderes da União e, também, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, além dos Tribunais de Contas e do Ministério Público. E, tem-se que entidades do setor privado sem fins lucrativos também devem prestar observância a esta lei, referente ao recebimento e à destinação dos recursos públicos que são recebidos por elas.

Os princípios da Administração Pública representam relevante papel no ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. Nesse âmbito, tem-se como princípios constitucionais expressos na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 os princípios: Princípio da Legalidade; Princípio da Impessoalidade; Princípio da Moralidade; Princípio da Publicidade; e Princípio da Eficiência.

Assim, verifica-se que os princípios da Administração Pública são imprescindíveis para que ocorra coerência e coesão na interpretação das demais normas jurídicas. Esses princípios acabam por nortear e apontar o melhor caminho a ser seguido pelos aplicadores da lei e pelos operadores do Direito. Ademais, buscam eliminar lacunas e oferecer harmonia para o ordenamento jurídico brasileiro, no mesmo instante em que ampliam e expandem maior espaço para o controle e a fiscalização da máquina pública e da gestão pública.

Consoante Paes (2011), a criação de uma lei é somente um degrau na escada da construção de uma política que trate acerca da transparência no país, de forma que a regra precisa ser transformada em atos e fatos, pelo Poder Executivo e também pelos outros

poderes, a fim da norma ser efetiva, propiciando uma ampla compreensão por parte do povo brasileiro em relação aos atos do governo, com o intuito de solucionar a desconfiança sem que o interesse seja perdido. Desse modo, vê-se que a Lei 12.527/2011 retratou meios que dão a possibilidade de qualquer indivíduo, seja físico, seja jurídico, receber informações públicas dos órgãos ou entidades, sem precisar justificar a motivação para o recebimento, como destacado na sequência (Lei 12.527/2011, artigos 6º, 7º e 8º):

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;

II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII - informação relativa:

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

VIII – (VETADO).

§ 1º O acesso à informação previsto no caput não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

§ 4º A negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art.1º , quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei.

[...]

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III - registros das despesas;

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

[...]

Nesse sentido, o Poder Público deve atuar de maneira transparente a fim de que os administrados tenham a possibilidade de ter em qualquer momento, lucidez, discernimento e entendimento da atuação da Administração Pública. Percebe-se, então, que o princípio em questão busca e promove a transparência das atividades públicas, com a finalidade de que os indivíduos tenham conhecimento da atuação do poder público, além de observar e de verificar se esses atos estão alinhados ao devido fim que se destinam - o interesse público, como encontra-se regulado pela Constituição de 1988 nos seguintes artigos (CRFB/1988, artigos 5º, 37, 216 e 225):

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:

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

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;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

[...]

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:

[...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou

imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

[...]

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.

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

[...]

Nesse ínterim, verifica-se, por meio da publicidade e do direito ao acesso às informações públicas, que a visibilidade dos atos de gestão pública promove legitimidade, fiscalização e controle das políticas públicas oficiais do governo e a sua adequação com as necessidades, as demandas e os objetivos da sociedade. A partir da efetiva publicização da gestão pública, ocorre uma expansão da transparência, de modo que propicia ao cidadão a acessibilidade aos atos públicos em prol de que todos compreendam se as ações, realizadas pelos gestores do patrimônio público, estão coesas e coerentes com o que a população anseia (CAVALCANTI et al, 2013).

Desse modo, a efetivação do direito ao acesso às informações públicas representa um direito subjetivo de qualquer indivíduo do meio social poder participar e ter noção/senso crítico acerca da gestão dos interesses difusos coletivos na administração pública (JUSTEN FILHO, 2014). Junto ao entendimento de que o DAIP (direito ao acesso às informações públicas) é um direito subjetivo, compreende-se que ele também é um direito fundamental, visto que encontra-se regulado no artigo 5º da Constituição de 1988, de modo que a adequação do DAIP como um direito subjetivo é próprio da identificação dos direitos fundamentais (MEDEIROS et al, 2014).

3. O DIREITO AO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS NO CONTEXTO PORTUGUÊS

PREÂMBULO

A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país.

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no

respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

A Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa. (CRP/1976, Preâmbulo).

Em relação ao direito ao acesso às informações públicas e o princípio da publicidade em Portugal, como ressaltado antes, encontram-se regulados na Constituição da República Portuguesa de 1976 nos artigos 35, 37, 48, 119, 268. E, também, na Lei n.º 26/2016, a qual aprovou o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, transpondo a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro, e a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro.

Sendo assim, verifica-se que na CRP/1976, artigo 37, consta a liberdade de expressão e informação, esta última, consoante Canotilho et al (2014), engloba três etapas: o direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado. Ademais, destaca-se que o princípio da transparência administrativa restou expresso no artigo 48 da CRP/1976, junto a determinação acerca do esclarecimento dos cidadãos sobre ações estatais, além da simples publicidade dos atos.

Nesse sentido, abaixo expressa-se os artigos, mencionados anteriormente e outros, da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP/1976, artigos 35, 37, 48, 119, 268), que tratam sobre o direito ao acesso às informações públicas (DAIP):

Artigo 35.º

Utilização da informática

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.

[...]

Artigo 37.º

Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio,

bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

[...]

Artigo 48.º

Participação na vida pública

1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.

2. Todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objetivamente sobre atos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos.

Artigo 119.º

Publicidade dos atos

1. São publicados no jornal oficial, Diário da República:

a) As leis constitucionais;

b) As convenções internacionais e os respetivos avisos de ratificação, bem como os restantes avisos a elas respeitantes;

c) As leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais;

d) Os decretos do Presidente da República;

e) As resoluções da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas das regiões autónomas;

f) Os regimentos da Assembleia da República, do Conselho de Estado e das Assembleias Legislativas das regiões autónomas;

g) As decisões do Tribunal Constitucional, bem como as dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral;

h) Os decretos regulamentares e os demais decretos e regulamentos do Governo, bem como os decretos dos Representantes da República para as regiões autónomas e os decretos regulamentares regionais;

i) Os resultados de eleições para os órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como para o Parlamento Europeu e ainda os resultados de referendos de âmbito nacional e regional.

2. A falta de publicidade dos atos previstos nas alíneas a) a h) do número anterior e de qualquer ato de conteúdo genérico dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, implica a sua ineficácia jurídica.

3. A lei determina as formas de publicidade dos demais atos e as consequências da sua falta.

Artigo 268.º

Direitos e garantias dos administrados

1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.

2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

3. Os atos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos.

[...]

Nessa perspectiva, compreende-se que o direito ao acesso à informação pública, atrelado ao direito de esclarecimento, acaba por ser uma exigência de atuação positiva estatal, no âmbito das obrigações de esclarecer e informar, relacionado a todos os cidadãos

(FLEMING, 2018). E, como supracitado acerca da legislação brasileira, essa administração pública com transparência dos atos, aliada ao DAIP e ao princípio da publicidade, possibilita uma legitimação e legitimidade da administração pública e de sua atuação.

O DAIP, como legislação infraconstitucional, entrou em questão, a priori, com a Lei nº 65/1993 (Lei de Acesso a Documentos Administrativos - LADA), a qual foi modificada/alterada posteriormente pelas Leis nº 8/1995, nº 94/1999 e nº 19/2006. A posteriori, obteve-se os avanços da Lei nº 46/2007 em relação ao princípio da transparência, no quesito da carência de motivação na solicitação de acesso às informações públicas.

Por esse viés, após vários avanços legislativos quanto ao tema, foi regulada a Lei nº 26/2016 (Lei de Acesso a Documentos Administrativos - LADA), lei que está em vigor atualmente. Esta legislação busca a unificação legislativa acerca do direito ao acesso às informações ambientais ao regime geral, de modo que também transpõe a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, acerca do acesso às informações públicas em matéria ambiental e a Diretiva 2003/1998/CE relativa à reutilização de informações do setor público, alterada pela Diretiva 2013/37/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Enfim, é notório que a Lei de Acesso a Documentos Administrativos (LADA), em vigor, visa a simplificação no contexto legislativo de Portugal referente ao assunto em questão. Desse modo, “[...] a reunião das legislações constitui método normativo adequado por dirimir eventuais desacertos entre os textos e tornar uniforme o direito em quaisquer matérias [...]” (FLEMING, 2018, p. 78). Abaixo, por fim, cabe destacar alguns dispositivos que compõe a Lei 26/2016 (artigos 2º, 5º e 6º):

Artigo 2.º

Princípio da administração aberta

1 - O acesso e a reutilização da informação administrativa são assegurados de acordo com os demais princípios da atividade administrativa, designadamente os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da colaboração com os particulares.

2 - A informação pública relevante para garantir a transparência da atividade administrativa, designadamente a relacionada com o funcionamento e controlo da atividade pública, é divulgada

ativamente, de forma periódica e atualizada, pelos respectivos órgãos e entidades.

3 - Na divulgação de informação e na disponibilização de informação para reutilização através da Internet deve assegurar-se a sua compreensibilidade, o acesso livre e universal, bem como a acessibilidade, a interoperabilidade, a qualidade, a integridade e a autenticidade dos dados publicados e ainda a sua identificação e localização.

Artigo 5.º

Direito de acesso

1 - Todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo.

2 - O direito de acesso realiza-se independentemente da integração dos documentos administrativos em arquivo corrente, intermédio ou definitivo.

Artigo 6.º

Restrições ao direito de acesso

1 - Os documentos que contenham informações cujo conhecimento seja avaliado como podendo pôr em risco interesses fundamentais do Estado ficam sujeitos a interdição de acesso ou a acesso sob autorização, durante o tempo estritamente necessário, através de classificação operada através do regime do segredo de Estado ou por outros regimes legais relativos à informação classificada.

2 - Os documentos protegidos por direitos de autor ou direitos conexos, designadamente os que se encontrem na posse de museus, bibliotecas e arquivos, bem como os documentos que revelem segredo relativo à propriedade literária, artística, industrial ou científica, são acessíveis, sem prejuízo da aplicabilidade das restrições resultantes do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e

do Código da Propriedade Industrial e demais legislação aplicável à proteção da propriedade intelectual.

3 - O acesso aos documentos administrativos preparatórios de uma decisão ou constantes de processos não concluídos pode ser diferido até à tomada de decisão, ao arquivamento do processo ou ao decurso de um ano após a sua elaboração, consoante o evento que ocorra em primeiro lugar.

4 - O acesso ao conteúdo de auditorias, inspeções, inquéritos, sindicâncias ou averiguações pode ser diferido até ao decurso do prazo para instauração de procedimento disciplinar.

[...]

4. COMPARAÇÃO ENTRE AS LEGISLAÇÕES DO BRASIL E DE PORTUGAL ACERCA DO DIREITO AO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS

Após explorar individualmente a compreensão acerca das legislações em vigor do Brasil e de Portugal sobre o direito ao acesso às informações públicas e como esses países tratam o tema, cabe relacionar as legislações de ambos os países e compará-las em alguns pontos, levando em consideração de que, ao longo do trabalho, já foram explicitados e tratados diversos pontos, conceitos, aspectos e entendimentos referentes às leis.

Nesse âmbito, infere-se que Portugal e o Brasil tiveram um processo parecido e no mesmo período temporal de implementação do direito em questão (FLEMING, 2018). De modo que ambos os países regularam esse direito nas constituições republicanas, em Portugal, na Constituição da República Portuguesa de 1976 e, no Brasil, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Porém, os dois países também demoraram em torno de três décadas para legislar, regular e aprofundarem o referido direito a partir de normas infraconstitucionais efetivamente.

Nesse íterim, é perceptível que as legislações infraconstitucionais dos dois países, quando foram reguladas, tiveram um diferente nível de intensidade. Nota-se isso, pois, no Brasil, a legislação em vigor é de imprescindível relevância em relação aos destinatários e é uma lei forte. Já em Portugal, a lei regulada no início era mais simples, tímida, porém também de imprescindível relevância no país, e que ao longo do tempo foi sendo alterada.

Um ponto importante a se destacar é que, tanto a Lei de Acesso à Informação (LAI) do Brasil, quanto a Lei de Acesso a Documentos Administrativos (LADA) de Portugal, elencam em seus artigos a possibilidade de qualquer indivíduo destinatário da lei, seja

físico, seja jurídico, receber e ter acesso às informações públicas dos órgãos e das entidades, sem qualquer necessidade de enunciar motivo ou interesse. Vejamos: Art. 5º/1 da Lei n.º 26/2016 (Portugal) e Art. 10 da Lei 12.527 (Brasil):

Art. 5º/1. Todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo.

Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

Ademais, outro ponto a se ressaltar é que ambas as leis retratam uma limitação referente a documentos preparatórios para decisão em processo administrativo, a qual está prevista na LAI, em seu artigo 7º, § 3º, e na LADA, em seu artigo 6º/3. In verbis:

Art. 7º [...]

§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

[...]

Art. 6º [...]

3 - O acesso aos documentos administrativos preparatórios de uma decisão ou constantes de processos não concluídos pode ser diferido até à tomada de decisão, ao arquivamento do processo ou ao decurso de um ano após a sua elaboração, consoante o evento que ocorra em primeiro lugar.

[...]

Assim, convém analisar que, mesmo sendo uma limitante imprescindível para fins de efetivação e legitimidade da atuação da administração pública, esse dispositivo limitante somente deve ser utilizado em situações em que prevaleça/se sobreponha em função do direito ao acesso às informações públicas por motivação de interesse público. Isto posto, entende-se que quase a totalidade dos documentos administrativos encontram-se interligados a dado processo administrativo, que será objeto de decisão, de

modo que se esse dispositivo limitante fosse de teor ilimitado, a maioria dos documentos sob tutela da administração pública seriam restritos em relação aos indivíduos.

Em adendo, outro ponto a destacar é que ambas as legislações propõem sanções em relação ao descumprimento dos preceitos contidos nelas. Nesse sentido, infere-se que, na lei portuguesa, é disciplinado sanções somente aos indivíduos que descumprirem as normas relativas à reutilização de informações públicas.

De outro modo, faz-se possível observar que “a reutilização de documentos disponibilizados através da Internet não depende de autorização da entidade que os detenha, exceto quando exista indicação contrária ou se for claro para qualquer destinatário que o documento se encontra protegido por direitos [...]” como disciplinado no artigo 21º/1 da LADA. Nessa perspectiva, levando em consideração que a maior parte das informações deve estar disposta em rede, não faz muito sentido exigir procedimento para requerer a reutilização, somente em função da inércia em sua publicação, e, também, a imposição de multa por não realizá-lo.

Ademais, é necessário retratar que, referente à legislação brasileira, também é dispensada a autorização para usar dados dispostos ativamente na internet, “os dados disponibilizados pelo Poder Executivo federal e as informações de transparência ativa são de livre utilização pelos Poderes Públicos e pela sociedade”, consoante ao artigo 4º do Decreto 8.777/2016. Porém, nada restou estipulado acerca das informações solicitadas de maneira passiva, muito menos sanções foram estabelecidas.

Enfim, frisa-se que as legislações do Brasil e de Portugal referente ao direito ao acesso às informações públicas são parecidas em vários pontos e em alguns não. O direito mencionado é regulado nas Constituições de ambos os países e também por legislação infraconstitucional, em Portugal, pela Lei nº 26/2016 e, no Brasil, pela Lei nº 12.527/2011.

E, infere-se que a efetividade desse direito ainda precisa ser mais estimulada e legitimada, visto que ainda existem muitas questões burocráticas em relutância, além da necessidade de serem realizadas algumas adaptações alterações legislativas em ambas as leis, a fim de dar maior legitimação, legitimidade e transparência aos atos da administração pública, junto a participação da população na esfera pública, sendo esta um pressuposto do sistema democrático (BOBBIO, 2000).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, então, que, no Brasil, o direito ao acesso às informações públicas e o princípio da publicidade encontram-se regulados pela Constituição de República Federativa do Brasil de 1988, junto à Lei nº 12.527 de 2011, a qual regulamenta o direito

constitucional de acesso às informações públicas. Em Portugal, o mesmo direito e princípio também encontram-se regulados na Constituição da República Portuguesa e, também, na Lei n.º 26/2016. Verificou-se que propiciar a acessibilidade à informação e efetivar esse direito constitucional expressa um elemento de legitimidade e transparência governamental, além de participação democrática. E, sendo assim, percebeu-se também que o Brasil e Portugal acabaram regulando as suas legislações infraconstitucionais sobre o tema de maneira parecida em alguns pontos e também em um momento temporal similar.

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7 ed. São Paulo: **Ed. Paz e Terra**, 2000.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 496 p., 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016**. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm>. Acesso em: 08 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Vigência. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2011, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 03 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. Constituição da República portuguesa anotada. Coimbra: **Editores Coimbra**, v. II, 2014.

CAVALCANTI, Joyce Mariella Medeiros et al. Observância da lei de acesso à informação pelas autarquias federais do Brasil. **Perspectivas em Ciência da Informação [online]**. 2013, v. 18, n. 4, pp. 112-126. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-99362013000400008>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

FLEMING, Daniel Alcântara Domingues. A autonomia do direito de acesso à informação pública e o seu papel como instrumento de participação. **Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas (Dissertação): Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 2018. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/85814>>. Acesso em: 02 nov. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

MEDEIROS, Clayton Gomes de. A lei de acesso à informação e o Princípio da transparência na Administração Pública. In: CONPEDI UFPB. (Org.). A humanização do Direito e a Horizontalização da justiça no século XXI. Direito e Administração Pública I. ed 1. Florianópolis-SC: **CONPEDI**, 2014, v. I, p. 31-47. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=4740fcb3becc721b>>. Acesso em: 08 nov. 2022.

PAES, Eneida Bastos. A construção da Lei de Acesso à Informação Pública no Brasil: desafios na implementação de seus princípios. **Revista do Serviço Público - RSP**. 2011, v. 62, n. 4, p. 407-423. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/1597>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

POPPER, Karl Raimund. A Lógica da Pesquisa Científica. **Editora Cultrix**. São Paulo. 1993. Disponível em: <<https://ocondedemontecristo.files.wordpress.com/2011/05/popper-karl-a-logica-da-pesquisa-cientifica.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2022.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 08 nov. 2022.

PORTUGAL. **Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto**. Aprova o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, transpondo a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro, e a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro. 2016. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2591&tabela=leis&so_mio=lo=>>. Acesso em: 04 nov. 2022.

O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

LUCIANA REGINA ALVES DA SILVA:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil.

GLAUCIMARCOS FAKINE MARSOLI
(orientador)

RESUMO: O objetivo deste estudo, tem como tema escolhido para o trabalho de conclusão de curso, "O dano moral nas relações familiares decorrentes do abandono afetivo". A pesquisa desenvolvida, trata da responsabilidade civil nas relações familiares, principalmente no que tange ao abandono afetivo entre pais e filhos. Cabe salientar, que não somente, o estudo se perfaz acerca do dano moral no abandono afetivo, nessa celeuma também se enquadra a questão da "quantificação" que se faz necessária, uma vez, que os operadores do direito isso enquadra (Juizes, promotores, Advogados, Doutrinadores etc.), possuem dificuldades ao se debruçarem na resolução dessa problemática. Nesse contexto, o presente trabalho desenvolve questões em busca de definir eventuais lacunas ou omissões existentes na doutrina, na jurisprudência e até na própria lei, relativa à aplicação do aludido instituto. Entre as questões arguidas neste trabalho, são suscitadas as seguintes indagações: Os magistrados estão preparados para quantificar o valor do dano moral oriundo de abandono afetivo? Qual o valor atribuído à título de dano moral nas relações de família em especial no abandono afetivo havido entre pais e filhos?

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

ABSTRACT: The objective of this study, has as its theme chosen for the work of conclusion of course, "The moral damage in the family relationships resulting from the affective abandonment". The research carried out deals with civil liability in family relationships, especially with regard to emotional abandonment between parents and children. It should be noted that not only is the study about the moral damage in affective abandonment, this stir also includes the question of "quantification" that is necessary, since the operators of law this fits (Judges, prosecutors, Lawyers, Indoctrinators etc..), have difficulties when dealing with the resolution of this problem. In this context, the present work develops questions in search of defining eventual gaps or omissions existing in the doctrine, in the jurisprudence and even in the law itself, relative to the application of the mentioned institute. Among the questions raised in this work, the following questions are raised: Are judges prepared to quantify the amount of moral damage arising from affective

abandonment? What is the value attributed to the title of moral damage in family relationships, especially in emotional abandonment between parents and children?

Keywords: Affective abandonment; Moral Damages; Civil Responsibility.

INTRODUÇÃO

O presente tema em análise é objeto de perquirição, haja vista a importância cabal nas relações de Direito de Família que se apresentam hoje em âmbito judicial, com fulcro principal, na solução de diversos litígios existentes na seara forense, o inovado tema, tem se mostrado como matéria da atualidade e de grande relevância, seja no aspecto familiar, moral, social ou até mesmo na esfera judicial.

Nesta celeuma é imperioso salientar acerca da escolha do tema. E é justificada mediante a participação da autora em estágios no decorrer do curso de Direito, em Órgãos Públicos tais como, Vara de Família e Sucessões e Procuradoria do Município.

Diante de suas atribuições foi despertada no âmbito do atendimento individualizado aos que necessitavam se socorrer do poder judiciário e notório foi seu olhar atencioso a essas novas demandas que estavam surgindo.

A luz das informações contidas, era difícil imaginar há três décadas, passadas, a possibilidade de relacionar termos como “dano moral” e “direito de Família”.

Nessa vereda, com o advento da nova Constituição da República de 1988, suscitou um novo conceito à Família e elevou a Dignidade da pessoa humana ao ápice dos direitos fundamentais, as relações familiares sofreram um fenômeno conhecido como despatrimonialização, centrando-se na pessoa de seus membros e principalmente no afeto.

Neste diapasão, surgiram demandas em relação à possíveis violações a essa tão protegida dignidade humana, inclusive na esfera afetiva. No entanto, as relações ajuizadas a título de danos morais nas relações afetivas permaneciam somente no âmbito conjugal.

Diante do tema abordado, o desenvolvimento do estudo apresenta-se em três capítulos no qual por sua natureza, fora dividido em sub tópicos a fim de elucidar o entendimento e melhor compreensão do assunto percorrido.

1. DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O dano moral nas relações familiares, não está previsto no Código de Processo Civil, no livro que trata do direito de família, porém se perfaz incluso no tema da reparação civil e tem sido tratado especialmente no âmbito Judiciário.

Nesse contexto, é observado que o Tribunal, tem sido provocado para se pronunciar sobre essas pretensões almejadas, oriundos dos conflitos familiares, ora acolhendo, em outras situações rechaçando-as, sob diversos argumentos, entre eles podemos citar a impossibilidade jurídica do pedido ou até mesmo a “monetarização do afeto”.

Diante da narrativa, podemos mencionar que estes temas se tornam relevantes, não para justificar o fim da relação afetiva, mas, sim, para eventual reparação de danos morais, no que concerne aos prejuízos sofridos pelos indivíduos componentes da relação jurídica, com o fito principal de amenizar a dor sofrida, ainda que indiretamente a reparação monetária, somente repara seus efeitos.

1.1. CONCEITO DE DANO MORAL

Ao iniciar o estudo, podemos concluir que o dano moral segundo a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves¹⁴⁶:

“É o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, acarretando ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”.

É importante ressaltar que o dano moral está ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁴⁷, sendo inviolável sua intimidade, vida privada, honra e a imagem desta, sendo estes danos extrapatrimoniais que a princípio não possuem valoração pecuniária, em caso de lesão, reiterando-se que a indenização nestes casos, supõe mera compensação pecuniária e não retorno ao status “quo ante”.

1.2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Os conceitos de responsabilidade civil, embasados na doutrina podemos referir Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, estes perfazem a indagação do que seria a responsabilidade civil, relatando o seguinte verbis:

“A responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo, ao causador do dano, a consequente obrigação de indenizar a vítima.”

Neste contexto três elementos são de fundamental importância:

¹⁴⁶Responsabilidade Civil, cit., p 384

¹⁴⁷ Art.1º, III, e 5º, V e X CFRB

CONDUTA HUMANA: podendo ser comissiva ou omissiva (positiva ou negativa), própria ou de terceiros ou, mesmo, ilícita (regra geral) ou lícita (situação excepcional);

DANO: o dano é a violação de um interesse juridicamente tutelado seja de natureza patrimonial, seja de violação a um direito de personalidade;

NEXO DE CAUSALIDADE: o nexo de causalidade é a vinculação necessária entre a conduta humana e o dano. Além dos elementos básicos citados, obrigatórios para a caracterização da responsabilidade civil em qualquer de suas modalidades, não podemos esquecer do ânimo, a culpa, de caráter eventual, que é compreendida como a violação a um dever jurídico preexistente.

O código civil brasileiro, malgrado regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva (prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade), filiou-se como regra a teoria “subjettiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano.

A responsabilidade subjettiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva. Uma não faz substituição a outra, mas fica circunscrita aos seus justos limites, por se tratar de modelos jurídicos distintos que tratam de relações onde se verifica a existência do dever de indenizar somente em face da existência de culpa com seus pressupostos (conduta, nexo causal e dano), ou objetivamente citando (nexo e dano).

Neste contexto, inerente as relações familiares, considerando que os sujeitos envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, pela sua própria essência, risco à direito de outrem, a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento “culpa”, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no Art. 186 do CC. A teoria subjettiva é aplicada em toda a sua essência nas relações familiares, neste contexto fático, de vez que depende de análise ao caso concreto, em termos de aferição de conduta omissa ou comissiva do ente parental, que mediante sua ação produziu o resultado danoso à vítima, seja na esfera conjugal ou familiar.

2. O ABANDONO AFETIVO E O DANO MORAL

Conforme demonstrado no conceito acima, se perfaz o entendimento que o dano moral, em sua compleição é diferente do abandono afetivo, mas o que seria o abandono afetivo?

Em breve noção histórica, podemos exemplificar que o surgimento do abano afetivo, teve seu início após o advento da Constituição federal da República de 1988, e

especialmente, no art. 1º, III, inovando após um longo período de ditadura militar, deu novo conceito a família e erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático “a dignidade da pessoa humana”, porém, não só como um princípio a ser seguido, um norte, mas sim como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito. Elevando a dignidade da pessoa humana ao ápice dos direitos fundamentais.

Diante dessa narrativa é notório que as relações familiares sofreram grande alteração, centrando-se principalmente na pessoa de seus membros e no afeto.

Surgiram assim, demandas relativas a possíveis violações da mencionada “dignidade humana”, inclusive na esfera afetiva. No entanto, ações ajuizadas a título de danos morais nas relações afetivas permaneciam no âmbito conjugal. Era distante e até mesmo impensável a ideia de que pudesse ocorrer uma lide entre pais e filhos.

Cabe ressaltar que o tema por derradeiro passou a ser publicamente debatido a partir do ano de 2003, quase 15 anos após o advento da nova redação da Constituição da República Brasileira. O ensejo ocorreu na Comarca de Capão da Canoa, Estado do Rio Grande do Sul¹⁴⁸, quando o nobre magistrado proferiu uma sentença condenando um pai a indenizar a própria filha na quantia de duzentos salários mínimos a título de danos morais, por suposto abandono afetivo. Porém, o que seria esse tal abandono afetivo?

Em perquirição é compreendido, a existência do abandono afetivo, em hipótese, quando o genitor se esquivava do dever de prover assistência moral a seus filhos, mesmo na ocorrência de total adimplência quanto às obrigações pecuniárias no âmbito alimentar. E sendo considerada a sua ausência no cotidiano e, por conseguinte, não prestar o devido amparo afetivo durante o desenvolvimento e a formação da personalidade da criança, os tribunais passaram a admitir uma nova realidade polêmica e controvertida de responsabilização civil, a condenação de indenização a título de danos morais decorrentes de abandono familiar.

Nesse contexto é importante destacar a Constituição de 1988, que mais uma vez, rompendo com a ordem jurídica ditatorial que até então era vigente no país, estabeleceu dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Diante da narrativa entende-se que esse princípio supra mencionado, o “princípio da solidariedade” é o elo entre as pessoas que vivem em um Estado Democrático de Direito, pois nenhum homem existe sozinho, e essa referida solidariedade pressupõe

148 Trecho do noticiário STJ de dois de maio de 2012, disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto

coexistência, é o que faz com que todos sejam vistos de maneira igualitária, numa sociedade livre e justa¹⁴⁹.

2.1. O ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS

O jurista Rodrigo da Cunha Pereira¹⁵⁰, conforme pesquisado, fora um dos primeiros juristas a delinear deste assunto analisando o primeiro caso ao chegar em uma Corte Superior brasileira, asseverou:

“será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta¹⁵¹”.

O referido litígio cuidou, fundamentalmente, da seguinte discussão: se o afeto se constituiria em um dever jurídico, de forma que a negativa injustificada e desarrazoada caracterizaria um ato ilícito.

O caso considerado um “leading case” no Brasil, no juízo de primeiro grau o pedido fora rechaçado, mas a tese da possibilidade jurídica prevaleceu no Tribunal em questão, com o reconhecimento da condenação em reparação civil pelo abandono afetivo.

A reparação civil admitida como passível de reparação pelo gravame moral impingido ao investigante, haverá de decorrer daquela atitude. Como ascendente sujeito ao reparo moral, situa-se também aquele que, mesmo depois de apresentado laudo judicial e científico, de incontestável paternidade, ainda assim prossegue negando guarida ao espírito humano de seu filho investigante, que busca, o direito da declaração da sua paternidade, mas que segue seu genitor a privá-lo da identidade familiar, tão essencial e, condição de seu crescimento e desenvolvimento psíquico, estes, isentos de sobressaltos e fissuras na hígida personalidade psicológica.

O chamado abandono afetivo dos filhos pelos pais é considerado um ato ilegal. A mudança no Estatuto da Criança e do Adolescente poderá impor reparação de danos, ao pai ou a mãe que deixar de prestar assistência efetiva aos filhos, seja pela convivência, seja por visitação periódica. No caso daquele que não tiver a guarda da criança ou da

¹⁴⁹ Diálogos sobre Direito Civil. Cit., p. 228

¹⁵⁰ A Família em Perspectiva Constitucional. Cit., p.740.

¹⁵¹ Responsabilidade Civil por abandono Afetivo. Artigo 392

adolescente também ficará obrigado pelo Código Civil não só a visitá-lo e tê-lo em sua companhia, mas também a fiscalizar sua manutenção e educação.

2.2. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO

O direito brasileiro, sobretudo o Direito Civil, vem sofrendo transformações nos últimos anos. Os institutos jurídicos, até então apresentados, não mais atendiam os anseios da sociedade, daí o surgimento de vários novos princípios e regras que vieram para regulamentar a evolução dos tempos.

O direito de família encontra-se no ramo que mais sofreu mudanças. A família brasileira evoluiu e deixou de lado o autoritarismo, o patriarcado e o patrimonialismo, abrindo espaço para a filosofia Eudemonista na busca da felicidade. O direito das famílias, conforme já mencionado, após o advento da Constituição Federal de 1988 e da Instauração do Estado Democrático de Direito, adquiriu novos contornos e seus institutos basilares foram repaginados. A base do ordenamento jurídico passou a ser, o ser humano e sua dignidade.

A referida Carta Magna consagrou a igualdade entre homens e mulheres, entre filhos, a pluralidade de entidades familiares é uma das grandes novidades introduzidas no Direito das Famílias foi o afeto, fator considerado preponderante na formação das entidades familiares.

Atentos a questão podemos ressaltar que o Judiciário, através de seus magistrados devem usar cautela na análise de cada caso, evitando assim que o Poder Judiciário seja usado, por magoa ou como instrumento de vingança.

Nesta seara, há de se observar somente os casos especiais, ficando cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso do ente familiar, com rejeição pública e humilhante, justificariam o pedido de indenização por danos morais, o simples desamor e falta de afeto não bastariam.

As circunstâncias acima narradas, devem ser levadas em consideração no julgamento de casos dessa natureza, especialmente para não transformar as relações familiares em vindita ou em jogo de interesses econômicos.

A natureza jurídica da reparação do dano não é absoluta, existem muitas controvérsias a respeito, porém com base na doutrina de Carlos Roberto Gonçalves¹⁵², perfaz o entendimento sobre a reparação pecuniária do dano moral, prevalecente, afirmando que esta tem duplo caráter: "Compensatório para a vítima e punitivo para o

¹⁵² Direito civil brasileiro, vol.04, p. 402

ofensor". Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido.

Neste contexto, nas demandas decorrentes de danos morais, os magistrados encontram-se na problemática acerca da inexistência de critérios uniformes e definidos para o arbitramento de um valor adequado.

Ademais, não há como recompor sentimentos, no caso específico do abandono afetivo, não existe a possibilidade de quantificar a convivência familiar em um determinado valor, até porque, independentemente da quantia paga, a lacuna deixada pelo familiar, não será preenchida pela indenização. Por isso o dinheiro "desempenharia papel de satisfação tanto quanto possível, com o fito de amenizar o sofrido.

É sabido, que o ressarcimento do dano material, tem por finalidade colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula "danos emergentes" – "lucros cessantes". A reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor.

Como em todo sistema, sempre haverá uma crítica e está por sua vez, ao que tange a liquidação por arbitramento ao qual se intitula a mais adequada, está relacionada a falta de defesa eficaz contra uma estimativa que a lei submeta apenas ao critério livremente escolhido pelo juiz, porque, exorbitante ou ínfima, estará sempre em consonância com a lei, não ensejando a criação de padrões que possibilitem o efetivo controle da justiça ou injustiça.

Partindo do pressuposto a respeito da responsabilidade, esta tem como função atribuir uma sanção ao causador do dano, promover uma compensação e ainda preventiva de novos atos ilícitos da mesma natureza sejam cometidos, o dinheiro, definitivamente, não será o único método para cessar tal comportamento.

No caso específico do direito de família, poderia ser aventada como alternativa, um pedido de perdão ou até uma tentativa de composição com a reaproximação a fim de resolver a lide de forma mais eficaz. Essa alternativa, apesar de não possuir rescaldo na doutrina e na jurisprudência, poderia trazer uma solução viável, ou seja, uma forma mais coerente de solucionar os conflitos de direito de família de modo condizente com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da afetividade. É claro que, se resultar infrutífera, nessa seara poderia resultar no arbitramento do "quantum" indenizatório, a fim de compensar o lesado.

Em relação ao quantum indenizatório, Caio Rogério Costa¹⁵³, citando Maria Helena Diniz, afirma que:

“Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão, e não ser equivalente, por ser impossível a equivalência”.

Independente do critério a ser utilizado, não podemos esquecer a respeito da fixação do valor pelo magistrado, o qual deverá agir com prudência, devido à ausência de critérios objetivos, se atentar a particularidade de cada caso, a fim de não ser tão exorbitante a ponto que se converta em enriquecimento ilícito, nem tão ínfimo que se torne inexpressivo.

Diante do exposto, é notório a ausência de critérios para a fixação do dano moral por abandono afetivo, uma vez, inexistente na doutrina e na jurisprudência elementos particulares para a aferição e quantificação do dano, ficando a cargo do magistrado o exame a cada caso.

3. O Posicionamento Jurisprudencial sobre o tema

O Poder Judiciário, conforme dito anteriormente, tem sido instado frequentemente, para se manifestar sobre a possibilidade de configuração da hipótese de ocorrência de danos morais, decorrentes de abandono afetivo.

O tema tem apresentado grande complexidade, gerando polemica, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Atualmente é possível identificar algumas correntes doutrinárias sobre o tema, umas com ferrenhos defensores e outras rechaçando a hipótese de configuração do dano.

Algumas correntes defendem, de maneira sintética, a impossibilidades de condenação à obrigação de reparação de danos morais com fundamento em abandono afetivo. Um de seus principais argumentos tem como base a impossibilidade de se obrigar uma pessoa a nutrir sentimentos como o afeto ou o carinho por outra.

A referida corrente defende a impossibilidade de se abarcar um espaço, que não se pode ser tutelado pelo direito, entendendo que seria inerente a esfera íntima do ser humano, de forma individual¹⁵⁴.

¹⁵³ *COSTA, Caio Rogério apud DINIZ, Maria Helena, 2005.*

¹⁵⁴ Diálogos sobre Direito Civil, Cit.p.,232

“O abandono paterno atem-se, a meu ver, à esfera moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências.”

A referida corrente afirma ser o afeto e o carinho sentimentos pessoais, e por isso, de natureza em sua essência subjetiva, razão pela qual deve ser levada em conta a liberdade de autodeterminação do pai, sob pena de caracteriza-se ingerência sobre um dos aspectos mais básicos da pessoa, o amor pelo próximo.

“Pagar pela falta de amor não faz surgir o amor, e tampouco restabelece; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazer de conviver”.

Nesse sentido, entendem não estar o afeto incluído no dever de educação imposto aos pais pela Constituição, “o amor e o dever não se mistura”. Ademais, o próprio direito de família, traria a resposta de uma punição devida ao pai que abandona moralmente o seu filho, qual seja, a suspensão ou destituição do poder familiar, conforme o Código Civil. Esta consequência, seria ao critério da corrente, muito mais gravoso do que qualquer outra espécie de reparação, afastando, além disso, o risco de “monetização” das relações existenciais.

No mesmo contexto, Leonardo Castro, aponta curiosamente consequências do reconhecimento da responsabilidade civil nessas hipóteses:

“...muitos pais, não por amor, mas por temer a justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão a convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que claramente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência. Temeremos, então a figura do abandono do pai presente, visto que não é preciso estar distante fisicamente para demonstrar a falta de interesse afetivo. Caso seja constatado que a presença do pai é nociva, a mãe poderá exigir judicialmente o seu afastamento, que será forçosamente impedido de exercer a guarda do filho, abandonando-o por força da sentença. Então, nesses casos, será impossível exigir qualquer indenização pelo desprezo paterno”¹⁵⁵.

¹⁵⁵ O preço do abandono afetivo, cit., p.20

Nesse entendimento, a pretensão reparatória causaria ainda mais afastamento na relação paterno-filial, alcançando finalidade justamente oposta a pretendida. Seria um equívoco imaginar-se possível o estabelecimento de vínculo afetivo entre pai e filho, após condenação à obrigação de reparação dos danos morais.

Leonardo Castro, reafirma o afeto não ser decorrente do vínculo genético. Se não houver uma tentativa de aproximação de ambos os lados, a relação entre pai e filho estará predestinada ao fracasso. A relação afetiva deve ser fruto de aproximação espontânea cultivada reciprocamente, e não de força judicial (...)

Após a lide, uma barreira intransponível os afastará ainda mais, sepultando qualquer tentativa futura de reconciliação. Se a solução fosse dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia o objeto da reparação, o que não ocorre.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em caso paradigmático julgado no fim de 2005, filiou-se a esta corrente. Na hipótese, o filho alegava o abandono moral após a separação de seus pais e o nascimento de sua meia-irmã, fruto de novo relacionamento. O genitor, por sua vez, tentou justificar sua conduta em face dos impedimentos que eram impostos pela mãe do menor, bem como em razão de estar residindo no exterior.

O STJ por maioria, entretanto, utilizou-se como fundamento para a reforma da decisão do Tribunal de alçada Civil de Minas Gerais, que concedeu indenização no valor de quarenta e quatro mil reais, não a falta de culpa, mas sim a inexistência de obrigação legal de ser nutrir afeto por outrem. O judiciário não poderia obrigar alguém a manter relacionamento afetivo¹⁵⁶.

A outra parte da doutrina defende a ocorrência de danos morais indenizáveis, defendem a aplicação da responsabilidade civil nas hipóteses do denominado abandono moral. O fundamento principal a justificar este entendimento, seria o descumprimento por parte do pai de um dever previsto de forma expressiva na Constituição: "assistir, criar e educar os filhos menores", tudo nos termos do Art. 229. O citado dispositivo, por tratar-se de norma constitucional, é dotado de plena efetividade, não podendo ser interpretado como mera sugestão ao particular. Cuida-se de hipótese de dever constitucional a demonstrar sua relevância que se vincula à especial condição de pessoa em desenvolvimento.

Consoante a esse entendimento, Simone Ramalho Novaes, contempla a princípio da paternidade responsável. E conclui que se o pai não tem culpa por não amar o filho, o tem por negligencia-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade por tê-lo abandonado,

156 AÇÃO. INDENIZAÇÃO.DANOS MORAIS.PAI.FILHO.ABANDONO AFETIVO.STJ Resp n. 757411-MGJ.2911.2005, inf.269, Rel. Min. Fernando Gonçalves

por não ter convivido com o filho, educá-lo, enfim, todos esses direitos impostos pela lei 157.

A jurisprudência apresenta-se de forma dividida sobre a matéria. Assim, apesar da conclusão do STJ à época no Resp. nº 757.411-MG, alguns acórdãos já reconheceram o direito a reparação por abandono moral, como no seguinte caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual o voto do Des. Werson Rêgo destaca:

“ (...) há, sim, situações em que o abandono moral e material dos pais em relação à saúde, à educação, ao bem-estar, inclusive psicológico dos filhos importam em violação, nítida de atributos das personalidades destes, mormente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Se um pai não pode ser culpado pelo fato de não amar o filho o que, por si, já não seria natural, de outro lado, pode ser por negligenciá-lo e, a nosso sentir, insisto, tanto nos aspectos materiais, quanto nos aspectos morais. Creio, sinceramente, que um pai que não exerce adequadamente seu poder familiar, que descarta de seu dever de criar e de educar seus filhos, do de tê-lo em sua companhia e guarda, do de assisti-lo, quando tenha condições para fazê-lo, deve sim, ser responsabilizado por negar aos mesmos uma formação plena como pessoa. ”

Importante esclarecer que a reparação não teria por fundamento a falta de afeto, posto que não há essa obrigação jurídica, ou seja, não há esse direito subjetivo. Amor e carinho são próprios da esfera íntima de cada ser humano, não sendo possível a ingerência do direito neste aspecto, inexistente, portanto, a obrigação de amar.¹⁵⁸

O que irá fundamentar a responsabilidade seria justamente, o dever previsto constitucionalmente. A exigência jurídica não é pelo afeto, mas sim pela responsabilidade.

Nesse diapasão, a simples perda ou suspensão do poder familiar, não se mostra suficiente para coibir esse tipo de prática social, muitas vezes, em verdade, a perda do poder familiar se apresentaria, muito mais como um prêmio ao pai ausente, não representando qualquer alento ao filho.

Por conseguinte, o trabalho de pesquisa que fora realizado, observando as hipóteses em análise que constantemente são apreciadas pelo poder judiciário, demonstram, sendo

¹⁵⁷ Abandono Moral. Revista da EMERJ, cit., p. 44

¹⁵⁸ Da reparação do dano moral existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Cit., p.76.

comum, casos quando o filho recorre aos tribunais na tentativa de obter a reparação por abandono moral, normalmente não existe qualquer relação paterno-filial.

Deste modo, fica esvaziado o argumento de que tal pretensão afastaria ainda mais as duas pessoas, inviabilizando uma reaproximação futura. Essa preocupação não se justificaria do ponto de vista jurídico, até porque, muitas vezes, a relação paterno-filial jamais existiu.

Por fim, é entendido que a família hoje é tutelada na medida em que promove a dignidade de seus membros, e não como instituição autônoma, protegida em si mesma. O judiciário no âmbito de suas atribuições, nos casos envolvendo menores deve intervir nessas questões.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se o deslinde acerca do advento da Constituição da República de 1988, inovando após um longo período de ditadura militar, abrolhou-se um novo conceito a família surgindo a dignidade da pessoa humana não só como um princípio a ser seguido, um norte, mas sim como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito. Elevou a dignidade da pessoa humana ao ápice dos direitos fundamentais. Diante desta, as relações familiares sofreram grande alteração, concentrando-se principalmente na pessoa de seus membros e no afeto.

Neste contexto, uma série de deveres aos pais foram impostos, dentre os quais se destacam a criação, educação e assistência dos filhos. Essas condutas não podem ser consideradas meras obrigações morais, mas sim dotadas de cunho jurídico, justificando a possibilidade de reparação por abandono moral.

O estudo proporcionou o entendimento acerca do fundamento da responsabilização, sendo está não um direito subjetivo ao afeto, mas sim o descumprimento dessas normas.

É sabido que para o desenvolvimento pleno da criança, não basta a observância de obrigações de cunho meramente patrimonial, como o adimplemento de alimentos. A cultura da paternidade irresponsável deve ser substituída pela consciência da necessária participação de ambos os genitores no processo de desenvolvimento do filho, cada qual cumprindo sua função. Mesmo após a dissolução da relação conjugal.

Conforme exemplificado, a indenização aferida pelo familiar no objeto de estudo o “filho desamparado”, não ameniza os efeitos do abandono, ou seja, o período desse familiar ausente, entende-se que nem sempre o judiciário ao conceder a indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo nas relações familiares, será capaz em

determinados casos, atingir sua principal função, restabelecer a paz social e o fim do conflito.

Acerca da fixação do dano, conclui-se não ser pertinente um critério objetivo, tendo em vista a complexidade de cada caso a ser perscrutado, para tal cabimento ou até arbitramento do dano moral decorrente do abandono afetivo.

Ao magistrado será imputado a tarefa em cada caso, de forma benevolente e com bom senso, fixar um "quantum" razoável e justo para a indenização.

REFERENCIAS

Abandono afetivo- danos *moraís*- indenização- julgados- ato ilícito- ... "*Abandono moral*". IN *Revista da EMERJ*, v. 10, n. 40, 2007. p. 44. A TRAJETÓRIA DO ABANDONO AFETIVO <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br> >

AÇÃO. INDENIZAÇÃO.DANOS MORAIS.PAI.FILHO. ABANDONO AFETIVO.STJ Resp. n. 757411-MGJ.2911.2005, inf.269, Rel. Min. Fernando Gonçalves

COSTA, Caio Rogério apud DINIZ, Maria Helena, 2005 - Op. Cit. 2005, p. 652. 84 *DINIZ, Maria Helena*, Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 16 ed.

Da reparação do dano moral existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/39743>

Diálogos sobre Direito Civil – volume III. Editora Renovar. Luiz Edson Fachin & Gustavo Tepedino. 24 de nov. de 2011. São Paulo.

Gagliano, Pablo Sstolze – Novo Curso de Direito Civil, volume 06: Direito de Família – As famílias em perspectivas constitucional/ Pablo Stolze Gsgliano, Rodolfo Pamplona Folho. #º edição revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

Gomes Orlando, Direito de Família. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Gonçalves, Carlos Roberto – Direto civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil/ Carlos Roberto Gonçalves – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Direito civil – Brasil I. Título.

Machado, Natalia Gaspar – Os Contornos Jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos, além da obrigação legal de caráter material – Revista do tribunal Regional Federal Terceira Região/MESP/2006.

Madaleno, Rolf, 1954 – Curso de Direito de Família/4º Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Noticiário do STJ de dois de maio de 2012, disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicação/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto.

Pamplona Filho, Rodolfo. Amor de Pai. Disponível em <http://rodolfopamplonafilho.blogspot.com/2010/08/amor-de-pai-24.html>

Pereira, Maria Martha L.A. – O direito e os dilemas sociais; relações paterno- filiais e responsabilidade civil. Orleans, Helen Cristina L. de Lima – Diálogos sobre Direito Civil/Renovar/2012

Rodrigo Cunha Pereira, *Nem só de pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono afetivo*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em 18 set.2010.

A FASE DA EXECUÇÃO PROCESSUAL CÍVEL: ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE PENHORA DE CRIPTOMOEDAS EM PROCESSOS NA FASE DE EXECUÇÃO

IGOR FILIPE ROCHA RODRIGUES:
Graduando em Direito pela Faculdade
da Saúde e Ecologia Humana – FASEH
159

ISABELA MARIA MARQUES THEBALDI
(orientadora)

RESUMO: Este trabalho tem o objetivo de analisar a possibilidade de realização da penhora de criptomoedas na fase de execução. O mesmo aponta a necessidade de legislação específica, com o devido estudo das normas vigentes, levantando alguns pontos quanto à execução, análise de dados de execuções frustradas em âmbito geral e conceitos gerais. Também analisa a possibilidade da penhora na a partir das criptomoedas, como forma de adimplemento de execuções. Têm-se o intuito de contribuir para o acervo bibliográfico existente, o aprimoramento do judiciário e a expansão dos métodos de penhora. Foi utilizado o estudo das principais fontes e bibliografias para o entendimento e explanação sobre as criptomoedas e a execução.

Palavras-chave: Adimplemento. Criptomoeda. Execução. Obrigação. Penhora.

THE PHASE OF CIVIL PROCEDURAL ENFORCEMENT: ANALYSIS OF THE POSSIBILITY OF SEIZURE OF CRYPTOCURRENCIES IN EXECUTION PHASE PROCESSES

ABSTRACT: *This work aims to analyze the possibility of seizure of cryptocurrencies during the execution phase. It points to the need for specific legislation, along with a thorough study of existing rules, raising several points regarding inspection, data analysis of unsuccessful executions in general scope and general concepts. It also examines the possibility of seizure through cryptocurrencies as a means of carrying out executions. The intention is to contribute to the existing bibliographic collection, the improvement of the judiciary and the expansion of seizure methods. The study of primary sources and bibliographies was used to understand and explain cryptocurrencies and their application.*

Keywords: *Adimplement. Cryptocurrency. Execution. Obligation. Seizure.*

1.INTRODUÇÃO

¹⁵⁹ E-mail: igorfiliperr@outlook.com –

É cediço que a população e o mundo virtual estão em constante mutação e evolução, a cada dia que se passa novas tecnologias surgem e são lançadas. Há algum tempo, o uso constante de transações virtuais é costumeiro e adotado pela humanidade, reduzindo a utilização do dinheiro impresso.

Com o avanço tecnológico, muitas vezes a legislação e a regulamentação de novas possibilidades e tecnologias encontram-se atrasadas – não conseguem acompanhar o ritmo da tecnologia, como é o caso das criptomoedas e sua legislação. No Brasil, por exemplo, na legislação vigente, somente reconhece o ativo financeiro para fins tributários, nas outras dimensões não existe regulamentação, ou seja, não há um regime jurídico e amparo legal para as criptomoedas.

A importância da abordagem desse tema, é necessária para a adequação e regulamentação desta nova forma de realizar transações, investir e obter uma espécie de “fundo emergencial”. Nota-se que este assunto se tornou mais visível na atualidade. Porém, a primeira criptomoeda surgiu em meados em 2009, tendo como características a privacidade e descentralização de seu controle, o que dificulta o acesso de terceiros à esta fonte, e sua utilização têm aumentado exponencialmente somente durante os últimos anos.

Tratando-se do âmbito jurídico, a utilização das criptomoedas pode ser vista como uma forma de efetivar a execução de processos, por meio do Poder Judiciário, que por muitas vezes encontra-se de mãos atadas durante a pesquisa de bens penhoráveis, tornando as execuções frustradas. Durante a fase de execução, aplica-se algumas formas de coação ao pagamento da dívida e a satisfação do crédito, nestes casos, utiliza-se como forma de coação por sub-rogação os sistemas conveniados, buscando atingir o patrimônio do executado.

Dado o exposto, chegamos ao questionamento da possibilidade de utilizar as criptomoedas como método de alcançar a satisfação da penhora em processos de execução, bem como analisar se o ordenamento jurídico brasileiro está apto e preparado para este novo contexto tecnológico. Observa-se a necessidade de acompanhamento jurisdicional junto ao avanço tecnológico, buscando amparar e adequar as necessidades atuais.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aderência das criptomoedas pela população, bem como verificar a disponibilidade da penhora recaindo sobre as moedas digitais através da criação de uma possível regulamentação na qual torne isto possível. Neste interim, o estudo pretende analisar o ordenamento jurídico atual e tornar o processo de execução mais atualizado e talvez mais eficiente.

A metodologia a ser utilizada será a qualitativa, buscando analisar e discorrer sobre a legislação atual no que tange as criptomoedas, utiliza-se de artigos, documentos e livros para abranger as criptomoedas e a sua inserção no campo da execução judicial, analisando-se a efetividade e a possibilidade.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS CRIPTOMOEDAS

Nas colocações de Marina Vitoria (2022):

“As criptomoedas, ou moedas virtuais, são ativos digitais criptografados e utilizados por investidores em razão do grande potencial de lucro e a garantia quase total de anonimato. O Bitcoin, criado em 2009, é a criptomoeda mais famosa. Entretanto, existem dezenas de outras espécies, como Ethereum, XRP, Binance Coin, entre outras.”

De forma resumida, as criptomoedas foram criadas em 2009, atualmente ganham espaço, chamando atenção de investidores, governos e adeptos.

Brevemente, as criptomoedas podem ser classificadas como uma moeda digital, na qual utilizam a criptografia como uma forma de passar segurança para os usuários e análise das transações, já que possuem uma rede de proteção chamada blockchain.

Elas são descentralizadas, ou seja, não dependem de órgãos governamentais para a realização das transferências, e sequer precisam de entidades bancárias para fiscalização e intermediação.

Possuem entre outras, a característica de ser uma moeda virtual, e com transferências céleres, visto que, conforme exposto, não necessitam de terceiros para intermediação e fiscalização das transações.

Entre diversas, a criptomoeda mais conhecida é o Bitcoin, sendo esta a primeira criada.

2.1 O SURGIMENTO DAS CRIPTOMOEDAS E SUAS CARACTERÍSTICAS

As criptomoedas surgiram em 2009, associada a busca por meios alternativos de pagamento, sem a utilização de instituições bancárias e de forma descentralizada. O marco inicial é através de um grupo, ou pessoa denominada de Satoshi Nakamoto, no qual publicou um artigo em 2008, que buscava uma forma de pagamento eletrônico de forma descentralizada

A primeira moeda criada foi o Bitcoin, e depois desta, muitas surgiram, com características semelhantes, como a descentralização e a segurança das transações.

As criptomoedas possuem como diferencial a segurança nas transações, já que todas são armazenadas em um “banco” público de dados, que é denominado como blockchain.

Possuem como características a descentralização, ou seja, a desnecessidade de intervenção de órgãos estatais e governamentais para sua intermediação, bem como a independência das entidades bancárias. Porém, podem depender ou passar por um processo de regulamentação pelas legislações governamentais.

Outra característica é a virtualização, que de forma exemplificada e didática, Marcelo Benevides (2022) discorre que, “A bitcoin é uma moeda, assim como o real ou o dólar, mas bem diferente dos exemplos citados. O primeiro motivo é que não é possível mexer no bolso da calça e encontrar uma delas esquecida. Ela não existe fisicamente, é totalmente virtual.”

Ou seja, tratam-se de moedas virtuais, impossíveis de serem visualizadas no mundo externo, de forma física.

Além disso, como o próprio nome expõe, as criptomoedas são criptografadas, ou seja, são altamente seguras e quase impossíveis de falsificar, sendo que cada transação é arquivada no banco público denominado blockchain.

As criptos são voláteis, ou seja, seus preços variam em um curto período de tempo, visto que as moedas são suscetíveis de especulações e flutuações do mercado.

Por fim, elas são facilmente acessadas por qualquer interessado, e, portanto, podem ser realizadas transações globais sem a realização de fiscalização de entidades bancárias e fiscalização governamental.

Deste modo, no cenário atual, tratando-se de uma inovação na forma de negociação e avanço tecnológico, as criptomoedas estão cada vez mais em ascensão, possuindo mais adeptos, mais dilemas e discussões entre governos, bancos e etc.

2.2 O FUNCIONAMENTO DAS CRIPTOMOEDAS E O BLOCKCHAIN

O funcionamento das criptomoedas se dá de forma segura, visto que são protegidas pelo blockchain, isto é, em síntese, um bloco de cadeia que armazenam as transações realizadas pelos usuários. Além disso, contam com o funcionamento deste mecanismo de forma descentralizada, garantindo a segurança dos proprietários.

O blockchain pode ser resumido como um banco de transações realizadas, organizados através de blocos encadeados. Em cada um desses blocos há um aglomerado de transações realizadas por usuários da moeda. Além disso, o blockchain possui um mecanismo que impede a duplicidade dos fundos, tornando as criptos ainda mais seguras.

O processo para adquirir as criptomoedas é feita pela mineração, que consiste em solucionar alguns problemas criptográficos complexos. Assim, quando solucionado, são adicionados novos blocos nas cadeias do blockchain. A resolução dos problemas criptográficos resulta em uma recompensa para o minerador em formato de criptomoedas.

Com a aquisição das criptos, os usuários utilizam uma carteira digital, sendo que nesta há uma senha particular que somente o proprietário tem acesso, e é esta senha que permite que os donos assinem as transações virtuais e comprovem que são legítimos proprietários das criptos. Ou seja, somente os proprietários podem realizar e confirmar as transações, ou então, alguma pessoa que possua o acesso concedido ao dono.

2.3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE AS CRIPTOMOEDAS

A legislação brasileira vigente, no tocante às criptomoedas, encontra-se em evolução, possuindo poucas regulamentações consideradas relevantes para o cenário atual, visto a ascensão das criptos.

Em 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados ou Lei 13.709, foi entre muitas, uma das mais importantes, na qual determinou que todas as empresas que armazenem, colem e utilizem dados pessoais, incluindo as administradoras de criptoativos, possuíssem a anuência explícita dos proprietários das criptos e titulares dos dados, sendo estes requisitos rigorosos, visto que se tratam de dados pessoais.

Podemos mencionar como a primeira regulamentação a Instrução Normativa RFB nº 1.888/2019, emitida pela Receita Federal do Brasil. Na qual, em síntese, determina que as administradoras de criptomoedas forneçam quando solicitado informações sobre os proprietários das criptomoedas em sua administração, como por exemplo, valores, datas e pessoas envolvidas.

Após, em 2021, o Banco Central do Brasil expediu a Circular nº 4.197, na qual estabeleceu regras para a custódia das criptos e requisitos de segurança cibernética, com fito na prevenção de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e etc., visto que as criptomoedas são de fácil acesso, podendo ser utilizadas por terroristas e criminosos.

Por fim, existe um projeto de lei que aguarda sanção, tratando-se do Projeto de Lei 4401/2021, no qual é conhecido como PL da Mineração de Criptomoedas. Possui como

objetivo a regulamentação da legitimidade da atividade econômica dos mineradores, sendo que os que se dedicam a este ramo pudessem ser considerados como legítimos mineradores, sendo gerenciados pelo Ministério da Economia. Além disso, prevê a criação de um regime tributário específico e inclusão de isenções para estes mineradores.

É notório registrar que, apesar da existência de algumas regulamentações sobre as criptomoedas no cenário brasileiro, há diversas lacunas, incertezas e desafios que envolvem os criptoativos, sendo alvo de debate constante.

3.OS PROCESSOS DE EXECUÇÃO

Com previsão legal, em especial aos artigos 771 e seguintes do Código de Processo Civil, os processos de execução cível são aqueles que visam garantir o cumprimento de uma obrigação decorrente de uma decisão judicial ou de um título executivo extrajudicial, como uma nota promissória, um cheque ou uma escritura pública de dívida. Saliente-se que há ainda, a existência de execução de fazer, de entregar e de não fazer, ou seja, decorrem de decisões judiciais que obrigam uma das partes a realizar um ato ou se abster de fazer.

A primeira etapa do processo de execução cível é a fase de cumprimento de sentença ou de liquidação de título extrajudicial, na qual o credor deve demonstrar a existência e o valor da dívida e requerer a expedição do mandado de citação ao devedor. Nessa fase, o devedor é citado para pagar a dívida ou nomear bens à penhora.

Caso o devedor não efetue o pagamento ou não indique bens à penhora, será iniciada a fase de penhora, na qual o oficial de justiça procederá à avaliação dos bens do devedor e efetuará a penhora sobre aqueles que forem suficientes para garantir o pagamento da dívida, ou então serão utilizados sistemas conveniados diversos para a realização da penhora, ou tentativa desta.

Após a penhora, o devedor terá a oportunidade de apresentar embargos à execução, alegando eventuais irregularidades no processo ou apresentando fatos que possam afastar a dívida ou reduzir o valor da execução. Caso os embargos sejam rejeitados, será determinada a hasta pública, ou seja, a venda dos bens penhorados em leilão para satisfazer a dívida.

É importante destacar que a execução cível é um processo complexo e que exige conhecimentos específicos em direito processual civil e em outras áreas correlatas, como contabilidade e avaliação de bens. Além disso, o devedor também possui diversos direitos e mecanismos de defesa previstos em lei, como a possibilidade de oferecer garantias ou de parcelar a dívida.

3.1 PRESSUPOSTOS E PRINCÍPIOS

Os pressupostos e princípios são essenciais ao prosseguimento e conclusão não só dos processos de execução, mas também como de processos em fase de conhecimento. Assim, são alguns dos principais pressupostos e princípios:

Pressuposto da existência de uma obrigação: a execução cível pressupõe a existência de uma obrigação decorrente de uma decisão judicial ou de um título executivo extrajudicial. Sem essa obrigação, não há possibilidade de se iniciar a execução

Pressuposto da exigibilidade do título: o título executivo deve estar em pleno vigor e ser exigível, ou seja, não pode estar sujeito a qualquer condição ou impedimento que impeça o cumprimento da obrigação.

Pressuposto da admissibilidade da penhora: a penhora só é possível sobre bens que possam ser alienados judicialmente, que estejam livres e desembaraçados e que não sejam impenhoráveis por lei.

Pressuposto da liquidez do título: o título executivo deve ser claro e determinado, contendo informações suficientes para permitir a identificação da obrigação e do valor devido.

Princípio da dignidade da pessoa humana: a execução cível deve respeitar a dignidade e os direitos fundamentais do devedor, evitando qualquer forma de constrangimento ou violação de sua intimidade.

Princípio da máxima utilidade: a execução cível deve buscar, sempre que possível, a satisfação do crédito de forma mais ampla e efetiva, utilizando-se dos meios disponíveis para atingir esse objetivo.

Princípio da menor onerosidade: no qual conceitua-se que a execução deverá sempre evitar prejuízos excessivos ao devedor, buscando utilizar-se de meios menos agressivos, sem quando possível para o adimplemento da obrigação.

Princípio da boa-fé: trata-se de princípio basilar de qualquer procedimento e tipo de ação, no qual presume-se que as partes envolvidas devem sempre atuar no processo de forma que não prejudique as outras partes.

Esses são apenas alguns e principais os pressupostos e princípios da execução cível, que devem ser observados. Sendo que, o cumprimento desses pressupostos e princípios é fundamental para garantia da justiça e a efetividade do processo.

3.2 A PENHORA JUDICIAL

A penhora judicial cível é uma medida executiva utilizada para garantir o pagamento de uma dívida em processos judiciais.

A penhora pode recair sobre bens imóveis, móveis, rendas, direitos e contas bancárias. Resguardando que, nem todos os bens são considerados penhoráveis, tendo alguns limites e restrições impostos pela legislação, jurisprudência e etc.

É importante destacar que a penhora é uma medida extrema, que deve ser adotada apenas quando as demais tentativas de cobrança extrajudicial não obtiveram sucesso. Além disso, a penhora deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que o devedor não seja prejudicado de forma desproporcional.

Consoante o Código de Processo Civil, no qual dispõe acerca da penhora nos artigos 831 e seguintes, há uma ordem a ser seguida. Sendo esta:

“Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

IV - veículos de via terrestre;

V - bens imóveis;

VI - bens móveis em geral;

VII - semoventes;

VIII - navios e aeronaves;

IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;

X - percentual do faturamento de empresa devedora;

XI - pedras e metais preciosos;

XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;

XIII - outros direitos.”

Saliente-se que esta sequência poderá ser alterada pelo Magistrado a depender das particularidades de cada processo, visto que em determinadas ações algumas formas serão mais eficientes que outras.

Dentre estas formas de penhora, há algumas mais comuns, como a penhora do dinheiro, que é realizada através de uma penhora online, no qual o magistrado “oficia” o Banco Central do Brasil, requisitando informações acerca das contas bancárias registradas em nome do executado, de modo que conte o saldo atual em conta.

A outra forma mais comum, é a penhora de bens móveis e imóveis, devendo esta ser realizada por um Oficial de Justiça, no qual avalia os bens e elabora um termo de penhora, no qual descreve os bens, os valores, características, acessórios e etc., em casos que há a necessidade de conhecimento técnico ou específico, deverá o Magistrado nomear um avaliador competente. Nesta forma de penhora, há a possibilidade da alienação e da adjudicação, sendo que na primeira, o bem avaliado é levado à leilão. Já na segunda hipótese, o bem é transferido diretamente ao credor, de modo que a dívida seja satisfeita, ou seja, devidamente quitada.

Para efetivação destas formas de penhora e de outras, o sistema jurídico brasileiro possui alguns sistemas conveniados que auxiliam no resultado útil destas medidas, que será discorrido a seguir.

3.3 SISTEMAS CONVENIADOS

No âmbito do sistema jurídico brasileiro, existem diversos sistemas conveniados que podem ser utilizados para a penhora cível. Esses sistemas visam facilitar a localização e a apreensão de bens do devedor, de forma a garantir a satisfação do crédito do credor.

Dentre os sistemas conveniados mais utilizados para a penhora cível, podemos citar:

Renajud: sistema que interliga o Judiciário aos órgãos de trânsito, permitindo a identificação de veículos em nome do devedor, bem como a realização de bloqueios e transferências de veículos para pagamento de dívidas.

Infojud: sistema que interliga o Judiciário à Receita Federal, permitindo o acesso a informações fiscais do devedor, como dados sobre rendimentos, imóveis, veículos, entre outros.

BacenJud: sistema que interliga o Judiciário ao Banco Central, permitindo a realização de bloqueios e penhoras online em contas bancárias do devedor, bem como a identificação de outras instituições financeiras onde o devedor possa ter contas.

Serasajud: sistema que interliga o Judiciário aos órgãos de proteção ao crédito, permitindo a obtenção de informações sobre o devedor, como dados de endereço e informações sobre dívidas em aberto.

SisbaJud: sistema que interliga o Judiciário ao sistema bancário, permitindo a realização de penhoras online em contas bancárias do devedor.

Sniper: o sistema mais recente elaborado, a ferramenta cruza dados e informações de diferentes bases de dados e destaca visualmente (em formato de grafos) os vínculos entre pessoas físicas e jurídicas, permitindo identificar de forma mais rápida e eficiente relações relevantes para os processos judiciais.

Os sistemas conveniados são de suma importância para o sistema jurídico, visto que permitem a localização, apreensão, restrição e etc., sobre os bens do executado/devedor de forma mais eficiente.

3.4 DO FRUSTRAMENTO DAS EXECUÇÕES

A execução cível pode ser considerada frustrada quando o credor não consegue satisfazer o crédito que lhe é devido, seja pela impossibilidade de encontrar bens penhoráveis do devedor, seja pela falta de interesse ou capacidade financeira deste em cumprir a obrigação.

Conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a taxa de congestionamento dos processos de execução é muito alta, com mais de 70% deles ainda pendentes de decisão. Além disso, apenas 8% das execuções são efetivamente resolvidas.

Dentre os fatores que contribuem para as execuções cíveis frustradas estão a morosidade do processo, a falta de estrutura dos órgãos de execução e a complexidade do sistema de penhora e leilão. Além disso, a crise econômica e as mudanças legislativas também têm impactado na efetividade da execução.

Diante desse cenário, têm surgido novas ferramentas tecnológicas, como o Sniper, que utilizam inteligência artificial e cruzamento de dados para auxiliar na localização de bens e ativos dos devedores, aumentando a efetividade da execução. Além disso, propostas de reforma legislativa também têm sido discutidas para tornar o processo de execução mais eficiente e menos burocrático.

4.A CRIPTOMOEDA COMO MEIO DA PENHORA JUDICIAL

A possibilidade da penhora de criptomoedas como forma de garantir o pagamento de dívidas tem sido objeto de discussão entre especialistas em direito e criptografia. Embora ainda haja muita incerteza e falta de regulamentação sobre o assunto, a figuração da criptomoeda como possibilidade de bens passíveis de penhora é uma realidade.

Atualmente, existem alguns casos em que a penhora de criptomoedas já foi determinada pela justiça brasileira, como em processos de cobrança de dívidas trabalhistas. No entanto, a efetividade da medida ainda é questionável, uma vez que muitas vezes os devedores podem transferir seus ativos para carteiras virtuais anônimas ou para administradoras no exterior.

É comum no Brasil os executados antes mesmo do ajuizamento de ações de execução, que eles escondam seu patrimônio, transferindo ativos para terceiros, ou adquirindo bens, desta forma por muitas vezes a execução se torna frustrada. Neste cenário, torna-se imprescindível a possibilidade de bloqueio de investimento feitos através de criptomoedas, estas por muitas vezes supervalorizadas, é o que discorre Alexandre Pacheco.

Para a realização da penhora das criptomoedas, é necessária a colaboração das administradoras dos criptoativos, desde que haja uma legislação voltada para essa possibilidade e que seja atualizada e transparente.

Márcio Cunha (2022), afirma que é possível a penhora de criptomoedas quando esta estiver em posse de um terceiro, uma espécie de “administrador” de ativos. Nesse caso, a corretora poderá mediante ordem judicial, realizar a penhora, desde que as chaves privadas estejam em sua posse.

Assim, é imperioso destacar que a área da criptomoeda está em constante desenvolvimento, e a regulamentação da penhora das criptomoedas requer adaptação do sistema jurídico brasileiro.

4.1 ADIMPLEMENTO DAS EXECUÇÕES POR CRIPTOMOEDA

O adimplemento das dívidas pelas criptomoedas é um tema de grande repercussão e relevância, uma vez que o número de adeptos aumenta cada dia passado.

Quanto ao seu uso no adimplemento de execuções cíveis, é possível afirmar que a criptomoeda possui uma natureza jurídica de bem patrimonial, podendo, portanto, ser objeto de penhora judicial.

Porém, é necessário identificar a existência e a titularidade das criptomoedas, garantindo uma transação segura e eficiente para os meios necessários, devendo ser feita de forma legal, ou seja, seguindo as normas existentes, pressupostos, princípios e etc.

Para isso, podem ser utilizadas ferramentas de investigação patrimonial, como o sistema conveniado SNIPER, que auxiliam na localização de ativos digitais e na identificação de vínculos entre pessoas físicas e jurídicas.

Em relação ao adimplemento da execução cível por meio de criptomoedas, é importante destacar que, apesar de ainda não haver uma regulamentação específica sobre o assunto, é possível que as partes cheguem a um acordo quanto à forma de pagamento, desde que a criptomoeda seja aceita pelo credor e sua conversão em moeda corrente seja realizada de forma adequada. É fundamental que haja transparência e segurança na transação, para evitar eventuais fraudes ou problemas na sua liquidação.

Em suma, embora a execução de criptomoedas apresente algumas particularidades em relação à penhora de bens tangíveis, é possível afirmar que a criptomoeda possui uma natureza jurídica de bem patrimonial e, portanto, pode ser objeto de penhora judicial. No que diz respeito ao adimplemento da execução cível por meio de criptomoedas, é necessário que haja cautela e segurança na transação, a fim de evitar eventuais problemas ou fraudes.

4.2 DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

A possibilidade de criação de legislação específica para a penhora de criptomoedas como forma de adimplemento de execuções cíveis é um tema relevante e ainda em desenvolvimento. Atualmente, não existe uma legislação específica para essa questão no Brasil, o que pode gerar certa insegurança jurídica e dificuldade na sua aplicação prática.

Entretanto, é importante ressaltar que a legislação atual já prevê a possibilidade de penhora de ativos financeiros em geral, ocorrendo a penhora como por exemplo da conta bancária dos devedores.

Registra-se que há a necessidade de criação de uma nova legislação para a regulamentação dos criptoativos, visto que há um grande índice de execuções frustradas por não localização de bens aptos a penhora, sendo este um desafio recorrente do judiciário.

Nas palavras de Amanda Vitoria (2022):

“Sem dúvida a maior dificuldade nos processos de execução é a satisfação do crédito dada a dificuldade na busca de bens do devedor. Como meio de desestimular a inadimplência e de efetivar a satisfação dos créditos, alguns juízes já admitem a penhora de criptomoedas como garantia executiva. Com o surgimento das moedas virtuais, as chamadas criptomoedas que a cada dia ganham mais força no mercado de investimento, em especial o

Bitcoin que segue sendo a moeda mais valorizada do mundo, há que se observar algumas novidades no âmbito jurídico.”

Para a efetivação destes meios, é necessário um sistema específico ou aperfeiçoamento de um já existe. Atualmente o sistema SNIPER é passível de localização de alguns ativos, porém carece de aperfeiçoamento para que seja eficaz no quesito de rastreamento das criptos e possibilidade da penhora.

Deste modo, conclui-se que a penhora das criptomoedas é uma forma de adimplemento das execuções, porém carece de algumas regulamentações, aperfeiçoamentos e debates. Logo, a criação de uma legislação específica é uma das formas de efetivar a penhoras das criptomoedas.

4.3 DOS DESAFIOS

A penhora de criptomoedas como forma de adimplemento de execuções cíveis apresenta alguns desafios a serem enfrentados.

O primeiro desafio é a dificuldade em localizar as criptomoedas, já que elas são armazenadas em carteiras digitais com chaves privadas, o que pode dificultar o rastreamento e a identificação dos ativos digitais pertencentes ao devedor. Porém há a possibilidade da localização através da cooperação obrigada das administradoras de criptos, bem como, aperfeiçoamento de sistemas já existentes para adequarem-se à realidade.

Outro desafio é a volatilidade das criptomoedas. Visto que os valores das criptomoedas são voláteis, podendo alterar da noite para o dia, o que implicaria nos valores pagos à título de adimplemento.

Além disso, é necessário considerar a segurança das criptomoedas durante o processo de penhora e transferência para a conta do credor. Uma vez que as criptomoedas são armazenadas em carteiras digitais que são protegidas por chaves privadas, é preciso garantir que a transferência seja realizada de forma segura, evitando perda ou roubo dos ativos.

Para enfrentar esses desafios, é possível adotar soluções tecnológicas específicas para a penhora de criptomoedas, como a utilização de softwares de análise de blockchain, que permitem identificar as transações realizadas com as criptomoedas. Também é possível recorrer à mediação e arbitragem como meios de solucionar conflitos envolvendo a penhora de criptomoedas, já que tais processos permitem maior flexibilidade na escolha das formas de pagamento e solução dos conflitos.

Além disso, a criação de legislação específica para a penhora de criptomoedas pode ajudar a garantir a segurança e a efetividade desse processo. Essa legislação pode prever medidas específicas para a localização, avaliação e transferência de criptomoedas, bem como para a garantia da segurança dos ativos digitais durante todo o processo.

5. CONCLUSÃO

Nosso ordenamento jurídico encontra-se com um desafio a ser enfrentado, visto que atualmente há um grande avanço tecnológico pela humanidade, fazendo com que a necessidade de evolução das leis também ocorra nessa constante evolução, o que atualmente não é verificado no cenário brasileiro. Ocorre que há diversos problemas a serem sanados e a solução pode ser encontrada em alguns desses avanços tecnológicos.

Atualmente há em nosso judiciário um grande volume de execuções que objetivam o recebimento de valores e que grande parte são frustradas em razão da ausência de bens ou valores à penhora.

Ocorre que com o avanço tecnológico, surgiram novas formas de adquirir bens, sendo estes encontrados de forma virtual, quais seja, as criptomoedas. Com os ajustes necessários, a solução ou talvez a diminuição, dos índices de frustração das execuções, estejam presentes na penhora de criptoativos.

Não há, atualmente, previsão legal para a realização da penhora, mas em decorrência de estudos, vislumbra-se a possibilidade de adimplemento de execuções pela penhora de criptomoedas, que poderá ser regulamentada através de legislação específica. Ainda, aliado à legislação, há a possibilidade de expansão ou readequação dos sistemas conveniados para alcançar tais ativos.

Assim, conclui-se do presente estudo, que há possibilidade e necessidade da adequação do ordenamento jurídico à realidade tecnológica, trazendo uma nova espécie de penhora. Para que isso ocorra, há a necessidade de criação ou adequação de legislações, de modo que haja previsão legal para a penhora de criptoativos, bem como ocorra a readequação e a expansão do alcance dos sistemas conveniados, quer auxiliem diretamente no sucesso das execuções de modos diversos.

6. REFERÊNCIAS

A evolução histórica do dinheiro: do sal ao bitcoin. Disponível em: <<https://www.metlife.com.br/blog/planejamento-financeiro/A-evolucao-historica-do-dinheiro/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

ABELHA, M. Manual de Execução Civil. [s.l.] Grupo GEN, 2019.

ALARCON, K. O que são criptomoedas e como elas funcionam? Disponível em: <https://globalhub.uninter.com/2022/03/o-que-sao-criptomoedas-e-como-elafuncionam/?gclid=Cj0KCQiApb2bBhDYARIsAChHC9u9-qsoocGZ6Zk_p625kO0udygy0CxXnGKMmT0QkY1dU3xIYLwlqhMaAoGhEALw_wcB>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BENEVIDES, M. Penhora de Bitcoins - Tudo que você precisa saber. Disponível em: <<https://marcellobenevides.com/penhora-de-bitcoins/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

DE ASSIS, A. Manual Da Execução. 11. ed. [s.l.] Editora Revista DOS Tribunais, 2007.

DE MORAES, A. F. Bitcoin e Blockchain: a revolução das moedas digitais. [s.l.] Saraiva, 2021.

DIGILÂNDIA, E. Evolução do dinheiro: como chegamos às moedas digitais. Disponível em: <<https://digilandia.io/transformacao-digital/evolucao-do-dinheiro-moedas-digitais/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

FILHO, A. P. L. A penhora de criptomoedas em processos de execução. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/356443/a-penhora-de-criptomoedas-em-processos-de-execucao>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

HASSE, M. R. É possível penhorar criptomoedas para garantir dívidas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-ago-29/marcos-hasse-penhora-criptomoedas-garantir-dividas>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

Judiciário busca penhora de criptomoedas – será possível? Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/colunas-e-blogs/opcao-juridica/judiciario-busca-penhora-de-criptomoedas-sera-possivel-402755/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

JÚNIOR, H. T. Lei de execução fiscal. [s.l.] Saraiva, 2022.

Justiça brasileira admite penhora de criptomoedas como meio de satisfação de crédito nos processos de execução. Disponível em: <<https://cleversonteixeira.adv.br/justica-brasileira-admite-penhora-de-criptomoedas-como-meio-de-satisfacao-de-credito-nos-processos-de-execucao/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

Justiça de São Paulo autoriza penhora de criptomoedas para pagamento de dívida. Disponível em: <<https://www.convergenciadigital.com.br/Gestao/Justica-de-Sao-Paulo-autoriza-penhora-de-criptomoedas-para-pagamento-de-divida-61618.html>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

LEGISWEB. Comunicado BACEN No 25306 DE 19/02/2014 - Federal - LegisWeb. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=265825>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

LISBOA, M. Criptomoedas: O dinheiro do futuro. [s.l.] Cevi Produções, 2020.

LOPES&CASTELO, N. Justiça admite penhora de criptomoedas para pagamento de dívidas trabalhistas. Disponível em: <<https://lopescastelo.adv.br/justica-admite-penhora-de-criptomoedas-para-pagamento-de-dividas-trabalhistas/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

NACIONAL DE JUSTIÇA, C. et al. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Presidente Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

NACIONAL DE JUSTIÇA, C. et al. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Presidente Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2023.

Penhora de bitcoin é possível, mas sua execução é improvável. Disponível em: <<https://www.sedep.com.br/artigos/penhora-de-bitcoin-e-possivel-mas-sua-execucao-e-improvavel/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

Penhora de criptoativos: mais uma ferramenta para a recuperação do seu crédito. Disponível em: <<https://analise.com/opiniao/penhora-de-criptoativos-mais-uma-ferramenta-para-a-recuperacao-do-seu-credito>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

PL 3825/2019 - Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137512>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

Possibilidade de penhora de criptomoedas em processos de execução como forma de proteção à ocultação do patrimônio – L. O. Baptista Advogados. Disponível em: <<https://www.baptista.com.br/possibilidade-de-penhora-de-criptomoedas-em-processos-de-execucao-como-uma-forma-de-protecao-a-ocultacao-do-patrimonio/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

Projeto regulamenta casos de penhora com o uso de criptomoedas. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/898193-projeto-regulamenta-casos-de-penhora-com-o-uso-de-criptomoedas/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

RIBEIRO, T. B. É possível a penhora de Bitcoin como garantia da execução? Disponível em: <<https://baoribeiro.com.br/blog/e-possivel-a-penhora-de-bitcoin-como-garantia-da-execucao/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

SILVA, C. Bitcoin, Criptomoedas e Altcoins: Descubra e faça parte dessa revolução. [s.l.] Independently Published, 2020.

A PSICOPATIA SOB A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

NAYARA MORAES DE SOUZA:

Graduanda em Direito pela
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis.¹⁶⁰

ELOISA DA SILVA COSTA

Orientadora

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo principal o estudo da psicopatia ante o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que esse é um tema desafiador e complexo, tanto na esfera jurídica, quanto na esfera da psicologia forense. Dessa forma, é imprescindível o esclarecimento do conceito de psicopatia, além das suas características principais e suas origens. Assim, com base em estudos da psicologia forense, é possível realizar o enquadramento do psicopata no ordenamento jurídico brasileiro, para que a prevenção e a punição de práticas delitivas ocorram de maneira efetiva. Além disso, é importante observar que os psicopatas, apesar das crenças populares, não são doentes mentais, sendo capazes de distinguir o certo do errado. Já no campo jurídico, é necessário a análise do conceito de culpabilidade e, assim, ser possível enquadrar o psicopata e esclarecer como a legislação deveria tratá-lo. Ademais, busca evidenciar a omissão legislativa quando o assunto é a psicopatia, mostrando que os métodos utilizados atualmente são inócuos. Assim sendo, recorre-se a psicologia forense para evidenciar a necessidade de uma legislação específica, visando, com isso, a redução dos impactos negativos ocasionados pela omissão legislativa ante essa situação.

Palavras-chave: Psicopata. Legislação. Culpabilidade.

ABSTRACT: The present work has as its main objective the study of psychopathy in the face of the Brazilian legal system, since this is a challenging and complex topic, both in the legal sphere and in the sphere of forensic psychology. Thus, it is essential to clarify the concept of psychopathy, in addition to its main characteristics and origins. Thus, based on forensic psychology studies, it is possible to frame the psychopath in the Brazilian legal system, so that the prevention and punishment of criminal practices occur effectively. Furthermore, it's important to note that psychopaths, despite popular beliefs, are not mentally ill, being capable of distinguishing right from wrong. In the legal field, it is necessary to analyze the concepts of culpability and, thus, be able to frame the psychopath and clarify how the legislation should treat them. In addition, it seeks to highlight the legislative omission when the subject is psychopathy, showing that the methods currently

¹⁶⁰ E-mail: nmoraes832@gmail.com

used are innocuous. Therefore, forensic psychology is used to highlight the need for specific legislation, with a view to reducing the negative effects caused by legislative omission in the face of this situation.

Key-words: Psychopathy. Legislation. Culpability.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PSICOPATA. 2.1 O CONCEITO DE PSICOPATIA. 2.2 AS CARACTERÍSTICAS DE UM PSICOPATA. 2.3 A ORIGEM DA PSICOPATIA. 2.3.1 ORIGEM DA PSICOPATIA: NATUREZA DO INDIVÍDUO. 2.3.2 ORIGEM DA PSICOPATIA: CRIAÇÃO DO INDIVÍDUO. 2.4 ESCALA HARE E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIAGNÓSTICO. 3. A PSICOPATIA E A TUTELA JURISDICIONAL NA ESFERA PENAL. 3.1 CONCEITO DE CULPABILIDADE. 3.2 IMPUTABILIDADE, SEMI-IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE. 3.3 O ENQUADRAMENTO DO PSICOPATA CRIMINOSO. 4. A RECEPÇÃO DA PSICOPATIA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA. 4.1 A INEFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 4.2 UM PROJETO DE LEI NECESSÁRIO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS E REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Apesar de serem minoria populacional, os psicopatas assombram a população, uma vez que são seres capazes de gerar uma desordem social de níveis inimagináveis. Contudo, apesar do imaginário popular, os psicopatas não são apenas aqueles indivíduos sanguinários e cruéis, na verdade, a maioria porta-se como um cidadão comum, que acaba por cometer crimes menos bárbaros.

Todavia, apesar de grande parte manifestar esse comportamento mais “pacífico”, ainda há necessidade de uma regulamentação legal, uma vez que os métodos adotados na legislação brasileira se mostram ineficazes para punir e reduzir a criminalidade entre os indivíduos dotados de psicopatia.

Além disso, prevalece a crença de que os psicopatas são doentes mentais, o que não merece prosperar, visto que a psicologia forense já os enquadrara como seres dotados de distúrbio de personalidade, assim, são capazes de distinguir o certo do errado, todavia, são incapazes de nutrir qualquer espécie de remorso ou empatia.

Diante disso, o presente trabalho versa acerca de uma visão geral da psicopatia, discorrendo sobre o que é a psicopatia, quais são as principais características de um psicopata, além de demonstrar que as leis penais vigentes são omissas quando o assunto é o indivíduo com psicopatia, ademais, o sistema penitenciário mostra-se ineficaz para a efetiva ressocialização, por isso, defende-se a necessidade do legislativo debruçar-se sobre o tema e fazer uma lei que efetivamente seja passível de amenizar os problemas.

Dessa forma, o intuito almejado é a compreensão da figura do criminoso psicopata, analisando as medidas que devem ser adotadas para alcançar-se uma resposta mais eficiente e satisfatória, além de esclarecer o porquê da atual legislação mostrar-se tão arcaica quando o assunto é a psicopatia.

Ressalta-se que o presente estudo foi desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica, pois pautou-se nas doutrinas jurídicas, em livros que versam acerca da psicologia forense, além de embasar-se na jurisprudência e artigos científicos que discorrem sobre o tema da psicopatia.

2. O PSICOPATA

2.1 O CONCEITO DE PSICOPATIA

Num primeiro momento, é de suma importância frisar que os estudos acerca da psicopatia não são considerados conclusivos, visto que é um campo de estudo dotado de inúmeras peculiaridades e passível de alterações ao longo dos anos.

Em termos etimológicos, a palavra psicopatia deriva do grego *psyque* (mente) e *pathos* (doença) e significa literalmente 'doença da mente'. Porém, apesar da descrição etimológica do termo, a psicopatia não se enquadra como uma doença mental, haja vista que os psicopatas não sofrem de qualquer desorientação, pelo contrário, são seres com total consciência dos seus atos (SILVA, 2008).

Todavia, no mundo da medicina, o psicopata é conceituado como aquele que possui um hipofuncionamento no sistema límbico, isto é, um indivíduo que possui certa disfunção cerebral que afeta de forma considerável a área responsável pelas emoções. Assim, de acordo com a Dra. Ana Beatriz (2008), os psicopatas são seres com ausência de consciência genuína frente às demais pessoas, uma vez que são incapazes de amar e de sentir empatia.

Ademais, em vista da ausência de um conceito único consolidado, adota-se, para fins de cerceamento de estudo, a definição dada pela Organização Mundial da Saúde - OMS, a qual tutela o termo "Transtorno de Personalidade Dissocial", termo esse registrado na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), que dispõe:

F60.2 Personalidade dissocial:

Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa

tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.

Dessa forma, resta dizer que as atitudes ilícitas de um psicopata não advêm de uma mente adoecida e desorientada, mas sim da vontade de satisfazer suas vontades e alimentar seu ego.

2.2 AS CARACTERÍSTICAS DE UM PSICOPATA

Do ponto de vista médico-científico, a psicopatia é considerada um distúrbio de personalidade. Em decorrência desse distúrbio, os psicopatas são seres insensíveis, ou seja, apesar de serem capazes de ter consciência dos seus atos, são incapazes de nutrir qualquer sentimento de remorso. Os psicopatas apresentam características semelhantes e de fácil percepção, contudo, para um diagnóstico adequado é imprescindível o auxílio de um profissional.

Todavia, o autor Robert D. Hare (2013, p. 49) cita as seguintes características que mais se destacam: a eloquência e superficialidade, uma vez que são, na grande maioria das vezes, seres capazes de convencer seus ouvintes e por serem muito bem articulados, em geral, costumam se apresentar de forma agradável, o que facilita no convencimento de suas vítimas.

Além disso, são seres egocêntricos, uma vez que possuem uma visão narcisista e exagerada acerca de sua própria importância e, em razão desse egocentrismo desmedido, muitos acreditam serem detentores do direito de viver de acordo com suas próprias regras.

Como mencionado acima, os psicopatas são incapazes de sentir remorso ou culpa, como exemplo disso, pode-se mencionar uma fala proferida por Ted Bundy, notório assassino em série americano, que em entrevista a Stephen Michaud e Hugh Aynesworth disse: "Culpado? Esse é um mecanismo que se usa para controlar as pessoas. É uma ilusão. É um tipo de mecanismo de controle social, e é muito doentio", (MICHAUD e AYNESWORTH, 2000, p. 123).

Também é importante salientar que os psicopatas são seres desprovidos de empatia, ou seja, são incapazes de se colocar no lugar do outro. Assim sendo, os psicopatas não possuem a habilidade de enxergar seus comportamentos da forma correta, isto é, da forma que seria moralmente correta. Além disso, são seres enganadores e manipuladores,

assim, convencionou-se dizer que mentir e manipular são características naturais de um psicopata (HARE, 2013, p. 61).

Diante disso, os psicopatas apresentam características bem emblemáticas, contudo, de acordo com o entendimento do Dr. Robert D. Hare (2013, p. 49), pessoas que não são psicopatas também podem apresentar alguns dos sintomas acima mencionados, o que não as qualifica como psicopatas, uma vez que a psicopatia é um conjunto de sintomas relacionados e não sintomas isolados.

2.3 A ORIGEM DA PSICOPATIA

Diversas são as especulações acerca do que desencadeia a personalidade psicopata, todavia, até o presente momento, não há um consenso sobre a causa real. Quanto a origem da psicopatia, algumas teorias encontram respaldo em fatores genéticos ou biológicos (natureza do indivíduo), já outras teorias afirmam que a psicopatia é o resultado do ambiente social problemático no qual o indivíduo cresceu (criação do indivíduo).

2.3.1 ORIGEM DA PSICOPATIA: NATUREZA DO INDIVÍDUO

As teorias acerca da natureza do indivíduo levam em consideração as bases genéticas e biológicas. A sociobiologia é um instrumento de estudo e, de acordo com essa teoria biológica, a psicopatia não seria um transtorno psiquiátrico, mas sim uma forma de estratégia reprodutiva (HARE, 2013, p. 174). Assim, alguns psicopatas teriam uma taxa de reprodução acima da média, como forma de passar seus genes para frente e criando com isso uma espécie de "imortalidade genética". Com base nessa teoria, a origem da psicopatia seria a transmissão genética pura e simples, dessa forma, todo pai ou mãe psicopata seria capaz de transmitir seus genes aos seus filhos.

Contudo, a teoria sociobiológica tem forte base intuitiva, mas difícil de ser comprovada cientificamente, uma vez que seus argumentos de sustentação não são considerados científicos (HARE, 2013, p. 175).

Já a teoria biológica possui dois ramos explorados, o primeiro defende que algumas estruturas cerebrais dos psicopatas possuem um ritmo lento de amadurecimento, assim, a psicopatia seria uma espécie de atraso no desenvolvimento. O segundo ramo diz que a psicopatia decorre de danos cerebrais, principalmente na parte frontal do cérebro, conhecido como lobo frontal, este ramo surgiu após as observações de pesquisadores que indicaram similaridades entre pacientes de acidentes com dano no lobo frontal e psicopatas. De acordo com o Dr. Robert D. Hare (2013, p. 176), as similaridades são: "a irritabilidade, a agressividade, o comportamento social inapropriado, a baixa tolerância à frustração, o afeto "raso" e a impulsividade".

2.3.2 ORIGEM DA PSICOPATIA: CRIAÇÃO DO INDIVÍDUO

A origem que toma por base a criação do indivíduo é a mais popular na sociedade, visto que sempre que algum caso de grande repercussão surge, começa-se as especulações sobre como foi o passado do cidadão. Dessa forma, tanto a mídia, quanto os cidadãos comuns, começam a investigar se existiu no passado do psicopata alguma espécie de abuso que poderia ter sido o gatilho para acionar o psicopata que vivia dentro dele.

Segundo Robert D. Hare (2013, p. 180), a falta de cuidado com as crianças pode sim ser um fator agravante de uma já disposição psicopática existente, conforme discorreu em seu livro:

Embora a psicopatia não seja, primariamente, o resultado de uma criação problemática ou de experiências infantis adversas, eu acho que esses fatores desempenham papel importante na modelagem daquilo que a natureza forneceu. Os fatores sociais e a criação afetam o modo como o transtorno evolui e o modo como se manifesta no comportamento. Portanto, o indivíduo que tem uma mistura de traços de personalidade psicopata, mas cresce em uma família estável e tem acesso a recursos sociais e educacionais positivos pode vir a ser um artista da fraude ou um criminoso de colarinho branco ou ainda um empresário, político ou profissional um tanto questionável. Já outro indivíduo, com os mesmos traços de personalidade, mas com história de privação e conturbação, pode se tornar um vagabundo, um mercenário ou um criminoso violento.

Como forma de corroborar esse entendimento do Dr. Hare, pode-se citar o caso do professor de psiquiatria James Fallon. James que, no ano de 2005, realizava pesquisas comparativas entre cérebros de pessoas "normais" e de assassinos em série, para ver se encontrava alguma relação entre os padrões anatômicos desses cérebros, ocorre que uma das tomografias de cérebros "normais" apresentava um padrão claro de patologia, uma vez que mostrava baixa atividade em certas áreas dos lobos frontal e temporal. A princípio, Fallon pensou que fosse um engano, mas ao realizar novos exames descobriu que aquele cérebro era seu, assim, o professor submeteu-se a Escala Hare e alcançou a pontuação 22, dessa forma, ele possui diversos traços em comum com os psicopatas, mas o afeto que lhe foi dedicado ao longo da vida, inibiu que apenas a genética mandasse em seus padrões comportamentais.

No entanto, há profissionais que defendem que os psicopatas possuem uma espécie de "desconexão" mental, dessa forma, o comportamento sádico do psicopata não pode

ser atribuído apenas a uma má-criação ou educação. Neste entendimento dispõe a Dra. Ana Beatriz:

Se existe de fato um kit de moralidade instalado em nosso "hardware" cerebral (nossa composição biológica), como explicar o comportamento desumano dos psicopatas? Tudo indica que esses indivíduos apresentam uma "desconexão" dos circuitos cerebrais relacionados à emoção. Só podemos ter senso moral quando manifestamos um mínimo de afeto em relação às pessoas e às coisas ao nosso redor. Dessa maneira, o comportamento frio e perverso dos psicopatas não pode ser atribuído simplesmente a uma má-criação ou educação. No meu entender, a origem da psicopatia está na incapacidade que essas criaturas têm de sentir e não de agir de forma correta (SILVA, 2008, p. 153).

Dessa forma, a criação pode sim exercer alguma influência no comportamento dos indivíduos, podendo até ser uma agravante da psicopatia, contudo, esse não é um argumento absoluto.

Conforme o exposto, diversas são as teorias que se debruçam em busca da causa originária da psicopatia, no entanto, ainda são necessárias mais pesquisas sobre o tema para tentar desvendar essa incógnita, sendo assim, não se pode afirmar com certeza absoluta quais são os fatores capazes de acioná-la ou até mesmo de agravá-la.

2.4 ESCALA HARE E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIAGNÓSTICO

Um dos métodos mais usados ao redor do mundo para a identificação da condição da psicopatia é a Escala Hare PCL-R (*Psychopathy Checklist Revised*), essa é uma escala criada pelo psicólogo canadense Dr. Robert D. Hare com base nas características apresentadas pelo psiquiatra Cleckley em seu estudo acerca da psicopatia. Vale ressaltar, que o presente instrumento foi adaptado para o Brasil pela Dra. Hilda Morana.

A Escala permite uma espécie de olhar neutro sobre cada indivíduo, para não encontrar simples desvios sociais ou criminais, ou de rotular pessoas comuns como psicopatas pelo simples fato de terem infringido a lei. Conforme Hare (2013) explica em seu livro:

A *Psychopathy Checklist* (Avaliação de Psicopatia) permite a discussão das características dos psicopatas sem o menor risco de descrever simples desvios sociais ou criminalidade ou de rotular pessoas que não têm nada em comum, a não ser o fato de terem violado a lei. Ela também fornece um quadro detalhado das

personalidades perturbadas dos psicopatas que se encontram entre nós (HARE, 2013, p. 48).

O método é composto por um teste com 20 itens que possui uma escala de 3 pontos, onde 0 significa que o item não se aplica, 1 significa que o item se aplica um pouco e 2 significa que o item se aplica definitivamente.

Assim, após completar o *checklist*, a pontuação é somada, podendo variar de 0 a 40 pontos. De acordo com o criador da escala, uma pontuação acima de 30 pontos pode definir a psicopatia, enquanto que as pontuações de 15 a 29 pontos são usadas para definir “alguns traços de psicopatia”. Todavia, para um uso fidedigno da Escala Hare, é preciso de uma combinação de fatores, por isso é necessário que o manejo se dê por meio de um profissional.

Para a Dra. Hilda Morana (2003, p. 41), o instrumento aqui apresentado é de grande valia para identificar sujeitos com tendências psicopatas, mas também possui grande valor para a área forense, uma vez que além de ajudar a enquadrar o indivíduo como propenso a psicopatia, ainda é capaz de mostrar se estão mais sujeitos à reincidência criminal. Hilda assim dispõe:

Importante destacar que o PCL-R não permite o diagnóstico clínico de psicopatia, mas a verificação, através de método padronizado, de características da personalidade e condutas que permitem a identificação de sujeitos que apresentam as características prototípicas da psicopatia e que desta forma são mais sujeitos à reincidência criminal (MORANA, 2003, p. 41).

A Escala Hare, como mencionado anteriormente, foi traduzida e adaptada para o Brasil por meio da médica Hilda Morana, essa, através de estudos, determinou que a pontuação acima de 23 já seria o suficiente para enquadrar o indivíduo como um sujeito propenso a psicopatia e também à reincidência. A referida doutora debruçou-se sobre o estudo da Escala Hare como uma forma de buscar um instrumento brasileiro padronizado para a avaliação de personalidade do preso e a provável chance de esse voltar a delinquir (MORANA, 2003, p. 119).

Dessa forma, o método aqui descrito é um importante aliado na seara penal, uma vez que é imprescindível a utilização de algum exame para que os presos possam ser enquadrados em lugares adequados a sua capacidade psíquica.

3. A PSICOPATIA E A TUTELA JURISDICIONAL NA ESFERA PENAL

Os psicopatas, sejam eles de grau leve ou alto, despertam interesse tanto em profissionais da saúde, quanto em profissionais da esfera jurídica, uma vez que pessoas dotadas de psicopatias possuem fortes tendências a delinquir, seja em crimes mais brandos ou até mesmo em assassinatos em série. Assim, além de compreender quem são os psicopatas, qual a origem do seu distúrbio e como identificá-los, também é necessário saber como lidar com esses indivíduos quando for preciso aplicar uma tutela jurisdicional.

3.1 CONCEITO DE CULPABILIDADE

Num primeiro momento é necessário entender o conceito de crime, que é classificado pela doutrina como uma conduta típica, antijurídica e culpável (MASSON, 2020, p. 375). Todavia, por existirem excludentes de culpabilidade na legislação que faz com que o agente seja isento de pena, parte da doutrina, como o doutrinador Vitor Gonçalves (2022, p. 417), defende que o Brasil adotou a teoria bipartida e que a culpabilidade não seria elemento estrutural do crime, mas apenas pressuposto da aplicação de pena.

A culpabilidade porta-se como uma reprovação que é dirigida a uma conduta típica e antijurídica, sendo assim, de acordo com Fernando Capez (2023, p. 549), a culpabilidade é "a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal".

De acordo com Cleber Masson (2020, p. 376), a culpabilidade é "o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena". Uma vez que atua como um juízo de valor, a culpabilidade é a censura a qual fica submetido o agente que praticar algum ilícito penal.

Dessa forma a culpabilidade é possibilidade de aplicar uma reprovação a um autor de um fato ilícito e punível, uma vez que este poderia e deveria agir de modo diferente, mas não o fez (CAPEZ, 2023, p. 550). Assim, se a prática de um ato não for passível de receber um juízo de reprovação, não há que se falar em punição, é o que dispõe Fernando Capez:

Funda-se, portanto, na possibilidade de censurar alguém pela causação de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando era plenamente possível que o tivesse evitado. Sem isso, não há reprovação e, por conseguinte, punição. Sem culpabilidade não pode haver pena (*nulla poena sine culpa*), e sem dolo ou culpa não existe crime (*nullum crimen sine culpa*) (CAPEZ, 2023, p. 556).

Destarte, como mencionado acima, a culpabilidade atua como um juízo de valor e de reprovação às condutas típicas que poderiam ter sido evitadas, caso essa fosse a

vontade do agente. Por esse motivo, a culpabilidade é a responsável por distinguir a conduta de um ser humano “normal”, dotado da capacidade de percepção do ato ilícito, daquela conduta praticada por alguma pessoa fora de suas faculdades mentais normais.

3.2 IMPUTABILIDADE, SEMI-IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE

A imputabilidade penal não foi definida de forma expressa pela legislação brasileira, contudo, indicou em quais hipóteses a imputabilidade estaria ausente, isto é, os casos em que ocorre a inimputabilidade penal (art. 26, caput, art. 27 e art. 28, §1º). Em vista disso, a legislação acaba por indicar, de forma indireta, o conceito de imputabilidade, que nas palavras de Cleber Masson é:

(...) a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Dessa forma, a imputabilidade penal depende de dois elementos: (1) intelectual: é a integridade biopsíquica, consistente na perfeita saúde mental que permite ao indivíduo o entendimento do caráter ilícito do fato; e (2) volitivo: é o domínio da vontade, é dizer, o agente controla e comanda seus impulsos relativos à compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento. Esses elementos devem estar simultaneamente presentes, pois, na falta de um deles, o sujeito será tratado como inimputável (MASSON, 2020, p. 385).

Assim, pode-se dizer que para restar configurada a imputabilidade penal é imprescindível que na prática do fato ilícito, o sujeito seja capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Desta maneira, sempre que o sujeito for considerado imputável, também será considerado penalmente responsável.

O Código Penal adotou o critério cronológico ao dispor sobre a imputabilidade, dessa forma, ao completar 18 anos, toda pessoa é presumidamente imputável. Todavia, esse critério não é absoluto, uma vez que admite prova em contrário (MASSON, 2020, p. 386).

A legislação brasileira adotou o critério biopsicológico como regra para aferição de inimputabilidade, que dispõe que é inimputável quem ao tempo da conduta apresenta algum problema mental e em virtude disso torna-se incapaz de compreender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (MASSON, 2020, p. 387). É o que dispõe o art. 26 do Código Penal:

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 (BRASIL, 1940).

Contudo, o Código adota excepcionalmente o critério biológico ao tratar dos menores de 18 anos (art. 228, Constituição Federal e art. 27, Código Penal) e o critério psicológico em relação à embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, §1º, Código Penal).

Assim, são causas de inimputabilidade: a menoridade; a doença mental; o desenvolvimento mental incompleto; o desenvolvimento mental retardado e a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. No entanto, não basta apenas a presença de uma dessas situações, é necessário que em razão delas o agente seja incapaz, ao tempo da conduta, de compreender o caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, desse modo, faz-se necessário a realização de uma perícia médica, sendo que essa não pode ser realizado contra a vontade do agente, visto que se destina a beneficia-lo (MASSON, 2020, p. 391).

Com relação a semi-imputabilidade, o parágrafo único do art. 26, do Código Penal, dispõe que serão assim tratados aqueles que não são inteiramente capazes de entender o caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nos casos em que isso ocorrer, haverá redução da pena, sendo assim, ocorrerá uma diminuição da responsabilidade.

3.3 O ENQUADRAMENTO DO PSICOPATA CRIMINOSO

Quanto aos psicopatas, há divergências jurisprudenciais quanto ao seu enquadramento, uma vez que parte da jurisprudência os enquadra como seres imputáveis, visto que são conscientes de seus atos, por essa razão, defendem que devem responder pelos atos cometidos. Por outro lado, há quem compreenda que o psicopata seria mais bem enquadrado como um semi-imputável, uma vez que consideram a psicopatia como uma perturbação mental, o que os tornaria incapazes de reconhecer inteiramente a ilicitude do fato. Por último, há quem defenda que o psicopata é inimputável, estando assim ausente a capacidade de reconhecer a ilicitude do fato.

Todavia, no campo da psiquiatria forense, o entendimento majoritário é de que os psicopatas criminosos preenchem os requisitos necessários para serem enquadrados como imputáveis, uma vez que esses compreendem as regras e reconhecem a distinção entre o certo e o errado. É o que diz o Dr. Robert D. Hare (2013):

(...) os psicopatas realmente correspondem aos padrões jurídicos e psiquiátricos atuais de imputabilidade. Eles compreendem as regras da sociedade e os significados convencionais do certo e do errado. São capazes de controlar o próprio comportamento, têm consciência das potenciais consequências dos próprios atos. Seu problema é que esse conhecimento com frequência não os impede de ter um comportamento antissocial. (...). Em minha opinião, os psicopatas certamente sabem muito bem o que estão fazendo e podem ser considerados responsáveis pelos próprios atos (HARE, 2013, p. 150).

Além disso, a lei dispõe que para se enquadrar como inimputável é necessário que haja uma doença mental, ou um desenvolvimento mental incompleto, ou, ainda, um desenvolvimento mental retardado, todavia, a psicopatia não se enquadra no campo das tradicionais doenças mentais, uma vez que os psicopatas não são loucos, ou desorientados, longe disso, são sujeitos dotados de consciência e capazes de planejar seus crimes, como explica a Dra. Ana Beatriz (2008):

É importante ressaltar que o termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego, *psyche* = mente; e *pathos* = doença). No entanto, em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de mentes adoecidas, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos (SILVA, 2008, p. 32).

Todavia, no campo jurídico, em alguns casos, o psicopata é tratado como inimputável e, dessa forma, sendo submetido apenas à internação como medida de segurança. Apesar de posicionamentos jurisprudenciais acerca do enquadramento em inimputabilidade ou semi-imputabilidade, é bem claro que quase todos os pesquisadores se alinham no sentido de que os psicopatas possuem consciência do que estão fazendo e que a aplicação de sanções mais brandas seria incorrer em convivência com suas atitudes.

Assim dispõe o psicólogo Dr. Jorge Trindade (2012):

Mesmo que a psicopatia seja considerada uma patologia social (pelo sociólogo), ética (pelo filósofo), de personalidade (pelo psicólogo), educacional (pelo professor), do ponto de vista médico (psiquiátrico) ela não parece configurar uma doença no sentido clássico. Nesse aspecto, há uma tendência universal de considerar psicopatas capazes de entender o caráter lícito ou ilícito dos atos que pratica e de dirigir suas ações (Trindade, J.; Beheregàray, A.; Cuneo, M., 2009). Em que pese a existência de posicionamento jurisprudencial referindo a posição de que os psicopatas apresentam capacidade penal diminuída, imaginar a psicopatia como uma doença mental clássica e incapacitante sob o aspecto cognitivo e volitivo, fazendo com que, sob o aspecto jurídico, o psicopata seja isento de pena, é o mesmo que privilegiar a sua conduta delitativa perpetrada ao longo da vida e validar seus atos (TRINDADE, 2012, p. 179).

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo quando o assunto é a psicopatia, uma vez que não discorre sobre quais seriam as penas e os tratamentos direcionados para pessoas portadoras desse transtorno de personalidade.

Dessa forma, baseando-se apenas no que dispõe o Código Penal brasileiro, o psicopata pode ser enquadrado como imputável. No entanto, faz-se mister a elaboração de uma legislação específica sobre o assunto, para que garanta não apenas a punição, mas também a punição correta para evitar a reincidência.

4. A RECEPÇÃO DA PSICOPATIA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Pautando-se na posição majoritária da psicologia forense, a psicopatia é definida como um transtorno de personalidade, não sendo considerado uma doença mental capaz de incapacitar o agente de entender o caráter ilícito do ato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Deste modo, resta claro que o psicopata criminoso atua com indiferença e não com desconhecimento, sendo necessário a criação de uma legislação para atender essa demanda, uma vez que já há o fato e o valor, só resta a criação da norma.

4.1 A INEFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Não há como enquadrar o psicopata no art. 26 do Código Penal e tratá-lo como inimputável para fins penais, mas também não dá para enquadrá-lo no parágrafo único do art. 26 do Código Penal e tratá-lo como semi-imputável, uma vez que, como disposto ao longo do presente trabalho, o psicopata não possui a incapacidade de reconhecer o ilícito, o que ele possui é a incapacidade de se emocionar com o fato.

Nesse sentido, o psicopata criminoso deve ser considerado imputável e sofrer, a priori, a condenação com uma pena adequada. Entretanto, a legislação é omissa quando se trata de psicopatas no sistema penal, assim, por serem indivíduos impassíveis de serem influenciados pelas medidas educacionais, bem como não parecem sofrer com qualquer meio correccional atual que lhes são aplicados, é necessário a formulação de uma legislação que se atente especificamente as peculiaridades do transtorno aqui retratado.

Em sua grande maioria, os psicopatas criminosos usam de suas habilidades manipuladoras para conseguir o que querem no sistema prisional, sendo assim, o encarceramento em nada contribui com a sua melhora, pelo contrário, apenas se torna outro instrumento para satisfação de suas vontades.

Segundo entendimento médico, a psicopatia não possui cura, mas os casos menos extremos podem e devem ser controlados, para poder existir uma convivência tão pacífica quanto for possível. É o que dispõe a Dra. Ana Beatriz (2008):

A psicopatia não tem cura, é um transtorno da personalidade e não uma fase de alterações comportamentais momentâneas. Porém, temos que ter sempre em mente que tal transtorno apresenta formas e graus diversos de se manifestar e que somente os casos mais graves apresentam barreiras de convivência intransponíveis (SILVA, 2008, p. 169).

Com base nesse entendimento, a legislação penal brasileira deve dar passos largos em busca de uma resposta e de um tratamento eficaz para as pessoas portadoras desse distúrbio, uma vez que não basta querer aplicar a legislação já em vigor, visto que há particularidades que devem ser observadas e recepcionadas em lei, entretanto, também não basta querer deixá-los presos por tempo indeterminado, apenas para tirá-los do convívio social, porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, alínea b, veda expressamente a pena de caráter perpétuo, então é imprescindível a criação de uma lei específica e uma atuação eficaz em casos como esses.

4.2 UM PROJETO DE LEI NECESSÁRIO

Em meados de 1934, era promulgado, pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas, o decreto 24.559/1934, esse decreto versava acerca do psicopata. Desse modo, o decreto determinava o destino do psicopata e até mesmo discorria sobre possíveis tratamentos. Desnecessário dizer que o presente decreto já está obsoleto e não corresponde às descobertas atuais acerca da psicopatia, contudo, a presente legislação foi o mais perto que o Brasil chegou de ter uma legislação específica para tratar do assunto.

Uma tentativa de legislação acerca do tema tramitou perante a Câmara dos Deputados no ano de 2010, ficando conhecido como Projeto de Lei nº 6.858/2010, de autoria do deputado Marcelo Itagiba (PSDB/RJ), contudo não prosperou e foi arquivado. O citado projeto versava sobre a alteração da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), almejando “criar comissão técnica independente da admissão prisional e a execução da pena do condenado psicopata estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade”.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.356/2019, de autoria do Capitão Alberto Neto (PRB/AM), que estabelece medida de segurança de liberdade vigiada aos portadores de psicopatia quando a medida for necessária para a manutenção da ordem pública, o presente projeto encontra-se aguardando parecer do relator na Comissão de Seguridade Social e Família. O referido projeto não dispõe como será realizada a liberdade vigiada, apenas que poderá ser prorrogada enquanto durar o estado de periculosidade do agente, resta saber se o Estado brasileiro terá como prover essa medida. Porém, importante dizer que o projeto de lei é um grande passo para a criação de uma legislação que recepcione a psicopatia com a importância devida.

À vista disso, importante frisar que o psicopata não escolheu ser dessa forma, mas não quer dizer que possui a “liberdade” para fazer o que quiser em decorrência da sua condição e sair impune disso, assim, há a necessidade da criação de uma lei específica, como também é importante o uso efetivo do exame criminológico e a adoção da Escala Hare PCL-R no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A psicopatia é um campo que ainda necessita de muito estudo, pois, apesar das inúmeras descobertas, ainda há infindáveis peculiaridades para serem estudadas, uma vez que se está diante de um campo complexo e que merece toda a atenção possível, principalmente por parte das autoridades, para evitar danos sociais irreversíveis.

Ao longo do presente estudo, foi esclarecido que o psicopata não é um ser desprovido da capacidade de entender, mas sim incapaz de se emocionar ou sentir qualquer empatia, visto que suas emoções ficam sempre em segundo plano. Os psicopatas sabem o que seria moralmente correto, contudo, suas necessidades são sempre mais importantes do que o bem comum.

Ademais, foi mencionado que as legislações vigentes e o sistema carcerário atual são ineficazes ante a psicopatia, haja vista que o Brasil não adota um meio efetivo de classificação dos detentos e, assim, acaba por misturar indivíduos “comuns” com aqueles dotados de psicopatia. Além disso, as legislações mostram-se ineficazes por não considerar

as particularidades presentes nesses indivíduos, dessa forma, não há uma punição efetiva, o que acaba por acarretar na reincidência delitiva.

Ainda foi demonstrado que os psicopatas não são doentes mentais, mas apenas seres dotados de distúrbio de personalidade, contudo, mencionado distúrbio, como esclarecido pela psicologia forense, não há cura, logo, faz-se mister um olhar atento e cauteloso, pois a sociedade irá lidar para sempre com pessoas com esse distúrbio.

Além disso, foi aqui defendido não apenas a criação de uma legislação efetiva, mas também a adoção de métodos comprovadamente eficazes para a classificação dos psicopatas, como a Escala Hare, que é o meio atual mais adequado para saber em qual patamar deve ser enquadrado o indivíduo, para, com isso, evitar a sua reinserção precoce na sociedade.

Diante disso, o presente trabalho buscou elencar uma visão geral acerca da psicopatia, todavia, as medidas aqui defendidas não possuem o intuito de erradicar o problema, mas sim minimizá-los tanto quanto for possível, defendendo o uso de métodos eficazes, além da necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.356 de 2019**. Estabelece medida de segurança de liberdade vigiada aos portadores de psicopatia quando tal medida for necessária para a manutenção da ordem pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1775493#:~:text=APENSE%2DSE%20AO%20PL%2D1637%2F2019.&text=O%20Congresso%20Nacional%20decreta%3A,a%20manuten%C3%A7%C3%A3o%20da%20ordem%20p%C3%BAblica. Acesso em 10 de fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.858 de 2010**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290> Acesso em: 09 de fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 34ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, Código Penal.** 34ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2022.

BRASIL. **Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934.** Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção a pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24559.htm. Acesso em 09 de fev. 2023.

CALVI, Pedro. **Comissão de direitos humanos, minorias e igualdade racial: mentes perigosas.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/mentes-perigosas>. Acesso em: 01 de jan. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - parte geral - v.1.** 27ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Biblioteca Digital Saraiva.

DUARTE, Thallyta L. C. **Psicopatia e direito penal: uma inter-relação.** Anápolis. Monografia, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/762/1/Monografia%20-%20Thallyta%20Lorraine.pdf>. Acesso: 07 de fev. 2023.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Curso de direito penal - parte geral - Arts. 1º a 120.** 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Biblioteca Digital Saraiva.

H AidAR, Victoria. **A responsabilidade penal do psicopata à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Curitiba. Monografia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13650/1/MONOGRAFIA%20VICTO%CC%81RIA%20HAIDAR.pdf>. Acesso em 07 de fev. 2023.

HARE, Robert D. **Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós.** 1ª Edição. Porto Alegre. Editora Artmed, 2013.

LESSA, Letícia Zanon. **A imputabilidade na psicopatia e a aplicação da sanção penal adequada ao psicopata transgressor.** Niterói. Monografia, 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/11748/TCC%20UFF.pdf;jsessionid=AC9848869BA4F7EA8708EE7B3C0B48B6?sequence=2>. Acesso em 05 de fev. 2023.

MASSON, Cleber. **Direito penal – parte geral (Art. 1º a 120).** 14ª Edição. São Paulo. Editora Forense LTDA, 2020.

MICHAUD, Stephe G. AYNESWORTH, Hugh. **TED BUNDY: Conversations with a killer.** 1ª Edição. Texas (EUA). Editora Authorlink Press, 2000.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. **Identificação do ponto de corte para a escala PLC-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira** – Tese (Doutorado em Psiquiatria) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

OMS, Organização Mundial de Saúde. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID – 10.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44461999000200014&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em 10 de fev. 2023.

SANTANA, Wendell. BARBOSA, João Batista M. **Direito penal brasileiro e a psicologia jurídica: uma análise sobre os casos de psicopatia.** Natal. Monografia, 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/11748/TCC%20UFF.pdf;jsessionid=AC9848869BA4F7EA8708EE7B3C0B48B6?sequence=2>. Acesso em 17 de fev. 2023.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado.** 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Fontanar, 2008.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito.** 1ª Edição. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2012.

ÍNDICE DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM MEIO A PANDEMIA DA COVID - 19

JULIA HORNES BELINI:

Bacharelada do Curso
de Direito pela
Universidade Brasil -
Campus Fernandópolis

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: A quarentena aumentou os casos de violência doméstica e fez crescer o número de crimes contra a mulher. Com o confinamento, homens (como regra geral, mas existem as exceções, visto que a vítima necessariamente deve ser do gênero feminino, o agressor(a), necessariamente não precisa ser homem) que já apresentavam histórico de agressividade agravaram seus desvios alavancando o número de casos de feminicídio, estupro, e diversas agressões previstas na Lei Maria da Penha. Embora as medidas de isolamento tenham sido necessárias, elas acabaram contribuindo para o aumento da violência contra as mulheres e de maneira geral, é comum que as vítimas não façam denúncias e nem falem sobre o assunto com pessoas próximas. A violência doméstica não escolhe classe social, raça, etnia, religião, idade, e grau de escolaridade, qualquer mulher pode ser vítima deste tipo de crime. Diante o exposto, o presente projeto irá trazer uma análise de como a pandemia influenciou no aumento de casos de violência doméstica e como é difícil mesmo nos tempos modernos a vítima fazer a denúncia.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Lei Maria da Penha. Pandemia.

1 INTRODUÇÃO

Violência doméstica é todo tipo de agressão praticada entre pessoas com algum tipo de vínculo, seja ele familiar ou afetivo e que convivem em uma mesma residência.

Ela pode ocorrer entre pais e filhos, marido e esposa, e até entre cuidadores e idosos, porém, ela costuma ser denunciada somente quando envolve a agressão física, pois as mesmas são mais fáceis de perceber.

Considerando que as mulheres são as principais vítimas deste tipo de violência, leis com o objetivo de protegê-las e ampará-las foram criadas no Brasil, como é o caso da lei Maria da Penha que entrou em vigor em 7 de agosto de 2006 e recebe este nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes que ficou tetraplégica após ser baleada pelo marido enquanto dormia, essa lei obriga as autoridades públicas a garantir uma

prevenção adequada, reparação, investigação e sanção em casos de violência doméstica contra a mulher.

Entretanto, as medidas tomadas pela lei em sua maioria não condizem com a realidade enfrentada pela vítima, pois a carência de um amparo assistencial posterior a denúncia faz com que muitas vítimas repensem e se retratem diante o juiz, pois infelizmente muitas mulheres ainda dependem do marido agressor e isso foi agravado com a covid-19 elucidada no período entre 2020 a 2021, onde nosso país esteve sob uma determinação de isolamento social.

Ante o exposto, o desenvolvimento desta obra, buscar-se-á evidenciar como a covid-19 influenciou para os casos de aumento da violência contra a mulher.

2 O SURGIMENTO DA LEI 11.340/2006 – LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha surgiu devido as grandes agressões que Maria da Penha sofria perante o seu marido que tentou matá-la com um tiro de arma de fogo e apesar de não conseguir executá-la acabou deixando-a paraplégica. Assim que Maria da Penha recebeu alta do hospital seu marido novamente tentou pôr fim a sua vida tentando eletrocutá-la, e com isto a vítima criou coragem para procurar a justiça para que assim pudesse ver seu agressor sofrer as devidas consequências. No entanto, Maria da Penha não encontrou o respaldo que ela precisara naquele momento encontrando assim um cenário baseado na incredulidade e falta de apoio legal por parte da justiça brasileira (Tavassi, Rê, Barroso e Marques, 2021).

Sendo assim, a defesa do agressor alegou irregularidades no processo, mantendo-o em liberdade, enquanto aguardava julgamento. Então, a Sra. Maria da Penha resolveu tomar medidas drásticas, acionando o Centro pela Justiça e o Direito Internacional, porém o seu caso só foi solucionado quando o Estado Brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos humanos, sendo obrigado a reformular suas Leis em relação à violência contra a mulher, deste modo criando a famosa Lei Maria da Penha que é plenamente efetiva até nos dias atuais (Tavassi, Rê, Barroso e Marques, 2021).

Cabe-se dizer que a Lei Maria da Penha foi a pioneira no que trata-se dos instrumentos de proteção às mulheres, vez que até o ano de 2006, o Brasil não tinha Lei específica que tratasse da violência doméstica, tais crimes eram enquadrados na Lei dos Juizados Especiais Criminais, como sendo as de “pequenas causas” (Tavassi, Rê, Barroso e Marques, 2021).

A violência doméstica contra as mulheres assume muitas formas. Para Trindade (2016, p. 10), “As mulheres têm enfrentado diferentes formas de violência desde a antiguidade, como: violência física, psicológica, sexual, hereditária e moral”. O artigo 7º da Lei n. 11.340/2006, preocupa-se em desenvolver uma lista de formas percebidas de violência doméstica contra a mulher e comportamentos em relacionamentos íntimos. Portanto, são formas de violência doméstica contra a mulher:

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, 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. (BRASIL, 2006).

Vale dizer então que a Lei nº 11.340/2006 é uma norma de natureza protetiva, com a finalidade de proteger integralmente as mulheres, oferecendo-as efetividade dos direitos fundamentais para que possam viver em segurança, ou seja, criada para proteger e coibir qualquer ato que venha lhe ferir e fazer mal.

2.1 O QUE CARACTERIZA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?

As pessoas No Brasil, a violência contra a mulher é um grave problema no país e é uma das principais formas de violação de seus direitos humanos pois é uma estrutura de desigualdade de gênero que se manifesta de diversas formas, afetando diretamente os seus direitos a vida, segurança e saúde.

Para Maria Amélia Teles e Mônica de Melo, a violência de gênero representa “uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos” (BIANCHINI, 2014, p.48).

Ao longo da história fica evidente que as mulheres sofreram múltiplas formas de violência, pois elas acreditavam na ideia de que elas eram frágeis e inferiores aos homens fazendo com que ficassem submissas a estes. Para tanto, por gerações era imposto que as mulheres só conseguiriam ter o sentido da vida e da felicidade através do casamento devendo se doar e aceitar o que era imposto pelo seu marido, afim de buscar a harmonia de seu lar.

Posto isto, através do casamento a mulher passava a depender de seu marido de diversas formas seja economicamente, emocionalmente ou para manter a imagem social, assim admitindo as mais diversas manipulações e violências por parte do companheiro.

A violência no âmbito doméstico é a mais cruel forma de violência, pois o agressor reconhece a vítima e sabe exatamente como manipular a mesma para que acredite ser merecedora das agressões. Neste sentido, completa Dias:

“É difícil denunciar quem reside sob o mesmo teto, pessoa com quem se tem um vínculo afetivo e filhos em comum e que, não raro, é o responsável pela subsistência da família. A conclusão só pode ser uma: as mulheres nunca param de apanhar, sendo a sua casa o lugar mais perigoso para ela e para os filhos”. (DIAS, 2007, p.17)

A mulher deve compreender-se como um sujeito de direito e esta é uma preocupação da Lei Maria da Penha e é um resultado que a lei vem construindo, pois ainda é frequente que vítimas de violência íntimo-afetiva acreditem que há algo errado em si mesmas e alimentam um sentimento de culpa pela violência que sofrem e por isto é comum que em pleno século XXI às mulheres não denunciam a violência doméstica devido a sentirem medo da lei não ser cumprida e o agressor voltar a agir de maneira ainda mais violenta, ou também receio de se separar e vir o desamparo, não simplesmente no tocante

financeiro, mas em relação à educação de seu filho, o que gera a preocupação de não conseguir dar uma vida digna a este sem a presença da figura paterna.

Porém, um dos piores motivos é o da ilusão, onde a vítima acredita que o agressor irá mudar o seu comportamento agressivo e que se arrependeu da sua conduta reprovável e assim a vítima começa a se culpar pelo acontecido, acreditando que ela ocasionou todo esse contexto de violência.

“A grande dependência emocional atrelada a uma possível transformação de comportamento por parte dos companheiros é o que os especialistas chamam de “lua de mel do ciclo de violência”. É quando, ciente da agressão, o autor se mostra arrependido, pede perdão e promete mudar. E a vítima o inocenta, chegando a acreditar que contribuiu para estar naquela situação” (CARASCO,2017).

Todavia, mesmo após a vítima criar coragem para fazer a denúncia, pode ocorrer da mesma demonstrar desinteresse na hora de relatar os fatos perante o juízo, pois esta prefere amenizar a conduta do acusado e, em alguns casos, chega a faltar com a verdade a fim de livrar o seu agressor de uma provável condenação penal, levando a vítima a não realizar a denúncia fazendo com que a mesma fique há mercê de seu agressor.

3 COMO A COVID-19 INFLUENCIOU PARA OS CASOS DE AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?

A violência doméstica e familiar já era um fato excessivo perante os brasileiros. De acordo com o Atlas da Violência no que refere-se ao ano de 2019, as agressões em ambiente doméstico e familiar representaram 42% dos casos. Chama atenção o ano de 2019 para o fato que a maioria das mortes violentas nas relações domésticas acontecem dentro das suas próprias residências e por pessoas íntimas das vítimas (IPEA; FBSP, 2019). Os números trazidos já tratavam de situações de violência doméstica e familiar difíceis de reparar e proteger, mas o que ninguém esperava é que teríamos que enfrentar uma pandemia junto da violência.

Ficamos chocados com a chegada do novo Coronavírus em meados de março de 2020, que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública no Brasil e declarou pandemia no Decreto Legislativo nº 6 (BRASIL,2020). Como medida imediata de combate e prevenção à pandemia atualmente reconhecida, foi evidenciado o isolamento social, exigindo que todas as famílias permanecessem em suas casas. É verdade que tal decisão teve diversos efeitos na sociedade, sendo um deles a violência doméstica.

Veloso e Magalhães dizem sobre o tema:

Entre os meses de março e abril de 2020, período no qual a maioria dos Estados deu início ao isolamento social como forma de prevenir o avanço do novo coronavírus, houve um crescimento de 22,2% dos casos de feminicídio, o que corresponde a morte de 143 mulheres em 12 (doze) unidades da federação pelo simples fato de serem mulheres (FÓRUM..., 2020).

Em decorrência do isolamento social, muitas mulheres passaram a morar sozinhas e exclusivamente com seus agressores em suas próprias casas. Segundo a ONU MULHERES, os índices de violência aumentaram em decorrência do isolamento das vítimas da maioria dos recursos e serviços disponíveis para sua proteção, assim as mulheres tornaram-se prisioneiras de seus agressores, sendo vigiadas e proibidas de ter qualquer tipo de contato com amigos e familiares.

Como resultado, a quantidade de mulheres que foram agredidas por homens aumentou ainda mais o número de violência psicológica, vez que ocorre a manipulação das vítimas por parte dos agressores (Vieira, Garcia e Maciel, 2020).

Desta forma, com a chegada da pandemia do Covid-19, a subnotificação de casos de violência doméstica tornou-se ainda mais raro, pois com os impactos trazidos pelo vírus as vítimas não tinham condições de sair de casa durante o isolamento social, obtendo maior dificuldade de acesso aos meios de proteção e, por vezes também, motivadas pelo medo de denunciar o delito e não ter conhecimento do que iria acontecer posteriormente.

Portanto, pode-se dizer que os principais fatores que causam a violência contra as mulheres no Brasil hoje, está ligado ao gênero, ao sistema patriarcal e a cultura machista ainda enraizados, sendo agravadas pelo período pandêmico, o isolamento social, os impactos econômicos, o uso excessivo de álcool e drogas, a redução dos serviços de enfrentamento ao combate de violência doméstica, o estresse e o menor atendimento às vítimas (Cassenote, Braveza, Xavier, Silva, Júnior e Lopes, 2020).

Pensando no cenário da pandemia da Covid-19, o Presidente da República sancionou a Lei nº 14.022 /2020, que especifica as medidas a serem adotadas para combater a violência doméstica e familiar durante o período de pandemia da COVID- 19. Os serviços relacionados ao combate e prevenção das agressões sofridas pelas vítimas, incluindo crianças, adolescentes, pessoas com deficiência e idosos , são viabilizados por lei.

Art. 5º-A Enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019: I - os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que

tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência serão mantidos, sem suspensão; II - o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública; Parágrafo único. Os processos de que trata o inciso I do caput deste artigo serão considerados de natureza urgente. (BRASIL, 2020).

A criação de políticas públicas de prevenção como a Lei 14.022/2020 faz-se necessária visando a prevenção da violência cometida contra as mulheres, para que a mesma não se torne um ponto ainda mais negativo, como sendo o feminicídio, vez que ele não é possível de ser revertido e nem sequer reparável, uma vez que a vítima é levada a óbito (Basílio, 2020).

Isso indica que o uso de medidas protetivas diminuiu em números a violência doméstica e familiar, de acordo com os dados coletados. No entanto, não é uma mudança no que torna a violência doméstica e familiar um problema existente; ao contrário, é a dificuldade das vítimas em encontrar assistência e apoio para realizar seu pedido. Números anteriores ao período da pandemia viram medidas mais rígidas implementadas, fazendo com que as vítimas procurassem as redes de apoio para denunciar seus agressores.

Mas na era da COVID-19, isso se tornou impossível porque, na maioria dos casos, as vítimas acabaram morrendo em consequência do medo, falta de informação, insegurança e falta de recursos financeiros para si e seus dependentes. Portanto, é necessário um esforço maior na implementação no amparo às vítimas no que tange às informações, pois a redução dos números de medidas aplicadas não significa o fim da violência, mas sim, a desinformação das vítimas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser a relação de submissão entre homens e mulheres o principal impulsionador da distinção de gênero, a pesquisa permitiu reconhecer a importância de haver uma lei específica para tratar dos casos de violência doméstica. Na maioria das vezes, as mulheres são vítimas de violência doméstica, acreditando por muito tempo que merecem o abuso que sofreram devido à cultura machista em que foram criadas.

Em decorrência da violência ocorrida dentro do próprio domicílio, as vítimas ficavam indefesas e vulneráveis, sendo necessária a criação de uma lei específica com maior rigor para acabar com a violência e proteger as vítimas de agressões físicas e psicológicas.

Diante disto, tornou -se necessária a promulgação de uma lei específica que tratasse da violência doméstica e familiar. Com o advento da Lei 11.340, em 2006, foi conferida aos juízes de violência doméstica e familiar competência para tratar especificamente do assunto. Ao longo do estudo verificou - se que, apesar de as medidas protetivas estarem devidamente selecionadas na lei, ainda não existem recursos suficientes para assegurar a sua implementação e efetivar a sua eficácia.

Entretanto, as dificuldades vivenciadas pelas vítimas decorrem muitas vezes do medo de denunciar, da dependência financeira do agressor, a preocupação com os filhos menores e, principalmente, pela falta de informação vez que não possuem o conhecimento dos canais possibilitados a elas. Mas a classe feminina deve manter sua voz e buscar o aperfeiçoamento para atingir seus objetivos de forma efetiva. Além disso, a Lei busca provocar a reflexão sobre mudanças nas relações humanas e não apenas punir o agressor.

Em termos de avanços, muito já foi feito, mas muito ainda precisa ser mudado para combater a violência doméstica com medidas que reflitam a realidade enfrentada pelas vítimas, e para de fato disseminar essa violência hedionda dos brasileiros

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

CARASCO, D. **Por que muitas mulheres não denunciam a violência doméstica que sofrem?** Universa UOL. 2017. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2017/10/31/por-que-muitas-mulheres-nao-denunciam-a-violencia-domestica-que-sofrem.htm>. Acesso em: 20 jan. 2023.

CARVALHO, P. **Medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha e sua real eficácia na atualidade.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4064, 17 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29229>. Acesso em: 12 jan. 2023.

CASSENOTE, B. H.S. et al. **A violência doméstica e o aumento de casos durante a pandemia.** OJS - 2021. Disponível em: <https://revistaanais.unicruz.edu.br/index.php/inter/article/view/342>. Acesso em: 12 mar. 2023.

CERQUEIRA, D. et al. **Atlas da Violência 2021**. IPEA. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5141-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2023.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça. São Paulo. DISPONÍVEL EM Revista dos Tribunais Ltda, 2007. Acesso em 18 jan. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid – 19**. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, Ed. 03, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-03/. Acesso em: 18 jan. 2023.

LUZ, J. P. N. **Mulher e história: A luta contra a violência doméstica**. JusBrasil. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/mulher-e-historia-a-luta-contra-a-violencia-domestica/217241864>. Acesso em: 18 jan. 2023.

MAGALHÃES, T. V; VELOSO, R. C. **A pandemia da Covid – 19 e suas implicações no âmbito da violência de gênero**. Revista de Criminologias e politicas criminais. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/7060>. Acesso em: 12 mar. 2023.

ONU Mulheres Brasil. **Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres**. ONU Mulheres Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>. Acesso em: 12 mar. 2023

A POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO.

TAISA EMILIANO DA SILVA:
Bacharel em Direito e Analista
Jurídica na Defensoria Pública do
Amazonas.

RESUMO: O presente artigo busca analisar os fundamentos gerais do direito à liberdade de expressão e os principais elementos que integram a doutrina da posição preferencial, tese que defende o reconhecimento da posição privilegiada da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais. Por outro lado, o discurso de ódio ou *hate speech*, remete a um conceito não unívoco, de limites relativamente imprecisos, e é empregada para designar condutas expressivas muito heterogêneas, que, quando olhadas em conjunto, não apresentam uma essência ou característica definidor. O STF, para usar de exemplo a mais alta corte, tomou decisões importantes para assegurar o direito de manifestação e de comunicação, como ao declarar a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, liberar a publicação de biografias não autorizadas, garantir a exposição de publicações com temas homoafetivos e proteger, em inúmeras oportunidades, o sigilo de fonte dos jornalistas.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Direito Fundamental. Limites. Discurso de Ódio.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the general foundations of the right to freedom of expression and the main elements that make up the doctrine of preferential position, thesis that defends the recognition of the privileged position of freedom of expression in relation to other fundamental rights. On the other hand, hate speech refers to a non-univocal concept, with relatively imprecise limits, and is used to designate very heterogeneous expressive behaviors that, when looked at as a whole, do not have a defining essence or characteristic. The STF, to use the highest court as an example, took important decisions to ensure the right to demonstrate and communicate, such as declaring the unconstitutionality of the Press Law, releasing the publication of unauthorized biographies, guaranteeing the exposure of publications with themes homoaffective people and protect, on numerous occasions, the secrecy of journalists' sources.

Keywords: Freedom of expression. Fundamental right. Limits. Hate Speech.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abraçou as liberdades. Dentre uma lista delas, destaca expressamente a proteção à liberdade de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,

independentemente de censura ou licença. Assegura o sigilo de fonte aos profissionais da comunicação e veda expressamente a censura.

Em outras palavras, após um longo caminho, consagrou-se no Brasil o direito de expressão como inerente à dignidade humana, à cidadania e como pilar de um Estado plural e democrático. Ao menos no papel, a liberdade de expressão é plena. Cada cidadão pode manifestar quaisquer ideias, por mais absurdas e estúpidas que sejam, dentre as quais até a supressão do regime democrático e da própria liberdade de expressão.

A Constituição garante a liberdade de expressão, com responsabilidade. A liberdade de expressão não pode ser usada para a prática de atividades ilícitas ou para a prática de discursos de ódio, contra a democracia ou contra as instituições.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na AP 1044/DF, julgada em 20/04/2022, no Informativo 1051/2022, decidiu que “a liberdade de expressão existe para a manifestação de opiniões contrárias, jocosas, satíricas e até mesmo errôneas, mas não para opiniões criminosas, discurso de ódio ou atentados contra o Estado Democrático de Direito e a democracia” e que “não configura abolitio criminis com relação aos delitos previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1983)”.

Nesse sentido, são inadmissíveis manifestações proferidas em redes sociais que objetivem a abolição do Estado de Direito e o impedimento, com graves ameaças, do livre exercício de seus poderes constituídos e de suas instituições.

Ademais, conforme jurisprudência do STF, a garantia constitucional da imunidade parlamentar incide apenas sobre manifestações proferidas no desempenho da função legislativa ou em razão desta, não sendo possível utilizá-la como escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas.

Não há, contudo, prerrogativas absolutas, na lei ou na vida. A Constituição prevê, ao lado da liberdade de expressão, inúmeros outros direitos, que devem ser exercidos em harmonia, garantindo-se o maior espaço de liberdade possível aos cidadãos. Quando tais direitos colidem, é preciso reduzir o âmbito de existência de cada um, de forma racional e ponderada, para preservar o exercício de ambos.

É o que ocorre, por exemplo, quando a expressão do pensamento afeta a honra, a intimidade ou a vida privada de terceiros, direitos também protegidos pela Constituição Federal.

Aquele que difama, calunia ou injuria outros, pode ser responsabilizado civil ou criminalmente pelas consequências de seus atos, embora nem nessas hipóteses seja admitida censura prévia. A liberdade não é um salvo conduto para a agressão, para a violação da dignidade alheia.

O direito penaliza aqueles que usam da palavra escrita ou verbal para desgastar a honra alheia, abrindo-se uma exceção nas críticas a pessoas públicas —em especial autoridades—, caso em que mesmo declarações ácidas, profundas e impiedosas são admitidas, desde que não resvalam na imputação falsa de crimes, ou em declarações inverídicas sobre fatos desabonadores.

Para além da honra, a liberdade de expressão também encontra limite quando se trata de discursos de ódio, que incitam a violência ou a agressão. Qualquer cidadão pode expressar suas ideias, por mais absurdas e estapafúrdias que sejam, desde que não ameace terceiros.

A medida desse limite é uma opção política, estritamente ligada à cultura e à história de determinada agremiação social. Nos Estados Unidos, por exemplo, se confere um amplo espaço à liberdade de expressão. Lá, a Suprema Corte já reconheceu a queima da bandeira americana (Texas vs. Johnson, 1989), os insultos a minorias ou grupos raciais (Bradenburg vs. Ohio, 1969) e até mesmo a queima de cruzeiros —símbolo da odiosa organização racista Ku Klux Klan (R.A.V. vs Saint Paul, 1992) — como manifestações da liberdade de expressão, quando não acompanhadas de ameaças concretas ou violência.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A liberdade de expressão e posição preferencial

Sem liberdade de expressão, não há democracia. Ela ocupa o centro nevrálgico de uma estrutura democrática (GARGARELLA, 2011, p. 30) e, por isso, no Brasil¹, foi inscrita topograficamente em posição de destaque na Constituição Federal (art. 5o, IX). A liberdade de expressão apresenta a mesma relevância no plano dos tratados internacionais, de forma especial dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no artigo 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição.

O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma CF: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta

(inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º).

Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos "sobredireitos" de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.

Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social.

Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, inftem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. (...) Incompatibilidade material insuperável entre a Lei 5.250/1967 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescindível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. [**ADPF 130**, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, *DJE* de 6-11-2009.]

A liberdade de expressão no Brasil viveu uma história acidentada. Apesar de prevista expressamente em todas as Constituições, desde 1824, ela é marcada pelo desencontro entre o discurso oficial e o comportamento do Poder Público, pela distância entre intenção e gesto. O Supremo Tribunal Federal STF- na RECLAMAÇÃO 22.328, que teve como relator, o Ministro Roberto Barroso, entendeu que a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o

exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades e que eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização.

Veja-se a fundamentação da reclamação:

A liberdade de expressão no Brasil viveu uma história acidentada. Apesar de prevista expressamente em todas as Constituições, desde 1824, ela é marcada pelo desencontro entre o discurso oficial e o comportamento do Poder Público, pela distância entre intenção e gesto. Em nome da religião, da segurança pública, do anticomunismo, da moral, da família, dos bons costumes e outros pretextos, a história brasileira na matéria tem sido assinalada pela intolerância, pela perseguição e pelo cerceamento da liberdade. Entre nós, como em quase todo o mundo, a censura oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi.

Para registrar apenas a experiência brasileira mais recente, ao longo do regime militar: a) na imprensa escrita, os jornais eram submetidos a censura prévia e, diante dos cortes dos censores, viam-se na contingência de deixar espaços em branco ou de publicar poesias e receitas de bolo; b) no cinema, filmes eram proibidos, exibidos com cortes ou projetados com tarjas que perseguiam seios e órgãos genitais, transformando drama em comédia (e.g., "A Laranja Mecânica"); c) nas artes, o Balé Bolshoi foi impedido de dançar no Brasil, por constituir propaganda comunista; d) na música, havia artistas malditos, que não podiam gravar nem aparecer na TV; e outros que só conseguiam aprovar suas músicas no Departamento de Censura mediante pseudônimo; e) na televisão, programas foram retirados do ar, suspensos ou simplesmente tiveram sua exibição vetada, em alguns casos com muitos capítulos gravados, como ocorreu com a novela Roque Santeiro. f) o ápice do obscurantismo foi a proibição de divulgação de um surto de meningite, para não comprometer a imagem do Brasil Grande.

Como o passado condenava, a Constituição de 1988 foi obsessiva na proteção da liberdade de expressão, nas suas diversas formas de manifestação, aí incluídas a liberdade de informação, de imprensa e de manifestação do pensamento em geral: intelectual, artístico, científico etc.

Veja-se, a propósito, o que dispõe o art. 5º, IV, IX e XIV, bem como art. 220, §§ 1º e 2º, da Constituição:

“Art. 5º. (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Como se constata dos dispositivos referidos, a Constituição proíbe, expressamente, a censura – isto é, a possibilidade de o Estado interferir no conteúdo da manifestação do pensamento – e a licença prévia, bem como protege o sigilo da fonte. 11.A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial (*preferred position*), o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto. Consequentemente, deve haver forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas de liberdade de expressão.

Este lugar privilegiado que a liberdade de expressão ocupa nas ordens interna e internacional tem a sua razão de ser. Ele decorre dos próprios fundamentos filosóficos ou teóricos da sua proteção, entre os quais se destacam cinco principais: (i) a função essencial que desempenha para a democracia, ao assegurar um livre fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito, condições essenciais para a tomada de decisões da coletividade e para o autogoverno democrático; (ii) a dignidade humana, ao permitir que indivíduos possam exprimir de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, bem como terem acesso às dos demais indivíduos, fatores essenciais ao desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial; (iii) a busca

da verdade, ao contribuir para que ideias só possam ser consideradas ruins ou incorretas após o confronto com outras ideias; (iv) a função instrumental ao gozo de outros direitos fundamentais, como o de participar do debate público, o de reunir-se, de associar-se, e o de exercer direitos políticos, dentre outros; e, conforme destacado anteriormente (v) a preservação da cultura e da história da sociedade, por se tratar de condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.”.

Não obstante, a mera preferência da liberdade de expressão (ao invés de sua prevalência) decorre do fato de que nenhum direito constitucional é absoluto, tendo em vista que a própria Constituição impõe alguns limites ou algumas qualificações à liberdade de expressão, como por exemplo:

- a) vedação do anonimato (art. 5º, IV);
- b) direito de resposta (art. 5º, V);
- c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º);
- d) classificação indicativa (art. 21, XVI); e
- e) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X) 1

Isso conduz ao tema dos direitos da personalidade e sua ponderação com os direitos ligados à liberdade de expressão.

“Direitos da personalidade” é uma expressão de uso relativamente recente no direito brasileiro, tendo sido desenvolvida pela doutrina contemporânea até ingressar no Código Civil, que abriu para o tema um capítulo específico, logo no Título I. É possível conceituar os direitos da personalidade, inerentes a toda pessoa humana, como a versão privada dos direitos fundamentais, e sua aplicação às relações com outros indivíduos como regra geral.

Os direitos da personalidade costumam ser divididos pela doutrina civilista em dois grandes grupos: (i) direitos à integridade física, que englobam o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica sob a qual se abrigam, entre outros, os já mencionados direitos à honra, à imagem, à privacidade e o direito moral do autor.

Tanto a liberdade de expressão como os direitos de privacidade, honra e imagem têm estatura constitucional. Vale dizer: entre eles não há hierarquia. De modo que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer.

Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação, que, como se sabe, é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa.

No limite, porém, fazem-se escolhas. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

2.2 O discurso de ódio: o preconceito, a discriminação e a intolerância

Com os avanços da sociedade moderna, na era da informação, o mundo está completamente conectado, dessa forma, em tempo real, diferentes pessoas podem se comunicar, estabelecer relações comerciais, as notícias e os acontecimentos chegam aos mais diversos lares através de diferentes meios de comunicação, em especial a internet.

As diferentes mídias sociais são responsáveis por quase toda a interação na internet, no entanto, eventualmente, as pessoas utilizam esta ferramenta de maneira ofensiva. Com isso, surgem os discursos discriminatórios, também denominados Discursos de Ódio ou *Hate Speech*, que consiste em uma expressão de pensamento de maneira depreciativa voltado a um determinado grupo da sociedade, com o intuito de desqualificar, menosprezar e humilhar indivíduos. Frente aos abusos da liberdade de expressão, os discursos de incitação ao ódio às minorias sociais ultrapassam os limites

O discurso de ódio está dirigido a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas, baseando-se numa segregação. Para isso, entoa uma fala articulada, sedutora para um determinado grupo, que articula meios de opressão. Os que não se enquadram no modelo dominante de "sujeito social nada abstrato: masculino, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário" (RIOS, 2008, p. 82) são os potenciais inimigos. Rosenfeld (2001) realiza importante distinção do ponto de vista conceitual, cingindo o fenômeno em *hate speech in form* e *hate speech in substance*.

O *hate speech in form* são aquelas manifestações explicitamente odiosas, ao passo que o *hate speech in substance* se refere à modalidade velada do discurso do ódio.

O *hate speech in substance* pode apresentar--se disfarçado por argumentos de proteção moral e social, o que, no contexto de uma democracia em fase de consolidação,

que ainda sofre com as reminiscências de uma ditadura recente, pode provocar agressões a grupos não dominantes. Ele produz violência moral, preconceito, discriminação e ódio contra grupos vulneráveis e intenciona articuladamente a sua segregação. Quanto aos envolvidos, especialmente no tocante aos grupos atingidos pelo discurso do ódio, de fato, o discurso invariavelmente é direcionado a sujeitos e grupos em condições de vulnerabilidade, que tratamos como grupo não dominante, dentro da perspectiva fornecida pelo Direito da Antidiscriminação, o que torna importante analisar a perspectiva fornecida pela Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

Conforme Silva et al. (2011), o discurso de ódio caracteriza-se pelo conteúdo segregacionista, fundado na dicotomia da superioridade do emissor e na inferioridade do atingido (a discriminação), e pela externalidade, ou seja, existirá apenas quando for dado a conhecer a outrem, que não o próprio emissor.

Ao salientar a discriminação preconceituosa, Zimmer (2001 apud BRUGGER, 2007, p. 118) afirma que: “[...] discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. Dessa maneira, o Hate Speech ou Discursos de Ódio, encontram-se na divulgação de conteúdo que estimulam o ódio racial, a homotransfobia, a xenofobia, a intolerância religiosa, a misoginia, e outras formas de aversão, baseada na intolerância as diferenças que confrontam os padrões éticos estabelecidos pelo grupo que se sente “superior”, com o objetivo de justificar a privação da liberdade desses grupos tidos como “inferiores”.

Os discursos de ódio de cunho racista e discriminatório migraram para um novo ambiente em ascensão, a internet. Indivíduos que aparentemente sentem-se protegidos por uma concepção de anonimato aproveitam esta ferramenta para espalhar discursos racistas e discriminatórios pelas mídias sociais, proferindo de modo ofensivo a integralidade da pessoa humana, com palavras, mensagens e diferentes outros meios de conteúdo que denigrem e ofendem a determinados grupos da sociedade.

No julgamento da ADO 26, em seu voto o Ministro Relator Celso de Mello, ao tomar como base a CF e a Lei 7.716/1989, qualificou as práticas homotransfóbicas como pertencentes ao gênero racismo, o que também envolve a dimensão de racismo social, uma vez em que essas condutas provocam a segregação e procuram inferiorizar. Dessa maneira, tais práticas de homotransfobia enquadram-se como atos de discriminação e de ofensa, ferindo direitos e liberdades fundamentais dos membros do grupo LGBTQIA+. Até meados de 2019 a LGTIfobia não possuía previsão legal, porém com as decisões recentes do STF, a criminalização das condutas discriminatórias, mesmo em ambiente virtual,

passaram a ser penalizadas pela Lei 7.716/1989, assim, os atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTQIA+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, são agora puníveis em razão de atos discriminatórios e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais.

A xenofobia é uma categoria de preconceito ou ódio, hostilidade e repúdio aos estrangeiros ou nacionais no mesmo território, trata-se de um problema social e possui fundamentos em diversos fatores desde culturais, históricos e até mesmo religiosos. Esse crime é baseado na intolerância e discriminação frente a nacionalidades e culturas diferentes, gerando violência entre as nações do mundo, guerras generalizadas e tratamento cruel entre os indivíduos (LEFKOWITZ, 2010 apud MEJÍA, 2019). Destaca-se que a humanidade experimentou as piores espécies de violências a partir de campanhas de ódio em nome da dominação de grupos, tendo o Hate Speech como ferramenta de aniquilação, esses discursos se difundem entre as nações gerando constrangimentos e aversão entre os povos (BRUGGER, 2007).

Intolerância religiosa é a discriminação contra as pessoas e grupos com diferentes crenças ou religiões, sendo marcada principalmente por atitudes agressivas e ofensivas. O Brasil adotou o sistema laico, não possuindo nenhuma religião ou crença oficial, assim o direito de exercer as suas próprias crenças e cultos deve ser protegida pelo Estado como fonte de direito de primeira geração. O Art. 5º, VI, da Constituição Federal, assegura a liberdade de consciência e crença religiosa. Nas palavras de Moraes (2003, p. 56), “a liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. (...) cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular”. A função do Direito, através da Constituição, é garantir a inviolabilidade ao direito de consciência, ou seja, assegurar o exercício da crença e da manifestação da consciência, bem como o de não possuir nenhuma crença religiosa, protegendo, assim, também os ateus e agnósticos

A liberdade de expressão funciona como condição de tutela efetiva da liberdade religiosa, assegurando-se, em tal medida, a explicitação de compreensões religiosas do indivíduo e atuações conforme a crença. Caso contrário, ao invés de verdadeira liberdade, ter-se-ia mera indiferença religiosa, o que não se conforma com a envergadura constitucional da matéria. 6. Por outro lado, a liberdade religiosa, como é próprio dos direitos e garantias fundamentais, não ostenta caráter absoluto, devendo ser exercitada de acordo com a delimitação precisada pela própria Constituição, forte no Princípio da Convivência das Liberdades Públicas. Nesse sentido, observa Ada Pellegrini Grinover que as liberdades públicas:

"(...) têm sempre feitiço e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações. (...) as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural

restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 251, grifei).

Nessa perspectiva, cumpre assinalar que o repúdio ao racismo figura como um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, VIII), a denotar a relevância, sob o ângulo constitucional, da matéria.

A característica plural da Constituição impõe que interesses de tal jaez, na hipótese em que colidentes, sejam contrastados a fim de alcançar a máxima efetividade de ambos. Com efeito, as nuances da sociedade brasileira impõem, como condição de vida em comunidade, que as posições divergentes sejam mutuamente respeitadas, reclamando-se tolerância em relação ao diferente. Isso não significa, à obriedade, que se exija concordância ou persuasão. As normas de bem viver, na realidade, guardam pertinência com condutas de consideração recíproca, verdadeira regra de ouro de comportamento. Vale ressaltar que os limites de discursos religiosos não coincidem, necessariamente, com explicitações atinentes aos demais elementos normativos do tipo, quais sejam, raça, cor, etnia ou procedência nacional. Considerando que "a mensagem religiosa não pode ser tratada exatamente da mesma forma que qualquer mensagem não religiosa" (MACHADO, Jônatas. *Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p 226), passo a perquirir os limites do exercício da liberdade de expressão religiosa de acordo com as particularidades de explicitações dessa natureza.

3 CONCLUSÃO

O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, ao delinear o regime jurídico a que elas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre tais prerrogativas incidam limitações de ordem jurídica destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, ainda que integrantes de grupos minoritários. Cabe referir, por oportuno, julgamento emanado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferido em 07/04/2003, no exame do caso *Virginia v. Black et al.*, quando essa Alta Corte concluiu que não é incompatível com a Primeira Emenda (que protege a liberdade de expressão naquele país) a lei penal que pune, como delito, o ato de queimar uma cruz ("cross burning") com a intenção de intimidar, eis que o gesto de queimar uma cruz, com tal intuito, representa, no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio destinado a transmitir àqueles

a quem se dirige tal mensagem o propósito criminoso de ameaçar. Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão (adotando, por isso mesmo, o critério da “preferred position”) – proclamou, não obstante, que essa proteção constitucional não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos que veiculem propósitos criminosos.

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução, tal seja o contexto em que se delineie, que torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

Admitir a difusão do ódio, a defesa da violência, a incitação ao crime é, paradoxalmente, um atentado à própria liberdade de expressão. Se permitirmos que alguém ameace publicamente a integridade de quem defende ou ataca, por exemplo, o aborto ou o uso de drogas, acabaremos por impedir o debate, cercear a discussão e negar a liberdade de expressão àqueles que são objeto das intimidações.

O direito à livre manifestação é pleno, desde que não afete a garantia de terceiros de exercer o mesmo direito. O ódio não é proibido, mas sim sua expressão na forma de violência ou ameaça. O rancor pode ser propalado, desde que não acompanhado da incitação à agressão de quem quer que seja.

O direito salvaguarda a propagação de qualquer ideia, mesmo da estupidez, como forma legítima de manifestação humana, desde que resguardada a integridade dos demais integrantes da sociedade.

REFERÊNCIAS

BIM, Eduardo Fortunato. **A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar: sindicabilidade jurisdicional e tipicidade.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, Subsecretaria de edições Técnicas do Senado Federal v. 43, n. 169, p. 65-94, jan./mar. 2006.

BRASIL. **Ato Institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968.** Diário Oficial da União, 13 dez, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso: 15 de jun. de 2014.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.** Diário Oficial União, 6 jan. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 3 mar. 2015.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança n. 12.388 /SP.** DJ, 18 dez. 2001. Relator: Ministro Francisco Falcão. Diário da Justiça, 25 mar. 2002.

Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 3590 /DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 12 ago. 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 12 set. 2014.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano.** Direito Público, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007.

DIAS, Roberto Moreira; LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 49, n.195, p. 7-24, jul./set. 2012. DIAZ, Alvaro Paul. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. Revista Chilena de Derecho, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011.

GARGARELLA, Roberto. **Constitucionalismo y libertad de expresión.** In: ORDOÑEZ, María Paz Ávila; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila; GERMANO, Ramiro Gómez. **Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda.** Quito, Ecuador: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2011.

KURAKANA, Jorge. **Imunidades parlamentares.** São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2002. 288 p.

MARTINS MARQUES, Amanda Ravena; MUNIZ, Arnaldo Brasil; BRANDÃO, Maureen da Silva. **A liberdade de expressão e suas ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424).** [2013]. (Série Monografias do CEJ, v. 16).

Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância. Guatemala, [6 jun. 2013].

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. **Direito da antidiscriminação e minorias: a insuficiência do direito consumerista para a proteção antidiscriminatória coletiva**, inédito.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.

SCHÄFER, Gilberto. **A reparação do dano ao projeto de vida na corte interamericana de direitos humanos**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2018.

TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

DANDARA PINTO PEREIRA:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG¹⁶¹.

JAQUELINE DE KASSIA RIBEIRO DE PAIVA¹⁶²

(orientadora)

RESUMO: O crime de tráfico de pessoas é um crime complexo e de difícil detecção, que envolve a procura de pessoas por redes de tráfico, que a princípio oferecem propostas mentirosas fora da zona de origem da vítima, e com isso as transportam de uma região para outra, ou de um país para o outro, de forma legal ou ilegal, para fins de exploração sexual. Este estudo teve como objetivo apresentar os principais aspectos jurídicos e sociais sobre o tráfico de pessoas com intuito de exploração sexual. No campo metodológico, a pesquisa se baseou em uma revisão da literatura, tendo a coleta de dados em base de dados como Google Acadêmico, Scielo, etc. Além de estudos científicos, também se buscou base em livros, periódicos, monografias e principalmente na doutrina, legislação e jurisprudência brasileira sobre a presente temática. Nos resultados, num primeiro momento ficou evidenciado que a legislação brasileira por meio da Lei nº 13.444/2016 em seu artigo 149-A, tem criminalizado os agentes que cometem tal delito, cuja pena é de reclusão de 4 a 8 anos e multa. No campo jurisprudencial, os julgados vêm condenando os traficantes, bem como todo a rede de tráfico. Apesar disso, é importante salientar a importância de medidas de proteção às vítimas, que precisam serem mais efetivas.

Palavras-chave: Exploração sexual. Tráfico. Mulheres e crianças. Legislação Penal.

TRAFFICKING IN PEOPLE FOR SEXUAL EXPLOITATION PURPOSES

ABSTRACT: The crime of trafficking in persons is a complex and difficult to detect crime, it is a criminal practice that involves looking for people by trafficking networks, who at first offer lying proposals outside the victim's source zone, and thereby carry them from One region to another, or from one country to another, legally or illegally, for the purpose of sexual exploitation. Thus, this study aimed to present the main legal and social aspects about trafficking in people with the purpose of sexual exploitation. He also intended to understand the effects that this crime generates for victims and society. In the

¹⁶¹ E-mail: pereiradandara1@gmail.com.

¹⁶² Docente titular do Centro Universitário UnirG e UNITINS Mestra em Gestão de Políticas Públicas -UFT Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais – UMSA Ribeiro & Pereira Advogadas. E-mail: jakpaiva1@hotmail.com.

methodological field, this research was based on a literature review, with data collection in database such as Google Academic, Scielo, etc. In addition to scientific studies, he also sought the basis of books, periodicals and especially in Brazilian doctrine, legislation and jurisprudence on the present theme. In the results, at first it was evidenced that Brazilian law through Law nº. 13.444/2016 in its article 149-A, has criminalized agents who commit such offense, whose penalty is imprisonment of 4 to 8 years and fine. In the jurisprudential field, the judgments have been condemning traffickers, as well as the entire trafficking network. Nevertheless, it is important to emphasize the importance of victim protection measures, which need to be more effective.

Keywords: Sexual exploitation. Traffic. Women and children. Criminal legislation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tráfico de pessoas: aspectos gerais. 3. Da Lei nº 13.444/2016. 4. Dos efeitos sociais e jurídicos. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas para fins de exploração sexual é um problema de nível universal, visto que atinge países e pessoas de todo o mundo. Infelizmente é um delito de difícil identificação, o que faz com que as pessoas pensem não passar de apenas uma lenda. Mas ao longo da presente monografia, veremos o quanto é uma prática criminosa comum, muito bem estruturada e que produz milhões de dólares por ano (FERREIRA, 2019).

Os traficantes e aliciadores buscam suas vítimas de acordo com a finalidade pretendida do crime, no caso da exploração sexual, acabam por visar mais as mulheres e as crianças. Desse modo, geralmente a escolhem conforme sua posição na escalada social, seu nível de escolaridade e faixa etária. Optam por vítimas que não possuem uma condição de vida boa, jovens e com baixo nível de conhecimento ou inacessibilidade ao estudo, pois deste modo se tornam vulneráveis e mais fáceis de serem ludibriadas com suas falsas promessas de ter uma condição de vida melhor e uma carreira de sucesso no exterior (EVANGELISTA, 2018).

Os criminosos agem de diferentes formas, se escondem por trás de falsas intitulações e serviços corriqueiros da sociedade, como a título de exemplo, agência de turismo, agência de moda, proprietário de casas noturnas, bares, agência de transporte etc. O maior objetivo deles é transferir a vítima de um país para o outro, de países pobres para os países mais desenvolvidos. O Brasil é apontado como um país fornecedor de mulheres traficadas. (ZORZELA, 2022)

Assim, o que se objetivou discutir nesse estudo é apresentar os principais aspectos jurídicos e sociais sobre o tráfico de pessoas com intuito de exploração sexual. Durante a análise da presente temática, procurou-se responder a seguinte indagação:

quais os efeitos jurídicos e sociais do crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual?

Assim, discutiu-se sobre o tráfico de pessoas com a finalidade específica de exploração sexual. Para isso, apresentou-se uma abordagem literária que discorresse a legislação pertinente ao tema, a caracterização do crime, seu conceito e principalmente seus efeitos jurídicos e sociais.

A metodologia empregada foi a de revisão da literatura, tendo como fonte de pesquisa a base de dados digitais como Google, Scielo, etc., e em livros, periódicos, artigos científicos e na legislação e jurisprudência brasileira. Utilizou-se como indicadores da pesquisa as palavras chaves Tráfico; Pessoas; Exploração Sexual, e após, selecionou-se os trabalhos dos últimos 5 (cinco) anos, referentes ao tema.

Foram utilizados como principais critérios de inclusão das monografias, as que apresentavam conteúdos na qual seu público alvo são mulheres e crianças, determinado por enfoque na Legislação Brasileira, além da escolha de temas com abordagens de forma mais clara e sucinta, para que os próximos leitores tenham um compilado mais exemplificativo e claro sobre o tema.

Dessa forma, excluindo os de menor relevância e os que tratavam o tema de modo superficial, na qual não teve grande relevância para o aprimoramento dessa monografia, como conteúdos voltados para o assunto de forma global.

2. TRÁFICO DE PESSOAS: ASPECTOS GERAIS

Para melhor entendimento sobre o tema de tráfico de pessoas e sua normatização e consequências, é preciso contextualizá-lo. Desse modo, esse tópico inicial descrever os principais aspectos envolvendo o tráfico de pessoas, apresentando o seu processo histórico, conceito e legislação no Brasil.

Em termos históricos, é na escravidão que o tráfico de pessoas possui suas raízes. Como relata Evangelista (2018), já na Antiguidade existem relatos de pessoas que eram traficadas para o comércio. O intuito dessa ação era para trabalho escravo, atuando na construção de cidades e na realização de serviços domésticos, além de outras atividades escravizadoras.

Ferreira (2019) acrescenta que no período onde as navegações e colonizações eram comumente praticadas, o trabalho escravo era praticamente a única forma de trabalho, uma vez que nos navios europeus aportavam em terras contendo inúmeros escravos a fim de conquistar novos territórios.

Em especial o povo africano, essa transação de navios com escravos era feita porque só assim era possível obter alto lucro com um custo menor. Os escravos eram capturados em suas terras e logo em seguida comercializados em variados países europeus ou em suas colônias (AGNOLETI, 2021).

Desse modo, entende-se que foi pela escravidão que o tráfico de pessoas de fato começou a existir, perdurando até os dias atuais; ou seja, o ato de traficar pessoas vem durando desde sempre, sendo um crime ainda não sanado pelo Direito e pela sociedade (EVANGELISTA, 2018).

Com o desenvolvimento social e tecnológico, o tráfico de pessoas deixou de ser apenas com intuito financeiro e de trabalho escravo, para também ter a finalidade de exploração sexual. Salienta Babino (2017) que a exploração sexual se tornou a base central do tráfico de pessoas nos últimos séculos, tendo a mulher a sua principal vítima.

Com isso, como bem explica Dias (2015), o tráfico de pessoas, principalmente nos dias atuais, é baseado majoritariamente na exploração sexual, em especial da mulher. São elas que se são as traficadas e exploradas sexualmente em diversos lugares e de diferentes formas.

Morais (2022) aduz que a exploração de mulheres, a priori era para fins de exploração sexual. A partir dos anos de 1900 em diante ela também era destinada para fins econômicos. Ou seja, o tráfico de mulheres para fins sexuais, além da atividade sexual, era também uma forma de ganho econômico.

A mulher, colocada como um objeto ou mercadoria, acabou por se tornar um produto, sendo ele consumido e transportado para todos os cantos do planeta. Não se fala mais em mulher e sim em um corpo que será explorado sexualmente (e em outras formas como a sua dignidade, o seu psicológico, etc.) e que servirá como fonte de renda para os traficantes (MORAIS, 2022).

Cabe destacar que a respeito das causas que levam a prática do tráfico de pessoas, Agnoletti (2021) pontua que o tráfico humano é um fenômeno presente no mundo inteiro, contudo, é mais incidente nos países menos desenvolvidos, em que as pessoas não contam com muitas oportunidades e, uma vez em situação de vulnerabilidade econômica e social, acabam se submetendo a situações como esta, algumas vezes conscientes de que não existe outra opção, outras vezes porque são vítimas da ação de aliciadores.

Tão necessário apresentar essa realidade é entender o que seja o ato de traficar pessoas. Como nos explica Greco (2019) o tráfico de pessoas é a ação de comercializar, escravizar, explorar, privar vidas, ou seja, é uma forma de violação dos direitos humanos.

Na interpretação dos doutrinadores Schlieper; D'Ávila (2019), o tráfico de pessoas não se enquadra em uma categoria sociológica, embora abarque aspectos dessa dimensão. Para eles, o tráfico humano constitui-se numa categoria jurídica, portanto, sua prática caracteriza-se como crime e sua categorização jurídica nasceu dentro do discurso sobre a necessidade de policiamento e fiscalização das fronteiras transnacionais.

Para melhor entendimento sobre o seu conceito, cita-se inicialmente a Lei nº 2.942/1915 que trouxe em seu texto a primeira definição no Brasil sobre o que seria o tráfico de pessoas. Segundo essa norma, esse ato é considerado crime, ao qual se resume em iludir um terceiro, através de ferramentas como violência ou ameaça, dentre outras, a realizar atos sexuais com outrem (CAMPOS, 2017).

Em 1940 adentrou o Código Penal com um texto novo, ao qual trouxe o tráfico como crime representado pelo grupo dos crimes contra os costumes (BRASIL, 1940). Outro regimento jurídico que trouxe esse ato como um delito, foi o Protocolo de Palermo (acolhido pelo Brasil) que também definiu o que seja o tráfico de pessoas (ANNONI; CANEPARO; CARDOSO, 2022). Atualmente é um crime contra a liberdade penal Art.149-A do Código Penal.

O termo exploração, como explica Babino (2017), é aquele que resigna a um abuso ou proveito do corpo de outrem sem a sua prévia permissão. No caso presente, é a exploração de mulheres, crianças ou de terceiros para fins sexuais ou de escravidão – trabalhos forçados.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se a Lei nº 13.444 de 06 de outubro de 2016 que versa sobre a prevenção e combate do tráfico interno e internacional de pessoas, além de trazer ações de apoio às vítimas. Sobre essa norma, destaca-se o tópico seguinte.

3. DA LEI Nº 13.444/2016

A Lei nº 13.444/2016 veio para revogar os arts. 231 e 231-A da Lei nº 12.015/2009. Na nova Lei, o tráfico é caracterizado pelos termos do caput do artigo 149-A, agenciar, aliciar, etc. cujo objetivo seja (além de outros) o de exploração sexual. A sua pena, é de reclusão de 4 a 8 anos e multa (BRASIL, 2016).

Nesse contexto é importante mencionar o Princípio da Continuidade Normativo Típica. Para explicar esse princípio, baseia-se no conceito trazido por Bitencourt (2022, p. 33) afirmando que a sua aplicação se dá quando uma lei é revogada, mas a conduta nela incriminada é mantida em outro dispositivo legal da lei revogadora, não ocorrendo, via de regra, a conhecida figura da *abolitio criminis*, a qual extingue, simplesmente, o crime

anterior. Em outros termos, esse instituto se traduz na manutenção do caráter proibido da conduta, contudo, com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal.

Cunha (2013, p. 106) acrescenta que tal princípio significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal. A intenção do legislador, nesse caso, é que a conduta permaneça criminosa.

Voltando ao tema central, Cunha e Pinto (2017) aponta que essa mudança se deu em grande parte pelo fato de que se observou que os documentos internacionais aos quais o Brasil fazia parte, a proteção era inábil, uma vez que o tráfico de pessoas possui uma abrangência prática muito ampla, que vai além do crime do tráfico.

Na descrição do crime em destaque, no que se refere ao bem jurídico tutelado, este é representado pela liberdade particular. O objeto material é a pessoa, seja ela do gênero masculino ou feminino. Aqui, é preciso que a pessoa tenha promovido a entrada, no Brasil, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra maneira de abuso sexual (CARVALHO, 2022).

É crime formal (ou de consumação antecipada), cuja consumação não depende do resultado naturalístico, consistente no efetivo resultado decorrente das finalidades previstas no tipo penal. Consuma-se, portanto, no momento em que o agente emprega grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso para agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, com a finalidade de exploração sexual (CARVALHO, 2022).

Sobre os sujeitos do crime, Nucci (2021) diz que pode ser qualquer pessoa, tanto sujeito ativo quanto passivo, ou ainda a coletividade. Destaca-se que o consentimento nesses casos não é importante para que o crime seja configurado, uma vez que o bem jurídico tutelado é indisponível.

No entanto, em explicação mais atual, Cunha (2019) acentua que o consentimento da vítima será irrelevante apenas quando obtido por meio de ameaça, violência física ou moral, sequestro, fraude, engano, abuso, bem como é, absolutamente, desconsiderado o consentimento em relação aos menores de dezoito anos. Portanto, não há que se falar na configuração do delito de tráfico internacional de pessoas, consoante a interpretação dada ao art. 149-A, se o profissional do sexo voluntariamente entrar ou sair do país, manifestando consentimento de forma livre de opressão ou de abuso de vulnerabilidade.

É o que decidiu o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **TRÁFICO INTERNACIONAL DE**

PESSOAS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ULTRA-ATIVIDADE DO ART. 231 DO CP E ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DO ART. 149-A DO CP. LEI N. 11.344/16. ABOLITIO CRIMINIS. 1. Após o advento da Lei n. 13344/16, **somente haverá tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual, em se tratando de vítima maior de 18 anos, se ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual.** 2. A prostituição, nem sempre, é uma modalidade de exploração, tendo em vista a liberdade sexual das pessoas, quando adultas e praticantes de atos sexuais consentidos. No Brasil, a prostituição individualizada não é crime e muitas pessoas seguem para o exterior justamente com esse propósito, sem que sejam vítimas de traficante algum. 3. No caso, o tribunal a quo entendeu que **as supostas vítimas saíram voluntariamente do país, manifestando consentimento de forma livre de opressão ou de abuso de vulnerabilidade (violência, grave ameaça, fraude, coação e abuso).** Concluir de forma diversa implica exame aprofundado do material fático-probatório, inviável em recurso especial, a teor da Súm. n. 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.625.279/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 30/6/2020.) (grifo meu)

Em relação aos tipos, no tipo objetivo ele se classifica em duas modalidades: **promover** (conceder a entrada de terceiro para fins sexuais no Brasil ou que ajude terceiro a ser explorado sexualmente no exterior) e **facilitar** (auxiliar a condução de pessoas para o tráfico para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual). (MIRABETE, 2021).

Já o tipo subjetivo ele se caracteriza pelo dolo, onde o agente busca de fato explorar as vítimas. Para isso, faz uso de violência, ameaça ou outro tipo de limitação da vítima que a impeça de exercer a sua liberdade (MIRABETE, 2021).

4. DOS EFEITOS SOCIAIS E JURÍDICOS

O crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual é um dos crimes mais perversos e graves existentes. Isso é possível ser afirmado pelo fato de que ele desrespeita não somente a sexualidade e o corpo da vítima, mas a sua dignidade, a sua autoconfiança,

a sua liberdade de escolha, a sua autonomia enquanto ser humano, a sua imagem sobre si mesmo e sobre os outros (SOUTO, 2019).

É imperioso destacar que esse tipo de crime gera efeitos muito negativos para as vítimas. A lei penal, por mais firme que seja, jamais apaga a experiência de uma vítima de exploração sexual. Os abalos físicos e emocionais são tão complexos quanto nefastos, repercutindo por toda uma vida (MOTA et al. 2017).

Ao abordar essa questão, Oliveira e Soares (2020) mencionam que um dos grandes desafios no desmantelamento deste tipo de crime é a sua identificação e denúncia. O autor afirma que há uma subnotificação de casos, dificuldades nas investigações, principalmente no que diz respeito aos crimes intermediados pela forma virtual.

Silva (2021) ao analisar esse crime explica que o tráfico de pessoas consiste em um crime dinâmico. Quando se identifica uma situação de tráfico, o que se vê é uma fotografia do momento, que não representa a totalidade do processo. Não abrange os acontecimentos que configuram o “antes”, o “durante” e o “depois”. Essa complexidade faz com que cada fonte de informação exiba uma perspectiva limitada sobre a ocorrência do tráfico no Brasil.

No estudo de Barbosa (2019) que discorre sobre esse tema, o autor salienta que as mulheres, e também as crianças, são as principais vítimas. Muitas delas possuem o mesmo perfil: pobres, pretas e com baixo grau de escolaridade. Ou seja, são pessoas que estão num contexto de enorme vulnerabilidade econômica e social, o que facilita o aliciamento dos traficantes. Uma vez convencidas a trabalharem, elas adentram num cenário de exploração, abusos, desrespeito, humilhações e forçadas a trabalhar em condições análogas à escravidão.

No que se refere à repressão, denúncia, e monitoramento do tráfico, elas são concebidas pela Polícia Federal e organizações não-Governamentais. Apesar disso, muito se critica o trabalho dos órgãos governamentais e não governamentais sobre a deficiência em combater e principalmente prevenir a ocorrência desse crime. Como bem acentua Cavalcante (2022), é importante considerar a insuficiência do Estado ao buscar efetivar as ações protetivas das vítimas, considerando que existe de fato uma lentidão no atendimento policial, que por muitas vezes possuem pouca estrutura para realizar os procedimentos.

Apesar desse fato, a justiça brasileira, tem ao seu modo, buscado penalizar aqueles que direta ou indiretamente tenha participado do crime em análise. Julgados brasileiros demonstram que ao longo das últimas décadas tem-se condenado severamente os sujeitos ativos.

Cabe destacar que para o acusado ser devidamente condenado pelo crime de tráfico para fins de exploração sexual, seja necessário que se observe os requisitos do crime em espécie, uma vez que ele pode ser “confundido” com crimes semelhantes. É o que acentua o seguinte julgado:

APELAÇÃO. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL - ART. 218-B, CP. ENCAMINHAMENTO DE MENSAGENS POR APLICATIVO À ADOLESCENTES. ILUSTRAÇÕES COM POSIÇÕES SEXUAIS. SUPOSTA OFERTA DE DINHEIRO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CONTEXTO DE PROSTITUIÇÃO OU DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. O crime previsto no artigo 218-B, do Código Penal, exige que o agente tire proveito da vulnerabilidade alheia, submetendo, induzindo ou atraindo adolescente à prostituição ou outra forma de exploração sexual. 2. No caso dos autos, **a imputação descrita na denúncia consistiu no fato de o agente encaminhar, via aplicativo, mensagens contendo ilustrações de bonecos em posições sexuais, supostamente oferecendo dinheiro e convidando os adolescentes para a eventual satisfação de lascívia.** 3. Não obstante a demonstração de atividade contrária a preceitos de ordem moral, os fatos descritos na denúncia não se subsumem ao delito previsto no art. 218-B, do Código Penal, porquanto não se configurou qualquer tipo de vantagem material decorrente da exploração da sexualidade alheia, de sorte que não restou demonstrada a intenção do agente de obtenção de qualquer proveito, mas sim a satisfação da própria lascívia, pelo **que deve ser mantida a absolvição fundada no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.** [...] 6. Recurso conhecido e improvido. (TJTO, Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0004123-71.2020.8.27.2731, Rel. ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, 2ª TURMA DA 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 05/04/2022, DJe 19/04/2022 17:57:11). (grifo meu)

Como bem destacado no julgado acima, não obstante a demonstração de atividade contrária a preceitos de ordem moral, os fatos descritos na denúncia não se subsumem ao delito previsto no art. 218-B, do Código Penal, porquanto não se configurou qualquer tipo de vantagem material decorrente da exploração da sexualidade alheia, de sorte que não restou demonstrada a intenção do agente de obtenção de qualquer

proveito, mas sim a satisfação da própria lascívia, pelo que deve ser mantida a absolvição fundada.

Destaca-se, por fim que nos termos do art. 83, V, do Código Penal, o condenado pela prática de crime tráfico de pessoas, dentre outros, poderá ter direito ao livramento condicional tão somente após o cumprimento de mais de 2/3 (dois terços) da pena e se não ostentar reincidência em delitos dessa natureza (BRASIL, 1940). É o que assenta a infracitada jurisprudência:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RETIFICAÇÃO DO ATESTADO DE PENA. HOMÍCIDIO. **CRIME HEDIONDO. NÃO REINCIDENTE.** LIVRAMENTO CONDICIONAL. FRAÇÃO DE 2/3. INTELIGÊNCIA DO ART. 83, V DO CÓDIGO PENAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. **Nos termos do art. 83, V, do Código Penal, o condenado pela prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, poderá ter direito ao livramento condicional tão somente após o cumprimento de mais de 2/3 (dois terços) da pena, se não ostentar reincidência em delitos dessa natureza;** 2. **Não há que se falar em retificação do atestado de pena para fins de alteração da fração 2/3 (Art. 83, V do CP) para 1/3 (Art. 83, I do CP) para obtenção do livramento condicional nos casos de** condenado, primário, em crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, **tráfico de pessoas** e terrorismo. 3. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJTO, Agravo de Execução Penal, 0012230-32.2022.8.27.2700, Rel. EURÍPEDES DO CARMO LAMOUNIER, julgado em 07/12/2022, DJe 14/12/2022 15:44:19). (grifo meu)

Passados os julgados, tão importante discutir sobre os efeitos jurídicos e sociais do crime em análise, é buscar apresentar medidas de solução. Nesse ponto, Freire e Furlan (2022) mencionam que é importante por exemplo, que haja cada vez mais campanhas de conscientização sobre a prática desse crime. Neste caso, é importante divulgar informações sobre o *modus operandi* de organizações e equipes de traficantes e sobre a forma como pode denunciar.

Almeida (2022) acredita que a informação é sem dúvida uma das principais ações para evitar que o tráfico de pessoas para exploração sexual seja realizado. Segundo a autora, para evitar esse crime é necessário, entre outras ações, conhecer o que é de fato o tráfico de pessoas pra fins de exploração sexual, as formas de aliciamento e as consequências.

Além disso, Almeida (2022) acrescenta que é imprescindível a articulação de ações políticas para o combate efetivo a esse crime. Nessa perspectiva, não apenas o Governo Federal, mas Estados e Municípios, setor não governamental e privado deve somar esforços, propor estratégias e traçar iniciativas conjuntas.

Destaca-se por exemplo, que as denúncias de exploração sexual e o tráfico de mulheres e crianças no Brasil, mesmo que baseadas em suspeitas, podem ser feitas pelo Disque 100 ou pelo Disque Denúncia 181.

Para além de campanhas de informação, Campos (2017) cita que a atuação da Defensoria Pública se mostra primordial nas mais diversas esferas, a fim de que alcance uma alteração basilar em relação às desigualdades sociais, através de auxílios jurídicos nas temáticas da educação, da saúde e dos mais diversos direitos

Ainda em discursão, o Ministério da Justiça, em conjunto com a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e a Secretaria Especial de Direitos, criou a cartilha de Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, na qual apresenta diretrizes de enfrentamento do tema, expõe quem seria o público alvo e suas formas de abordagem e as mudanças que poderia ocorrer na normativa nacional e internacional. Apesar dos esforços, o mesmo não se torna o suficiente, uma vez que a descoberta do crime por ser complexa, se torna difícil a aplicação das penalidades pertinentes ao crime, se tornando até mesmo ineficazes.

Somente com o apoio de todos, entende-se esse estudo, que o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual pode ser de fato, senão sanado, pelo menos reduzido. Em vista dos efeitos negativos que se tem desses crimes, é urgente que medidas sejam feitas diariamente para que tais crimes sejam prevenidos e combatidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática criminosa do tráfico de pessoas é um assunto de interesse de toda a população, haja vista que qualquer indivíduo pode ser vítima do tráfico. Muitas são as pessoas que são traficadas para fins sexuais, trabalhistas ou qualquer outra finalidade.

Devido a isso, a escolha dessa temática se deu pela observância que se tem sobre o aumento de pessoas que tem sido traficada diariamente na sociedade. As principais vítimas em geral são mulheres (para fins sexuais) e crianças.

Por ser um tema universal, o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual acaba por fazer surgir diversos conflitos, principalmente jurídicos, uma vez que cada país possui legislação própria. A partir de todos esses conflitos surgidos nos cenários internacionais e

nacional, fez-se necessário fortalecer o tripé onde estão fundamentadas as ações: prevenção, punição dos criminosos com celeridade e justiça e proteção à vítima. Trata-se de uma questão prioritária para o resguardo dos direitos humanos e que requer a conscientização e empenho de toda a sociedade.

A discussão do tema em destaque representa um importante passo para que essa situação não seja formalizada na prática. Quanto mais se discute sobre o tráfico internacional de pessoas mais se pode debater sobre como sanar essa ação.

A legislação Brasileira tem intensificado seus esforços de implementação, com a criação de decretos e portarias com o intuito das penalidades se tornarem mais severas, além de projetos de conscientização e cartilhas informativas para que a quantidade de incidência do crime possa diminuir, ainda assim não sendo o suficiente, uma vez que apesar de disfarçado, continua a se tornar midiático cada vez mais casos sobre o tema.

Por não se ter uma eficácia total das leis, diversas pessoas tem suas liberdades individuais violadas e desrespeitadas, causando grande temor e isolamento dos demais integrantes da sua vida social, se privando de ter seus direitos básicos de estudos, trabalho e lazer, tendo dificuldades para continuar a vida.

No decorrer deste estudo, ficou claro que o crime em espécie traz efeitos nefastos às vítimas, afetando tanto o seu âmbito físico quanto o espectro psicológico e social. Por conta disso, medidas de apoio, de informação e sobretudo, de penalização dos traficantes, são medidas necessárias para que crimes como este não continuem a serem praticados.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGNOLETI, Michele Barbosa. **Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil: Apontamentos sobre a Lei 13.344/2016 e seus precedentes.** Revista Brasileira de Ciências Criminais vol. 175 n. 1, 41 – 67; 2021.

ALMEIDA, Luciana Campello Ribeiro de. **Combate ao Tráfico de Pessoas: um desafio para as políticas públicas.** 2022. Disponível em: <https://www.ibam.org.br/noticia/314#:~:text=O%20enfrentamento%20ao%20tr%C3%A1fico%20de,%C3%A0s%20v%C3%ADtimas%20e%20potenciais%20v%C3%ADtimas>. Acesso em; 01 mai. 2023.

ANNONI, Danielle; CANEPARO, Priscila; CARDOSO, Arisa Ribas. **Tráfico de pessoas: uma análise a partir da convenção de Palermo.** São Paulo: Almedina, 2022.

BALBINO, Vanessa Alves Nery. **Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual.** 2017. 78f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2017.

BARBOSA, Marcela Dias. **A prostituição e as representações das trabalhadoras do sexo na abordagem jurídica brasileira.** Intercursos Revista Científica, 18 (2), 221-237; 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípio da continuidade normativo-típica e suas limitações.** 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-10/cezar-bitencourtirretroatividadeleipenalgrave#:~:text=No%20denominado%20princ%C3%ADpio%20da%20continuidade,ou%20expressamente%2C%20da%20tipifica%C3%A7%C3%A3o%20anterior.> Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del2848.htm#parteespecialtitulovi.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del2848.htm#parteespecialtitulovi) Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 2.942 de 05 de janeiro de 1915.** Fixa a Despeza Geral da Republica dos Estados Unidos do Brazil para o axercicio de 1915. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2924-5-janeiro-1915-574326-publicacaooriginal-97490-pl.html.](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2924-5-janeiro-1915-574326-publicacaooriginal-97490-pl.html) Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm) Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.444 de 06 de outubro de 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm) Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.625.279/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 30/6/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Tocantins. Habeas Corpus Criminal, 0002665-15.2020.8.27.2700, Rel. JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 12/05/2020, DJe 22/05/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Tocantins. Agravo de Execução Penal, 0012230-32.2022.8.27.2700, Rel. EURÍPEDES DO CARMO LAMOUNIER, julgado em 07/12/2022, DJe 14/12/2022.

CARVALHO, Nathalia. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de graduação em Direito, da Universidade São Judas Tadeu como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel. São Paulo, 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Após o advento da Lei n. 13344/16, somente haverá tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual, em se tratando de vítima maior de 18 anos, se ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual**. Buscador Dizer o Direito. Manaus, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **TRF1: Consentimento exclui o crime de tráfico de pessoas**. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/09/04/trf1-consentimento-exclui-o-crime-de-traffic-de-pessoas/>. Acesso em: 01 fev. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Tráfico de Pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos**. Salvador: Editora Juspodivm. 2017.

DIAS, Claudia Sérvulo da Cunha. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. 3ª ed., Brasília: OIT, 2015.

EVANGELISTA, Christiane Borges. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. 2018, 47 fls. Monografia. Faculdade UniEvangélica, Anápolis - GO, 2018.

FERREIRA, Gustavo Silva Dantas. **A atuação do ministério público federal e da polícia federal no combate ao tráfico de pessoas para fim de exploração sexual**. 2019. Monografia (Curso de Direito) – Universalidade Católica, Salvador, 2019.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. **Tráfico Humano**. 2018. Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/traffic-humano.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

FREIRE, Isabela da Silva; FURLAN, Vinicius. **Tráfico de Pessoas e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes: violência e políticas públicas**. Revista Gestão & Políticas Públicas, 12(2), 326-341; 2022.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP**. Volume 2. 36ª edição. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAIS, Mayara Izabel Nunes de. **Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual**. Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Anápolis, 2022.

MOTA, Raquel Martins Fernandes et al. **Revisão sistemática sobre a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes**. Rev. Ens. Cienc. Human., 18 (3), 258-267; 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal: partes geral e especial**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense: MÉTODO, 2021.

OLIVEIRA, Camila Nascimento; SOARES, Mayla Oliveira. **Implicações na saúde de crianças e adolescentes vítimas de tráfico humano e exploração sexual comercial no Brasil**. In: IV Congresso Brasileiro de Ciências da Saúde. Anais IV CONBRACIS: Realize Editora, 2020.

SCHLIEPER, Luíza. D'AVILA, Caroline Dimuro Bender. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e seu enfrentamento sob a ótica internacional e nacional**. Inter-Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 2, n. 1, 2019.

SILVA, Bruno Müller. **Tráfico e Exploração Sexual: o trauma é real, profundo e dura para sempre**. 2021. Disponível em:
<https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Trafico-e-Exploracao-Sexual-o-trauma-e-real-profundo-e-dura-para-sempre>. Acesso em: 02 fev. 2023.

SOUTO, Ricardo Santos de. **A dignidade da pessoa humana como um valor absoluto no Brasil**. Rev. Nufen: Phenom. Interd., 11 (3), 170-186; 2019.

ZORZELA, Giovanna. **O Tráfico De Pessoas Para Exploração Sexual**. 2022. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de graduação em Direito, da Universidade São Judas Tadeu como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel. São Paulo, 2022.

UTILITARISMO E COLABORAÇÃO PREMIADA/DELAÇÃO PREMIADA

FLAVIO MANOEL TEIXEIRA:

Advogado com formação na Universidade Pontífica Universidade Católica de Campinas/São Paulo/SP. Mestrando em Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo ¹⁶³

CLAUDIO JOSÉ LANGROIVA PEREIRA

(orientador)

RESUMO: O presente estudo busca realizar uma leitura utilitarista do direito processual penal brasileiro e americano, demonstrando que o caráter utilitário da norma deva representar uma maior proteção dos bens jurídicos assim como menor restrição da liberdade individual. Desta forma, tem o objetivo de encontrar diferentes formas de limitação para atuação dos instrumentos da Colaboração Premiada e Delação Premiada, respeitando assim, princípios constitucionais e garantias fundamentais. A par disso, o utilitarismo, em sua base, busca privilegiar e analisar a moral das condutas através do resultado produzido, realizando o cálculo para se conhecer o saldo da ação realizada, este caráter efficientista é o principal foco de análise desta pesquisa.

Palavras-Chave: Colaboração premiada, Utilitarismo. Princípios. Eficiência. Processo Penal

ABSTRACT: The present study seeks to carry out a utilitarian reading of Brazilian and American criminal procedural law, demonstrating that the utilitarian nature of the rule should represent greater protection of legal assets as well as less restriction of individual freedom. Thus, it aims to find different forms of limitation for the performance of the instruments of Awarded Collaboration and Awarded Delation, thus respecting Constitutional principles and fundamental guarantees. In addition, utilitarianism, at its base, seeks to privilege and analyze the morals of the conducts through the result produced, performing the calculation to know the balance of the action performed, this efficient character is the main focus of analysis of this research.

¹⁶³Artigo realizado para pesquisa de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2020, como trabalho de semestre na matéria Processo Penal Constitucional, Garantismo e Medidas de Emergência. E-mail: flaviomanoel.t@gmail.com

Keywords: Award-winning collaboration, utilitarianism. Principles. Efficiency. Criminal proceedings

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo realizar uma análise utilitarista dos instrumentos da colaboração premiada e demonstrar que o caráter utilitário do instrumento deva produzir a maior segurança jurídica possível.

A corrente utilitarista adota uma teoria ética consequencialista, na qual se almejam anteriormente os bens a serem protegidos. Desta forma, serão estudadas as condições para se utilizar os instrumentos supracitados, tais como, sua legitimidade e princípios fundamentais do processo penal, ou seja, refletir sobre o papel da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro e na elaboração de uma normatividade mais útil.

O referido instituto busca incentivar um colaborador ou delator a contribuir com as investigações criminais, assim sendo, o mesmo ajuda as autoridades policiais disponibilizando um conteúdo de verdade capaz de amparar as mesmas, conteúdo este que teria extrema dificuldade em ser descoberto por investigações comuns. Tudo isto em troca de benefícios ao colaborador, sejam estes, reduções de pena, aplicação de penas alternativas ou até o perdão judicial.

Percebeu se que, em um primeiro momento a existência de aspectos positivos e negativos em sua instituição, principalmente sob o presente contexto histórico, de crise institucional e política, resultando em um anseio populacional e midiático por respostas e resoluções.

2 O UTILITARISMO DE BENTHAM

O utilitarismo foi uma doutrina amplamente difundida na Inglaterra, sendo Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873), os principais autores da corrente. Dentre suas bases consta o “princípio da utilidade”, segundo o qual o prazer e a dor são os maiores anseios de todos os seres humanos, assim, a doutrina entende que todos os atos devam produzir a maior quantidade de prazer/bem estar possível e ao maior número de pessoas.

Segundo Jeremy Bentham, a natureza colocou a humanidade sob o domínio de dois senhores soberanos, a dor e o prazer. Apenas a eles cabe indicar o que devemos fazer,

assim como determinar o que faremos. A seu trono estão atrelados, por um lado, o critério que diferencia o certo do errado, e por outro, a cadeia das causas e dos efeitos¹⁶⁴.

Nesta linha, um exemplo, quando alguém precisar escolher entre duas ações, e uma delas produzir mais prazer do que a outra, sempre será sua obrigação escolher a primeira, sendo considerada moralmente ética toda aquela ação que produza maior quantidade de bem estar em relação a dor.

É importante notar que, na concepção de Bentham, prazer é sinônimo de bem e dor é sinônimo de mal. Por ser conforme uma noção de natureza humana que busca o prazer e foge da dor, o princípio de utilidade não entende que seja necessário haver a supressão das inclinações humanas para que a ação seja moral. Pelo contrário, Bentham reconhece que os seres humanos agem de acordo com determinadas finalidades, segundo seus interesses, e coloca como norma que os indivíduos busquem seu prazer ou seus interesses. Sendo assim, o princípio da utilidade é formulado da seguinte forma:

“Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo [...]. Ou, em outros termos, o princípio da utilidade é explicado da seguinte forma; [...] **O princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes do governo [...].**”

A teoria moral de Bentham objetiva à universalidade, ao analisar que todos os indivíduos buscam o prazer e fogem da dor e que assim devem fazer, porque é o que todos querem, porque é a razão de existência de todos.

A partir da análise supracitada do princípio de utilidade, é possível entender que ele possui um aspecto duplo: um aspecto individual e um aspecto coletivo. O aspecto individual afirma que o indivíduo busque o seu bem estar/prazer ou sua diminuição de dor,

164 BENTHAM, Jeremy, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, 1789, cap.4,p.1

enquanto o aspecto coletivo do princípio aponta para a maximização de bem estar/prazer e minimização de dor de **todos** aqueles afetados por **uma ação**. O aspecto coletivo deve ser analisado, por exemplo, o de um governo capaz de coibir os indivíduos que geram mais dor do que prazer aos membros de uma comunidade. Assim sendo, a possibilidade da geração de dor é o próprio fim do direito e da lei penal.

Nesta linha, sobre a ética supracitada, a coação acontece quando um membro da comunidade desaprova determinada ação, pelo fato desta ter proporcionado mais dor do que prazer, no cálculo entre prazer e dor. No caso do direito, a forma de coação mais efetiva que existe é a punição legal.

Bentham entende que toda punição deva justificar sua necessidade, devendo esta resultar em um benefício ou prazer para a diminuição da dor maior à comunidade do que a dor que gera pela sua própria aplicação:

“[...] acontece, porém, que toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – se tal princípio tiver que ser admitido–, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior.”

Nessa vereda, para o doutrinador, a legislação deve preservar ao máximo a liberdade das pessoas, pois esta é essencial para se buscar a felicidade. As intervenções na liberdade se mostram necessárias quando a segurança do ser humano está ameaçada e conseqüentemente diminuindo sua felicidade. Assim, a segurança, como meio de garantir a maior felicidade, deve ser o objeto da lei, sob o pensamento que é possível restringir a liberdade de alguém para maximizar sua felicidade.

Deste modo, percebe-se que Bentham proporcionou grande contribuição à teoria da pena através do princípio da máxima utilidade que impede punições arbitrárias. Ninguém pode ser punido por uma conduta se esta não for lesiva a alguém. No mais, a punição deve ser severa o suficiente para se sobrepor aos ganhos do crime e demonstrar a certeza da punição¹⁶⁵.

Note que o autor defendia a punição com dupla finalidade: punir aquele que praticou a infração e prevenir que outros sejam infratores (funções retrospectiva e prospectiva).

165 BENTHAM, Jeremy, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*

Simultaneamente, vislumbra a importância da conciliação entre as normas penais com a utilidade que as mesmas podem proporcionar ao meio social, sendo de extrema importância sua ligação aos princípios do direito penal e suas finalidades. Conclui se assim que o crime não pode ser punido justamente por si só, pela sua existência e sim para atingir a sua utilidade de aumentar a expectativa na proteção dos interesses sociais.

Conforme dispõe Roxin:

- maior utilidade na proteção a bens jurídicos relevantes
- maior utilidade como limite de interferência do Estado na vida particular da pessoa.

Repetindo, a norma penal deve conciliar essas duas utilidades para ser válida e legitimada. Como a lei penal restringe o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir/atuar mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre de arbitrariedades e pacífica¹⁶⁶.

Nesta linha, podemos concluir que o objetivo é enxergar o direito penal como a melhor forma de proteção a um bem jurídico, através de seu poder de tutela perante um conflito social. Em sua atuação, ao realizar o *cálculo de utilidade*, o saldo resultante fruto da equação entre os custos provocados pelo direito penal e os outros ramos do direito deve ser positivo, de maneira que comprove sua utilidade.

Os críticos do utilitarismo citam diversos problemas no cálculo utilitarista que mede a moralidade por suas consequências. Para os mesmos, percebe-se a incerteza das consequências ocasionadas haja visto que estas não são determináveis até que ela aconteça de fato, assim jamais teremos certeza de que as supostas consequências de um ato serão seus resultados reais. Outro ponto analisado são que os atos geram consequências em cadeia, se o ato A produz B, e se B causa C, então o ato A gera C indiretamente. Assim sendo, avaliar as consequências de um ato gera o problema da identificação das suas consequências: quando podemos dizer que um ato não é mais causa? Onde encerrará a cadeia de consequências? Então, presencia-se a infinitude das consequências ocasionadas.

Ou seja, a dificuldade apresentada por estes críticos, como John Rawls – da utilização da teoria utilitarista benthamiana é a falta de definição do conceito de utilidade e a deficiência de critérios de mensuração de felicidade. A forte linearidade desta corrente não é capaz de dar conta da complexidade da realidade social em que se está inserido, uma

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais*. In:

http://www.ielf.com.br/webs/ielfnova/cursos/pdf/lfg_que_comportamentos_roxin.pdf. p. 33

ação pode engendrar consequências inesperadas e que podem retroceder afetando sua própria causa

A diversidade de fatores que podem atingir uma ação não impede que esta corrente da filosofia moral seja ineficaz, ao contrário, em muitos casos ela oferece boas respostas, no entanto deve-se observar seus limites para os casos de alta complexidade. No ponto de vista de uma teoria da justiça o ideal não é apontar o critério do utilitarismo e manejá-lo em relação aos outros, mas refletir sobre a possibilidade de articulação entre os demais parâmetros, já que sua utilização desenfreada pode resultar em decisões injustas.

O utilitarismo pressupõe que os seres humanos são capazes de separar interesses difusos e conviverem numa atitude racional, que planifica as suas escolhas e hierarquiza os seus prazeres em sintonia com a disponibilidade dos recursos escassos. Por isso, os indivíduos são tomados como seres racionais que devem agir conforme uma determinação de um cálculo de otimização de resultados. Ainda que os indivíduos possam, em vários contextos, levar em consideração o bem-estar da maioria, enquanto bem maior é interessante ressaltar a preocupação de tomar a regra do cálculo utilitário como um critério para a avaliação das ações, independentemente do contexto no qual elas ocorrem. Dessa forma, se, por um lado, o utilitarismo está de acordo com algumas intuições, ele se afasta de algumas outras intuições que se mostram fundamentais. Vale ressaltar particularmente a **empatia**, não apenas como um tópico de motivação moral, mas como um dos critérios de avaliação moral.

Pode se entender por empatia toda disposição para agir em sintonia com um grau de altruísmo que implica algum sacrifício do próprio interesse em nome de outro indivíduo. Em situações de dificuldade, é possível que indivíduos façam alguns sacrifícios, não propriamente em função da atitude mais racional (no sentido utilitarista), todavia, em função de um interesse difuso ou que não contribui necessariamente com a maioria. Como por exemplo em um acidente de carro, em que um pai escolhe salvar um filho em detrimento de outras pessoas alheias a sua família. A questão é que a decisão do pai não é racional (no sentido do utilitarismo), porém, é bastante compreensível do ponto de vista do vínculo afetivo familiar que ele guarda com o seu filho. Não é "errado" tomar decisões que não se pautam num cálculo racional que otimiza o bem-estar uma vez que elas podem ser sim, intuitivas.

Nessa linha, o ponto é que a empatia é uma das intuições para a motivação moral, à proporção que também serve como um dos critérios para se avaliar a ação. A ação de salvar o filho, conforme citado, é socialmente defendida e não se restringe a uma "fraqueza de vontade" individual.

A empatia não se mostra sendo o único critério para a avaliação moral, mas apenas que ela não pode ser completamente excluída como critério moral no momento de julgamento de uma ação. Se mostra necessário que o utilitarismo justifique o critério da escolha do cálculo racional, sem desconsiderar as questões apresentadas aqui referentes à presença dos sentimentos individuais morais na avaliação da ação. A corrente utilitarista se compromete com uma rígida noção racional do indivíduo, a qual nem sempre está em sintonia com a coletivização de interesses que marca a ação moral.

Percebe-se que o agente moral utilitário deve agir como indivíduo desinteressado e estritamente imparcial, cuja ação deve levar em conta que a sua vida tem o mesmo valor que a dos demais agentes morais¹⁶⁷. A corrente omite um fato notório, inserido no reconhecimento de que os agentes morais podem ser analisados sob diferentes contextos em que o componente da empatia ganha atenção.

Assim, o fato de todos os indivíduos possuírem um valor moral igual não resulta que, independente do contexto, estes sejam todos iguais, pois é plenamente possível que um indivíduo negue a solução proposta pelo cálculo racional em nome de uma motivação afetiva de cunho pessoal¹⁶⁸.

Conclui-se, como já citado acima, que a atitude utilitária é composta por uma ausência de empatia quando em face do cálculo racional (único critério), como exemplificado, quando se trata de alguém com algum grau de proximidade, o indivíduo não consegue se abster de sua racionalidade, mesmo quando a quantidade de beneficiados da ação for louvável e independentemente do contexto em que ela esteja. Ao meu ver, a quantidade de beneficiados não é suficiente para justificar moralmente a utilização do cálculo racional como critério de avaliação em qualquer contexto. Neste sentido, há uma resistência da experiência quanto à adoção desenfreada do cálculo de utilidade como único critério moral.

O pensamento de Rawls foca na teoria de justificação do utilitarismo, esta, valoriza a maximização do bem-estar coletivo, em relação aos direitos de cada indivíduo, ensejando uma situação de injustiça uma vez que todos os indivíduos detêm anseios e vontades particulares, desta forma, como abrir disso sem relação ao bem-estar coletivo? Como hierarquizar ambições individuais sobre coletivas?¹⁶⁹

Nessa vereda, cada indivíduo, em seu âmbito particular busca satisfazer seus interesses e necessidades, procedendo a um cálculo de suas perdas e ganhos, entendendo que muitas vezes é preciso sacrificar a satisfação de um determinado desejo na medida em

167 MILL, Utilitarismo, Cap. II

168 MILL, Utilitarismo, Cap. II

169 Cf. A Theory of Justice

que isso permite uma maior soma total de satisfação a longo prazo. Em suma, aquilo que cada indivíduo busca em sua vida é a máxima proporção de satisfação de seu sistema total de interesses em comparação com a proporção de interesses particulares que inevitavelmente têm de permanecer não realizados.

Assim, ele resume sua crítica da seguinte forma (RAWLS, p.24):

“A questão é saber se a imposição de desvantagens a alguns pode ser compensada por uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros; ou se o peso da justiça requer uma liberdade igual para todos e permite apenas aquelas desigualdades econômicas e sociais que representam dos interesses de cada pessoa.”

Outra crítica de Rawls se refere a estrutura da teoria moral teleológica do Utilitarismo. Para o autor, o “bem” defendido constantemente pela corrente é definido independentemente do “justo”, sendo que este “justo” é conceituado como tudo aquilo que maximiza o “bem”¹⁷⁰, assim sendo, para o autor a promoção da felicidade deve ser entendida como tudo aquilo moralmente bom independentemente do justo, não concordando assim com que a teoria moral teleológica da corrente seja capaz de definir o que é justo através de sua teoria do bem.

Por fim, uma grande crítica enfrentada pela corrente se atenta ao fato da resolução de conflitos culturais através do utilitarismo. Certamente, as relações interculturais não são movidas por um único ponto de vista que é capaz de guiar interesses diversos em torno de uma mesma ideia. Se a procura pelo bem estar fosse um bem moral constante e transcultural, não existiriam códigos morais diferentes, em alguns casos antagônicos.

A questão cultural está presente em cada decisão do agente como marca de sua individualidade. Por isso, não se pode definir tão facilmente os conflitos interculturais em favor da escolha do cálculo de utilidade como critério moral que privilegia a não produção de dor. A aceitação do referido cálculo já enseja a compreensão moral de que ele é a melhor e única forma de resolver conflitos culturais, no entanto, isso só pode ser estabelecido quando, de algum modo, os envolvidos no conflito se disponham a recorrer/escolher uma solução que otimize o bem-estar ou felicidade da maioria e que tenha clareza social sobre o uso desses preceitos. Todavia, para chegar a essa conclusão, os indivíduos já devem estar movidos por alguma prerrogativa moral que justifica a propensão para resolver o conflito de acordo com o cálculo de utilidade, visto que o simples cálculo não se caracteriza como uma justificativa. Por isto, é preciso antes decidir

¹⁷⁰ Cf. A Theory of Justice, p.24

pela resolução do conflito para, em seguida, se recorrer ao cálculo, mas isso só é possível, quando a sociedade tiver uma noção semelhante do que é a felicidade.

3 O UTILITARISMO E O DIREITO PENAL

Como citado brevemente no capítulo anterior, a utilidade das normas penais deve estar ligada às finalidades e princípios do direito penal, sendo assim, o crime não pode ser punido por si só, apenas por sua essência, mas sim para alcançar uma utilidade maior, qual seja de aumentar a expectativa na proteção dos interesses sociais.¹⁷¹

Trazido por Roxin¹⁷², a norma penal deve promover a maior utilidade na proteção a bens jurídicos relevantes e maior utilidade como limite de interferência do Estado na vida particular da pessoa conciliando essas duas utilidades para ser justificada. A soma dessas duas utilidades é o núcleo denominado “utilitarismo normativo-axiológico”. Em síntese, entende-se que o direito penal deve respeitar critérios utilitaristas do melhor saldo resultado de cálculo na proteção de bens jurídicos e maior liberdade das pessoas, sem fixar-se em conceitos puramente moralistas. O utilitarismo deve ser normativo, porque resulta na criação e execução de normas, e axiológico, na medida que há valores a serem analisados. A relação entre a norma e os valores deve ser o mais próxima possível da segurança jurídica na proteção de bens e a liberdade individual. O Estado permite, obriga ou proíbe um comportamento considerando que todos os indivíduos, ou quase todos, devam obedecer a regras estabelecidas para que, de um jeito ou de outro, seja alcançada uma utilidade de bem estar social. As normas de comportamento são elaboradas por uma perspectiva de uniformização de comportamentos para atingir uma utilidade comum.

O direito penal tem como obrigação ser a melhor proteção de um bem jurídico e somente será a melhor proteção quando as outras normas não atingirem este objetivo. Além do direito penal, o mais repressivo, existem outros meios de controle social formal e informal, porém, no cálculo entre os benefícios de cada uma das possíveis proteções a um bem jurídico, o saldo final deve ser a maior eficácia do direito penal e a pouca ou nenhuma eficácia das demais formas de proteção.

Nesta linha, importante citar a utilidade de uma incriminação, que passa pela eficácia da tutela penal perante um conflito social. A interferência em comportamentos lesivos por meio do direito penal apenas terá utilidade quando o bem a ser protegido apresentar considerável relevância. Por ser o meio mais rigoroso de resolução de conflitos, os gastos do Estado e os custos para os cidadãos gerados por um procedimento criminal devem ser

171 BRANDT, Richard B. op. cit. p. 412

172 ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais.* . In: http://www.ielf.com.br/webs/ielfnova/cursos/pdf/lfg_que_comportamentos_roxin.pdf. p. 33

supridos pelo valor do bem que se pretende proteger. E além disso, mesmo dentro do conjunto de interesses que merecem a tutela penal, é importante que a gravidade da sanção normativa seja proporcional à relevância de cada um para as expectativas de bem estar social¹⁷³.

O chamado utilitarismo jurídico-penal moderno encontra suas principais formulações no século XVIII, em especial na contribuição de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, na Itália, que publica em 1764 o seu livro *Dos delitos e das penas*, no qual se faz provavelmente a mais ampla e profunda crítica das práticas punitivas de seu tempo. Nesta obra já se vislumbra uma defesa da perspectiva utilitária para a fundamentação do Direito Penal, assim como a designação de uma finalidade preventivista geral negativa à pena.

Segundo Beccaria, o caráter nitidamente preventivista toma conta de sua obra, ele relaciona o direito de punir do Estado ao potencial de prevenção do delito futuro que o castigo apresentaria, fazendo com que a necessidade de barbaridade das penas apresentada na época passassem a serem questionadas.

O efeito da pena, como conceitua Beccaria, não está necessariamente no grau de sofrimento ou na gravidade da mutilação imposta pelo Estado ao infrator, mas, na certeza da punição que deveria ocorrer após o desvio criminoso. Resta claro que o erro da mentalidade absolutista, para o autor, estaria em uma apreciação equivocada sobre o potencial utilitário das práticas punitivas(Beccaria, 2008):

“A perspectiva de um castigo moderado, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de impunidade¹⁷⁴”

A par disso, através da concepção utilitária, compreende-se que seria mais útil à sociedade uma sanção leve capaz de prevenir delitos futuros do que a mais degradante e com penas severas, ou seja, carente de efeito dissuasório. A partir das constatações do utilitarismo analisado, a intimidação e tirania deixam de ser sinônimos, inclusive passando a compor polos opostos¹⁷⁵. Em último caso, para que a pena não se resuma a um ato de tirania contra o cidadão, segundo Beccaria:

173 BRANDT, Richard B. op. cit. p. 411

174 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.64

175 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 36. ed. Petrópolis:Vozes, 2009, p.61

“deve ser, de modo essencial, pública, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei¹⁷⁶”

Essa apreensão também se revela em alguns entendimentos de Bentham 177, por exemplo, quando o autor trata das premissas contrárias ao da utilidade, entre elas a simpatia e antipatia. Estas premissas ensejariam uma ideia de aprovação e reprovação das ações humanas resultando em uma concepção subjetivista, isto é, as ações não seriam aceitáveis ou condenáveis devido à sua capacidade para trazer ou destacar a felicidade, mas, sim, em razão do fato de que alguém se sente disposto a aprová-las ou reprová-las (o que, a bem da verdade, motiva o autor, não seria exatamente uma premissa, mas, sim, a ausência de qualquer princípio orientador da ação).

Nesta linha, passamos a enxergar dois lados, primeiramente estariam as doutrinas absolutas (ou retributivas) da pena, normalmente relacionadas a pensadores como George W. F. Hegel (1997) e Immanuel Kant (2003). De outro lado, as doutrinas relativas (ou utilitárias), normalmente sucedidas de uma tipologia que as divide em prevenção geral (sendo do tipo “negativo” ou “positivo”) ou prevenção especial (também negativa” ou “positiva”).

Em 1989, quase 3 séculos após o manifesto de Beccaria, surge uma grande contribuição a concepção de revitalização da ideia de “pena útil” no sistema jurídico, com a publicação da obra *Direito e razão* de Luigi Ferrajoli.

De acordo com o autor, se com o utilitarismo iluminista o Direito Penal deve observar o objetivo de perpetuar o máximo bem-estar possível aos não desviantes (termo utilizado para representar aqueles que seguem as leis), a partir de seu utilitarismo renovado, caberia levar em conta, igualmente, o mínimo mal-estar necessário aos desviantes (aqueles que descumprem as leis). Ferrajoli defende que seu modelo estaria blindado contra pensamentos autoritários, tendo em vista, as experiências totalitárias vividas na Europa, no século XX, e também contra os diversos argumentos de deslegitimação do sistema penal provenientes das doutrinas abolicionistas. O autor coloca-se em uma posição intermediária entre os que defendem a maximização e a abolição do Direito Penal. Nesta linha, se percebe a aproximação da teoria da prevenção geral negativa, uma vez que a função do Direito Penal passa a ser prevenção de vinganças privadas e penas severas, ou seja, o mínimo mal-estar necessário aos desviantes.

176 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.107

177 BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores, XXXIV), p. 15

Na concepção de Ferrajoli, portanto, a pena “vem ameaçada e infligida não apenas ne peccetur, mas também *ne punietur*. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas¹⁷⁸”. Isto pois, do ponto de vista histórico, o direito penal surge não como desenvolvimento, mas como negação da vingança, justificando-se não com o propósito de garanti-la, mas sim de impedi-la.

4 DIREITO PREMIAL E CONTROVÉRSIAS

O tema colaboração premiada vem ganhando cada vez mais notoriedade no meio jurídico e repercussão nos veículos de comunicação nacionais, a previsão legal que concede benefícios ao infrator que colabora com a justiça, no intuito de se minorar prejuízos da ação delituosa, não é nova. Como já supracitado Beccaria¹⁷⁹, citava:

“Alguns tribunais oferecem a impunidade ao cúmplice de um grande crime que trair os seus companheiros. Esse expediente apresenta certas vantagens; mas, não está isento de perigos, de vez que a sociedade autoriza desse modo a traição, que repugna aos próprios celerados [...]. O tribunal que emprega a impunidade para conhecer um crime mostra que se pode encobrir esse crime, pois que ele não o conhece; e as leis descobrem-lhe a fraqueza, implorando o socorro do próprio celerado que as violou. Por outro lado, a esperança da impunidade, para o cúmplice que trai, pode prevenir grandes crimes e reanimar o povo, sempre apavorado quando vê crimes cometidos sem conhecer os culpados. Esse uso mostra ainda aos cidadãos que aquele que infringe as leis, isto é, as convenções públicas, já não é fiel às convenções particulares. Parece-me que uma lei geral, que promettesse a impunidade a todo cúmplice que revela um crime, seria preferível a uma declaração especial num caso particular: preveniria a união dos maus, pelo temor recíproco que inspiraria a cada um de se expor sozinho aos perigos; e os tribunais já não veriam os celerados encorajados pela idéia de que há casos em que se pode ter necessidade deles”.

Pode se notar que embora tenham exceções quanto à concessão de benefícios ao infrator como uma forma de moeda de troca, importante se levar em consideração a eficácia da medida, notadamente por prevenir grandes crimes e satisfazer o anseio da

¹⁷⁸ ERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.268

¹⁷⁹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.29

população de conhecer infratores que dificilmente seriam identificados através de uma investigação comum. O autor aduz ainda que a admissão da colaboração serve para prevenir a união dos indivíduos para a prática de crimes na medida em que eles temeriam a delação por parte de seus comparsas.

Pois bem, a colaboração premiada é uma forma de acordo celebrado entre o Estado e o indivíduo coautor ou partícipe de certa infração penal que com o intuito de minimizar as consequências lesivas do ato infrator e impedir que novas infrações sejam cometidas, delata os demais partícipes, bem como produz provas necessárias à apuração da prática delituosa, em troca de benefícios como o perdão judicial e a redução de pena, desde que a colaboração tenha sido satisfatória para a investigação criminal.

Sua base histórica foi amplamente difundida na Itália, Espanha e Estados Unidos, sendo os mesmos referências na utilização do instrumento. Na Itália, a delação no direito se destacou nos anos 70, em um momento de grande necessidade de se combater atos terroristas cometidos por mafiosos, cujo auge se deu nos anos 80, quando se utilizavam da extorsão mediante sequestro para obter recursos e influenciar autoridades com o intuito de alcançar maior poderio, instaurando-se nas altas esferas do poder estatal.

Houve na época um fenômeno denominado pela imprensa italiana como *pentitismo*, que traduzido significa “arrepentido”. A designação *pentito* era a forma que melhor se adequava a descrição do art. 3º da Lei Italiana nº 304/82, dado que o indivíduo o qual estava em sede de investigação criminal, confessava sua participação no ato criminoso e contribuía com as autoridades policiais acusando outros membros da mesma organização, indicando detalhes.

A colaboração premiada está previsto no artigo 289bis, do Código Penal Italiano:

“Seqüestro para fins de terrorismo ou subversão - Quem sequestrar pessoa para fins de terrorismo ou subversão da ordem democrática é punido com pena de prisão de vinte e cinco a trinta anos. [...] **O competidor que, dissociando-se dos demais, toma providências para que o sujeito passivo recupere a liberdade e seja punido com pena de prisão de dois a oito anos;** se o sujeito passivo morrer, em decorrência do sequestro, após a sua libertação, a pena é de reclusão de oito a dezoito anos. [...]”

Prevê o artigo 630 afirma que:

“Seqüestro para fins de roubo ou extorsão - Quem seqüestrar pessoa com a finalidade de obter, para si ou para outrem, lucro indevido como preço de libertação, é punido com pena de prisão de vinte e

cinco a trinta anos. [...]. Ao concorrente que, ao dissociar-se dos demais, trabalhe para que o sujeito passivo recupere a liberdade, sem que o resultado seja consequência do preço da liberação, as penalidades previstas no art. 605. Porém, se o sujeito passivo morrer, em consequência do sequestro, após a libertação, a pena é de reclusão de seis a quinze anos. **Para com o concorrente que, ao dissociar-se dos demais, envida todos os esforços, fora do caso previsto no número anterior, para evitar que a actividade criminosa se torne mais consequência ou ajude concretamente as autoridades policiais ou judiciais na cobrança de prova decisiva para a identificação ou captura de concorrentes, a pena de prisão perpétua é substituída pela de doze para vinte anos e as restantes penas diminuídas de um terço para dois terços.** Ocorrendo circunstância atenuante, a pena prevista no segundo parágrafo é substituída pela pena de prisão de vinte a vinte e quatro anos; a pena prevista no parágrafo terceiro é substituída pela pena de prisão de vinte e quatro a trinta anos. Havendo circunstâncias atenuantes diversas, a pena a ser aplicada em decorrência das reduções não pode ser inferior a dez anos, na hipótese prevista no segundo parágrafo, e quinze anos, na hipótese prevista por”

Por todo exposto, vemos que os benefícios da delação premiada no direito italiano, em sua maioria, trazem os crimes de sequestro predeterminados por terrorismo, sendo contrários à liberdade individual dos indivíduos.

Na Espanha a delação premiada foi constituída em 1988, através de Lei Orgânica n. 3, no intuito de combater o terrorismo. Em 1995 o Código Penal espanhol estendeu a delação premiada aos casos de tráfico de drogas. Sobre a forma de delação adotada na Espanha destaca-se que somente se admite a delação se feita espontaneamente, sendo que a delação apenas é admitida quando por iniciativa de indivíduo solto e ele é que proponha às autoridades a colaboração, interessante tal constatação uma vez que não basta a mera voluntariedade da delação por parte de indivíduo que esteja preso ou que aceite proposta das autoridades persecutórias.

Outra questão é que apenas a palavra do colaborador possui força probante capaz de ensejar uma condenação. No direito espanhol faz-se a dita valoração complexa da palavra do colaborador, de modo que se sua palavra estiver embasada em evidências que lhe confiem credibilidade, apresentando probabilidade, é possível haver condenação mesmo sem a presença de outras provas autônomas.

Nos Estados Unidos da América o *plea bargain* é constantemente utilizado por conta da forte influência da ideia de justiça criminal negociada. Segundo o exemplo de colaboração estadunidense o instrumento pode dar-se de modo explícito, sendo a colaboração formalizada através de um contrato, ou de modo implícito, não formalizado, baseando-se apenas na lealdade das autoridades em efetivar os benefícios prometidos. Segundo dados do Jornal Estado de São Paulo¹⁸⁰, os **acordos na justiça criminal** americana correspondem a 95% dos casos nos Estados Unidos, desta forma, 9 em cada 10 casos são resolvidos antes de serem levados a julgamento. O acusado se responsabiliza pelo crime, ou abre mão de contestar a acusação através de um acordo com os promotores, a reportagem ainda analisa que na metade da década de 1980, cerca de 20% dos casos iam a julgamento, porém houve uma considerável queda na porcentagem que hoje se encontra entre 5% e 3% atualmente.

Os acordos são fundamentais na justiça americana como uma forma de desafogar o judiciário tendo em vista a alta demanda, mas têm sido apontados como uma das causas do número elevado de população carcerária no país e fator que pode levar inocentes a admitir o cometimento de crimes para evitar um processo criminal. sendo esta a maior crítica do instrumento.

O projeto inocência, organização não governamental criado nos Estados Unidos em 1992, tem como objetivo justamente auxiliar a defesa de pessoas inocentes que em face a pressão exercida dos órgãos de persecução aceitam acordos com medo e receio de enfrentar um julgamento e receber penas maiores, mesmo quando tem plena ciência de sua inocência.

Temos como exemplo o caso *Bordernkirsher vs. Hayes* em que o Ministério Público ofereceu ao réu uma pena de 5 anos de prisão por ter falsificado um cheque no valor de 88 dólares e 30 centavos. Para persuadi-lo a aceitar seu acordo, o promotor advertiu que, caso não concordasse com o *plea bargaining* proporia a aplicação de uma pena de prisão perpétua uma vez que o réu seria reincidente. O réu então recusou a aceitar a oferta de acordo apresentada pelo promotor e optou por ser julgado perante o Tribunal do Júri. O Ministério Público então inseriu na acusação um agravante em virtude da reincidência supracitada, clamando pela aplicação da pena de prisão perpétua ao acusado. A Suprema Corte norte-americana, em decisão inédita declarou inválido o *plea bargaining*, por considerar que, nesse caso específico, a adesão do réu ao acordo não foi voluntária, tendo ocorrido ameaça acusatória.

É notória a tendência de promotores, motivados pelos anseios populacionais por condenações além da pressão midiática, agirem de maneira agressiva ao conduzir

¹⁸⁰ BULLA, Beatriz, <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/acordos-na-justica-criminal-dos-eua-chegam-a>

determinados casos, nesta linha, RONALD WRIGHT¹⁸¹ aduz a existência de uma síndrome do jovem promotor, *“Um promotor novato pode agravar a superlotação de processos judiciais e sujeitar réus, vítimas e testemunhas a dramas e atrasos desnecessários no tribunal. Tal promotor pode se sentir tentado a contornar as obrigações de divulgação ou pode usar categorias excessivamente amplas para fins de sentença, quando um julgamento mais individualizado poderia realizar mais”*.

Contudo, há considerável tensão jurídica, tendo em vista que presenciam-se diversos casos em que não são respeitados direitos e garantias fundamentais, notadamente o contraditório, a ampla defesa e a proporcionalidade das penas, além de ofender o princípio da indisponibilidade da ação penal. Pavanelli Neto¹⁸² defende que haveria certa incompatibilidade entre as ferramentas de persecução penal fundadas na lógica utilitarista com as garantias individuais fundamentais, in verbis: *“As organizações criminosas, em razão de suas características especiais, mostram-se resistentes aos instrumentos de direito penal e processual penal empregados no trato da criminalidade comum, pelo que exigem do legislador de ferramentas próprias, especialmente desenhadas para o trato dessa forma de criminalidade. Ocorre que isso termina por criar um subsistema penal de exceção, **de caráter utilitarista, em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, próprios do Estado de direito.**”*

Realmente, há uma tensão entre a ideia de direitos e garantias individuais e o pensamento utilitarista. Contudo, a delação não se constitui propriamente numa conquista para uma conduta nobre e altiva. Mas, efetivamente, numa premiação para o acusado de uma infração penal. Acusado esse que, por sua deslealdade para com os demais coautores, receberá um benefício judicial, com a redução de pena, o perdão judicial ou a substituição por pena restritiva de direitos. Em que pese uma almejada eficiência desse instrumento de “combate à criminalidade”, mormente aquela de caráter econômico, o fato é que a popularização desse instituto acaba por resultar em diversas distorções.

No Brasil, a primeira Lei do Crime Organizado, Lei 9.034/05, dispõe que nos crimes praticados em organização criminosa, a pena seria reduzida, de um a dois terços, se a colaboração espontânea do acusado levasse ao esclarecimento dos elaborados esquemas contraventores e sua autoria. A Lei 9.034/05 então foi expressamente revogada pela Lei

¹⁸¹ WRIGHT, Ronald e LEVINE, KAY <https://arizonalawreview.org/wright-levine/> -

<https://arizonalawreview.org/pdf/56-4/56arizrev1065.pdf>

¹⁸² PAVANELLI NETO, João. A efetividade da delação premiada como instrumento de controle do crime organizado transnacional, 2009, p.04.

12.850/13, que aumentou os prêmios concedidos e previu procedimento específico para a aplicação do instrumento.

A par disso, como já discutido neste trabalho, é fato que em nome da eficiência desse instrumento, o suspeito seja literalmente direcionado à delação/colaboração premiada face as investidas do Ministério Público. Presenciam-se inúmeros casos em que a prisão se prolonga no tempo apenas com o intuito de forçar o acusado a ceder as alegações, não possuindo qualquer motivação cautelar que fundamente sua necessidade afastando a espontaneidade da delação. Tudo isto, realizado através de prisões preventivas e temporárias arbitrárias como forma de pressão psicológica e ao mesmo tempo atender a vontade condenatória da mídia e população afastando de certo o direito ao contraditório.

Trata-se, de um instituto de mão dupla, típico pensamento utilitarista que se dá através de uma relação de custo benefício no processo penal, no qual são “beneficiados” o delator e também o acusador, que poderá atingir os objetivos acima referidos. Se percebe uma política de auto preservação, em que o delator, com o objetivo de atenuar sua responsabilidade, em forma de colaboração, negocia informações e atos supostamente realizados por terceiros, conforme traz Zaffaroni:¹⁸³

"... O Estado está se valendo da cooperação de um delinqüente, comprada ao preço de sua impunidade para "fazer Justiça" o que o Direito Penal repugna desde os tempos de Beccaria..."

A par disso, presencia-se a oficialização da traição como instrumento indispensável na luta contra o crime, um ato reprovado pelo ordenamento jurídico e utilizado no exercício punitivo.

Nesta linha, também se ressalva o direito ao contraditório e ampla defesa, o acusado deve saber sobre todos os elementos acusatórios que recaem sobre sua pessoa a ponto de poder utilizar todos os instrumentos recursais que possibilitem a contraposição dos fatos imputados e resistência à pretensão acusatória. Entretanto, vislumbra-se que o estado sob o argumento de buscar a “toda a verdade” sobre determinado ato criminoso tenta legitimar o desrespeito a princípios e garantias fundamentais. É fato, por exemplo, que mesmo com a presença de defensor nos atos de negociação, não há participação dos corréus durante as tratativas, prejudicando o equilíbrio processual e o princípio contraditório assegurado ao corréu.

O conteúdo produzido probatório produzido pelo colaborador constitui elemento de prova unilateral pela acusação com forte caráter vinculativo (art. 4º, § 11, Lei das

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Crime Organizado: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, 1996, p. 45

Organizações Criminosas) sem jamais ser submetida a uma comprovação de sua veracidade. Conforme BITTENCOURT¹⁸⁴ conclui:

“É no mínimo arriscado apostar em que tais informações, que são oriundas de uma traição, não possam ser elas mesmas traiçoeiras em seu conteúdo. Certamente aquele que é capaz de trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja.”

A par disso, é importante ter ciência que a prova negociada por si só é insuficiente para produzir conteúdo condenatório, não apenas do colaborador, como também dos delatados. A colaboração premiada não pode ser a maior prova no processo penal sem ser submetida ao contraditório e ampla defesa apenas pela justificativa da morosidade processual.

De outra parte, são problemáticos os impedimentos da utilização de recursos e habeas corpus pelo delator. Cercar direitos constitucionais para viabilizar a eficácia de delações é um expediente perigoso aos princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e, inclusive, do acesso à Justiça, tendo em vista que a delação poderá não atingir todos os objetivos pretendidos pelo delator, como o perdão judicial ou o a redução de pena. Se mostra claramente ilegal, pois viola o princípio da legalidade, a introdução de benefícios não previstos na lei, como se tem visto diversas vezes.

Por fim, importante discutir o art. 7º, § 2º e 3º, o mesmo aponta que o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao delegado de polícia e ao Ministério Público, como forma de garantir o sucesso das investigações, assegurando ao defensor do acusado amplo acesso ao conteúdo probatório que tenha relação ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de **autorização judicial**, ressalvados os referentes às diligências em andamento e que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia.

É notória, a tentativa de tolher um direito já garantido pelo Supremo Tribunal Federal, na súmula vinculante nº 14, que dispõe sobre o acesso do advogado aos autos do inquérito. A lei atual dispõe que o advogado do acusado terá acesso aos autos, nos termos da súmula vinculante nº 14, “devidamente precedido de autorização judicial”, uma regra

184 BITTENCOURT, Cezar Roberto & BUSATO, Paulo César. Comentários à lei de organização criminosa – Lei 12.850/2013, p.117

abusiva sem qualquer nexos visando exclusivamente desrespeitar o direito a informação do defensor.

5 CONCLUSÃO

Por todo exposto, se mostrou clara a discussão jurídica existente na jurisprudência no que diz respeito ao instituto da colaboração premiada que se torna centro de amplos debates e críticas. Tratando-se de uma legislação ainda em discussão quanto a sua matéria, se mostram necessárias tais discussões na busca por soluções às omissões existentes que melhor se adequem aos pressupostos constitucionais.

O instrumento recebe atenção em um momento em que o atual sistema criminal se mostra em crise ante a carência dos meios hábeis de produção de prova. Em uma ocasião marcada pela complexidade das organizações, com elaborada estrutura e divisão hierárquica. O Estado frente a necessidade do sistema processual penal em buscar soluções diferentes ao modelo tradicional, buscando maior eficiência para satisfazer a demanda processual contesta direitos e garantias fundamentais dando margem a plausíveis fundamentações quanto a legitimidade do instituto e sua conformidade com princípios típicos do Estado de Direito.

É possível notar que a colaboração premiada surgiu como alternativa do Estado para situação de grave crise democrática, o que serviu de justificativa para a adoção da concessão de benefícios pessoais em troca da colaboração do acusado. Analisando, que o discurso do medo e da necessidade de combate ao crime é dirigido ao Poder Judiciário através da pressão midiática, exigindo uma postura menos garantista e predominantemente condenatória.

Como já discutido, deve-se equilibrar a balança das garantias e da eficiência sem desprezar a defesa de uma racionalidade de princípios, pois estes, são às únicas premissas capazes de limitar os excessos do Estado e atingir a Justiça dentro do processo penal. Assim sendo, o artigo em análise teve o objetivo de evidenciar os instrumentos da colaboração premiada e delação premiada como meio de alcance ao fim desejado do devido processo legal.

6 REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BENTHAM, Jeremy, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*

BITENCOURT, Cezar Roberto & BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – Lei 12.850/2013*, p.117

BULLA, Beatriz, <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,acordos-na-justica-criminal-dos-eua-chegam-a>

95,70002699933#:~:text=WASHINGTON%20%2D%20Os%20acordos%20na%20justi%C3%A7a,num%20acordo%20com%20os%20promotores.

BRANDT, Richard B, *Morality, Utilitarianism, and Rights*, 1992

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 36. ed. Petrópolis:Vozes, 2009.

MILL, Stuart, *O Utilitarismo*, Editora Iluminuras, 2020

PAVANELLI NETO, João. *A efetividade da delação premiada como instrumento de controle do crime organizado transnacional*, 2009, p.04.

RAWLS, John. *A teoria da justiça*. 1999, Belknap Press

ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais*. In: http://www.ielf.com.br/webs/ielfnova/cursos/pdf/lfg_que_comportamentos_roxin.pdf. p. 33.

WRIGHT, Ronald e LEVINE, Kay, *A cura pra jovens promotores*, <https://arizonalawreview.org/wright-levine/> - <https://arizonalawreview.org/pdf/56-4/56arizlrev1065.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Crime Organizado: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, 1996, p. 45

CRIME CIBERNÉTICO: UMA BREVE ANÁLISE PENAL

ROGERIO APARECIDO JACOB:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil Campus
Fernandópolis

ALEX L. APPOLONI.

(Orientador).

RESUMO: Esse trabalho de conclusão de curso teve como objetivo de compreender que conforme a evolução da sociedade, as normas jurídicas penais tentam se adequar aos anseios sociais, buscando assim a prevenção das práticas lesivas. Da mesma maneira com a evolução da tecnologia que se encontram presente no cotidiano da sociedade, o legislador teve a necessidade de elaborar uma nova lei para regular os delitos informáticos que surgiram com o avanço tecnológico. O trabalho versa sobre os crimes informáticos, mais precisamente sobre a análise do tipo penal criado com advento da Lei 12.737/2012 e sua peculiaridades, para tanto se faz necessário demonstrar a importância do direito penal na concepção e regulamentação de nova lei a fim de conter possível abusos do estado na aplicação de punição bem com garantir o bem social.

Palavras-chave: Lei Ambiental. Responsabilidade Penal. Pessoa Jurídica. Lei 9.605/98.

ABSTRACT: THIS COURSE COMPLETION WORK AIMED TO UNDERSTAND THAT ACCORDING TO THE EVOLUTION OF SOCIETY, CRIMINAL LEGAL NORMS TRY TO ADAPT TO SOCIAL ASPIRATIONS, THUS SEEKING TO PREVENT HARMFUL PRACTICES. IN THE SAME WAY WITH THE EVOLUTION OF TECHNOLOGY THAT IS PRESENT IN THE DAILY LIFE OF SOCIETY, THE LEGISLATOR HAD THE NEED TO ELABORATE A NEW LAW TO REGULATE THE COMPUTER CRIMES THAT AROSE WITH THE TECHNOLOGICAL ADVANCE. THE WORK DEALS WITH COMPUTER CRIMES, MORE PRECISELY WITH THE ANALYSIS OF THE CRIMINAL TYPE CREATED WITH THE ADVENT OF LAW 12.737/2012 AND ITS PECULIARITIES, FOR THAT IT IS NECESSARY TO DEMONSTRATE THE IMPORTANCE OF CRIMINAL LAW IN THE CONCEPTION AND REGULATION OF A NEW LAW IN ORDER TO CONTAIN POSSIBLE ABUSES OF THE STATE IN THE APPLICATION OF PUNISHMENT AS WELL AS GUARANTEEING THE SOCIAL GOOD.

Keywords: Criminal Law. Evolution of technology. Computer Crimes. Law 12.737/2012.

1 INTRODUÇÃO

Esse projeto vem esclarecer sobre área da informática, visto que foi a que mais evoluiu nos últimos anos, exigindo do direito um acompanhamento das mudanças ocorridas entre a sociedade, com relação à prática de novos ilícitos.

A escolha deste assunto justifica-se, ao cursar Direito, já em meio ao segundo semestre, através do professor foi pedido um trabalho referente ao tema, onde despertou o interesse de aprofundar em saber mais para desenvolver esse trabalho.

Na atualidade, grande parte das pessoas depende de seus dispositivos informáticos (computadores, discos externos, smartphones, celulares comuns, tablets, pen drives etc.), onde são armazenados dados e informações pessoais (contas e senhas bancárias, fotos, vídeos, arquivos de áudio, correspondências em geral etc.) que estão cada vez mais sujeitos a violações criminosas.

Desta forma o Direito Penal reflete, através das normas penais, conforme as demandas das condutas avançam no meio social.

A internet é o principal meio de comunicação entre as pessoas, e através desta interação com o uso, vem surgindo condutas litigiosas que ferem bens jurídicos penalmente protegidos, ferindo direitos que são caros a sociedade, violação dos direitos fundamentais ao direito de privacidade

Sendo assim, conforme o tempo vai passando, novo conflito vem aparecendo com o uso da internet, é neste momento que veio à tona nos meios jurídicos o crime de invasão de dispositivo informático incluindo no bojo do Código Penal Brasileiro (CP) através da Lei 12.737/2012, a conhecida "Lei Carolina Dieckman".

O fato gerou muita pressão social para a criminalização, onde em regime de urgência, referente essas condutas que até então não eram previstas como crime em espécie pelo Código Penal.

Portanto, o legislador penal brasileiro editou uma lei nova para regular os crimes informáticos tentando amoldar o direito penal às novas condições sociais e aos avanços tecnológicos.

Vale ressaltar aqui que a característica global desses crimes se torna muito mais difícil identificar o autor de um tipo de crime virtual, pois ele pode estar em qualquer parte do mundo e usar o computador como arma de prática do ilícito.

2 UMA BREVE TRAJETÓRIA DA INFORMÁTICA

Como muitos sabem, a prática e surgimento da rede de computadores não é nada atual. O desenvolvimento dos computadores eletrônicos surgiu como ferramentas de decifração de códigos criptografados e processamento de cálculos matemáticos, destinados aos problemas de balística, período da II Guerra Mundial.

Com o avanço ocorrido no período já citado, foram introduzindo os computadores como ferramentas de controle de informações e comunicações.

A trajetória da informática foi difundida com maior parte nos países norte-americanos, onde o governo dos Estados Unidos destinava verbas afim de realizarem pesquisas militares no início da guerra fria.

2.1 A INTERNET COMO MEIO DE COMUNICAÇÃO

Segundo Carvalho (2006), com o advento das redes de computadores, surgiram as raízes da internet, esse processo sobreveio no início da década de cinquenta a sessenta na qual o momento se encontrava em meio a fartas bombas nucleares, conflitos e crises políticas por diversas regiões do planeta onde vários temiam o ocorrido da época.

De acordo com Almeida (2015, p.6):

[...] a nova ferramenta de comunicação interpessoal alavancou formas instantâneas de relacionamentos, facilitando assim, a vida em sociedade, a qual está em constantes transformações. A cada geração, mudam-se os modos de convívio, sendo o sistema informatizado considerado a “vanguarda da globalização”.

Como assinala Sampaio (2014, p. 13) nota-se então que:

[...] a internet surgiu na década de 1960, no período da guerra fria, como uma forma mais eficiência de comunicação. Temendo ataques da União Soviética a suas bases militares, os Estados unidos projetaram um sistema no qual haveria o compartilhamento de informações desta forma, caso houvesse algum ataque ao Pentágono as informações sigilosas estariam salvas.

Devido a tal acontecimento, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos direcionou um estudo no qual perdurou por seis meses dentro do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) tendo como finalidade estudar o sistema de defesa aérea esse estudo teve por nome Projeto Charles.

[...] o Departamento de Defesa dos EUA apoiou uma pesquisa sobre comunicações e redes que poderiam sobreviver a uma destruição parcial, em caso de guerra nuclear. A intenção era difundi-la de tal forma que, se os EUA viessem a sofrer bombardeios, tal rede permaneceria ativa, pois não existiria um sistema central e as informações poderiam trafegar por caminhos alternativos até chegar ao seu destinatário. Assim, em 1962, a ARPA encarregou a Rand

Corporation um conselho formado em 1948 de tal mister, que foi apresentar seu primeiro plano em 1967. Em 1969, a rede de comunicações militares foi balizada de ARPANET. (SAMPAIO e ANA 2014).

Desta forma é evidente a preocupação com o governo norte-americano em produzir um sistema, onde suas redes de computadores militares trocassem informações entre elas de um comando militar a outro, mesmo diante de um possível ataque nuclear de forma que suas informações fossem preservadas.

Diante de tal episódio foi criado a então ARPANET, vale ressaltar que é antecessora da internet e criada pelo Departamento de Defesa dos Estados unidos, país, o qual gerou as interconexões de dispositivos informáticos. (SILVIA; MONTEIRO, 2009 apud et al ALMEIDA,2015, p. 7).

Desta forma as medidas citadas acima ficaram conhecidas de acordo com o autor já citado por:

[...] um sistema conhecido como comutação de pacotes, que é um esquema de transmissão de dados em rede de computadores no qual as informações divididas em pequenos “pacotes”, que por sua vez contém trecho de dados, o endereço do destinatário e informações originais que permitam a remontagem da mensagem original. (SILVA, MONTEIRO,2009 apud et al ALMEIDA, 2015, p. 7).

O objetivo dos pacotes para Carvalho (2006, p. 11):

[...] cada pacote carrega o endereço de origem e o de destino, sendo que os pacotes viajam pela rede como unidades independentes de informação, podendo tomar rotas diferentes até o computador de destino, onde são reordenados e checados e a informação é então reconstituída comutação de pacotes permite que diversos usuários compartilhem um mesmo canal de comunicação.

Para SAMPAIO (2014) com o passar do tempo, para que os computadores pudessem se intercomunicar e houvessem trocas de informações entre si, viu se a necessidade a criação de protocolos de comunicação. O primeiro protocolo a ser desenvolvido foi NPC (*Network Control Protocol*), logo sendo substituído por TCP/IP. Possibilitando assim que os computares fossem interligados a rede sem qualquer quantidade de dispositivo definidos, ou seja, poderia ser ligada a quantidade necessária.

ALMEIDA (2015) ressalta que:

[...] a internet é um marco na divisão da história da humanidade, principalmente, pela quantidade de benefícios que proporciona, mas também, por estar se tornando um instrumento de crime, tem causado ao homem muitas preocupações. O cyber espaço infelizmente tem como realidade a disseminação das ações criminosas contribuindo tanto para a geração de novos delitos quanto para a execução de crimes já conhecido.

2.2 OS CONFLITOS DECORRENTES DO USO DA INTERNET NAS REDES SOCIAIS

Segundo SILVA e MARQUES (2019), com o uso da internet não só nos proporcionou coisa boas, pois com essa evolução veio o uso inapropriada criando vírus considerados prejudiciais, fazendo com que ameassem todo o sistema do computador.

Devido ao surgimento desses vírus estão entre eles os conhecidos crime cibernéticos, sendo eles caracterizados por cibernéticos abertos e exclusivamente abertos.

Também, destacou que os crimes cibernéticos abertos são os que podem ser praticados de qualquer modo, porém, o computador é utilizado apenas como um instrumento, sendo que um meio dispensável para a utilização da prática do crime. Os crimes exclusivamente cibernéticos são os que fazem necessário o uso do computador para que o crime seja praticado.

3 CRIMES CIBERNÉTICOS

As condutas atípicas que não estava prevista em nenhum artigo penal e nem na legislação especial como diz o artigo 1º do código penal que - "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Diante do exposto tais condutas passaram a ser tipificadas em lei.

Neste contexto, é evidente que os crimes cibernéticos são praticados por meio de computadores, tablets, ou celulares podendo atingir uma proporção importante, sendo que essas condutas atípicas fogem do que está previsto no código penal brasileiro devido causar prejuízo ao próximo. (SILVA; MARQUES, 2019).

Neste sentido, é relevante a observação trazida por Greco (2013, apud GABRIELA, 2014, p.50) que entendem o dispositivo informático "todo aquele aparelho capaz de receber dados, trata-los bem como transmitir os resultados, a exemplo do que ocorre com os computadores, smartphones, ipads, tablets etc.

Observa-se que o legislador não apresentou uma lista exaustiva dos aparelhos sujeitos à prática delituosa, mas sim optou em usar o termo “dispositivo informático” como sendo objeto material da conta criminosa.

Porém, segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves (2013, apud, SILVA; MARQUES, 2019, p. 3) diz que não há a necessidade da conexão de internet para que aconteça a execução do delito.

Tocante a esse assunto o autor complementa que o próprio tipo penal salienta que o computador violado pode estar violado ou não conectado à internet, posto que, embora menos comum, é possível instalar pessoalmente programas em computadores não conectados à rede, que fazem cópias dos arquivos das vítimas (imagens, textos, etc.) e que, posteriormente, são retirados, também, pessoalmente, pelo agente.

Dessa forma, esse tipo de crime para o jurista Vicente de Paula Rodrigues Maggio (2013, apud, ALMEIDA, et al. 2015, p.13) especificou os crimes cibernéticos, In verbis:

Trata-se de crime comum (aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa), plurissubsistente (costuma se realizar por meio de vários atos), comissivo (decorre de uma atividade positiva do agente: “invadir”, “instala”) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (quando o resultado deveria ser impedido pelos garantes art. 13, § 2º, do CP), de forma vinculada (somente pode ser cometido pelos meios de execução descritos no tipo penal) ou de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio de execução), conforme o caso, formal (se consuma sem a produção do resultado naturalístico, embora ele possa ocorrer), instantâneo (a consumação não se prolonga no tempo), monossujeivo (pode ser praticado por um único agente), simples (atinge um bem jurídico, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada da vítima).

A falta de conhecimento maior em informática causa a vulnerabilidade de muitas pessoas e serve de porta de entrada para a cometimento de delitos.

Assim, preocupado em oferecer uma maior segurança à privacidade dos usuários da internet, o Direito Penal entra em cena para inibir a violação indevida de dispositivo informático, objetivando inibir a violação de direitos fundamentais.

Os crimes cometidos por meio do ambiente virtuais se tornaram comuns, ou seja, passaram acontecer com muita frequência e as legislações eram insuficientes para tais crimes.

Dentro do exposto, viu-se a necessidade e a importância de elaborar projetos para atuar com crimes de informática tipificando as condutas ilícitas e tentando diminuir esses tipos de crimes evitando assim o seu desenvolvimento e aumento dos crimes de dispositivos informáticos. (SAMPAIO, 2014).

3.1 CRIAÇÃO DA LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012 – LEI CAROLINA DIECKMANN

A criação aconteceu devido a um episódio em maio de 2012 comprometendo a atriz Carolina Dieckmann sendo conhecida por ser protagonista em novelas da Globo, devido ao acontecimento ocorrido instigou uma enorme pressão para a criminalização dos crimes informáticos no qual o tema já via sendo apresentado no meio acadêmico como também no próprio poder Legislativo afim de favorecer a segurança informática.

Dito isto, oportuno destacar que diante dos acontecimentos destacados pelos meios de comunicação no qual pode-se dizer os mais variados, o dispositivo da atriz teria sido invadido por crashes que adquiriram a senha do e-mail da atriz tendo acesso a fotos e “baixaram” suas imagens de cunho íntimo.

Todo conteúdo acessado foi publicado em sites pornográficos e nas redes de computadores inclusive mundiais, além disso a atriz também sofreu tentativa de extorsão, esse fato se deu por meio de telefonemas e e-mails para evitar que as imagens da mesma não fossem divulgadas. (SAMPAIO, 2014).

Entrou em vigor a lei 12.737 de 30 de novembro de 2012, a qual veio qualificar em seu artigo 154 - A. In Verbis:

Invasão de dispositivo informático:

Art. 154- A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (BRASIL, 2012).

A referida lei 12.737/12 teve como finalidade inserir as condutas que até então não eram tipificadas.

No entanto, mesmo com a criação da mesma necessitam de alguns espaços para que sejam preenchidos para impedir que crimes virtuais aconteçam sem a tipificação, desta forma terá a sua competência para tal julgamento de delitos.

Sendo assim, dentro do crime cibernético aberto temos como exemplos desses crimes:

a) Ameaçar- Acontece quando algo que possa prejudicar a pessoa de alguma por meio de ameaças e ofensas podendo ser inserido no artigo 147 do Código Penal.

b) Estelionato- um crime que acontece frequentemente no ambiente virtual, no qual a vítima é enganada para se obter vantagem ilícita para si ou para outrem, este crime está retratado com clareza no Código Penal.

c) Os crimes contra a honra- estão previstos no artigo 138, 139,140 - São os crimes de Calúnia, Difamação, Injúria e estão no Código Penal. Esses crimes são os que aparecem com frequência nas redes sociais. Há diversos tipos de crimes além desses, como tráfico de entorpecentes, racismo dentre outros. Porém nos crimes exclusivamente cibernéticos, pode se enquadrar:

d) Pornografia por meio virtual- foi tipificada desde a Lei 11.892/08 está se encontra no artigo 240, 241, 241-A, 241-B, 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) nos fala:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenar.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – No exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – Prevalendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema

de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – Assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – Agente público no exercício de suas funções;

II – Membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até

o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – Facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – Pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais (BRASIL, 1.190).

Inserir dados falsos em sistema de informação - O delito é praticado por meio de funcionário/a público da administração pública e está prevista Código Penal Artigo 313 - A, no qual diz:

Art. 313- A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Brasil, 1.940).

O art. 313-A é crime próprio e formal. Exige que seja praticado por funcionário público autorizado e basta que se dê a inserção ou modificação dos dados para seja consumado. Por ser formal, a intenção do agente é presumida a partir do seu próprio ato.

4 CONCLUSÃO

Através da evolução tecnológica, atingindo todos os lugares do mundo, com ela teve o avanço das condutas ilícitas onde praticados por meios de computadores, com isso houve a necessidade de criação de uma Lei para tipificar práticas delituosas.

Mediante ao trabalho veio mostrar que a internet como meio de comunicação usados no dia a dia, trouxe também seus danos e prejuízo, nas quais pessoas podem praticar crimes e trazer sérios problemas dependendo do tipo de crime virtual cometido.

No entanto, na falta de uma legislação, foi criado uma Lei 12.737/2012 tipificando esses crimes praticados por rede de computadores, onde pôr fim ao que se buscou nesse trabalho foi o entendimento da evolução da internet, que através deste surgiram os crimes informáticos e para tanto aprofunda o estudo do tipo penal sobre os delitos informático.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Penal – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 abr. 2023.

BRASIL, Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 1 abr. 2023.

BRASIL, Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 1 abr. 2023.

CARVALHO, M. S. A Trajetória da Internet no Brasil: Do Surgimento das Redes de Computadores à Instituição dos Mecanismos de Governança. Dissertação (Obtenção do Grau de Mestre em Ciências de Engenharia de Sistemas e Computação) Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006. Disponível em:

https://www.researchgate.net/profile/Marcelo-Carvalho-13/publication/268809917_A_TRAJETORIA_DA_INTERNET_NO_BRASIL_DO_SURGIMENTO_DAS_REDES_DE_COMPUTADORES_A_INSTITUICAO_DOS_MECANISMOS_DE_GOVERNANCA/links/54774a430cf2a961e4825bd4/A-TRAJETORIA-DA-INTERNET-NO-BRASIL-DO-SURGIMENTO-DAS-REDES-DE-COMPUTADORES-A-INSTITUICAO-DOS-MECANISMOS-DE-GOVERNANCA.pdf. Acesso em: 8 abr. 2023.

CUNHA, R. S.; CUNHA, R. S.; ROSSATO, L. A.; ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; LÉPORE, P. E. Estatuto da Criança e do Adolescente. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

EUZÉBIO, G. A. O Crime De Invasão De Dispositivo Informático Acrescido Pela “Lei Carolina Dieckmann” Sob A Perspectiva Do Princípio Da Proporcionalidade. Monografia (Requisito para Obtenção do título de Bacharel em Direito) Universidade do Sul de Santa Catarina, Itara/SC, 2014. Disponível em:

https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6792/1/110014_Gabriela.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023.

HERMAN, S. Os Desafios do Crime Cibernético. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS, vol. 1, nº 1, 2013. Disponível em:

<https://www.seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/46105/28721>. Acesso em: 15 abr. 2023.

JESUS, D. D. Manual de Crimes Informáticos. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

SAMPAIO, M. M. L. Invasão de Dispositivo Informático: Uma Análise do Novo Tipo Penal Incriminador. Monografia (Obtenção do Grau de Bacharel em Direito) Faculdade Cearense, 2014. Disponível em:

<https://ww2.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/TCC/DIR/INVASAO%20DE%20DISPOSITIVO%20INFORMATICO%20UMA%20ANALISE%20DO%20NOVO%20TIPO%20PENAL%20INCRIMINADOR.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2023.

SYDOW, S. T. Col. Saberes Monográficos: Crimes Informáticos e suas Vítimas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

TAISA EMILIANO DA SILVA:
Bacharel em Direito e Analista
Jurídica na Defensoria Pública do
Amazonas.

RESUMO: Com o advento da Constituição de 1988, no Brasil, baseou-se a interpretação dos direitos materiais e processuais referente à tutela jurisdicional. A Constituição é a mais alta expressão jurídica da soberania popular e nacional. É o instrumento que assegura o Estado Democrático de Direito. A nossa constituição sofre um controle de constitucionalidade, sendo que esse controle é dividido em difuso ou concreto. Como instrumentos desse controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado têm-se: ADI, ADC, ADPF, onde os efeitos em regra são *erga omnes* e vinculantes. Podemos nos deter a seguir na questão a ser analisada referente a abstrativização, que é a tendência de o Supremo Tribunal Federal ampliar os efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, atribuindo-lhe efeitos vinculantes de modo a deixá-lo mais abstrato. No que diz respeito ao controle de constitucionalidade tanto concreto ou concentrado, tal abstrativização encontra-se em dois âmbitos: judicial e legislativo. Atualmente o fenômeno da abstrativização, encontra-se no controle difuso, assim como no controle concentrado que ocorre com as decisões enfrentadas em ambos os controles.

Palavras-chaves: Supremacia constitucional. Controle de constitucionalidade. Controle difuso. Controle concentrado. Abstrativização.

ABSTRACT: With the advent of the 1988 Constitution, in Brazil, the interpretation of material and procedural rights regarding judicial protection was based. The Constitution is the highest legal expression of popular and national sovereignty. It is the instrument that ensures the Democratic State of Law. Our constitution undergoes a constitutionality control, and this control is divided into diffuse or concrete. As instruments of this abstract or concentrated constitutionality control there are: ADI, ADC, ADPF, where the effects as a rule are *erga omnes* and binding. We can now dwell on the question to be analyzed regarding abstraction, which is the tendency of the Federal Supreme Court to expand the effects of the decision issued in the context of diffuse control of constitutionality, attributing binding effects to it in order to make it more abstract. With regard to judicial review, whether concrete or concentrated, such abstraction can be found in two areas: judicial and legislative. Currently, the phenomenon of abstraction is found in the diffuse control, as well as in the concentrated control that occurs with the decisions faced in both controls.

Keywords: Constitutional supremacy. Constitutional control. Fuzzy control. Concentrated control. Abstractivization.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, embora tenha mantido o controle difuso de constitucionalidade, com fundamento em seu art. 102, III, estendeu sensivelmente a importância do controle abstrato de normas na medida em que ampliou o número de legitimados para a propositura da ação direta e criou outros mecanismos de ação direta de controle, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), em 1993, além da previsão da inconstitucionalidade por omissão, sanável por meio do mandado de injunção (art. 5.º, LXXI, da CF/1988) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º, da CF/1988).

Esta prevalência do controle concentrado sobre o controle difuso tem levantado discussões sobre a tendência à objetivação do controle de constitucionalidade brasileiro. O debate se dá não somente por conta da criação dos institutos acima aclarados, mas principalmente pelas mudanças interpretativas realizadas no âmbito do STF acerca da ampliação da força vinculativa de suas decisões – particularidade do controle abstrato.

De modo que se instaurou na doutrina brasileira atual um grande debate em torno dos contornos da função do STF e do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Essa polêmica teve início em decorrência do voto do Min. Gilmar Mendes na Rcl 4.335/AC. Na reclamação em questão, o autor insurge-se contra a não aplicação, por um juiz de primeira instância, da decisão do STF, proferida em sede de controle difuso (HC 82.959/SP), declarando inconstitucional a proibição de progressão de regime instituída pela lei dos crimes hediondos.

Referido julgamento provocou uma modificação na concepção do controle difuso de constitucionalidade e, com certeza, terá repercussão nos conceitos de Poder Constituinte, equilíbrio e separação entre os poderes e Sistema Federativo;

O voto do Ministro relator, posteriormente seguido pelo Min. Eros Grau, está amparado em duas questões fundamentais: 1) a ocorrência de “mutação constitucional”, que teria dado ensejo a um reposicionamento da atuação do Senado Federal e do próprio STF no controle difuso; 2) a atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, que seria decorrente, inclusive de alterações legislativas tais como o disposto no arts. 481, parágrafo único, 482, § 1.º, e 557 do CPC).

Das duas questões tratadas pelo Ministro relator decorrem dois grandes problemas: primeiro a aceitação de uma “mutação constitucional” que chega a alterar, não a norma que se extrai do texto constitucional, mas sim, o próprio texto da Constituição que seria reescrito pelo STF, conforme a decisão tomada. Em segundo lugar, essa mutação acabaria por relegar ao Senado Federal a função de simples órgão de publicação das decisões do STF.

Acredita-se firmemente que este voto do Min. Gilmar Mendes mais se assemelha a uma espécie de política judiciária de tentativa de redução de processos, do que, efetivamente, a uma alteração na forma de compreender o controle difuso de constitucionalidade.

Como se sabe, ante a ausência de previsão legal determinando a vinculação às decisões dos tribunais superiores, há, hoje, em nosso Judiciário, uma verdadeira diversidade de entendimentos dos mais variados órgãos do Judiciário acerca da constitucionalidade de determinada lei. Mesmo havendo pronunciamento do STF, em sede de controle difuso, acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, continuam a ser proferidas, pelos órgãos inferiores, decisões em outros casos concretos em sentido diametralmente oposto ao posicionamento da Corte.

Iniciaram-se, então, tentativas de resolução dessa problemática, sendo a mais notória a incorporação ao ordenamento pátrio da *súmula da jurisprudência dominante com efeito vinculante*, mais conhecida como súmula vinculante, a partir da reforma constitucional perpetrada pela EC 45/2004.

Tal inovação, todavia, não foi bem recebida pela integralidade da doutrina, tendo em vista o receio de criação de uma casta de “juízes legisladores”; a preocupação com a supressão do duplo grau de jurisdição e com a eliminação da independência dos órgãos fracionários do Judiciário; sem falar na possibilidade de um aumento no *déficit* de legitimidade do Judiciário. No entanto, mesmo após a incorporação desse instrumento ao nosso ordenamento, o problema da multiplicidade jurisprudencial envolvendo a constitucionalidade das leis não foi resolvido, principalmente, porque não é em todos os casos que há a elaboração de súmula vinculante. A Constituição Federal estipulou uma série de requisitos para a edição da súmula vinculante (art. 103-A).

Assim, ante a renitência de grande parte do Judiciário em adotar os entendimentos proferidos pelo STF no controle concreto de constitucionalidade, surgiu a tentativa de institucionalizar a eficácia vinculante e *erga omnes* das decisões do STF no controle difuso. Trata-se de uma das facetas da chamada objetivação ou abstrativização ou generalização dos efeitos da decisão em controle difuso de constitucionalidade. Tenta-se da tentativa de

incorporar ao controle difuso de constitucionalidade características atinentes ao processo objetivo de controle concentrado.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Efeitos da decisão do STF no controle concreto de constitucionalidade

Sempre foi atribuída à decisão que julgava determinada lei inconstitucional, *incidenter tantum*, efeitos retroativos e entre as partes da demanda. Excepcionalmente, porém, havendo razões de ordem pública (proteção à segurança jurídica e à boa-fé), considera-se possível a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, no caso concreto.

Para que os efeitos da decisão no controle concreto se dessem de maneira *erga omnes*, sempre se entendeu necessária a declaração do Senado Federal, por meio de resolução, nos termos do inc. X do art. 52 da CF/1988 (CR/88), suspendendo a execução no todo ou em parte da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, por decisão definitiva do STF.

Após a prolatação do voto do Min. Gilmar Mendes na Rcl 4.335/AC, porém, verifica-se uma tendência entre os constitucionalistas em aceitar a flexibilidade dos efeitos da decisão no controle difuso. Inclusive, a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso vem recebendo aplausos de boa parte da doutrina. Ao argumento de que a autoridade das decisões do STF deve ser respeitada pelos demais tribunais sob pena de se burlar o seu posto de guarda da Constituição, parte da doutrina defende que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso devem transcender o caso concreto.

Alegando em favor da sua posição os princípios da supremacia da Constituição; da força normativa da Constituição, da celeridade, da economia e da efetividade processuais, o Min. Gilmar Mendes, seguido pelo Min. Eros Grau, tenta fazer convergir o entendimento da Corte no sentido de admitir que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso possam apresentar eficácia vinculante para os demais tribunais brasileiros. Os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade (*ratio decidendi*) operariam efeitos gerais, *pro futuro* e vinculantes.

Segundo o Min. Gilmar Mendes forte indício de que as decisões da Corte no controle difuso são dotadas de efeito vinculante é o fato de que o STF admite a utilização da reclamação para dar efetividade às suas decisões no controle concreto. De acordo com a jurisprudência do STF (Rcl.1.880, 23.05.2002), o Tribunal reconhece o cabimento de reclamações que comprovem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF,

em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

Como já afirmado, essa tentativa de abstrativização dos efeitos da decisão do controle difuso tem repercussão no papel atribuído pela Constituição Federal ao Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/1988. O Min. Gilmar Mendes, em seu voto na Rcl 4.335/AC, deu provimento ao pedido, afirmando que a decisão do STF que declara a lei inconstitucional no controle difuso tem efeitos *erga omnes* e que a comunicação ao Senado Federal será necessária apenas para que o Senado dê publicidade à declaração de inconstitucionalidade. Na realidade, segundo entendimento do Min. Gilmar, a publicação da resolução editada pelo Senado Federal não teria por efeito conferir a eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade no controle difuso, visto que a própria decisão do STF já conteria essa força normativa.

A questão da abstrativização ou objetivação do controle de constitucionalidade difuso, porém, deve ser encarada com cuidado.

O propósito de redução do número de ações envolvendo a mesma matéria em trâmite perante o Judiciário e, ainda, a intenção do STF de livrar-se da atribuição de ter que posicionar-se reiteradas vezes acerca do mesmo tema, não podem ser considerados motivos suficientes para a alteração da essência do instituto do controle difuso ou para o desrespeito ao modelo instituído pela Constituição Federal (LGL\1988\3) de jurisdição constitucional. Essa ideia de objetivação do controle concreto acaba por ocasionar uma anulação do modelo difuso aproximando-o sobremaneira ao controle concentrado.

2.2 Natureza *inter partes* do processo

O controle difuso teve nítida inspiração no modelo norte-americano. Essa forma de controle de constitucionalidade não se dá por meio de uma ação específica, mas sim, pode ser suscitado como matéria prejudicial à análise do mérito de qualquer ação. Disso decorre a estrita vinculação da arguição de inconstitucionalidade difusa à existência de um caso específico que se pretende resolver. A alegação de inconstitucionalidade da lei servirá para afastar a sua aplicação em um determinado caso concreto como forma de solucionar uma lide pendente. O julgamento dessa inconstitucionalidade pelo STF somente poderá ser provocado em sede de recurso extraordinário, no momento oportuno.

Deste modo, a questão da inconstitucionalidade, no controle difuso, será tratada de maneira incidental, dentro de um processo subjetivo (que envolve duas partes litigantes

em busca da consecução de seus interesses). Logo, a possível declaração de inconstitucionalidade da norma dentro desse processo, na realidade, não passará de um dos argumentos deduzidos pelo magistrado para afastar a aplicação da norma naquele determinado caso concreto. A deliberação quanto à matéria constitucional, portanto, não será abrangida pela coisa julgada (art. 469, III, do CPC (LGL\1973\5)), pois não passará da fundamentação da decisão.

Assim, quando o recurso extraordinário chega ao STF para apreciação, ressalte-se, de um *determinado caso concreto*, o STF estará, do mesmo modo, adstrito ao pedido formulado e aos limites objetivos e subjetivos da demanda. Não poderá decidir fora do que foi pedido e analisará, para a solução do caso concreto, os argumentos deduzidos pelas partes.

Importante observar que o modelo constitucional de processo se aplica inclusive à jurisdição constitucional. Ora, há legitimidade de aplicação *erga omnes* da decisão do STF no controle de constitucionalidade concentrado, não só em razão dos reiterados argumentos de força normativa da Constituição e de atribuição da guarda da Constituição ao STF, mas também, em razão de que tal processo, ainda que de caráter objetivo, respeita o contraditório e a ampla defesa por meio da amplitude da legitimação ativa para sua interposição, bem como em razão da possibilidade de intervenção de *amicus curiae* no seu processamento (art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999).

A provocação feita ao STF para a manifestação sobre a inconstitucionalidade de lei no caso concreto, por outro lado, se dá exclusivamente pela parte legítima para a interposição do recurso extraordinário. Parte essa que não representa a sociedade e que não trouxe aos autos, necessariamente, todos os argumentos existentes na sociedade a favor e contra a norma questionada. Ademais, não haverá a concorrência de outros argumentos, salvo os do recorrido, pois não se dá a institucionalização do discurso por meio do ingresso dos amigos da Corte.

É importante que se entenda o provimento final de mérito dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito proposto por Jürgen Habermas. Referido autor associa o conceito de democracia à participação, ao procedimento e ao discurso. Afirma que, para que uma norma seja democrática, os destinatários de tal prescrição devem necessariamente intervir no seu processo de criação e construção. Ou seja, o povo deixaria de ser meramente destinatário das normas para ser também seus autores, formulando-se a partir dessa ideia o chamado princípio do discurso, segundo o qual são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.

A aceitação da ideia de aplicação *erga omnes* e com efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e da

Administração Pública, da decisão do STF em sede de controle difuso, independentemente da manifestação constitucional do Senado Federal, seria compactuar com a ideia de legitimação ativa do próprio STF para o controle concentrado de constitucionalidade. Nesse modelo, o próprio STF, pela via do recurso extraordinário e ouvindo apenas os argumentos de seus próprios membros, afastaria do ordenamento jurídico, em definitivo, determinada norma emanada do Poder Legislativo.

Não se pode esquecer que a Constituição Federal expressamente determinou a necessidade da prática de um ato complexo para que haja a suspensão da validade de determinada norma jurídica. Após a declaração de inconstitucionalidade do controle difuso, sobrevém a necessidade de suspensão da norma impugnada pelo Senado Federal. Somente assim, a decisão do STF adquire eficácia *erga omnes*.

O Poder Reformador institucionalizou uma nova forma de se conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF: a súmula vinculante. A própria Constituição estipulou que para a edição da súmula vinculante seriam necessários o preenchimento de alguns requisitos contidos no art. 103-A, que assim dispõe:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, **mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que**, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei(grifei).

Veloso, constata que fica evidente o contra senso da proposta de objetivação dos efeitos da decisão no controle difuso quando a própria Constituição estatui que as decisões do STF, para serem dotadas de força vinculante, necessitam da edição de uma súmula vinculante, *mediante o voto de 2/3 dos membros*, quando houverem *reiteradas decisões* acerca da matéria constitucional. Admitir que qualquer decisão do STF em controle difuso venha a gerar os mesmos efeitos de uma decisão proferida em controle concentrado ou que uma súmula vinculante é adotar entendimento que contraria a própria Constituição.

Deste modo, se o STF pretende que suas decisões em controle difuso sejam vinculantes e incidam *erga omnes* deve editar uma súmula vinculante ou seguir os ditames constitucionais, remetendo a decisão ao Senado, para a finalização do ato complexo constitucionalmente

estipulado. Entender de forma diversa faz com que o ainda novel instituto das súmulas vinculantes perca sua razão de ser, já que terão o mesmo valor de qualquer outra decisão, não reiterada e proferida por uma maioria absoluta.

3. O STF E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X-CRFB

Os Tribunais Constitucionais (o STF age como um quando atua no controle de constitucionalidade concentrado) atuam como órgãos contra democráticos, já que retiram do ordenamento as leis democraticamente elaboradas pelo órgão dotado de representatividade popular. Assim, o STF age como “legislador negativo”. No entanto, para atuar no exercício dessa função, necessitam de algum tipo de legitimidade, ainda que não a legitimidade democrática.

Em março de 2014, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Reclamação (RCL) 4335, na qual a Defensoria Pública da União (DPU) questionou decisão do juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC) que negou a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional. O STF reconheceu a possibilidade de progressão de regime nesses casos no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82959, em fevereiro de 2006, por seis votos contra cinco, quando foi declarado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia tal progressão. No caso específico da Reclamação 4335, no entanto, o juiz do Acre alegou que, para que a decisão do STF no habeas corpus tivesse efeito *erga omnes* (ou seja, alcançasse todos os cidadãos), seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, conforme prevê o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que não ocorreu.

Na sessão, o julgamento foi concluído após voto- vista do ministro Teori Zavascki, cujo entendimento foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Em seu voto, o ministro Teori salientou que, embora o artigo 52, inciso X, da Constituição estabeleça que o Senado deva suspender a execução de dispositivo legal ou da íntegra de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo dos anos, têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual.

O ministro também citou as importantes mudanças decorrentes da Reforma do Judiciário (EC 45/2004), a qual permitiu ao STF editar súmula vinculante filtrar, por meio do instituto da repercussão geral, as controvérsias que deve julgar.

É inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52,

inciso X, da Constituição”, afirmou. O fenômeno, segundo o ministro, “está se universalizando por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte.

Ademais, o Ministro Gilmar Mendes, no seu voto aduz que o Senado Federal não teria a faculdade de editar ou não a resolução com publicação da decisão do STF no controle difuso, visto que o Senado não deve tomar uma decisão substantiva neste caso, mas trata-se de simples dever de publicação, que o mesmo artigo 52,10-CRFB, sofreu mutação constitucional.

O Min. Gilmar Mendes na Rcl 4.335/AC infringe um dos princípios basilares de hermenêutica constitucional: o da conformação funcional ao alegar a ocorrência de “mutação constitucional”. Segundo referido princípio:

“ (...) o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (Ehmke)”. É um princípio importante a observar pelo Tribunal Constitucional, nas suas relações com o legislador e Governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais de Poder de Poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais).

O Ministro Celso de Mello¹⁸⁵, relator da ADI 595, é categórico em afirmar que o controle concentrado de constitucionalidade transforma o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo e vai além:

A ação direta, por isso mesmo, representa meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada, que enseja, ao Supremo Tribunal Federal, o desempenho de típica função política ou de governo, no processo de verificação, em abstrato, da compatibilidade vertical de normas estatais contestadas em face da Constituição da República. O controle concentrado de constitucionalidade, por isso mesmo, transforma, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro legislador negativo.

185 Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 81/2012 | p. 13 | Out / 2012 DTR\2012\451046

Zeno Veloso por seu turno, é incisivo ao considerar que a existência do ato do Senado compromete e diminui o papel do Pretório Excelso, afirmando a necessidade de reforma:

Devemos convir, entretanto, que não há razão para manter em nosso Direito Constitucional legislado a norma do art. 52, X da Constituição Federal, originaria da Carta de 1934, quando só havia o controle incidental, e o princípio da separação dos poderes se baseava em critérios e calores absolutamente ultrapassados, ancorados numa velha e rígida concepção oitocentista. Uma reforma é necessária, para que se estabeleça, de uma vez por todas, que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, tenham eficácia erga omnes e efeito vinculante.

Assim, verifica-se o quão controvertido está tal situação no palco jurídico brasileiro, pois, além dos efeitos que trarão as futuras decisões, o exercício do ativismo judicial pode ferir outros princípios que devem ser observados, como o Princípio da Interpretação Conforme. Tal premissa, diante de normas plurissignificativas deve se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional.

4 CONCLUSÃO

Neste diapasão, o fenômeno da abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, ou transcendência dos motivos determinantes, é considerado, por alguns doutrinadores, como um avanço, contudo, para outros, um efeito que necessita de limites. A atuação proativa do STF pode ser justificada não só pela morosidade do Poder Legislativo em elaborar a lei no caso concreto, mas também pelo Princípio da força Normativa da Constituição que determina aos aplicadores da Constituição, ao solucionarem conflitos, conferir máxima efetividade às normas constitucionais. Por fim, Amorim reconhece que a matéria é tormentosa e adverte para as consequências decorrentes da abstração do controle difuso de constitucionalidade:

A matéria é tormentosa. Podem-se aí vislumbrar as ingentes dificuldades postas pelo sistema do *stare decisis*. Neste, com freqüência, ocorrem intermináveis discussões acerca de qual fundamento predomina na decisão, qual o seu conteúdo, sua extensão, a projeção no tempo. Mais ainda, indaga-se acerca dos limites entre os diferentes motivos fundantes do decisum, a dizer, a *ratio decidendi*, de um lado, e, de outro, as manifestações obter dicta, a saber, os argumentos secundários que apenas pretendem eficácia meramente persuasiva.

Essa trilogia – *decisum*, fundamento, *obter dictum* – pode bem desembocar em incertezas caudatárias de insegurança dos julgados e desconhecimento quando à extensão de seus efeitos. Em lugar dessas circunvoluções temerárias, fique-se com a súmula extraída diretamente dos decretos decisórios. Não se perca o contato com o chão. Vezes sem conta, a excessiva ousadia leva a voos de Ícaro.

Com efeito, em recente decisão no Plenário do STF ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 29/II/2017, houve mudança de entendimento, o STF decidiu que, mesmo se ele declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão também terá efeito vinculante e *erga omnes*.

A fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, deve-se atribuir à decisão proferida em sede de controle incidental (difuso) a mesma eficácia da decisão tomada em sede de controle abstrato.

O § 5º do art. 535 do CPC/2015 reforça esse tratamento uniforme:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

O Min. Gilmar Mendes afirmou que é preciso fazer uma releitura do art. 52, X, da CF/88. Essa nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido.

O Min. Celso de Mello afirmou que o STF fez uma verdadeira mutação constitucional com o objetivo de expandir os poderes do Tribunal com relação à jurisdição constitucional.

Assim, a nova interpretação do art. 52, X, da CF/88 é a de que o papel do Senado no controle de constitucionalidade é simplesmente o de, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. A eficácia vinculante, contudo, já resulta da própria decisão da Corte.

A Min. Cármen Lúcia afirmou que o STF está caminhando para uma inovação da jurisprudência, no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém.

Por fim, o Min. Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim.

Dessa forma, pela análise das mais recentes decisões do STF em sede de Plenário, pode-se dizer que o STF mudou seu entendimento e passou a adotar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, o que implica dizer que mesmo no controle incidental, as decisões terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculantes, por conta das menções feitas ao art. 52, X, da CF/88 e ao art. 535, § 5º do CPC.

Assim sendo, percebe-se que a inércia irrazoável do legislador, faz com que o judiciário, em uma postura ativista, passe a ter elementos para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplos supramencionados, fazendo com que o direito fundamental possa ser efetivado. Em contraponto, essa nova perspectiva precisa de limites, ou, ao menos, de regramentos para evitarmos abuso.

REFERÊNCIAS

BARROSO Luiz Roberto. Curso de Direito **Constitucional Contemporâneo**. 4ªed. São Paulo: Saraiva ,2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998

CANOTILHO, José Joaquim. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Almedana,7ªedição,2004, São Paulo

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8dd291cbea8f231982db0fb1716dfc55>>

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 208-209.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito**. Ed. Martins Fontes – São Paulo, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Método, 2012.

Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 81/2012 | p. 13 |Out / 2012 - DTR\2012\451046.

Revista de Processo | vol. 164 | p. 193 |Out / 2008 DTR\2008\651

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 9ª edição 4ª tiragem, 1994, São Paulo-SP

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm. Acesso em: 15 jun. 2016.

CRIMES CIBERNÉTICOS

GIOVANA THAIS SILVA DOMINGUES:
graduanda em Direito pela Universidade
Brasil.

MATHEUS LUCATTO DE CAMPOS

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo central tornar evidente o constante crescimento de casos de crimes cibernéticos em nosso país e a Lei a qual pode ser aplicada a essas atividades ilícitas praticadas na internet por meio de dispositivos eletrônicos, bem como, discorrer sobre quem são as vítimas, quem é o criminoso virtual e mostrar a facilidade que ele tem para a prática de tal ato. O início do estudo foi executado com a formação de pesquisa teórica sobre o tema, iniciando-se por uma pesquisa bibliográfica e análise preliminar sobre o tema da pesquisa. Sendo utilizado o método dedutivo e a pesquisa teórica. Tendo em vista o tema a ser tratado, o trabalho foi realizado devido a crescente dos crimes cibernéticos na atualidade, levando em conta doutrinas, conceituados autores jurídicos, na busca de sanar a problemática e revistas que expressam os tipos de crimes. Neste artigo primeiramente abordaremos a noção do que é cibercriminalidade, quais são os tipos de crimes, os direitos fundamentais dos envolvidos e a competência para investigação e julgamento.

Palavras-chave: Crimes cibernéticos; Atividades Ilícitas; Vítima; Criminoso; .

ABSTRACT: The main objective of this work is to make evident the constant growth of cases of cyber crimes in our country and the Law which can be applied to these illegal activities practiced on the internet through electronic devices, as well as to discuss who the victims are , who is the virtual criminal and show how easy it is for the practice of such an act. The beginning of the study was carried out with the formation of theoretical research on the subject, starting with a bibliographical research and preliminary analysis on the research topic. Using the deductive method and theoretical research. In view of the topic to be addressed, the work was carried out due to the increasing number of cyber crimes today, taking into account doctrines, renowned legal authors, in the search to remedy the problem and magazines that express the types of crimes. In this article, we will first address the notion of what cybercrime is, what are the types of crimes, the fundamental rights of those involved and the competence for investigation and trial.

Keywords: Cyber crimes; Illicit Activities; Victim; Crimina

1. INTRODUÇÃO

Vários problemas legais surgiram com o advento da Internet. Um dos principais problemas está relacionado à liberdade de expressão no ambiente virtual. Embora muitos internautas e advogados defendam que a liberdade na Internet deve ser total e ilimitada, outros acreditam que o Estado deve colocar alguns limites, pois as consequências das publicações na Internet são manifestadas pelos cidadãos na realidade. Assim, o ambiente virtual pode ser considerado uma extensão da realidade humana.

Os crimes cibernéticos podem ser entendidos como crimes que ocorrem na Internet e são cometidos por meio de um dispositivo eletrônico com acesso à rede. Nas últimas décadas, devido ao desenvolvimento da tecnologia e ao desenvolvimento de conexões de internet cada vez mais rápidas, os cibercriminosos estão adaptando seus métodos não apenas para permanecerem anônimos e invisíveis aos sistemas de vigilância existentes, mas também para melhorar o próprio crime.

Há sempre uma lei por trás de um fato social, ou seja, ocorre um fato social e logo em seguida a lei deve ser regulamentada. Os crimes cibernéticos acontecem desde a década de 1970, embora o perfil do criminoso tenha mudado, o número de usuários de computadores domésticos e crimes e o anonimato sustenta a aparência de impunidade, considerando a privacidade como princípio do usuário, a comunicação e a liberdade de expressão.

Como o aumento do acesso à Internet levanta preocupações sobre a liberdade de expressão em ambientes virtuais, o Brasil ainda carece de um sistema legal que cubra todos os comportamentos passíveis de punição, o que significa que os usuários brasileiros estão longe de serem adequadamente protegidos. Na ausência disso, os cibercriminosos se beneficiam tanto do inevitável uso da internet no cotidiano dos brasileiros quanto do desconhecimento do mundo virtual sobre os perigos da web.

Com o avanço da tecnologia e sem problemas aparente ou Lei específica foi ficando fácil a invasão de dados no mundo dos hackers pois não era prevista nenhuma penalidade evidente até tal momento, deixando a desejar e a fazerem o que bem quisessem. E então em 2012 ocorreu a invasão ao computador da atriz Carolina Dieckmann que teve seus arquivos pessoais e fotos íntimas subtraídas e espalhadas rapidamente pela internet através das redes sociais, gerando uma grande repercussão, criando logo após uma legislação voltada aos crimes cibernéticos, a Lei nº 12.737 de 2012 que foi acrescentada ao Código Penal Brasileiro e passou a tipificar delitos especificamente virtuais, o que resultou para o país um grande avanço, lei então ficou conhecida como Carolina Dieckmann, pois a atriz abraçou a causa e acabou cedendo seu nome que agora está vinculado à esta lei.

De fato nos crimes virtuais torna-se muito difícil conseguir identificar o autor, pois ele pode estar em qualquer lugar do mundo e utilizar seu aparelho eletrônico como arma para a prática deste delito.

Os crimes cibernéticos cometidos constantemente são: plágio, invasão de dispositivo informático, furto de dados com intuito de hackear contas bancárias, calúnia, difamação, injúria, incitação e apologia ao crime, pornografia infantil, pirataria digital, divulgação de fotos íntimas, criação de perfil fake, entre outros. As práticas envolvem desde a disseminação de vírus por meio de links enviados por e-mail até invasões de sistemas operacionais de empresas ou pessoas privadas.

2. HISTÓRICO DA CIBERCRIMINALIDADE

2.1 Noções Gerais Sobre Cibercriminalidade

A Internet é uma ferramenta de extrema importância no mundo, seu uso trouxe inúmeros benefícios nos mais diversos campos e atividades se tornando indispensável na vida das pessoas. No entanto, por ser um meio de comunicação, informação e transmissão de dados, substituindo várias atividades manuais ou presenciais dos indivíduos por atividades digitais, baseadas na web, tornou-se também uma ferramenta para atividades ilegais perigosas, conhecidos como crimes virtuais /informática/ cibernética. Relatórios indicam que os crimes virtuais começaram a ocorrer na década de 1970, mas apenas no final dos anos 1990, em uma reunião do G-8 foi discutido formas de combater atos ilegais cometidos online como punição. e uma abordagem proativa que deu origem ao termo "cibercrime", que foi usado para descrever crimes cometidos em ambiente virtual.

Entretanto, a progressiva mutação tecnológica dificulta o combate a esses crimes, que estão em constante alinhamento com as novas tecnologias. Assim, com o uso incontido e indiscriminado da internet, alguns indivíduos com conhecimento em informática passaram a se aprimorar e utilizar esses conhecimentos roubar informações criptografadas, como já havia sido feito há muito tempo, para obter proveito econômico ou ainda, por mera diversão. (JESUS; MILAGRE, 2016).

Esses indivíduos são chamados de hackers, um designativo da era moderna para indivíduos que sempre existiram. O termo importado da língua inglesa é usado para designar programadores habilidosos, que alcançam informações sobre o sistema informático de outra pessoa para que possam olhar, usar ou trocá-lo, pelos mais variados motivos.

Atualmente, diversos termos são utilizados para indicar esses crimes, mas a maioria dos autores os define como "crimes digitais". Qualquer atividade na qual um computador ou uma rede de computadores é utilizada como ferramenta e sendo a base para um

ataque ou como meio para o crime é chamada de cibercriminoso, outros termos que se referem a essa atividade são: crime informático, crime eletrônico, crime virtual ou crime digital.

Discorrendo sobre o assunto entende-se que Crimes virtuais são crimes cometidos pela Internet que podem ser enquadrados no Código Penal Brasileiro e podem resultar em penas como extradição ou prisão. Desta forma, os crimes praticados ou divulgados na Internet através da mesma ou de sistemas informáticos podem ameaçar diversos bens jurídicos, sobretudo pessoas (vida, honra, liberdade pessoal, etc.), além de bens (materiais e imateriais).

O termo "crime informático" pode ser definido como típico e ilegal, considerado crime ou violação, doloso ou culposos, responsável ou negligente, cometido por pessoa física ou jurídica com auxílio de tecnologia da informação em ambiente de rede. ou fora dela e que viole direta ou indiretamente a segurança informática, cujos elementos são integridade, disponibilidade e confidencialidade.

Todo tipo de conduta delituosa que é praticado online, desde pedofilia, prostituição, tráfico, pirataria, até sabotagem, terrorismo ou até mesmo digitalização dos métodos de trabalho tem causado em muitos países, inclusive ao Brasil, transtornos provocados por uma onda de crimes cibernéticos. No Brasil, o Hospital do Câncer de Barretos e outros administrados pela Fundação Pio XII, tiveram as fichas de seus pacientes sequestradas, o resgate pedido e de quase mil reais por computador em bitcoins (dinheiro virtual), o Hospital ficou com seu sistema desativado por três dias, trabalhando manualmente, o que gerou atrasos e prejuízos a muitos pacientes. (TOLEDO, 2017).

Embora as formas de praticar esses tipos de crimes estejam evoluindo, o Brasil já possui um longo histórico de condutas informáticas danosas. Outro exemplo é o do ex-prefeito Paulo Maluf, o qual, nas eleições de 2003, foi o primeiro político a sofrer sabotagem digital, tendo os hackers invadido o site do político e espalhado e-mails a todos os eleitores cadastrados, divulgando mensagens de cunho difamatório.

A terminologia cibernética é utilizado com diversas conotações, a maioria das vezes refere-se às relações entre o homem e a máquina, com seus efeitos nos ambientes das diversas atividades humanas. A origem vem do termo grego *kybernetike*, que quer dizer condutor, governador, piloto ou aquele que tem o leme ou o timão. "Recebendo um tratamento mais científico no século passado, o seu emprego procurou caracterizar o estudo do controle da comunicação dos seres vivos e das máquinas, sob o enfoque da transmissão da informação nesses ambientes" (PINHEIRO, 2013, p. 9)

O cibercrime pode ser caracterizado como uma prática que falsifica dados específicos do sistema que os processa ou armazena, com o objetivo de danificar os dados. Também pode ser entendido como “um ato malicioso realizado por um computador ou dispositivo periférico com a intenção de obter uma vantagem indevida”. Esse tipo de crime surgiu a partir da Internet e da sociedade da informação, que criou um espaço virtual vinculado a e-mail, sites, redes sociais e transações eletrônicas, como compras online que exigem o uso de cartão de crédito e senhas.

De certa forma, o cibercrime se tornou mais comum graças às redes sociais que operam em diferentes níveis, como redes de relacionamento (Facebook, Twitter), redes profissionais (LinkedIn), redes comunitárias (redes sociais em bairros ou cidades), redes políticas, etc. Elas trazem a perspectiva das pessoas para o alcance de seus objetivos sociais, desenvolvendo suas atividades profissionais por meio delas. Mas, além do lado útil, muitos usuários podem usá-lo para crimes de difamação, calúnia e lesão corporal.

Dentro do contexto internet tem-se o ciberespaço, por isso, são chamados de crimes cibernéticos, porque são cometidos neste local, ou seja, o ciberespaço é um lugar imaginário, que só se tem acesso pelo computador. Entretanto, necessita estar ligado à realidade pelo uso que se tem feito dele atualmente, transformando-o em um espaço intermediário entre o mundo e o mundo real (ALMEIDA et al., 2015).

O termo "crime informático" pode ser definido como a ação típica e ilegal, criminosa ou de contravenção, dolosa ou culposa, responsável ou negligente de uma pessoa singular ou coletiva com o auxílio da tecnologia da informação no ambiente de rede ou fora dele, que direta ou indiretamente viola a segurança da informação, cujos elementos são integridade, disponibilidade e confidencialidade.

Na doutrina brasileira, os crimes cibernéticos são classificados como próprios e impróprios. Os crimes próprios são aqueles que visam atingir o próprio sistema do computador, como uma negação de serviço onde o invasor visa tornar um site indisponível, por exemplo. Os cibercrimes impróprios são aqueles que utilizam a Internet ou meios técnicos apenas como meio para cometer um crime, como falsificação de documentos, roubo (MAIA, 2017).

2.2 Os Tipos de Crimes

Dentre os principais crimes virtuais, pode-se citar os crimes contra a honra, que estão disciplinados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. Esses crimes se aplicam tanto em situações na realidade quanto no âmbito da internet. Outro crime bastante comum praticado na internet é a pornografia infantil e pedofilia. A facilidade do acesso à internet pelos mais diversos tipos de pessoas faz com que esse crime se torne cada vez mais frequente, não apenas no Brasil. O fato é que esse tipo de crime gera revolta na

sociedade, pois leva-se em consideração a vulnerabilidade das crianças. Contudo, o maior obstáculo no momento da responsabilização pela prática desse crime é a dificuldade de identificar os autores, que muitas vezes se escondem por meio do anonimato e usam mecanismos para ocultar o endereço IP3 do dispositivo, entre outras artimanhas. Além disso, a morosidade dos processos colabora com a impunidade desses criminosos. (MEDEIROS; UGALDE 2020).

Golpes virtuais também são uma verdadeira epidemia na rede mundial de computadores. A Suprema Corte define as vendas fraudulentas na Internet como fraude e as compras e vendas fraudulentas como peculato. Apesar disso, não é fácil definir os requisitos para a realização de determinadas atividades criminosas em ambiente virtual, principalmente quando se trata de negócios. (CONJUR, 2018).

Se alguém publicar, por exemplo, uma teoria da conspiração absurda em uma rede social que não difame ou viole nenhuma lei, isso não é crime. No entanto, se alguém publica que alguma pessoa vai roubar um banco, mas não fornece provas disso, então ele é culpado de um crime, portanto, a publicação deve ser censurada. Assim, ao analisar cada caso concreto, deve-se sempre considerar a racionalização e ênfase de valores e princípios conflitantes na situação dada. Isso é muito importante para a estabilidade democrática e o bem comum da sociedade brasileira.

Ataques contra sistemas de computadores hospitalares estão se tornando mais comuns, e o Brasil parece ser um dos países mais vulneráveis considerando os sistemas antigos e desatualizados na maioria dos hospitais. Assim, os hackers entram nos computadores, bloqueiam o acesso aos dados armazenados, sequestram-nos e exigem dinheiro para recuperar esses arquivos. Esse crime se torna ainda mais bárbaro quando vidas humanas dependem desses computadores para dar continuidade ao tratamento, como no ataque hacker ao hospital de Barreto (SP), onde a apreensão virtual dos computadores interrompe as sessões de quimioterapia. vários pacientes.

Um cibercrime muito comum e que merece muita atenção é o conhecido phishing, que nada mais é do que uma forma de enganar a Internet obrigando-o a enviar suas informações pessoais, acreditando que se trata de acesso certo, quando na verdade isso é. envia suas informações para criminosos. O phishing geralmente é feito por e-mail, mas a prática de enviar mensagens de texto cresceu de forma alarmante nos últimos anos. Na maioria das vezes, os criminosos se apresentam como instituições bancárias para coletar informações de clientes de um determinado banco.

Assim sendo, fica praticamente impossível impedir a propagação desses tipos de crime, tendo em vista a facilidade de expansão que a internet proporciona. De acordo com a Procuradoria da República do Estado de São Paulo, "a Convenção sobre a

Cibercriminalidade adotada pelo conselho da Europa em 2001 e aberta à assinatura por todos os países do globo, obriga os Estados a tipificar as seguintes condutas" (PRSP, 2006, p. 09).

Diante da ausência de uma legislação específica que abordasse a temática, cabe ao ordenamento penal vigente julgar aquele que comete crime cibernético e entre os principais crimes cibernéticos, estão: pirataria, pornografia infantil, calúnia, difamação, injúria, estelionato, entre outros

A pornografia infantil caracteriza-se pelo ato de fotografar ou publicar cenas de sexo explícito que contenham crianças ou adolescentes, nos moldes do art. 241 do ECA. Injúria, difamação e calúnia são consideradas crimes contra a honra e estão regulamentados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. No ambiente da internet, os crimes de calúnia e difamação, consideradas ofensas à honra objetiva, são caracterizados caso a ofensa seja enviada para grande público e não somente para a vítima, já tratando-se de injúria, considerada ofensa à honra subjetiva, a ofensa é direcionada para a própria vítima (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017).

Tratando-se do crime de estelionato no ambiente da internet, o sujeito ativo mantém a vítima em erro, sob a finalidade de obter vantagem ilícita para si próprio, sendo crime também exaltar ou elogiar criminoso ou ato criminoso de maneira pública, caracterizando crime de apologia. Outro exemplo, consiste no oferecimento, utilizando a internet, de consumo a substância entorpecente, ou que sujeite a pessoa a depender-se fisicamente ou psicologicamente, caracterizando tráfico de drogas (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017).

Fica evidente, diante de tudo isso, que há infinitos tipos de crimes cibernéticos. A verdade é que a legislação brasileira precisa acompanhar a evolução desses crimes para que não seja um ordenamento ineficaz e ultrapassado em relação com outros países e para garantir a punição ao usuário que cometer esse tipo de infração.

Verifica-se a casos dos crimes citados acima, na forma que é aplicado conforme nas jurisprudências abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. CALÚNIA. DIFAMAÇÃO. MATERIALIDADE. AUTORIA. PROVA SUFICIENTE. ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONFISSÃO QUALIFICADA. SÚMULA 545/STJ. UNIFICAÇÃO. CONCURSO FORMAL. REGIME PRISIONAL. PARCIAL PROVIMENTO. 1. Se a prova documental (representação e documentos que a instruem) e oral (depoimentos da vítima, testemunhas e confissão) comprovam que o réu efetuou postagens ofensivas à honra da vítima em rede

*social conhecida por Facebook na internet, não há que se falar em insuficiência da prova a ensejar absolvição. 2. Presente o elemento subjetivo do tipo, consubstanciado na intenção de atingir, macular a honra da vítima e ausentes causas que excluam o crime ou que isentem o réu de pena, não há que se falar em absolvição sob quaisquer dos fundamentos do artigo 386 do Código de Processo Penal. 3. A lei não impõe a observância de qualquer critério lógico ou matemático para quantificar o grau de aumento ou de diminuição de pena diante de circunstâncias judiciais. Ao Magistrado é concedida discricionariedade regrada pelos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. 4. Verificando-se que o Magistrado a quo extrapou a discricionariedade que lhe foi outorgada, redimensionam-se as penas desde a primeira fase da dosimetria. 5. A confissão, mesmo quando qualificada pela alegação de ausência de dolo, enseja atenuação da pena. Inteligência da Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça. 6. As penas dos crimes de calúnia e difamação cometidos no mesmo contexto fático, se não resultantes de desígnios autônomos, devem ser unificadas segundo o comando do artigo 70, primeira parte do Código Penal (concurso formal de crimes). 7. Pena inferior a 1 (um) ano de detenção e réu primário, fixa-se o regime aberto. Precedentes. 8. Possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se a condenação anterior que configurou maus antecedentes decorreu da prática de crime diverso de que cuidam os autos e a medida poder ser tida como socialmente recomendável (art. 44, § 3º, CPB). 9. Apelação conhecida e parcialmente provida. **(Acórdão 1169871, 20160310184649APR, Relator: MARIA IVATÔNIA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 9/5/2019, publicado no DJE: 13/5/2019. Pág.: 174-186)***

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. CONSUMIDOR. SÍTIO ELETRÔNICO LOJAS AMERICANAS.COM FALSIFICADO. VENDA DE TELEVISÃO PELA INTERNET. PRÁTICA DE ESTELIONATO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. REJEITADA. FALHA DO SISTEMA DE SEGURANÇA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PELA INSTITUIÇÃO. DANO MATERIAL. CONFIGURADO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. RECURSO DAS PARTES CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. 1. Trata-se de prática de estelionato, na qual a parte autora comprou uma TV 32 polegadas, num sitio eletrônico falsificado como sendo ?das Lojas

Americanas.com?, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), cujo boleto bancário com os dados do site era direcionado para outra conta bancária. A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos da parte autora para condenar o Banco Votorantim e a Neon Pagamento à indenização por danos materiais, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais). A parte autora e as instituições financeiras recorreram. 2. No recurso da parte autora, ela requereu também indenização por danos morais, por ter sido vítima de estelionato em razão da falha na prestação de serviço. Requereu, ainda, a gratuidade de justiça. Por sua vez, os réus arguíram preliminar de ilegitimidade passiva, alegando fato de terceiro e culpa exclusiva da parte autora por ter comprado em site falsificado. No mérito alegaram a inexistência de falha na prestação de serviço. 3. **PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA.** Não prospera. Trata-se de relação de consumo, visto que os réus são fornecedores de serviço, cujo destinatário final é a parte autora, conforme previsto nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.079, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor. Registra-se que a primeira ré foi a responsável pela emissão do boleto e a segunda ré pelo repasse do valor, mesmo tendo sido demonstrada a fraude contra o consumidor. Ademais, todos aqueles que participam da cadeia de fornecimento de serviço tem legitimidade para ser demandado em juízo. Preliminar rejeitada. 4. Nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor as instituições financeiras respondem independente da existência de culpa pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação do serviço. Esse também é o entendimento do STJ, conforme Súmula 479, a qual estabelece que "as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias." 5. Consta dos autos que os réus tomaram conhecimento da prática de estelionato contra a parte autora, a qual os advertiu sobre a compra fraudulenta e pagamento indevido. O banco Votorantim informou à autora que o dinheiro ficaria bloqueado e lhe seria devolvido após a apresentação do Boletim de Ocorrência, porém não foi o que ocorreu (ID. 11258511 - Pág. 5). Verifica-se que o Boletim de Ocorrência foi feito em 15/03/2019, mesmo dia da compra, do pagamento e da reclamação feita junto ao banco, demonstrando a diligência da parte autora para tentar bloquear o pagamento ao fraudador. 6. Ao disponibilizar os serviços bancário por meio eletrônico os bancos assumem a responsabilidade de reparar os danos que decorram da falha de segurança. Não há

dúvidas sobre a falha no sistema de segurança do Banco, situação inadmissível dado ao fato de ser instituição de grande porte operando em todo o país, sendo seu dever oferecer sistema antifraudes que traga segurança aos consumidores, mesmos aqueles que indiretamente possam ser prejudicados. 7. A emissão de boletos deve seguir o mesmo critério de segurança, tendo em vista que, mesmo que a instituição financeira não seja a descrita no boleto bancário fraudado, outro banco receberá tal valor, figurando como intermediadora dessa modalidade de pagamento, o que deveria passar por um crivo de documentos para que tal correntista pudesse manipular essa modalidade de cobrança e pagamento. No ambiente virtual em que há operação financeira, tais instituições financeiras é que devem promover a segurança e não o consumidor, que, em regra, não tem *experiência* para questionar tais invertidas. O ônus é de quem disponibiliza tal serviço e não do consumidor hipossuficiente. No caso dos autos restou demonstrada a falha na prestação de serviço, porque a parte foi advertida a tempo e no mínimo deveria ter bloqueado o dinheiro para verificação de tais informações. 8. Quanto ao dano moral, sua existência não restou demonstrada. É que os réus também foram vítimas do estelionatário. A falha na prestação de serviço não pode ser confundida com a prática do crime perpetrada por terceiro. Neste caso, trata-se de mero aborrecimento, no qual qualquer pessoa que realiza compras em ambiente virtual está sujeita a vários tipos de transtornos. A sentença não merece reforma. 9. Gratuidade de justiça deve ser deferida em razão da demonstração da hipossuficiência. O autor tem benefício junto ao INSS pouco maior do que dois salários mínimos e gastos com tratamento quimioterápico (id. Num. 11258476 - Pág. 8 a 12; Num. 11258558 - Pág. 1). Gratuidade deferida. 10. Recurso das partes CONHECIDOS e NÃO PROVIDOS. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos. 11. Custas recolhidas pelos réus e deferida a gratuidade a parte autora. Sem honorários diante da sucumbência recíproca. 12. A Súmula de julgamento servirá como acórdão, conforme as regras do art. 46 da Lei nº 9.099/95.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE PORNOGRAFIA INFANTIL. LEI 8.069/1990, ARTIGO 241-A, § 1º, INCISO I. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. MATERIALIDADE DELITIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

REITERAÇÃO DELITIVA. CRIME CIBERNÉTICO. INTERNET. POTENCIALIDADE LESIVA. PERNICIOSIDADE SOCIAL. CONDIÇÕES *PESSOAIS* FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. DECRETO PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. LIBERDADE PROVISÓRIA. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão preventiva somente pode ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade), indícios suficientes da autoria e quando presentes pelo menos um dos fundamentos que a autorizam: garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. 2. É firme o entendimento dos Tribunais Superiores no sentido de que a decretação da prisão cautelar, de modo a preencher a teleologia do artigo 312 do Código de Processo Penal, há de estar devidamente fundamentada em elementos concretos, não sendo possível meras alusões à gravidade abstrata do delito à necessidade de ser preservada a credibilidade das instituições ou à possibilidade de reiteração criminosa, sendo necessária a efetiva vinculação do paciente ao evento delituoso. 3. Após a vigência da Lei 12.403/2011, para a decretação da prisão preventiva, exige-se, além da presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a não ocorrência dos elementos fixados no artigo 313 dessa mesma Codificação (condições de admissibilidade). 4. Os crimes cibernéticos, embora não sejam praticados com emprego de violência, tal como se conhece, apresentam grande potencialidade lesiva e perniciosa social, por isso sua perpetração depende apenas do acesso à rede mundial de computadores (internet). 5. A possibilidade concreta de reiteração delitiva justifica a conversão do flagrante em prisão preventiva para acautelamento do meio social. 6. As circunstâncias pessoais relativas à primariedade, residência fixa e/ou bons antecedentes, isoladamente, não se prestam para ensejar a concessão de liberdade provisória, mormente quando o ato atacado mostrar-se suficientemente fundamentado, com base em elementos concretos atinentes aos pressupostos e fundamentos da espécie. 7. Paciente que foi preso em flagrante como incurso nas penas do artigo 241-A, § 1º, inciso I, da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e teve a prisão preventiva decretada em face da constatação da materialidade delitiva, fortes indícios de autoria e para acautelamento do meio social. 8. Segregação cautelar decretada para garantia da ordem pública para evitar que, em liberdade, o paciente encontre os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Fundamentação idônea do decreto prisional, que se

encontra respaldado em elementos extraídos do inquérito policial, que teve origem em investigação realizada em outra Unidade da Federação, visando identificar crimes de pornografia infantil e pedofilia. (TRF-1 - HC: XXXXX20144010000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Data de Julgamento: 18/11/2014, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 05/12/2014)

2.3 Direitos Fundamentais Envolvidos

Direitos como a intimidade, a privacidade, a honra e a reputação das pessoas também devem ser protegidos em concorrência com a liberdade de expressão, ponderando-os no caso concreto. É reconhecido que a liberdade de expressão não pode ser um meio para cometer atos ilegais nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil, tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de comunicação são limites constitucionais. A principal diferença é que enquanto o primeiro tem mais permissão para criação e opinião, o último deve ser obediente à verdade objetiva. Mas nenhum deles está completamente imune ao governo, assim como nenhum direito é absoluto. Vivemos em um país regido pelo Estado de Direito, onde o uso de diversos direitos deve ser compatível entre si e com o ordenamento jurídico. Dessa forma, a liberdade de expressão também é limitada pela proteção dos direitos da personalidade garantidos pela constituição, como honra, imagem, privacidade, etc. (CARVALHO, 1999)

De acordo com Bastos(2021)

Sendo o Brasil um País que foi censurado durante a ditadura militar, preza a proteção esse direito reintegrando-o como princípio essencial na Constituição de 1988, imprescindível para o funcionamento da democracia. O indivíduo é, nesta conformação, livre para suas escolhas. Essa é a asserção da liberdade de expressão. No entanto, é importante salientar que, como todos outros Direitos Fundamentais, a liberdade de expressão não pode ser vista como um direito absoluto. Em certas situações ela confluíra ou estará em conflito com outros Direitos Fundamentais, o que deverá ser obstruído mediante um juízo de ponderação, a ser realizado no caso concreto mediante suas peculiaridades específicas, entretanto não desviando das premissas e sinalizados jurídicos pré-estabelecidos de modo a impossibilitar um juízo de oportunidade ou proveito de quem melhor argumenta o que pode desestruturar a segurança jurídica, um dos fundamentos do Direito.

A honra é tradicionalmente considerada a partir de duas perspectivas complementares: objetiva e subjetiva. A objetiva refere-se à reputação, à percepção que uma pessoa tem perante a sociedade e a subjetiva, por outro lado, diz respeito à auto-estima, um senso de valor próprio. A proteção da honra protege uma boa reputação, a consideração social de uma pessoa no trabalho, negócios, família e outros ambientes, bem como sua própria dignidade. Tanto a honra subjetiva quanto a honra objetiva podem ser mais facilmente afetadas em um ambiente virtual, por exemplo, com uma postagem na rede social Instagram, que tem como foco caluniar determinada pessoa. A transmissão é instantânea e pode ser vista por amigos, familiares, entes queridos, conhecidos e desconhecidos ao redor do mundo, atingindo inúmeras pessoas em segundos.

É claro que a velocidade e a eficiência da progressão não existem fora de um ambiente virtual, existem muitas formas de calúnias, que normalmente não se espalham com muita frequência como fake news onde as pessoas adotam fatos distorcidos, incorretos e falsos e até usam outros nomes sem permissão, gerando muita incerteza e medo do utilizador.

O direito à privacidade diz respeito à intimidade, privacidade, honra e reputação, para proteger a privacidade (gênero) e permitir que um indivíduo viva sua vida como bem entender, sem olhares indiscretos alheios, a constituição garante intimidade, privacidade, honra e integridade de imagem. A intimidade refere-se à essência de cada pessoa, o mundo intrapsíquico, que está ligado ao próprio senso de identidade da pessoa (autoconfiança) e sexualidade. Entenda segredos e informações confidenciais, que a vida privada inclui a relação de um indivíduo com um ambiente social que não é de interesse público. À primeira vista, o direito à imagem impede sua captura e distribuição sem o consentimento da pessoa. A proteção deste direito independe da honra e deve ocorrer mesmo que não prejudique o respeito pessoal ou a reputação da pessoa. (NOVELINO, 2016).

Se por um lado a censura e a permissão prévia são proibidas, por outro, é dever do Estado zelar pela moralidade e proibir a divulgação de notícias nocivas, falsas e caluniosas. A declaração de um formador de opinião, incitando o racismo como crime, sua descoberta deve ser proibida, pois a liberdade de expressão deve estar de acordo com outras garantias constitucionais, inclusive a proibição do preconceito. (VORGA, 2014)

2.4 Competência Para Investigação e Julgamento

O princípio da legalidade consiste em um dos mais importantes do ordenamento penal brasileiro. Ele encontra-se positivado no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, também é receptível a menção ao referido princípio no art. 1º do Código Penal. (MATSUYAMA; LIMA, 2017)

Conforme estabelece a própria Lei Maior, no ordenamento jurídico brasileiro, não se concebe que um fato seja considerado como crime sem que exista lei anterior que descreva tal conduta como delituosa. A legislação consiste na única fonte capaz de impor punição à prática de atos que ela mesma caracteriza como sendo ilícitos, configurando na limitação ao poder do Estado de interferir na esfera de liberdades dos indivíduos. Exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (nullum crimen nulla poena sine lege). (MASSON, 2015, p.82).

A competência é o limite da jurisdição, ou seja, os limites que cada juiz tem no exercício de sua jurisdição, podendo se dizer que se trata da real extensão do poder de avaliação. A jurisdição, portanto, determina quais assuntos cada tribunal pode decidir. Por outro lado, o artigo 6.º do Código Penal estabelece que o lugar onde o crime foi cometido é o lugar onde ocorreu a ação ou omissão, parcial ou totalmente, bem como o lugar onde o crime foi cometido, onde ocorreu, como resultado dele, ou se espera que ocorra. Portanto, de acordo com este artigo, pode-se concluir que a teoria da ubiquidade está estabelecida, ou seja, o local do ato ou omissão, bem como o local onde a atividade se esgotou ou deveria ter ocorrido é considerado cena do crime.

Dessa forma, ao tratar sobre a competência, o Código de Processo Penal afirma em seu artigo 70:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

Porém é complicado definir o local da infração dos crimes cibernéticos, tendo em vista que o ciberespaço é um local abstrato, não existindo fisicamente. Não há fronteiras territoriais na internet, porém, há normas e técnicas que tratam da regulação dos sistemas que não se enquadram no mundo jurídico. Dessa forma, o conceito de soberania e competência territorial não se aplica.

As leis que tratam dos crimes cibernéticos são poucas e precárias, apenas um pequeno grupo de leis abrange esse novo tipo de criminalidade e apenas alguns casos. Diversas condutas praticadas na internet que causam prejuízos imensos para a comunidade virtual e para a vida privada de muitas pessoas ainda não são condutas tipificadas na lei brasileira, o que faz com que muitos pensem que a rede mundial de computadores seja uma terra sem lei, onde o Estado não possa usar da sua autoridade para buscar a efetivação dos direitos e deveres do cidadão brasileiro.

As Leis 12.735/2012, 12.737/2012 e 12.965/2014 (conhecidas como Marco civil da internet) diferem das regras atuais. A Lei 12.735/2012 alterou o inciso II do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei de Crimes Raciais, que anteriormente estabelecia que um juiz poderia decidir "suspender transmissões similares de rádio ou televisão" antes mesmo de uma investigação policial, e agora muda para a transmissão eletrônica, distribuição ou publicação de qualquer forma pode ser incluída, então o juiz agora tem o poder de ordenar a interrupção de quaisquer imagens ou símbolos que sugerem qualquer tipo de discriminação. Com essa mudança na lei, publicações racistas e discriminatórias na Internet também passaram a ser controladas por esse juiz, embora não tenha sido instaurado inquérito policial para apurar esse fato específico. A Lei 12.737/2012 foi editada para criminalizar a violação da privacidade devido às consequências nacionais do vazamento de fotos da atriz Carolina Dieckmann.

Esta lei trata da tipificação de delitos virtuais, passando a criminalizar atos que anteriormente não eram considerados dessa forma, acrescentando o artigo 154-A no Código Penal, que tipifica o crime de invasão de dispositivo informático, ou seja, a invasão de aparelho eletrônico, conectado ou não à internet, com a finalidade de obter, alterar ou destruir dados daquele dispositivo sem autorização do titular. Além disso, o parágrafo 1º do mesmo artigo dispõe que incorre na mesma pena aquele que produzir ou distribuir dispositivo ou programa de computador que sirva de instrumento para a invasão de aparelho alheio. Outro artigo acrescentado no Código Penal foi o artigo 154-B, que dispõe que os crimes definidos no artigo 154-A somente se procederão mediante representação, sendo classificado, portanto, como crime de Ação Penal Pública condicionada por representação. (MALTA, 2021)

CONCLUSÃO

Desde o seu nascimento, o ambiente virtual tornou-se um cenário propício para a prática de crimes, os chamados cibercrimes. Como a Internet é um país sem lei e eles são completamente anônimos e impunes, muitas pessoas usam as redes sociais para espalhar discursos de ódio e crimes para proteger a garantia básica da liberdade de expressão.

Quando se pensa em cibercrime, pensa em criminosos de carreira que operam atrás de uma tela de computador para obter lucro por meio de atividades ilegais. No entanto, quando o crime é realmente cometido por uma pessoa comum que usa a Internet para extrapolar seus direitos e violar os direitos de outras pessoas, o problema se complica. A liberdade de expressão deve ser protegida e promovida porque é um dos pilares da democracia, violar esse direito significa minar fundamentalmente essa estrutura construída ao longo de séculos de luta e opressão.

Como nenhum direito é absoluto, sua expansão é limitada, cabe ao Estado corrigir juridicamente os abusos ocorridos em seu exercício, considerando que cada direito termina onde começa o outro. Desta forma, a limitação é a única ferramenta que pode ser utilizada para proteger um direito que foi violado no exercício de outro direito. Como é certo que é melhor criar problemas com excesso de liberdade de expressão do que não tê-la, cabe agora aos advogados, procuradores e juízes entender a estrutura e o funcionamento da Internet para que possam coibir o abuso da Internet . tal liberdade. online e para proteger o direito das vítimas à dignidade e à privacidade, se não quiserem que as suas vidas sejam para sempre prejudicadas pelo crime digital que está sempre presente e sempre localizado em qualquer parte do mundo.

A Internet é a tecnologia mais avançada e não tem limites, permite de forma avançada desenvolver um conhecimento profundo de todas as áreas, mas a liberdade tem um preço que não pode ser muito agradável, nomeadamente a sua perda privacidade. Perda devido à falta de segurança de rede para usuários de todo o mundo, o cibercrime não é um problema que o Brasil enfrenta sozinho, o mundo todo sofre com a criminalidade, até países de primeiro mundo, segurança a rede é instável e tudo o que está escrito em computadores e celulares pode ser comprometido.

Vimos que essa pesquisa tem um significado social, pois dia a dia a tecnologia cresce e principalmente nas mãos dos brasileiros, com isso o número de pessoas mal intencionadas também vem aumentando. A legislação brasileira tem se adaptado aos poucos às mudanças nos crimes cibernéticos, então o legislador brasileiro deve estar atento às mudanças da sociedade, pois vimos que existem hackers que são especialistas nesses crimes. O Congresso deve criar um departamento especial para controlar os tipos de crimes cometidos na Internet e, conhecendo essas práticas, ajustar as leis existentes ou, se esse ajuste não for possível, criar normas específicas para cada caso. Portanto, podemos

concluir que a rigidez das leis sobre tais crimes reduziria a ocorrência de crimes virtuais e o legislador deve ser rápido em criar normas porque os criminosos são rápidos em fugir de nossas leis e proteção.

Nesta era mundial mesmo crianças em desenvolvimento já podem usar a Internet e crescer nela graças à web, atualmente a única solução para evitar ser vítima de crimes virtual é usar as velhas formas, que é comprar em lojas sites físicos, consulta de crédito bancário, direto nas agências e de onde veio da maneira mais difícil, cortando privacidade em tecnologias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. J. de. et al. Crimes Cibernéticos. **Ciências Humanas e Sociais Unit**. Aracaju, v. 2, n. 3, p. 215-236, mar., 2015.

BASTOS, J. R. Os Limites da Liberdade de Expressão no Ambiente Virtual: Crimes Cibernéticos. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1949>> Acesso em 12 fev. 2023.

BRASIL, República Federativa. Código Penal, 1940.

BULOS, U. L. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. Editora Saraiva, 12ª ed. São Paulo, 2012.

CARVALHO, L. G. G. C. de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASSANTI, M. de O. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014

CONJUR. **STJ divulga jurisprudência sobre conceitos de crimes pela internet. 2018**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-17/stj-divulgajurisprudencia-conceitos-crimes-internet>. Acesso em 04 set 2022.

D'URSO, L. A. F. **Cibercrime: perigo na internet**. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/cibercrime-perigo-na-internet/>>. Acesso em 12 fev. 2023

FERNANDES, R. **Brasil é líder mundial em golpes de phishing; saiba se proteger**. Tech Tudo, 2021. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/03/brasil-e-lider-mundial-em-golpes-dephishing-saiba-se-proteger.ghtml>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

GUIMARÃES, K. **Os crimes dos hackers que interrompem até quimioterapia em sequestros virtuais de hospitais.** BBC Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40870377>. Acesso em: 02 mar. 2023.

JESUS, Damásio de. MILAGRE, J. A. **Manual de Crimes de Informáticos.** São Paulo: Saraiva, 2016

MAIA, T. S. F. **Análise Dos Mecanismos De Combate Aos Crimes Cibernéticos No Sistema Penal Brasileiro.** 114f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2017.

MALTA, F. G. F. **Uma análise sobre os crimes cibernéticos e os limites da liberdade de expressão na rede mundial de computadores.** Monografia (Bacharelado em Direito) Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2021

MASSON, C. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1.** 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MATSUYAMA, K. G.; LIMA, J. A. A. de. **Crimes Cibernéticos: Atipicidade Dos Delitos,** 2017. Disponível em: <<http://www.joaoademar.qlix.com.br/3cbpj.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2023

MEDEIROS, G. S. UGALDE, J. C. R. **Crimes Cibernéticos: Considerações Sobre a Criminalidade na Internet.** Revista âmbito jurídico. Set/2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-ciberneticosconsideracoes-sobre-a-criminalidade-na-internet>>. Acesso em 12 mar. 2023.

MOLES, R. **Territorio, tiempo y estructura del ciberespacio. In: derecho y control en Internet.** España: Ariel. Derecho, 2000.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional.** 11^a. ed. Rev. Ampl. E atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, C. A. G. **Direito Penal e Crimes Cibernéticos.** 55f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2017.

PINHEIRO, F. P. **A Cibernética como arma de combate.** 50f. Trabalho de Conclusão de Curso (Estudos de Política e Estratégia). Rio de Janeiro, 2013

PRSP, MPF. **Crimes cibernéticos: Manual prático de investigação.** São Paulo, 2006.

ROCHA, A. A. **Cibercriminalidade: Os Crimes Cibernéticos e os Limites da Liberdade de Expressão na Internet**. Garça, 2017. 51 f.; il. Monografia (TCC) – Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral de Garça, 2017.

ROSSINI, A. E. de S. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SANTOS, L. R. dos; MARTINS, L. B.; TYBUCSH, F. B. A. **Os crimes cibernéticos e o direito a segurança jurídica: uma análise da legislação vigente no cenário brasileiro contemporâneo**. 2017.

SOARES, M. **Maluf Sofre Sabotagem Digital em E-mail**. Publicado em 2000. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2410200025.htm>>. Acesso em 07 mar. 2023.

TOLEDO, M. **Hackers Invadem Sistema do Hospital do Câncer de Barretos e Pedem Regaste**. Publicado em 2017. Disponível em <http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/05/12/interna_internacional,868487/empresas-e-hospitais-sofrem-ataque-cibernetico-em-massa-naeuropa.shtml>. Acesso em: 02 mar. 2023.

VASCONCELOS, F. A.; BRANDÃO, F. H. V. **As Redes Sociais e a Evolução da Informação no Século Xx**. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 4, n. 7, p.125-144, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v4i7.225>> Acesso em 10 fev. 2023

WENDT, E. JORGE, I. **Crimes Cibernéticos: Ameaças e Procedimentos de Investigação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2012

A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

THAISA CARVALHO ESCASSIO:
graduanda em Direito pela
UNIFUNEC.

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA
(orientador)

RESUMO: A questão da responsabilidade da Pessoa Jurídica, da Administração Pública e de alguns entes privados é circundada de muitas dúvidas no campo do direito por conta da reduzida quantidade de informações sobre o tema. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é desenvolver uma profunda análise sobre a responsabilidade da Pessoa Jurídica e de seus constituidores, focando em aspectos normativos de natureza Civil e Penal. Assim a presente obra científica busca dimensionar a evolução conceitual e histórica da Pessoa Jurídica, inclusive das teorias da Responsabilidade Subjetiva e Objetiva e suas exceções legais. Cumpre observar que a responsabilidade penal da PJ vem gerando várias discussões no campo doutrinário, o que fatalmente ocasiona manifesta instabilidade jurídica. A Lei dos Crimes Ambientais (9.605/98) também teve seu conteúdo analisado. O método empregado foi o dedutivo, utilizando das doutrinas mais abalizadas, dispositivos legais e decisões dos tribunais. Diante de todo conteúdo elencado, o resultado alcançado vislumbra a possibilidade de responsabilizar qualquer PJ, na esfera penal ou civil, não havendo nenhuma impossibilidade legal, como será exposto no decorrer da atual obra. Pode ocorrer a punição aos constituidores sem afetar a PJ, que, caso houver indícios de crime, será indiciada e punida.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica. Responsabilidade. Dano. Falta de previsão. Objetiva.

THE CIVIL AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITIES IN THE CURRENT BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: The question of the responsibility of the legal entity, the public administration and some private entities is surrounded by many doubts in the field of law due to the reduced amount of information on the subject. In this sense, the purpose of the present work is to develop a profound analysis of the responsibility of the legal entity and its constituents, focusing on normative aspects of a civil and criminal nature. Thus the present scientific work seeks to size the conceptual and historical evolution of the PJ, including the theories of subjective and objective responsibility and its legais exceptions. It should be noted that the criminal liability of the PJ has been generating several discussions in the

doctrinal field, which inevitably causes manifesting legal instability. The Law of Environmental Crimes (9.605/98) and the Anti -Terrorism Law (12.840/96) also had their content analyzed. The method employed was the deductive method, using the most reasonable doctrines, legal provisions and decisions of the courts. Given all listed content, the result achieved glimpses the possibility of holding any PJ in the criminal or civil sphere, with no legal impossibility, as will be exposed during the current work. In the same vein, punishment may occur to the constituents without affecting the PJ, which, if there is evidence of crime, will be indicted and punished.

Keywords: Legal person. Responsibility. Damage. Lack of foresight. Objective

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica sempre foi objeto de profunda análise jurídica, seja da doutrina ou no âmbito jurisprudencial, mas, nos últimos anos, tem ensejado algumas discussões e dúvidas acerca da caracterização da responsabilidade e das muitas teorias adotadas.

No âmbito do Direito Civil, atinente ao Código Civil de 2002, a possibilidade da pessoa jurídica de direito privado ser responsabilizada é diversa das pessoas jurídicas de direito público. Por outro lado, a teoria da responsabilidade civil objetiva e subjetiva são as adotadas pelo sistema legal brasileiro, mesmo havendo algumas dúvidas e incertezas, pois alguns teóricos sinalizam que a pessoa jurídica não possui personalidade, e, dessa forma, não poderia responder pelo ato de seus constituidores. Mas existem aqueles que constroem sua linha argumentativa no sentido da total possibilidade de responsabilização civil da pessoa jurídica.

O surgimento da obrigação, contratual ou extracontratual, que decorre no desenvolvimento da responsabilidade para as pessoas jurídicas de direito público e privado também será projetado no presente artigo. Nessa perspectiva, a responsabilidade está sempre associada ao conceito de dever, que deriva do ser humano e muda com as alterações na relação jurídica com o próximo.

Outro fato é a responsabilidade penal da pessoa jurídica, visto que não existe significativa profundidade de estudos sobre o tema. Nessa linha, será analisada a Lei dos Crimes Ambientais, pois constitui um marco legal para a fixação da responsabilidade penal a da PJ, assim como o estabelecimento de condutas ilícitas e as possíveis penas aplicadas ao caso; os aspectos processuais também estão analisados.

Nessa perspectiva, o presente artigo é constituído ascendentemente. Primeiro foi exposto o desenvolvimento histórico da instituição PJ, e o seu desenvolvimento conceitual no sistema jurídico nacional. Posteriormente, encaminhou-se para a exposição das teorias

ligadas a responsabilização e ao desenvolvimento da obrigação que enseja a responsabilidade. Os tópicos finais se dirigiram para a descrição da possibilidade da responsabilidade civil e penal da pessoa jurídica de direito público e privado.

Por fim, o objetivo deste artigo é apresentar as pessoas jurídicas e suas responsabilidades; fornecer informações necessárias de forma simples e objetiva.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PESSOA JURÍDICA

A existência da Pessoa Jurídica é tema de grande divergência no âmbito doutrinário, existindo teorias antagonistas acerca de sua natureza, muito por conta das diversas ramificações históricas que dispuseram de valorosa contribuição para a sua construção legal. Diante das divergências interpretativas, sobressai a corrente que reconhece a influência dos períodos longínquos, que contempla o surgimento da Pessoa Jurídica com três fases evolutivas distintas: período Romano, Medieval e Moderno (AMARAL, 2017).

Conforme o pensamento jurídico medieval, no século XIV, composto pelo direito romano pós-clássico, direito canônico e direito germânico, é factível raciocinar e observar a ideia de pessoa jurídica sendo desenvolvida. No primórdio, ainda no direito romano, não existia distinção entre a pessoa jurídica e os indivíduos que a constituíam, pois estes entendiam não existir desconexão do ser humano com seus bens e direitos (AMARAL, 2017).

Posteriormente, regidos pelo pensamento medieval, os pensadores ligados à igreja e ao direito canônico, sob influência do papa Inocêncio IV - figura influente na estruturação do direito canônico -, constituíram a primeira passagem do que seria uma pessoa jurídica, sendo uma *persona* abstrata e distinta dos indivíduos que a constitui. Tal criação decorreu de um caso levado ao julgamento do tribunal canônico, em que milhares de habitantes de uma cidade se revoltaram contra o seu soberano, e, por seguinte, surgiu à dúvida se o imperador ou o administrador poderiam ser castigados em nome de todos (LÔBO, 2021).

Os glosadores (juristas que interpretavam escritos jurídicos e produziam comentários), quando tiveram contato com as ideias lançadas pelo tribunal canônico, foram os primeiros a interpretá-las e sistematizá-las. (AMARAL, 2017).

Nesse sentido, segundo Francisco Amaral, o Direito canônico agregou grande influência para o surgimento da teoria da pessoa jurídica:

Ficava, assim, clara a distinção entre a pessoa do homem e as pessoas fictas, que compreendiam os *corpora* e as *universitas*, tornando-se

definitivamente independentes, distintos, na ciência jurídica, os conceitos de pessoa física, ou natural, e o de pessoa jurídica, coletividade dotada de espírito e individualidade próprias, com patrimônio e responsabilidade independentes dos de seus membros (2017, p. 389).

Tempo mais tarde, o jusnaturalismo, por meio de seus vários teóricos, construiu a denominação de pessoa moral - expressão equivalente à pessoa jurídica -, sendo as "comunidades e corporações". O Código Prussiano e Austríaco adotou tal entendimento, diferente do Código Civil Frances, que divergia da ideia de igualdade entre pessoas físicas e entes jurídicos. Por outro lado, a doutrina alemã tomou posse da criação do jusnaturalismo e desenvolveu a moderna concepção de pessoa jurídica, sendo:

Os juristas alemães tiveram de considerar a existência de sujeitos de direito distintos da pessoa humana, titulares de direitos subjetivos. Essa existência concreta de grupos humanos ou de bens para a satisfação de interesses e necessidades coletivas, com individualidade própria e distinta da de seus membros, impunha o seu reconhecimento ao direito, que lhes outorgava então titularidade jurídica para as suas relações (COELHO, 2016, p.265).

Por outro lado, outros autores interpretam que o direito romano, medieval e o Estado Moderno não foram relevantes para a construção legal da Pessoa Jurídica, pois, segundo estes, a modernidade liberal - período em que ocorreu o desenvolvimento intelectual, legal e sistêmico - foi o principal marco histórico responsável pela consumação da existência da PJ (LÔBO, 2021).

Mesmo com interpretações divergentes, é relevante aduzir o surgimento da pessoa jurídica como um fato composto de várias fases e teorias, ainda em amplo desenvolvimento no campo da ciência do direito.

2.1 Conceito de Pessoa Jurídica

Passada as minúcias históricas acerca do desenvolvimento da pessoa jurídica, torna-se relevante promover específica análise do conceito doutrinário e legal do referido instituto, com foco no direito privado nacional.

A princípio, Código Civil Brasileiro de 2002 não enuncia o conceito de pessoa jurídica de forma direta, cabendo aos doutrinadores civilistas analisar toda cadeia evolutiva da PJ e a forma com que o direito internacional regulamenta o tema.

Coube ao respaldado Clóvis Bevilacqua (1929) a primeira descrição conceitual da PJ, sendo, segundo o referido autor, a reunião de indivíduos, revestida de um fim, dispondo

da existência autônoma dos indivíduos. Outros civilistas foram essenciais na manutenção do conceito desenvolvido pelo autor, ante a evolução social conduzida pelo fortalecimento da democracia.

Nessa linha de raciocínio, em virtude da evolução, o conceito de pessoa jurídica sofreu nova edição, passando a ser tratado como o agrupamento de indivíduos, regido de forma associativa – ante a Lei -, e dotado de personalidade jurídica própria, tendo como premissa a realização de fatos solidários entre seus membros (GAGLIANO; FILHO, 2022).

Por seu termo, Maria Elena Diniz (2012) caracteriza pessoa jurídica como a junção de pessoas naturais ou de ativos, que intenta certo objetivo; reconhecida pela ordem legal como atraente de direitos e obrigações.

Em conceito mais explicativo, Francisco Amaral conceitua o instituto como:

Um conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica. Por analogia com as pessoas físicas, a ordem jurídica disciplina o surgimento desses grupos, reconhecendo-os como sujeitos de direito. Sua razão de ser está na necessidade ou conveniência de as pessoas naturais combinarem recursos de ordem pessoal ou material para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades de cada um dos interessados por ultrapassarem o limite normal da sua existência ou exigirem a prática de atividades não exercitáveis por eles. Organizam-se, assim, de modo unitário, pessoas e bens, com o reconhecimento do direito que atribui personalidade ao conjunto que participa da vida jurídica (2017, p.385).

Logo, uma pessoa jurídica é uma entidade iniciada por um ou mais indivíduos com propósito comum e específico. Característica muito importante é que a PJ possui direitos e obrigações pontuais e específicas que precisam ser cumpridas, independentemente dos fundadores, ou seja, os PJs têm personalidade distinta ao de seus constituidores, mas que é composta por uma ou mais pessoas físicas.

Cumprir observar que as PJ são divididas entre as de direito privado e as de direito público – que se fragmenta em pessoas jurídicas de direito público interna e externa.

Assim, conforme o artigo 41 do CC/2002, as PJs de direito público interno: “União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as autarquias, inclusive as associações públicas; e, as demais entidades de caráter público criadas por lei”. Já as PJs de direito público externo são os demais países e todas as pessoas vinculadas ao direito

internacional público Já quanto as de direito privado, o artigo 44 do CC/2002: “as associações; as sociedades; as fundações; as organizações religiosas; e, os partidos políticos” (BRASIL, 2002, n.p.).

A existência legal da pessoa jurídica decorre da inscrição do ato constitutivo no cartório de registro de pessoa jurídica, devendo existir autorização ou aprovação do Poder Executivo, quando necessário. Inclusive, todas as alterações promovidas no ato constitutivo da PJ devem ser comunicadas ao registro competente, ante a necessidade de arquivamento. O prazo para anulação do registro de constituição da PJ é de 3 anos, fluindo da publicação de sua inscrição (BRASIL, 2002).

Por fim, a pessoa jurídica restou caracterizada como vários indivíduos e bens, organizados para a confecção de finalidade igual, com individualidade e autonomia própria. Por exemplo, uma entidade é entendida como uma empresa, que possui seus próprios direitos e obrigações, únicos e independentes dos direitos e obrigações de seu criador. Isso significa que, como cidadão, existe uma série de obrigações e responsabilidades legais para a pessoa natural e a jurídica. No tópico posterior será abordado o conceito de PJ.

3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

O significado de responsabilidade está atrofiado ao de obrigação. Quando um indivíduo constitui uma obrigação com terceiro, nasce à necessidade de cumpri-la, pois, quando descumprida, aflora a responsabilidade civil de sanar tal falta. Destarte, toda conduta violadora de qualquer dever jurídico originário é fonte da responsabilização civil.

No mesmo sentido salienta Flavio Tartuce:

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual (2021, p.449).

Os autores civilistas Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona (2022) aludem que a responsabilidade decorre de uma obrigação derivada, ou melhor, um dever jurídico sucessivo, de ostentar os efeitos jurídicos de um fato, podendo variar em concílio aos desejos do lesado. Ante isso, a responsabilidade não pode se dissociar do dispositivo legal. Toda obrigação deve ser descumprida por um motivo impróprio ou ilegítimo, pois a existência da responsabilidade moral ou legal não é admitida pela legislação civil. Por

exemplo, não existe responsabilidade quando ocorre o descumprimento de uma premissa religiosa, moral, ética ou cultura. Deve existir descumprimento da legislação pertinente.

A responsabilidade, dessa forma, pode ser classificada com objetiva e subjetiva. Cada uma dispõe de um conceito distinto, mas almejam a mesma finalidade: reparar o dano.

Na responsabilidade subjetiva, estruturada sub a arrima da culpa, o sujeito lesado deve constituir prova da conduta que propiciou o dano, o nexo causal entre o dano e a conduta e, por fim, a culpa do agente. Está sempre é baseada na ideia central de culpa (*lato sensu*) (TARTUCE, 2021).

Responsabilidade subjetiva, segundo Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona, tem relação afetiva com o instituto da culpa:

A noção básica da responsabilidade civil, na doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa — unuscuque sua culpa nocet. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu (2022, p.375).

Em sentido diverso surge à responsabilidade civil objetiva ou legal, em que sua constituição obsta o elemento culpa. Assim, o dever de reparação do dano está condicionado à comprovação do dano e do nexo de culpabilidade. Essa mesma linha de raciocínio pode ser observada na brilhante passagem de Caio Pereira (2020, p.559): “O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeita à sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente”.

Por fim, cumpre observar que o Código Civil de 1916 era afeito a acepção da teoria subjetiva, mas não previa. Posteriormente, o Código de 2002 tornou a responsabilidade subjetiva uma regra geral para todas as situações previstas no regulamento privado, dentro dos parâmetros legais.

Nessa perspectiva o ilustre doutrinador Flavio Tartuce (2021) ilustra a ação de responsabilidade civil como uma corrida de duas barreiras, em que a primeira seria a culpa e a segunda é o dano, e, para alcançar a linha de chegada (indenização pelo prejuízo sofrido), é necessário percorrer tais obstáculos.

3.1 Responsabilidades contratual e extracontratual

O surgimento da responsabilidade na órbita jurídica, como já tratada, decorre do descumprimento de algum preceito legal ou ilegal, ou melhor, obrigacional. Fato conjunto é o descumprimento de termo contratual ou extracontratual.

A princípio, o contrato é um instrumento jurídico, que, quando não cumprido, faz nascer a real possibilidade de acionar o poder judiciário com ânimo de responsabilizar a parte descumpridora. Por outro lado, a responsabilidade que surge do descumprimento de qualquer preceito legal e, por seguinte, incorra em dano - moral, material, estético ou físico – influi na possibilidade de ingressar com ação pertinente com ânimo de buscar reparação proporcional, é a responsabilidade extracontratual (ou aquiliana) (AGUIAR, 1979).

A distinção vige no fato de que a responsabilidade civil decorre do descumprimento de contrato existente, e a extracontratual surge do descumprimento de um dever legal (ALVARES; NOVAIS, 2020).

Alguns doutrinadores, como Fernando de Noronha (2003 *apud* TARTUCE, 2022) aludem que a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual não mais perdura, pois, a relação legal entre os institutos é a mesma. O fato ilícito ou lícito decorre de um mesmo nascedouro, a violação de dever jurídico preexistente.

No entanto, prospera o entendimento de que a distinção existe e deve ser observada. No que tange a responsabilidade extracontratual, com olhares ao Código Civil de 1916, o único pilar para a caracterização da responsabilidade era o ato ilícito, que era previsto no artigo 159. Já no atual dispositivo Civil de 2002, a responsabilidade é decorrente da conjunção de ato ilícito (art. 186), que seria qualquer ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, e o abuso de direito (art. 187) consistente no excesso no exercício de direito – limites econômico ou social (TARTUCE, 2022).

O mesmo autor faz uma observação importante:

O ato ilícito pode ser civil, penal ou administrativo, sendo certo que o primeiro interessa a presente obra. Entretanto, é fundamental apontar que há casos em que a conduta ofende a sociedade (ilícito penal) e o particular (ilícito civil), acarretando dupla responsabilidade. Exemplificamos com um acidente de trânsito, situação em que pode haver um crime, bem como o dever de indenizar. Porém, não se pode esquecer a regra prevista no art. 935 do CC/2002, segundo a qual a responsabilidade civil independe da criminal, regra geral (TARTUCE, 2022, p.451).

As Pessoas Jurídicas de direito privado, anteriormente dimensionadas, são passíveis de responsabilização subjetiva. O dano ao patrimônio alheio decorre de qualquer ação ou omissão oriunda dos agentes físicos vinculados a PJ. Dando esteio ao fato qualquer obrigação contratual ou extracontratual, ambas já relatadas.

Assim, o Direito Civil adotou a responsabilidade civil subjetiva como regra e a objetiva como exceção, ante a previsão no dispositivo legal de 2002, em especial no artigo 186, cujo texto aduz e fixa responsabilidade a todos os entes privados, devendo demonstrar culpa: *lato sensu* (dolo) ou *stricto sensu* (imprudência, Negligência e Imperícia) (GONÇALVES, 2021).

4 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Até a metade do século XIX, preponderou, no mundo ocidental, o entendimento de que o Estado não possuía responsabilidade pelo dano causado por seus agentes. O Estado não era responsabilizado por nada. Os danos não eram indenizados e o particular se mantinha em situação de estagnação legal (COELHO, 2016).

O referido entendimento foi ultrapassado pelo "Estado de direito", segundo o qual os direitos e obrigações aplicáveis às pessoas coletivas, em geral, também se aplicam ao Estado. A responsabilidade civil pode agora ser atribuída ao Estado como resultado de danos causados a terceiros pelos atos ou omissões dos agentes estatais.

Dessa forma, é melhor usar a expressão responsabilidade civil da administração, pois decorre do ato de administração, não do ato do Estado como entidade política.

A partir da Constituição Federal de 1988, artigo 37, §6º, o constituinte invocou a Teoria da Responsabilidade Objetiva, cujo conteúdo dimensiona que qualquer PJ de direito público ou de direito privado que preste serviço público responderá pelos danos que ensejar a qualquer ente particular. Ou seja, quando a administração Pública gera dano a qualquer pessoa física ou jurídica, seja qualquer, tem o dever e a responsabilidade de indenizar (BRASIL, 1988).

Assim, a administração Pública, por dispor do poder de império a sua disposição, tem plenos poderes impositivos e coercitivos sobre qualquer pessoa física, existindo visível relação de verticalidade. Em consonância com tal fato, a teoria da responsabilidade objetiva tem manifesta aplicabilidade entre os entes da administração pública direta e indireta (quando for evidenciado vínculo relativo à prestação de qualquer serviço). Inclusive, a administração deve arcar com risco maior, pois promove atividades que dispõe de maiores prerrogativas e poderes (VENOSA, 2008).

Quando o Poder Público causa dano à terceiro, por meio dos seus agentes, quando no desenvolvimento de suas funções, deve o ente público ressarcir o dano, que pode ser moral ou material, mas que deve ser certo e real, não podendo ser presumido. Nada obsta, é possível a cumulação dos danos em uma única ação (SPITZCOVSKY, 2022).

Nesse sentido, como o estado não consegue agir no mundo físico ou intelectual por si própria, cabe a seus agentes a prática da atividade lesiva, seja por meio de conduta comissiva ou omissiva.

Os agentes públicos, termo usual previsto no artigo 37, IX, CF/88, são aqueles vinculados ou ligados a Administração Pública pela prestação de qualquer serviço e atividade. Ou melhor, "todas as pessoas físicas que, sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele, prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade". Figura neste rol os agentes políticos, os servidores governamentais, delegados de serviços públicos (autorizatários, concessionários e permissionários), os requisitados, os temporários, gestores de negócios públicos, contratados segundo o regime locação civil e, por fim, os militares (GASPARINI, 2011, p. 76).

Essa característica faz surgir à teoria do fato de terceiro (ou de outrem), sendo, nos dizeres de Alvino Lima:

A responsabilidade civil pelo fato de outrem se verifica todas às vezes que alguém responde pelas consequências jurídicas de um ato material de outrem, ocasionando ilegalmente um dano a terceiro. Em matéria de responsabilidade pelo fato de outrem, a reparação do dano cabe a uma pessoa que é materialmente estranha à sua realização.(1973, p.20).

Caso a administração esteja envolta em práticas danosas ao patrimônio privado, seja em decorrência de ação lícita ou ilícita, cabe à indenização, em decorrência da responsabilidade extracontratual, tema já tratado anteriormente. Por outro lado, quando existir o descumprimento de contrato, irá ensejar a responsabilidade contratual, tendo em vista uma obrigação fixada anteriormente entre a administração pública e qualquer outro ente.

Para que o Estado indenize é necessário provar o dano à esfera moral ou patrimonial, a origem do dano, que deve decorrer de uma ação ou omissão, lícita ou ilícita, oriunda da administração pública e, por último, o nexo causal (ligação fática) entre o dano e a ação do agente pública. Não precisa demonstrar dolo ou culpa - definição tratada detalhadamente no tópico anterior.

Cumpra salientar que a teoria da responsabilidade objetiva é voltada especificamente ao Poder Público. O agente público causador do dano deverá responder segundo a teoria da responsabilidade subjetiva. Ou seja, a pessoa jurídica de direito público tem o encargo de provar que o agente público incorreu no dano por culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou por dolo (manifesta vontade de praticar o dano), além da comprovação da conduta, do dano e do nexa causal. É necessário que já tenha ocorrido à sentença condenatória contra a PJ de direito público. Tal situação é conhecida com direito de regresso contra o causador do dano (SPITZCOVSKY, 2022).

Por fim, a título de exemplo, quando um operário de retroescavadeira da prefeitura de algum município brasileiro colide contra um muro de uma residência privada, gerando dano material significativo, abre manifesta possibilidade de o dono da propriedade acionar judicialmente a prefeitura, expondo o dano material e a relação causal com a ação ou omissão do operador da retroescavadeira, ou seja, incide a responsabilidade civil objetiva. Cabe a prefeitura, PJ de direito Público, interpor ação regressiva contra funcionário público envolvido, devendo provar dolo ou culpa, repercutindo a teoria da responsabilidade civil subjetiva (GASPARINI, 2011).

5 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A discussão sobre a responsabilidade penal das empresas tem gerado um intenso debate no campo acadêmico em relação aos fundamentos teóricos e político-criminais que sustentam a opção de atribuir responsabilidade criminal às entidades jurídicas.

Alguns estudiosos argumentam vigorosamente a favor da necessidade de estabelecer um sistema de imputação adequado para atingir esse objetivo, enquanto outros criticam severamente as propostas existentes até o momento e questionam profundamente a própria existência de uma responsabilidade penal atribuída às pessoas jurídicas.

A diversidade de entendimentos conduz o surgimento da *societas delinquere non postest*, prevendo a impossibilidade da PJ praticar ilícitos penais ou incorrer em penalidades de natureza criminal, por outro lado, emerge a *societas delinquere potest*, em que a pessoa jurídica possui ampla responsabilidade por ilícitos penais (PATÓN, 2021).

Nesse caminho, existem aqueles que afirmam ser impossível responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas. O doutrinador Luís Greco (2018), em suas palavras, entende que a pessoa jurídica não possui mente ou corpo, não tendo capacidade de decisão. Só as pessoas físicas respondem por ilícitos penais, mesmo quando existem aparentes indícios de ações específicas do ente moral.

Ainda, Busato (2018, p.40), utilizando das palavras de René Dotti, conduz seu raciocínio por meio de uma analogia. Segundo ele, a capacidade delitiva nunca pode ser atribuída a um ente sem moral e irracional, seria como misturar azeite e vinagre, ou mais, contemplaria verdadeira absurda ficção legal.

A doutrina reúne algumas hipóteses que rechaçam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. "a) não há responsabilidade sem culpa; b) violação do princípio da personalidade das penas; c) impossibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade; d) impossibilidade de a pessoa jurídica arrepender-se, intimidar-se ou ser reeducada"(SHECAIRA, 2011, p. 91-92).

Por outro lado, uma linha de pensamento favorável, assenta que a capacidade de culpabilidade - elemento que, cumulado com a tipicidade e a antijuridicidade, essencial para a caracterização do crime - nunca constituiu barreira para a imposição do sistema penal nacional sobre o sujeito, tendo em vista a real possibilidade dos entes coletivos violarem bens jurídicos diversos, como, por exemplo, o caso de Brumadinho e Mariana (BUSATO, 2018).

Com o fim de justificar a factível responsabilidade da PJ, o professor argentino Baigún (2000) promoveu um sistema voltado à substituição da culpabilidade atinente aos seres humanos por um entendimento de responsabilidade social relativa aos entes morais. A princípio seria necessário analisar a "atribuibilidade" da ação, sendo um juízo de separação entre a conduta da pessoa física e da pessoa jurídica. Depois seria analisada a exigibilidade de outra conduta, ou seja, as possibilidades reais de ação da pessoa jurídica em vista do fato do criminoso.

Com a mesma linha de raciocínio, Shecaira (2011, p.110) observa que:

Quanto ao segundo argumento informado por Shecaira, parece não constituir um verdadeiro óbice aos modelos que adotam um sistema de imputação pautado na autorresponsabilidade, uma vez que não haveria qualquer transferência da culpa e, assim sendo, não há violação do princípio da personalidade das penas. Em outras palavras, uma vez que o injusto é cometido como expressão da atividade própria da pessoa jurídica e não há transferência do ato da pessoa física para a pessoa jurídica, como geralmente ocorre nas formulações que operam com o conceito de heterorresponsabilidade, a pena é aplicada diretamente ao ente moral em decorrência da atividade que lhe pertence.

Instado pela tangente divergência a Constituição Federal de 1988 previu, no artigo 225, §3º, a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, ante a violação aos preceitos ambientais (BRASIL, 1988).

Entende-se que a pessoa jurídica é passível de cometer ação e, sendo assim, pode ser responsabilizada penalmente. Isso porque, é inobstante que as empresas podem lesionar e pôr em perigo os bens jurídicos no âmbito econômico, do meio ambiente, urbanístico, ou em qualquer outro no qual se desenvolvam normalmente suas atividades empresariais.

5.1 Segundo a Lei dos Crimes Ambientais

Em decorrência da evolução econômica, política e social, como já tratado posteriormente, o sistema jurídico (inter)nacional sofreu modificações – e ainda está sofrendo -, entre estas, cumpre enfatizar a responsabilização criminal das pessoas morais.

Segundo Dmitri Franco (2017, p.96), os problemas ambientais propiciados pela evolução social foram fundamentais para ao estudo da responsabilidade das PJ:

Tal questão acima descrita veio à pauta para fazer frente ao grande problema mundial dos danos ambientais, os quais, em razão de seu volume e extensão, somente são possíveis de serem causados por coletividades de pessoas organizadas (empresas, poder público etc.). Esta responsabilização foi uma resposta da sociedade e do Direito à impunidade criminal das pessoas morais e das pessoas naturais que se escondiam dentro daquelas, portadoras de convenientes e complexas estruturas organizacionais.

A constituição Federal de 1988 foi à percussora da responsabilidade penal da PJ no sistema jurídico brasileiro, ante a previsão no artigo 225, §3º, que fixa: “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”. O artigo 173, §5º, do mesmo texto, também abre margem para a responsabilização penal da PJ, seja por atos praticados contra a ordem pública ou contra a economia popular (BRASIL, 1988).

A primeira regulamentação sobre o tema surgiu pela Legislação dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), que regulamentou a possibilidade das penalidades sobre a própria Instituição, e, principalmente, sem prejuízo da responsabilidade das pessoas naturais que propiciaram ou possibilitaram a conduta típica.

O artigo 3º da Lei 9.605 instituiu uma tríplice punição – Civil, Penal e Administrativa – que pode recair sobre a PJ, quando a conduta ilícita for praticada por decisão ativa de qualquer representante legal ou contratual, ou de seus órgãos colegiados, ou com fim de favorecer a entidade (BRASIL, 1998).

As punições destinadas às pessoas jurídicas nos casos de crimes ambientais são classificadas em diferentes categorias, que incluem sanções restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade e multas. Conforme estabelecido pelo artigo 21 da Lei 9.605/1998, essas penalidades podem ser aplicadas de forma cumulativa, isolada ou alternativa. As sanções restritivas de direitos abrangem a suspensão parcial ou total das atividades da empresa, a interdição temporária de estabelecimentos, obras ou atividades, bem como a proibição de contratar com o Poder Público e de obter subsídios, subvenções ou doações desse órgão por um período de até 10 anos (ALVARES; NOVAIS, 2022).

Porém, a prestação de serviços à comunidade é categorizada da seguinte forma: financiamento de programas e projetos voltados para o meio ambiente; realização de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos; e contribuições a organizações ambientais ou culturais de caráter público (ALVARES; NOVAIS, 2022).

Fato importante afluído pela Lei dos Crimes Ambientais foi à previsão de que a punição sobre a PJ nada influencia na responsabilização da Pessoa Natural que tiver envolvimento na prática ilícita. Tal questão foi objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial, pois existia dúvida se seria necessário ajuizar ação penal unicamente contra a PJ quando houver provas de prática direta por sócios, diretores ou administradores. Assim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do resp. 610114/RN, adotou a teoria da dupla imputação, abrindo margem para responsabilizar a PJ e a Pessoa Natural quando existirem provas de conivência com a prática ilícita (ALVARES; NOVAIS, 2022).

Assim, o diretor, o administrador, o membro de conselho, o auditor, o preposto ou mandatário podem ser tratados como agente ativo do crime, seja pela conduta comissiva ou omissiva, podendo ensejar responsabilidade sobre a própria pessoa física ou sobre a PJ.

O respaldado doutrinador Dmitri Franco (2017, p.100) traz a seguinte conclusão:

Com tal inovação legislativa, tanto as pessoas jurídicas quanto físicas foram responsabilizadas pelos crimes ambientais que cometem ou concorrem para a sua consumação, ou seja, ambos ocuparam a posição de sujeito ativo da prática delituosa, apenados de acordo com sua participação ou culpabilidade. Em uma pessoa moral, poderemos ter a culpabilidade de toda a organização hierárquica, enquanto pessoas naturais, individualmente ou em colegiados, e até

mesmo da própria pessoa moral, tanto por ação quanto por omissão, quando poderiam ter agido para evitar a prática, e não o fizeram.

Finalmente, de acordo com a análise de Marcio Fioravante (2020), é destacado que, na legislação atual do Brasil, as pessoas jurídicas são sujeitas a responsabilidade penal exclusivamente em casos de crimes ambientais. Não existe qualquer possibilidade de uma entidade jurídica ser responsabilizada criminalmente por delitos em que o objeto jurídico seja a saúde pública.

6 CONCLUSÃO

Enfim, com a profunda análise sobre específicos elementos ligados a responsabilidade civil e penal, no panorama do direito brasileiro, é fático concluir que a pessoa jurídica é criada pela vontade das pessoas naturais, e, uma vez constituída, tem vida própria, sujeita a direitos e a obrigações, devendo ser responsabilizada quando evidenciada práticas irregulares, que pode decorrer do descumprimento de obrigações contratuais ou extracontratuais. Diferente são as pessoas jurídicas de direito público, pois decorrem de previsão legal, regidos pelo direito público.

Mesmo que alguns doutrinadores interpretem que a pessoa jurídica não se dissocia da pessoa física, é imperioso compreender a PJ como um ente promovido e constituído a partir de uma finalidade própria e única, enquanto seus constituidores são elementos "dissolvidos" dentro da sua estrutura legal. Isso não significa a total responsabilidade da PJ. Pode ocorrer a responsabilização civil da pessoa física e da Pessoa jurídica pelo mesmo patamar, claro, conforme o proporcional envolvimento no ato danoso.

A pessoa jurídica de direito público possui abissal diferença da pessoa jurídica de direito privado. Ambas as pessoas jurídicas que dispõem de teorias distintas. A pessoa jurídica de direito privado ira responder conforme a teoria da responsabilidade objetiva, sendo imperioso demonstrar a dano, culpa e nexa causal, conforme aduz o Código Civil de 2002, mas, alternativamente, em casos específicos, maneja a responsabilidade objetiva. Por outro lado, a pessoa jurídica de direito público, dimensionada nos termos da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade civil é objetiva, o que arremete a comprovação do dano e o nexa causal.

A responsabilidade penal da PJ é outro tema cingido de discussão, pois alguns aderem à ideia de que a estrutura penal foi desenvolvida para reprimir ilícitos penais promovidos por pessoas naturais. No entanto, tal premissa não pactua com o atual panorama do direito brasileiro, pois a Lei dos Crimes Ambientais é exemplo manifesto da possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica - Pública ou privada -, por ilícitos penais.

Assim, é possível concluir que os entes morais são responsáveis na área civil e na área penal. A responsabilidade está sempre associada ao conceito de dever, que decorre das pessoas humanas, sejam negligentes ou submissas, devendo existir e prosperar a real possibilidade de responsabilização individual da pessoa jurídica, diferente dos seus constituidores.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Dias José. **Da Responsabilidade Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ALVARES, Alonso Santos; NOVAIS, Renato. **Responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais**. Migalhas, 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/362098/responsabilizacao-penal-da-pessoa-juridica-em-crimes-ambientais>>. Acesso em: 09 jan. 2022.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547221720. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547221720/>>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Constituição de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Dispõem sobre o Código Civil**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas** pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF, 1 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente**, e dá outras providências. Brasília, DF, 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BUSATO, Paulo César. **Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas**. 1. Ed. Florianópolis, SC: tirant Lo Blanch 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 5. ed. Salvador: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRANCO, Dmitri Montanr. **Reponsabilidade legal pelo dano ambiental: a aplicação das excludentes de responsabilidade**. Rio de Janeiro: Blucher, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Parte Geral**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620711. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620711/>>. Acesso em: 29 set. 2022.

GASPARINI, Diogénes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GRECO, Luís. **Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas**. 1. ed. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LOURENCINI, Antônio Rogério. **O direito canônico e a formação do direito ocidental moderno**: Dos fundamentos do direito canônico à sua geral influência no ordenamento jurídico estatal, mormente no direito de família (matrimônio). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27059>. Acesso em: 1 ago. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito civil: parte geral**. Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

PISDC. **O direito canônico na história do direito**. PLFR, Rio de Janeiro, jul de 2019. Disponível em: < <https://pisdc.org.br/o-direito-canonico-na-historia-do-direito/>>. Acesso em: 31 jul. 2022

PATÓN, Victor Martinez. **Conversaciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. 1. Ed. Bogotá: J.M. Bosch Editot, 2021.

SPITZCOVSKY, Celso. **Esquematizado - Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 1. vol. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

PRINCIPAIS MEDIDAS ADOTADAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PARA NÃO INCLUSÃO DO INDIVÍDUO NO SISTEMA PRISIONAL

MARIO MARQUES CASTILHO HACHUY:

Graduando em Direito pela Universidade Brasil. Graduado em Administração Pública pela Universidade Federal de Uberlândia e Pós-Graduado em Direito Administrativo com Ênfase em Carreiras de Tribunais pela Faculdade Focus¹⁸⁶.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI¹⁸⁷

(orientador/coautor)

Resumo: O ordenamento jurídico penal no país adota diversos mecanismos de controle capazes de impedir como consequência final a reclusão como medida a ser adotada para cumprimento da pena. Há diversas maneiras adotadas pelo Estado por meio de seus instrumentos legais que permitem que o indivíduo não tenha como consequência dos crimes praticados sua inclusão no sistema prisional. Serão analisados os principais instrumentos utilizados pelo Sistema Penal Brasileiro que trazem como consequência o não – encarceramento e a adoção de outras medidas penais para o exercício jurisdicional de prevenção, ressocialização e punição do Estado. A presente pesquisa bibliográfica aborda as principais medidas penais adotadas no país, com destaque para as medidas despenalizadoras dos crimes de menor potencial ofensivo, a utilização da Suspensão Condicional do Processo, da Pena Restritiva de Direitos, da Suspensão Condicional da Pena e do Acordo de Não Persecução Penal. O ponto de reflexão que se busca é verificar os instrumentos adotados pelo Sistema Penal para o cumprimento dos objetivos almejados pelo sistema penal, como a prevenção, a reparação e o combate a criminalidade de modo satisfatório garantindo a segurança e a justiça para a sociedade.

Palavras-chave: Sistema Penal Brasileiro. Medidas Penais. Criminalidade.

Abstract: The criminal legal system in the country adopts several control mechanisms capable of preventing, as a final consequence, imprisonment as a measure to be adopted to comply with the sentence. There are several ways adopted by the State through its legal instruments that allow the individual not to be included in the prison system as a consequence of the crimes committed. The main instruments used by the Brazilian Penal System that result in non-incarceration and the adoption of other criminal measures for

186 E-mail: mchachuy@gmail.com

187 Professor Orientador da Universidade Brasil. Juiz de Direito do TJSP. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Especialista em Direito Público. E-mail: alexandre.kiataqui@ub.edu.br

the jurisdictional exercise of prevention, rehabilitation and punishment of the State will be analyzed. This bibliographical research addresses the main criminal measures adopted in the country, with emphasis on the depenalizing measures of crimes of lesser offensive potential, the use of the Conditional Suspension of the Process, the Restrictive Penalty of Rights, the Conditional Suspension of the Penalty and the Agreement of No Criminal prosecution. The point of reflection that is sought is to verify the instruments adopted by the Penal System for the fulfillment of the objectives sought by the penal system, such as prevention, reparation and the fight against crime in a satisfactory way, guaranteeing security and justice for society.

Keywords: Brazilian Penal System. Penal Measures. Crime.

Introdução

Há instrumentos de correção penal adotados pelo ordenamento jurídico do país que buscam, como medidas diversas da prisão, o caráter punitivo, preventivo e ressocializador do Estado para proteção dos principais bens jurídicos tutelados.

Nem todo bem jurídico é tutelado pelo Direito Penal. Apenas os de maior relevância. As normas penais tutelam esses bens de forma mais intensa que outros ramos do Direito.

Logo o Direito Penal tem como objetivo a defesa dos bens jurídicos fundamentais para a sociedade.

O Estado, ao impor sanção para quem viola a norma penal, exerce o seu papel preventivo, retributivo e ressocializador. Segundo Fernando Capez (2006, p.17), a pena pode ser definida como:

[...] a sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cujas finalidades são aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Como medidas de caráter sancionador, punitivo e ressocializador, além da restrição de liberdade do indivíduo, o Estado adota também outros instrumentos jurídicos para o alcance de seus objetivos.

Ao longo do tempo, nota-se que a legislação sofreu diversas mudanças para a aplicação efetiva de uma justiça pautada pelos princípios da adequação social, da intervenção mínima e da proporcionalidade.

Verifica-se, portanto, sobre o cumprimento de penas alternativas e a modificação na tendência de recrudescimento do sistema penal brasileiro segundo Capez (2022, p. 1056) que:

O objetivo da atual lei é dar cumprimento ao disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que prevê a pena de prestação social alternativa, e atingir as seguintes metas:

- (i) diminuir a superlotação dos presídios e reduzir os custos do sistema penitenciário;
- (ii) favorecer a ressocialização do autor do fato, evitando o deletério ambiente do cárcere e a estigmatização dele decorrente;
- (iii) reduzir a reincidência, uma vez que a pena privativa de liberdade, dentre todas, é a que detém o maior índice de reincidência;
- (iv) preservar os interesses da vítima.

Houve, portanto, significativa mudança promovidas pelo sistema jurídico, especialmente na legislação penal e processual penal trazendo verdadeira mudança de paradigma quanto ao real papel do Estado no cumprimento da justiça e a ressignificação do termo condenado, passando de um indivíduo marginalizado pela sociedade para um indivíduo inserido dentro de um contexto social que se busca a inserção do apenado, mediante o preenchimento de diversos requisitos, para o convívio em sociedade.

Medidas Despenalizadoras para os Crimes de Menor Potencial Ofensivo

Para evitar a instauração de um processo nas infrações de menor potencial ofensivo, podem ser adotadas a composição dos danos civis e a transação penal.

A composição dos danos civis é um acordo firmado entre a vítima e o autor do fato visando à reparação dos danos, materiais e morais, provocados pela infração cometida. Este acordo acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, a depender se o crime for de ação penal privada ou ação penal pública condicionada a representação respectivamente. Por consequência também acarreta a extinção da punibilidade conforme se verifica *in verbis*:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

A transação penal consiste no acordo celebrado entre o membro do Ministério Público e o autor do fato criminoso para que este cumpra pena restritiva de direitos ou multa evitando-se por consequência o prosseguimento de um processo. Mesmo que a vítima tenha exercido o direito de representação (na ação penal pública condicionada), este instrumento ainda pode ser utilizado.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Importante observar que, neste caso, é necessário a observância de alguns requisitos para que o acordo seja celebrado e homologado. O autor da infração não pode ter sido condenado à pena privativa de liberdade por sentença definitiva; não pode ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, à pena restritiva de direitos ou multa; e os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias devem ser favoráveis à adoção da medida.

Penas Restritivas de Direitos

Como medidas diversas da prisão, destacam-se as penas restritivas de direitos, que basicamente consistem em obrigações de dar, fazer ou não fazer.

Para sua aplicação, devem ser observados os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, quais sejam: pena privativa de liberdade não superior a quatro anos nos crimes dolosos; crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; réu não for reincidente em crime doloso (salvo, se em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime); a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Quanto à espécie de penas restritivas de direito, vale mencionar: prestação pecuniária; perda de bens e valores; limitação de fim de semana; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; e interdição temporária de direitos.

Suspensão Condicional do Processo

Com a suspensão condicional do processo objetiva-se impedir eventual prolação de sentença condenatória criminal. É cabível nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. E não se restringe apenas à Lei nº 9.099/95.

A suspensão condicional do processo pressupõe, portanto, processo criminal em curso.

O Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena

Veja as observações trazidas por Fernando Capez (2022, p. 1228) quanto aos requisitos do presente instituto despenalizador:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não pela aludida lei (Lei n. 9.099/95, art. 89), o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 a 4 anos, desde que preenchidos os requisitos legais. Aceita a proposta, o acusado se submeterá a um período de prova.

A suspensão condicional do processo não gera reincidência. Isso porque a suspensão do processo prevista nessa lei é uma transação, não gerando efeito de sentença condenatória, pois não implica o reconhecimento de crime pelo beneficiário, não ensejando, conseqüentemente, a perda da primariedade.

Suspensão Condicional da Pena

A suspensão condicional da pena, também conhecida por "Sursis", tem por fim suspender a execução da pena privativa de liberdade.

É cabível nas penas privativas de liberdade não superiores a 2 (dois) anos. Além disso, o condenado não pode ser reincidente em crime doloso (salvo na hipótese de condenação anterior a pena de multa). A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a

concessão do benefício. E não seja indicada ou cabível a substituição por pena restritiva de direitos.

Preenchidos os requisitos, a execução da pena privativa de liberdade poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana.

Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: a) proibição de frequentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

Acordo de Não Persecução Penal

As alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, comumente chamada de Pacote Anticrime, trouxeram uma nova modalidade de acordo, que visa não dar início ao processo judicial, celebrado entre o Ministério Público e o autor da infração penal, assistido por seu defensor.

O instituto está previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Em regra, o acordo é feito antes do oferecimento da denúncia. Possui, portanto, natureza extraprocessual. Mas, para produzir efeitos, deve ser homologada judicialmente.

São requisitos para celebração do acordo: confissão formal e circunstanciada do investigado; infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

A mera falta de confissão do autuado, durante o inquérito policial, não impede que o Ministério Público analise o oferecimento do acordo de não persecução penal. Esse o recente entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao analisar o HC 657.165. De acordo com o Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz:

Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta (...)

O Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Realizado o Acordo (ANPP), o autor da conduta cumprirá certas condições especificadas no referido artigo *in verbis*:

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

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Não se aplica, porém, o acordo quando: for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Não se aplica ainda nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Vale ressaltar dois pontos importantes. No RHC 161.251, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), seguindo posição do Supremo Tribunal Federal (STF), reafirmou que o oferecimento de acordo de não persecução penal é faculdade exclusiva do Ministério Público – não se tratado de direito subjetivo do investigado. No julgamento dos HC's 607.003 e 628.647, respectivamente, a Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entenderam que o acordo de não persecução penal se aplica a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. A decisão refletiu o posicionamento já firmado pelo STF no HC 191.464.

Cumprida as cláusulas do acordo, o investigado será beneficiado com a extinção da punibilidade.

Considerações Finais

Constata-se que o ordenamento jurídico, preenchidas as condições e requisitos necessários, em vez de incluir o indivíduo no sistema prisional, no qual agrava ainda mais sua marginalização social e contato com organizações criminosas, autoriza a utilização de outros meios para que haja efetiva repressão da conduta ilícita, reparação do dano causado e punibilidade proporcional e eficiente para o cumprimento do papel do Estado na concretização da justiça.

O sistema jurídico utiliza-se de critérios subjetivos e objetivos, baseados na culpabilidade, na conduta, nos aspectos temporais da pena, na intencionalidade do agente, proporcionando os maiores benefícios para as condutas culposas, e menos benefícios às condutas dolosas, considerando fundamentalmente também a reincidência do agente.

Destaque importante se faz com o advento do acordo de não persecução penal que trouxe relevante contribuição para a celeridade dos procedimentos realizados pelo Ministério Público e efetiva redução nas demandas judiciais criminais, que em certos momentos pode acarretar processos tortuosos o bastante para causar a extinção da punibilidade pela prescrição intercorrente no processo.

Portanto, os benefícios aqui expostos, oferecem uma alternativa à pena privativa de liberdade e contribuem de modo satisfatório para a redução da superlotação de presídios e ressocialização dos condenados. Além disso, contribuem com a efetividade na prestação jurisdicional dos processos em curso e no cumprimento das penas de modo satisfatório.

Referências

ANDREUCCI, R. A. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. ISBN digital 9786555598377

BARROSO, D.; MARQUES, F.; TASOKO, M.; JUNIOR, M. A. A.; PAIVA, R.; CALDEIRA, S. **Prática Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. ISBN digital 9786553624825

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 mai. 2023.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 18 mai. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2023

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 12ª edição. São Paulo, Damásio de Jesus, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 22. edição. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN digital 9786555596045.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 26. edição. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN digital 9786555596021

ESTEFAM, A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN digital 9786555596434

Revista Eletrônica. 2022. **Recurso Em Habeas Corpus Nº 161.251 - PR (2022/0055409-2)** Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2171347&num_registro=202200554092&data=20220516&formato=PDF>.

Acesso em: 18 mai. 2023.

Revista Eletrônica. 2020. **AgRg no Habeas Corpus Nº 628.647 - SC (2020/0306051-4)** Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2018416&num_registro=202003060514&data=20210607&peticao_numero=202000977091&formato=PDF>. Acesso em: 18 mai. 2023.

Revista Eletrônica. 2020. **Habeas Corpus Nº 607.003 - SC (2020/0210339-9)**

Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2006671&num_registro=202002103399&data=20201127&formato=PDF>.

Acesso em: 18 mai. 2023.

Supremo Tribunal Federal. 2020. **Ag.Reg. No Habeas Corpus 191.464 Santa Catarina**

Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345082439&ext=.pdf>>.

Acesso em: 18 mai. 2023.

O CARÁTER INQUISITIVO DO INQUÉRITO POLICIAL: PRIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

JEOVÁ PONCE LEONES:
graduando em Direito pela
UNIRG.

CEZAR HENRIQUE FERREIRA COSTA

(orientador)

RESUMO: O presente estudo visa apresentar a privação das garantias constitucionais dos direitos ao contraditório e à ampla defesa aplicados ao caráter inquisitivo do inquérito policial. Alguns aspectos do direito penal e processual penal possuem grande relevância social por se tratar de direitos e garantias fundamentais no curso da sua execução. No que tange ao inquérito policial, que denota a investigação do fato, na sua materialidade e da sua autoria, o seu caráter inquisitivo presa pela presunção da verdade dos fatos, tendo o investigado direito à ampla defesa e ao contraditório, portanto se faz necessário o presente artigo para determinar as atribuições das garantias constitucionais supracitadas na incidência do inquérito policial, tendo como fundamento da sua pesquisa de natureza bibliográfica a composição do contexto histórico e natureza jurídica do inquérito policial, bem como o seu caráter inquisitivo e a aplicação dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: Direito Penal. Ampla Defesa. Garantias Constitucionais. Inquérito Policial. Contraditório.

THE INQUISITIVE CHARACTER OF THE POLICE INVESTIGATION: DEPRIVATION OF THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF THE CONTRADICTORY AND FULL DEFENSE. LEONES

ABSTRACT: The present study aims to present the deprivation of the constitutional guarantees of the rights to the adversary and full defense applied to the inquisitive character of the police investigation. Some aspects of criminal law and criminal procedure have great social relevance because they are fundamental rights and guarantees in the course of their execution. With regard to the police inquiry, which denotes the investigation of the fact, in its materiality and its authorship, its inquisitive character trapped by the presumption of the truth of the facts, having the investigated right to full defense and contradictory, therefore it is necessary the this article to determine the attributions of the aforementioned constitutional guarantees in the incidence of the police investigation, based on its bibliographical research the composition of the historical context and legal nature of the police investigation, as well as its inquisitive character and the application of constitutional rights.

Keywords: Criminal Law. Wide Defense. Constitutional Guarantees. Police Inquiry. Contradictory.

INTRODUÇÃO

O Estado é o detentor do poder punitivo e por isso atua como garantidor da ordem social. A legislação regulamenta processos e procedimentos que limitam o poder punitivo estatal através do Poder Judiciário.

Tanto a Constituição Federal quanto a legislação penal caracterizada pelo Código Penal e Código Processual Penal Brasileiro garantem a aplicação de regras e delimitações do exercício estatal em seu poder punitivo.

Nessa senda, no desenrolar do processo penal e em respeito as garantias legais, tem-se a figura do inquérito policial que se compreende pela investigação policial preliminar, tendo como objeto os fatos de uma determinada notícia de crime (*notitia criminis*) com a intenção de apurar indícios de materialidade e autoria, em busca da verdade absoluta, e, assim, justificar a real necessidade de instauração de um processo.

Para tanto, o Código Processual Penal em seu art. 4º *caput* dispõe seguinte:

“Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.” (Brasil, 1941).

Assim, considerando o procedimento de investigação e a averiguação da autoria do crime, aquele ao qual é indiciado pela infração penal investigada possui garantias constitucionais, podendo, no decorrer do processo criminal, estabelecer a sua defesa, sendo esta uma garantia constitucional prevista pelo art. 5º nos incisos LIV e LV da Constituição Federal de 1988, onde determina:

“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:

[...]

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

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; [...]” (Brasil, 1988).

Importante destacar a aplicabilidade dos incisos acima descritos são para que ocorra a efetividade do princípio da presunção da inocência, assim determinado pelo art. 5º inciso LVII, o qual garante que a inocência somente será extinta após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Portanto, o presente trabalho irá apresentar alguns aspectos do inquérito policial, notadamente, o seu caráter inquisitivo sob a ótica do direito a ampla defesa e contraditório.

1 CONTEXTO HISTÓRICO E DETERMINAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial tem o seu ensaio iniciado ainda na idade média onde contava com um sistema inquisitorial ao qual o direito de investigar, condenar e punir não pertencia ao Estado, mas sim à Igreja.

Para realizar todos estes procedimentos o inquérito contava com a figura de um juiz delegado, que era o inquisitor detentor de todos os poderes de investigar, julgar e condenar, poderes estes que eram delegados pelo Papa.

SILVA (2017, p.3) relata que a Inquisição ou Santo Ofício nasceu no seio da Igreja Católica Romana durante o Século XIII, em quase todos os países da Europa Meridional e, ainda, nas extensas províncias da América e do Oriente, fixando-se como tribunal permanente nos fins do século XV, decretando que os arcebispos e bispos indicassem em cada paróquia um clérigo, com dois ou mais três assessores seculares, estando estes juramentados para buscarem a existência de alguma doutrina contrária aos dogmas da Igreja Católica, apontando os acusados aos bispos ou magistrados seculares, com intuito de não permitir a fuga dos responsáveis pelas heresias. Dessa forma, o inquérito foi criado para determinar as infrações cometidas pelos hereges e condenar as discordâncias do seu comportamento.

Não muito diferente da idade média, o Inquérito atualmente serve para investigar a ocorrência ou não de infrações cometidas ao ordenamento jurídico, sendo determinante para o cumprimento da legislação. Neste sentido SILVA PASSOS aponta:

“O inquérito policial não é indispensável para a propositura da ação penal, pois o Ministério Público pode intentar ação penal sem este procedimento administrativo, basta que tenha elementos probatórios suficientes de modo a viabilizar a ação penal.” (SILVA PASSOS, 2001, p.149).

Portanto, o inquérito policial, desde o seu nascimento, possui o intuito de trazer à luz do direito a verdade dos fatos e responder se houve infração da lei, bem como, demonstrar o real infrator, por isso, a sua natureza jurídica é de caráter administrativo e informativo e, ainda, preparatório para ação penal o que nas palavras de Marques (2010, p. 152):

“Como procedimento administrativo, diferentemente do processo administrativo, o inquérito policial não necessita observar o princípio do contraditório, haja vista que designado tão somente para a averiguação de uma situação que, pode ou não ser considerado crime, o indiciado não é réu, é apenas objeto de investigação, portanto não precisa se defender. ”. (MARQUES, 2010, p. 152).

Desta forma, tendo como escopo corroborar no pleito da ação penal por meio do representante do Estado para determinar se houve ou não a violação da lei, o inquérito policial possui natureza jurídica de procedimento administrativo.

2 CARÁTER INQUISITIVO DO INQUÉRITO POLICIAL

Desde a sua criação, a padronização do inquérito policial sofreu poucas mudanças na sua forma de atuação. Em parte, essas mudanças se adequaram com outras legislações como por exemplo o juízo de garantias e direitos constitucionais previstos tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto das alterações legislativas decorrentes dela.

A ordem jurídica brasileira com as suas adaptações contemporâneas inclina-se cada vez mais para a defesa dos interesses individuais, dividindo a responsabilidade da acusação das ações penais condicionadas, condicionadas sob representação e as ações penais incondicionadas, isto é, tal qual no âmbito civil é de livre iniciativa da parte propor a ação e produzir provas. No âmbito do direito penal há a possibilidade do interesse estatal na repressão dos delitos, isto é, a acusação passa a ser pública ou particular.

Neste sentido GAVIORNO (2006, p. 100) explica:

“Desenvolve-se também o debate sobre uma postura mais ativa do juiz na busca da verdade processual. Recuperam-se os conceitos dos princípios dispositivos e inquisitivos que acabam tomando nova forma. O princípio inquisitivo, antes restrito ao processo penal como indicativo do processo inquisitório, passa a ser reconhecido também no direito processual civil como compromisso do julgador de fazer atuar a vontade geral materializada na atividade legislativa, ou seja, fazer atuar o direito objetivo. Por outro lado, o princípio dispositivo

passa a ser admitido também no processo penal para afirmar a necessidade e conveniência da atuação das partes como colaboradoras na busca da reconstrução da verdade.”. (GAVIORNO, 2006, p. 100)

Com isto, esta corrente teórica sustenta que os atos jurisdicionais são atos estatais e devem sujeitar-se como os demais atos, aos preceitos constitucionais, sob o fundamento de que se assenta a possibilidade de autonomia da impugnação das acusações oriundas da investigação.

O inquérito policial como está disposto no Código de Processo Penal, no Título II e art. 4º *caput*, que arbitra a apuração das infrações penais e da sua autoria por meio da polícia judiciária. Certo é dizer que o Inquérito Policial é o procedimento preparatório da ação penal, apurados os fatos e comprovados durante a investigação darão margem para o início do processo penal por meio da ação criminal.

Durante o procedimento inquisitivo, há indagação acerca das realidades dos fatos que ensejaram a possibilidade de infração penal ou crime. Nos termos da legislação penal, o Inquérito Policial é dotado de fases e particularidades objetivando alcançar a realização de forma justa e dentro das prerrogativas legais.

Na composição do inquérito policial, do início ao encerramento, é preciso contar com elementos como discricionariedade, sigilo, ampla defesa e contraditório. Tais elementos são fundamentais para que o estado não seja um errôneo inquisidor, porquanto no Inquérito Policial não há ACUSADOS, conforme determina CENEVIVA (1989, p. 64):

“...dir-se-ia, para suscitar oposição, que no inquérito policial não há acusado, o que excluiria a peça policial do conjunto das implicações do novo texto.

Porém, o inquérito não é um terceiro gênero, estranho aos demais conceitos jurídicos. Assim, também se vê incluído no rol de garantias individuais do contraditório.” (CENEVIVA, 1989, p. 64).

Por não existir acusados, e sim suspeitos, em atenção aos preceitos constitucionais dispostos no art. 5º inciso LVII da Constituição Federal que determina o princípio da inocência, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No que tange aos demais elementos que corroboram para o caráter inquisitivo do inquérito policial, importante ressaltar a discricionariedade, fundamentada sob os preceitos do art. 144 § 4º da Constituição Federal. Ela determina às polícias civis, agentes competentes para a investigação e realização do inquérito policial, que sejam atuantes em

situação potencialmente criminosa. Isto significa que são estes agentes os responsáveis por instaurar a investigação e fazer vistas ao representante do Estado para recebimento da denúncia.

Portanto, a autoridade policial é a encarregada legalmente pelas investigações criminais a respeito do possível delito por parte de um agente qualquer. A investigação é um conjunto de diversas diligências e demais atividades comandadas pelo delegado de polícia objetivando sempre a elucidação de algum fato supostamente criminoso.

Com efeito, quando o cometimento de um delito vem à tona, a autoridade policial é o primeiro agente público que ingressa no caso, sendo sua atribuição a realização de todas as fases procedimentais inerentes ao inquérito policial, que influencia diretamente a formação da opinião do representante do Ministério Público.

Nesse contexto, denota-se que as decisões tomadas pela autoridade policial são revertidas de discricionariedade, e ainda assim, se faz necessário que o delegado de polícia tome suas decisões com base não apenas na legislação, mas perceba os fatos considerando os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, tem-se que a atuação do delegado de polícia está intimamente ligada ao seu poder discricionário de agir conforme entender melhor, dentro dos limites legais e amparado pelos princípios constitucionais, seja no momento de conduzir as investigações, solicitando busca e apreensão, requerendo prisão temporária, seja organizando como as estratégias serão utilizadas ou quais testemunhas serão ouvidas.

Dessa forma, a autoridade policial também comporta o conhecimento jurídico necessário para avaliar, por si só, as situações que lhe são apresentadas diariamente, isso devido à própria forma de ingresso na profissão e também pelo desenvolvimento de sua atividade profissional.

No Inquérito policial o principal objetivo é obter através da investigação a verdade dos fatos, e nem sempre a investigação, apuração dos fatos, inquirição de testemunhas e produção de provas serão suficientes para chegar a uma resposta capaz de suprir as necessidades acusatórias. CENEVIVA (1989, p. 106), aponta:

“[...] a verdade perseguida no modelo acusatório é concebida de maneira relativa e formal, adquirida por meio do procedimento ensaio-erro, como qualquer investigação empírica. A principal garantia de sua obtenção seria a máxima exposição das hipóteses acusatórias à refutação da defesa, ou seja, pelo livre desenvolvimento

do conflito das partes no processo, cujos pontos de vistas e interesses são opostos.” (CENEVIVA, 1989, p. 106).

Assim como qualquer outra investigação empírica, as teorias dos fatos podem ser errôneos até que se obtenha a verdade dos fatos necessários para a composição da verdade absoluta. No que diz respeito a produção de provas, existe a possibilidade de estas serem produzidas *inaudita altera pars*, mas ainda nesses casos, se faz necessário um trabalho árduo da autoridade policial para corroborar com as teorias de acusação.

3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Os princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório não são oriundos da legislação vigente, ainda que tenham sido acentuados por ela. A ampla defesa nasceu a partir da Carta Republicana de 1891 que garantiu a defesa dos acusados por meio do art. 72 § 16 que afirmava:

“Art. 72 [...] § 16 - aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade, com os nomes do acusador e das testemunhas.” (BRASIL, 1891).

Ainda que firmada a garantia, os desenrolares políticos vividos pelo Brasil se fizeram modificativos no que tange a ampla defesa. A intenção da Carta Republicana de 1891 de tornar a justiça mais democrática foi deposta e interposta pelas Constituições que estavam por vir, por não apresentar garantia formal suficiente para tornar-se apto ao procedimento inquisitório.

Enquanto isto, o princípio do contraditório somente se fez mencionado na Constituição de 1946 em que se apresentou da seguinte forma:

“Art. 141 [...] § 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentre vinte e quatro horas. A instrução será contraditória.” (BRASIL, 1946).

Greco Filho defende que o contraditório constitui um meio de efetivação da ampla defesa, e esta se apresenta como uma oportunidade que confere ao réu o poder de ‘contraditar’ a acusação.

Por sua vez, Bastos & Martins assinalam que o contraditório “se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente, na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória”.

A finalidade do Inquérito policial é reunir elemento suficiente que possibilite a convicção do membro do “*parquet*”, para que ofereça a denúncia ou o ofendido ofereça a queixa – crime. Os elementos de convicção são a materialidade do fato e indícios de autoria, possibilitando que o titular da ação ingresse em juízo. Assim, é finalidade precípua do inquérito policial é fornecer ao juiz informações probatórias.

Importante ponto a ser tratado sobre o inquérito policial é a possibilidade de permitir o exercício do contraditório pelo investigado, o princípio do contraditório consiste no direito à igualdade de todas as partes, tanto para o acusado quanto para a defesa, todos eles têm direito a oportunidades idênticas.

Assim, é importante ressaltar que deriva do princípio do contraditório, a condenação do acusado sem que o mesmo tenha oportunidade de depor perante a autoridade, dando direito ao acusado de ser interrogado pela autoridade policial, em casos de flagrantes, e pelo juiz.

Conclui-se que o princípio do contraditório garante a dignidade do acusado, e possui um papel importante na decisão proferida. O art. 5º LV da Constituição Federal de 1988 ressalta que aos litigantes e aos acusados em geral, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.

Outra situação que é confusa para o processo penal é o direito de participação do acusado no inquérito policial, o qual se dá por admissibilidade do art. 5º V e X, onde CINEVIVE (1981, p. 116) discorre:

“[...] a condição de indiciado gera para o indivíduo alguns encargos e interfere em sua vida pessoal diretamente, por gerar uma possibilidade de decretação de medidas restritivas de ordem pessoal ou patrimonial e, ainda, pela possibilidade de uma conotação social capaz de interfere em seu patrimônio moral, reconhecido no artigo 5º, incisos V e X do Texto Constitucional.” (CINEVIVE, 1981, p. 116).

Dessa forma, é o princípio que garante efetivação dos direitos do acusado e possibilita que no processo penal sejam aduzidos todos os elementos de forma a esclarecer a autenticidade dos fatos. O princípio da ampla defesa e contraditório estão ligados a outros princípios básicos, bem como ao Estado Democrático de Direito.

Pertence ao acusado o direito à autodefesa, mas para que seja eficaz, deve ser conduzido por defesa técnica, pois aquele conhece os fatos, mas desconhece os direitos. Uma vez que a defesa técnica conhece os direitos e as possibilidades do processo penal, tornam-se defesas complementares no processo penal, garantindo a eficácia do contraditório.

Como dito, o inquérito policial é procedimento administrativo, e sua função no percurso do processo penal faz com que os direitos do acusado sejam simbólicos, ou seja, o contraditório e a ampla defesa são ausentes no procedimento do inquérito policial, e passa ser vigorado a partir da iniciação da ação penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal e Processual Penal Brasileiro tem evoluído consideravelmente ao longo dos anos, se adaptando as realidades sociais da população e possibilitando uma justiça democrática.

Ainda que os direitos e garantias dispostos na constituição através dos princípios da ampla defesa e do contraditório sejam essenciais para a justa acusação, não são aplicáveis ao Inquérito Policial, uma vez que a sua função é meramente informativa, um procedimento administrativo capaz de determinar a possibilidade do ingresso da ação penal no sistema judiciário.

No entanto, considerando que exista outros elementos que faça vista ao Ministério Público para que seja realizada a queixa-crime e posteriormente a ação penal, o uso do contraditório no inquérito policial deixa de ser informativo, e passa a ter valor de prova. A ampla defesa se faz presente em toda a investigação durante a persecução do inquérito. O contraditório e a ampla defesa são vinculados a Constituição Federal, servindo como importante garantia sobre os direitos de todos.

Neste sentido, o contraditório atua como uma segurança aos direitos do acusado e a ampla defesa garante que sejam apresentados todos os elementos necessários para esclarecer a veracidade dos fatos.

Ademais, é importante enfatizar que tais modificações ocorreram desde a ascensão do inquérito policial à propositura de direitos democráticos como a ampla defesa e contraditório são provenientes não só da alteração legislativa, mas também da alteração de paradigmas sociais que tornaram tais adaptações possíveis e justas.

Por si só o Direito não se modifica, senão provocado pela mudança do pensamento social.

Portanto, no que tange ao caráter inquisitivo do inquérito policial, sob a ótica da privação das garantias constitucionais que se dão pela ampla defesa e contraditório, há que se estabelecer que somente é possível após a determinação da incidência de queixa-crime. Isso porque é sedimentado pela jurisprudência a compatibilidade entre a não constituição da defesa técnica no processo administrativo do inquérito policial e a Constituição Federal de 1988 quanto aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Carta Republicana, 1891.

BRASIL. Constituição (1946) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1946.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

CUNHA, Marina Martins. **A Natureza Jurídica do Inquérito Policial dentro do escopo do Estado Democrático de Direito, uma leitura garantista**. Rio de Janeiro, 2009.

GONÇALVES, Marcelo. **A aproximação do Inquérito Policial ao Sistema Acusatório: uma proposta através do Juízo de Garantias**. Revista da Faculdade de Direito da FMP, v. 14, n. 2, p. 17-29, 2019.

MARTINS, Daniel Pinho. **Constitucionalização do caráter inquisitivo do inquérito policial e atuação da defesa nas investigações preliminares**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

MARTINS, Freitas. **INQUÉRITO POLICIAL**. 2004. Tese de Doutorado. UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ.

SILVA PASSO, Paulo Roberto da; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Princípios Constitucionais no Inquérito e no Processo Penal**, Ed. Themis, São Paulo, 2001, p.149.

SILVA, Solange Santos. **Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Inquérito Policial**. 2017.

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL EM CONFORMIDADE COM AS PREMISSAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

FLAVIO MANOEL TEIXEIRA:

Advogado com formação na
Universidade Pontífica
Universidade Católica de
Campinas/São Paulo/SP

RESUMO: No Brasil, país multirracial, permanecem altos os índices de desigualdade em função da cor, credo e origem dos indivíduos, assim como a prática de racismo e injúria racial. Nesta linha, o presente artigo analisa a eficácia das normas antirracismo presentes no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a Lei nº 7.716/89 e o artigo 140, §3º do Código Penal, de modo a verificar se são suficientes para coibir a prática de racismo no Brasil. Ocorre que surgem dúvidas sobre a força coercitiva da legislação uma vez que se nota certa dificuldade de se aplicar no caso concreto os preceitos estabelecidos pela Lei nº 7.716/89 ou outras legislações tardias. Há por parte dos Tribunais, a tendência de flexibilizar ou relativizar as regras, sendo limitados os casos de condenação de um indivíduo por discriminação racial, justamente por não se considerar configurado o elemento subjetivo consistente na finalidade de discriminar o ofendido em razão de sua raça, cor, etnia ou origem. Dessa maneira, a avaliação das disposições legais assim como sua aplicação por parte do Poder Judiciário poderia levar a crer que no Brasil, inexistem infrações de cunho racial tendo em vista que, da grande maioria das denúncias efetuadas, poucas se convertem em processos criminais, sendo consideravelmente baixo o número de pessoas que são condenadas pelo delito. Ao lado dessa análise relativa ao Poder Judiciário, o presente trabalho também aborda os recentes avanços jurisprudenciais e o enquadramento de texto normativos como a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

Palavras-chave: Eficácia penal; jurisprudência internacional; princípios; lei de crimes raciais; processo penal.

THE PERFORMANCE OF THE BRAZILIAN JUDICIAL POWER AGAINST RACIAL DISCRIMINATION IN ACCORDANCE WITH PREMISES OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: In Brazil, a multiracial country, the rates of inequality due to the color, creed and origin of individuals remain high, as well as practices of racism or racial injury. In this line, this article intends to verify the effectiveness of the anti-racism rules present in the Brazilian legal system, especially Law N° 7,716/89 and Article 140, §3 of the Penal Code, in order to assess whether they are sufficient to curb racism practices in Brazil. It occurs that

doubts arise about the coercive force of the legislation, since there is some difficulty in applying in the specific case the precepts established by Law No. 7,716/89 or other late legislation, because the courts tend to relax or relativize the rules, and the cases of conviction of an individual for racial discrimination are limited, precisely because the subjective element consistent in the purpose of discriminating the offended due to their race, color, ethnicity or origin is not configured. Thus, the evaluation of legal provisions as well as their application by the Judiciary could lead to believe that in Brazil, there are no racial practices considering that a large majority of complaints made for committing the crime, few become criminal cases, being considerably low the number of people who are convicted of the crime. In addition, this paper seeks to analyze recent jurisprudential advances and the framework of normative text with the Inter-American Convention Against Racism, Racial Discrimination and Related Forms of Intolerance.

Keywords: Criminal effectiveness. International Jurisprudence. Principles. Racial Crimes Act. Criminal Proceedings.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Contexto Histórico da Legislação Brasileira. 2 Injúria Racial e Racismo. 3 Conclusão. 4 Referências

INTRODUÇÃO

O racismo poder se conceituado como um conjunto de ideias de caráter depreciativo, por meio do qual se menospreza ou inferioriza determinada raça, cultura ou costume. O indivíduo racista é incapaz de aceitar ou conviver com as diferenças, tendo em vista o seu tipo de pensamento. O crime de racismo é considerado, pela Constituição Federal, como crime inafiançável e imprescritível e é tipificado na Lei nº 7.716/89, conhecida como Lei de Racismo, Em razão disso o tema em questão será desenvolvido sob a ótica do Direito Penal.

Sob essa perspectiva, uma difícil e indispensável tarefa ocupa os estudiosos e aplicadores do Direito no sentido de redirecionar o ordenamento jurídico brasileiro conforme a alta relevância das questões raciais, objetos dos compromissos assumidos da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmada na Guatemala, para a reformulação de importantes institutos relacionados ao tema, entre eles os de Direito Penal. É essencial, pois, a adoção de postura interpretativa que considere a raça como fator elementar para o entendimento e a concretização das normas jurídicas que buscam reestruturar as instituições e suas práticas para o combate ao racismo, à discriminação racial e às formas correlatas de intolerância.

A interação entre a legislação internacional e o Direito local, conforme as exigências naquela contidas, não apenas contribui para um acréscimo ao texto normativo como

também traduz desafio quanto à reformulação do âmbito social, pois o fato de o Brasil ter se tornado signatário de compromissos internacionais que buscam a proteção dos direitos humanos contra violações causadas pelas diversas formas de manifestação do racismo, da discriminação racial e outras formas de intolerância, redefine o pano de fundo da realidade e de seu sentido para o processo de concretização da norma.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O estudo histórico aqui realizado é de suma importância para o entendimento inicial do problema da pesquisa, já que mostrou como os instrumentos legais têm auxiliado no combate às práticas de discriminação motivadas pela raça e pela cor e será essencial na compreensão da importância da condição de inafiançabilidade do crime de racismo para se resguardar a dignidade da pessoa humana, um dos bens jurídicos tutelados pela Lei nº 7.716/89.

Em 1888, com a abolição da escravatura, permaneceu a carga de discriminação e preconceito por parte da sociedade contra os escravos libertos. Mesmo após a aprovação dos Códigos Penais de 1890 e 1940, não houve qualquer dispositivo que mencionasse o combate à discriminação racial. Apenas em 1951, com a chamada Lei Afonso Arinos, se iniciou, no Brasil o combate legal à prática de discriminação, mediante a previsão de que a discriminação de raça e cor eram vistas como contravenções penais. A lei não teve o resultado esperado, tendo sido pouco aplicada pelo Judiciário. Em 1985 a Lei Afonso Arinos foi alterada pela Lei nº 7.437 somando-se às infrações a discriminação de natureza sexual ou de estado civil. Em 1969 o Brasil assinou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que não promoveu qualquer alteração no ordenamento jurídico brasileiro para incrementar o combate à discriminação racial¹⁸⁸.

Mesmo com a abolição da escravatura, manteve-se inalterada a carga de discriminação. Segundo trouxe COIMBRA (2012, p. 2), à época, não havia, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer vedação às práticas discriminatórias. Conclui o doutrinador que foi apenas em 1985, com a aprovação da Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951, popularmente conhecida como Lei Afonso Arinos, que se iniciou o combate à discriminação de raça e cor, sendo as condutas consideradas contravenções penais. Assim, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o racismo era considerado apenas uma contravenção penal, uma infração de menor potencial ofensivo, sujeita a pena de prisão simples ou multa. Foi, portanto, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que foi dada à prática de racismo a devida importância, com a previsão, no artigo 5º, inc. XLII, de ser o racismo um crime inafiançável, imprescritível e sujeito a pena de

188 COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Crimes de preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional** – Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Monografia). 2012, p. 52, Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/da-in-eficacia-das-normas-antirracismo-no-brasil.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

reclusão. Reconhecida pelo legislador constituinte a importância de lidar com as práticas discriminatórias e diante de altos índices de violências motivadas por questões de raça, é que se concedeu tratamento diferenciado para esse tipo penal, classificando-o como imprescritível e inafiançável, além de sujeito a pena de reclusão.

Durante a criação da norma o Constituinte, Carlos Alberto Caó apresentou a presente justificativa a Emenda Aditiva que originou o artigo 5º, inc. XLII da Carta Maior:

passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se comprovou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois imperam no País diferentes formas de discriminação racial.

O dispositivo constitucional se restou a repreender e penalizar, na mesma medida da afronta, o agente que motivado por questões raciais, cometesse quaisquer atos de discriminação. Posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, na tentativa de abolir as práticas discriminatórias no Brasil, foi aprovada a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que elenca os crimes resultantes de preconceito, relacionando dois gêneros de conduta, a discriminação e o preconceito, objetos sobre os quais recaem essas condutas, sendo eles, raça, cor, etnia, religião e procedência nacional¹⁸⁹. Aduz ainda o doutrinador:

A Lei 7.716, de 05.01.1989, pune condutas discriminatórias dirigidas a um determinado grupo ou coletividade, tais como: negar ou obstar emprego em empresa privada, recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador e impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido¹⁹⁰.

A Lei de Racismo pune as condutas discriminatórias direcionadas a determinados grupos, apresentando uma série de práticas consideradas preconceituosas, como a negativa de proposta de emprego em empresa privada, a recusa do acesso a determinado estabelecimento comercial, a negativa de atendimento por questões raciais, o impedimento ao acesso e uso de transportes públicos ou qualquer outro meio de transporte.

¹⁸⁹ COSTA, Clarice. Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, Universidade Federal de Santa Maria, nº 2, v. 5, 2010.

¹⁹⁰ SILVA, 2014, p. 1153.

Em síntese, ao longo dos anos surgiu uma série de instrumentos legais objetivando a abolição da discriminação e das práticas de racismo, e que, sem dúvidas tiveram a sua considerável importância na formação de um Estado Jurídico de Direitos, mas as mais eficazes até o momento foram: a Constituição Federal de 1988, que criminalizou a prática de racismo, e lhe impôs as características de inafiançabilidade e imprescritibilidade e, como instrumento infraconstitucional, a Lei do Racismo, que elenca uma série de práticas tidas como discriminatórias, acompanhando o disposto no texto constitucional.

Em 19 de fevereiro de 2021 foi publicado no Diário Oficial do Senado Federal o Decreto Legislativo nº 1/2021, que aprovou o texto da Convenção Interamericana contra o Racismo. O conteúdo normativo da convenção foi aprovado nos termos do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, conferindo uma inovação normativa ao Brasil. Diferentemente da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1967 e ratificada pelo Brasil em 1969, esse documento mais recente é mais abrangente, reprimindo práticas discriminatórias nos ambientes privados.

Nesta linha, em 28 de outubro de 2021, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento (*Habeas Corpus* 154.248) que o crime de injúria racial é espécie do gênero "racismo", portanto, é imprescritível, conforme o artigo 5º, XLII, da Constituição Federal. Em decisão por 8 votos a 1, restou vencido o ministro Nunes Marques. Naquele caso, uma idosa de aproximadamente 80 anos foi condenada por injúria racial a 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, pela 1ª Vara Criminal de Brasília por ter chamado uma frentista de um posto de combustíveis de "negrinha nojenta, ignorante e atrevida". A defesa pediu a extinção da punibilidade pelo transcurso de metade do prazo prescricional, pois a ré tem mais de 70 anos, porém, o Superior Tribunal de Justiça negou o pedido, considerando o delito imprescritível. A defesa então impetrou *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal.

O relator do caso, Ministro Edson Fachin, votou a favor da equiparação da injúria racial (artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal) ao crime de racismo (previsto na Lei nº 7.716/89) entendendo que não há como reconhecer a extinção da punibilidade a acusados por injúria racial, afinal, o artigo 5º, XLII, da Constituição estabelece que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes seguiu o relator apontando que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (artigo 3º, IV, da Constituição). Além disso, o país deve basear suas relações internacionais pelo "repúdio ao terrorismo e ao racismo" (artigo 4º, VIII, da Constituição). Complementando com o artigo 5º, XLII, da Carta Magna, que determina que o racismo é crime inafiançável e imprescritível.

Referir-se a alguém como expressões preconceituosas, como 'negrinha nojenta, ignorante e atrevida', foi uma manifestação ilícita e preconceituosa em razão da condição de negra da vítima. Então houve um ato de racismo.

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal reafirma a posição do Superior Tribunal de Justiça que firmou o entendimento de que a injúria racial é uma modalidade do crime de racismo e, portanto, não pode estar sujeito aos prazos decadenciais que incidem sobre os crimes contra a honra. A decisão é acertada, sobretudo porque em muitos casos se presenciava a desclassificação do delito de racismo para injúria racial e, nesses casos, era reconhecido o decurso de prazo decadencial, o que ocasionava a impunidade do agressor, que ficava, portanto, sem condenação.

3 INJÚRIA RACIAL E RACISMO

Em linhas gerais, para a Comissão de Igualdade Racial da OAB-SP¹⁹¹ (BRASIL, 2016), o racismo atinge a dignidade humana das pessoas que o sofrem, impedindo seu acesso a determinado local, ao trabalho, aos serviços de saúde e outros, tratando-se de crime inafiançável e imprescritível. A injúria racial, por sua vez, alcança a honra subjetiva do agente, afetando seus valores morais e sua honra. Trata-se de crime suscetível de fiança.

Tal como analisado por aquela entidade, o crime de racismo se dirige a um grupo de indivíduos e atinge a dignidade humana das pessoas que o sofrem, dificultando ou impedindo seu acesso a determinados locais que, para as de outras raças, são de acesso livre. A injúria racial, por seu turno, se dirige a um indivíduo levando em consideração características particulares deste, atingindo sua honra subjetiva. O crime de injúria racial decorre da ofensa à dignidade ou ao decoro de um indivíduo, consistindo na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, sendo previsto para o crime no artigo 140, §3º do Código Penal pena de reclusão de um a três anos e multa. E, ainda, analisa a mencionada comissão, o crime de injúria racial se consuma com a ofensa à dignidade ou ao decoro de um indivíduo por razões de raça, cor, religião ou origem, Nesse caso, o ofendido é uma pessoa específica.

JESUS (2008, p. 2-3) aduz que¹⁹²:

O art. 2º da Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, acrescentou um tipo qualificado ao delito de injúria, impondo penas de reclusão, de um a três anos, e multa, se cometida mediante 'utilização de elementos

¹⁹¹ Comissão de Igualdade Racial OAB-SP. **Injúria Racial e Racismo Não!** 2016.

¹⁹² JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2-3.

referentes a raça, cor, religião ou origem'. A alteração legislativa foi motivada pelo fato de que réus acusados da prática de crimes descritos na Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (preconceito de raça ou de cor), geralmente alegavam ter praticado somente injúria, de menor gravidade, sendo beneficiados pela desclassificação. Por isso o legislador resolveu criar uma forma típica qualificada envolvendo valores concernentes a raça, cor etc., agravando a pena. Andou mal mais uma vez. De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de 'negro', 'preto', 'pretão', 'negrão', 'turco', 'africano', 'judeu', 'baiano', 'japa' etc., desde que com vontade de lhe ofender a honra subjetiva relacionada com cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de um ano de reclusão, além de multa.

De acordo com o autor, em 13 de maio de 1997, foi aprovada a Lei n° 9.459, que acrescentou um tipo qualificado ao crime de injúria, impondo ao agente infrator as penas de reclusão de 1 a 3 anos e multa, se o crime for realizado em função de elementos referentes à raça, à cor, à religião, ou à origem da vítima. Explica que até a alteração legislativa, réus aos quais eram imputados os delitos prescritos pela Lei n° 7.716/89 se valiam do argumento de que teriam atingido a dignidade e o decoro de uma pessoa específica e por isso havia a desclassificação do crime de racismo para o crime de injúria disposto no artigo 140, *caput*, do Código Penal, ao qual é imposto pena de detenção de 1 a 6 meses ou multa.

Percebe-se que há uma notória dificuldade em se aplicar no caso concreto os preceitos estabelecidos pela Lei n° 7.716/89. Isso porque parece existir, por parte dos Tribunais, uma certa tendência a ser condescendente com práticas discriminatórias, sendo limitados os casos em que houve a condenação de uma pessoa branca por discriminação racial. Segundo dados obtidos do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul¹⁹³, entre janeiro de 2005 e dezembro de 2018 foram movidas 6.667 ações envolvendo os dois crimes citados, onde se obteve um índice de condenações de 6,8%, ou seja, 349 casos. Nesta linha, importante ressaltar algumas decisões com argumentos discriminatórios, em que os desembargadores alegam que a prova colhida não se apresentou como prova basilar a ponto de ocasionar a condenação com base nos artigos da legislação existente. Nesse sentido, importante citar a apelação crime n° 70015082118, proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

193 CZH - Jornal Digital. 26/04/2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/04/rs-condenou-68-dos-reus-por-racismo-e-injuria-racial-cjux6puqg014k01p7j0sqz4pt.html>. Acesso em: 20 out. 2022.

Pode-se afirmar que é possível que os réus tenham praticado o crime de racismo, nos termos da denúncia. O fato é que não há certeza quanto a isto. (grifos do original)

Nesta decisão, os desembargadores culpam a conduta da vítima, pois, segundo eles, era possível que a esta, pelo fato de ter sido barrada ao entrar no estabelecimento ao qual se destinara, estivesse “irritada” com o fato e, a partir disso, pode ter compreendido tal atitude como uma prática de discriminação fundamentada na cor de sua pele. Justamente nesse sentido que algumas fundamentações merecem questionamento. Mesmo havendo decisões alinhadas legalmente e em um discurso construído pelo campo jurídico, isso, por si só, não é sinal de que algumas práticas não aconteçam justamente para ocultar outras como, por exemplo, ocultar a permanência das discriminações raciais, por meio dessas fundamentações permanentes.

Para fundamentar essas desclassificações, alguns conceitos precisos foram criados para confortar as decisões. Nesta linha, os desembargadores, em seus acórdãos, sustentaram suas decisões enfatizando que para que o crime de racismo previsto na lei fosse caracterizado, seria necessária a ofensa à “honra objetiva”, isto é, não a do indivíduo propriamente dito, mas da comunidade negra como um todo. No sentido diverso, a injúria racial é entendida pela ofensa a “honra subjetiva”, isto é, a honra individual. Em uma das decisões em que houve condenação pelo crime de racismo, os julgadores se basearam na seguinte fala:

Tu não poderia morar aqui, porque tu é negra, e aqui só mora gente branca; Sua negra suja, tu nem devia estar aqui, porque aqui é lugar de branco, alemão, e tu é negra; Sua negra puta, suja, vagabunda bem como dizerem ao marido da vítima, Atir Backes: Que nós que somos alemães, temos de nos entender, e ela é negra, praticaram discriminação de cor.¹⁹⁴

Nessa decisão, apontam a caracterização do crime previsto no artigo 20, da Lei nº 7.716/89, pois a ofensa não se dirigiria somente a vítima, mas a qualquer negro que ali estivesse presente.

Em outro lado, no crime de injúria, onde defendem os magistrados que o que é atingido é a honra subjetiva, isto e, a vítima tão somente, valeram-se das seguintes falas:

¹⁹⁴ TJ-RS, Apelação crime 70025336546, Rel. João Batista Marques Tovo, j. 27/12/2008.

(...) Chamar o ofendido de “negro baderneiro, negro bandido, e negro quadrilheiro” não constitui crime de racismo, mas sim de injúria qualificada (...)195”

Ou, ainda

“(...) Chamar o ofendido de “negro sujo, vagabundo e sem vergonha” não constitui crime de racismo, mas sim de delito contra a honra (injúria qualificada), que é de ação penal privada (...)196.

É perceptível a omissão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sustentar a não punição pelo crime de racismo. Vê-se que, mesmo existindo o artigo 140, §3º, do Código Penal, que tem como escopo combater e criminalizar as condutas discriminatórias, os demais mecanismos como a prescrição e decadência atingem este dispositivo, pois estão regulados como injúria e que para tal esses prazos são passíveis de aplicação, diferente do que ocorre no crime de racismo, já que a Constituição Federal em vigência assegura em seu no artigo 5º, XLII197, a imprescritibilidade e a inafiançabilidade dos crimes que tenham como plano de fundo tal prática.

Diante do baixo número de decisões proferidas pelo crime de racismo, configura-se a influência no imaginário popular quanto à inexistência desse crime e a permanência da “democracia racial” e, conseqüentemente, altos índices de impunidade.198

Além disso, torna-se visível a ineficácia de alguns dispositivos legais, pois, em que pese a existência da criminalização dos atos ilícitos, isso não é o suficiente para que haja conscientização quanto à necessidade de repúdio a essas práticas, tampouco que o órgão responsável pela efetiva aplicação dos dispositivos se posicionem aplicando o disposto em lei.

Vê-se, portanto, que os diferentes jogos de poder que se perpetuam para a construção de determinado posicionamento permeiam as fundamentações dos tribunais no que se refere ao crime de racismo. Essa afirmação se faz pertinente porque a não efetivação do disposto na lei, a qual dispõe precisamente sobre o crime de racismo, é uma forma de ocultar tal prática, na contemporaneidade, sustentando uma ideia de suposta “democracia racial”.

195 TJ-RS, Apelação crime nº 70026731083, Rel. Osnilda Pisa, j. 29/01/2013.

196 TJ-RS, Apelação crime nº 70009621897, Rel. Marlene Landvoigt, j. 12/09/2017.

198 CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. Coletânea Consciência em Debate. Selo Negro Edições, 2011. p. 320.

Dessa maneira, a avaliação do crime por parte do Poder Judiciário poderia levar a crer que no Brasil, inexistem práticas de racismo. Argui o autor que da grande maioria das denúncias efetuadas pelo cometimento do crime, poucas se convertem em processos criminais, sendo ínfimo o número de pessoas que são condenadas pelo delito.

Completa que o baixo índice de condenações decorre da falta de investigação diligente, imparcial e efetiva e pela discricionariedade do promotor responsável pela denúncia e tipificação do crime, levando à denegação de justiça e à impunidade dos infratores.

No mesmo sentido, exploram SILVA et al (2010), com o argumento de que a aplicação da legislação pelos tribunais decorre de uma interpretação equivocada dos supostos avanços da legislação. Assim, questiona se a legislação antirracista seria pouco eficaz ou se ela não está tendo a aplicação esperada. Quanto ao Judiciário, menciona-se frequentemente que juízes, que são brancos em sua maioria, seriam incapazes de compreender o problema racial enfrentados pela sociedade brasileira ou se poderiam estar adotando uma postura racista.

Consideram os autores que a aplicação equivocada da legislação antirracista decorre da falsa impressão de avanços na legislação. Sabendo disso, levantam-se duas hipóteses: ou a legislação antirracista não é eficaz como se espera ou não fora aplicada da forma adequada. Explicam, ainda, que essa má compreensão da lei pode estar vinculada à incapacidade dos juízes, que em sua maioria são brancos, de entender o problema racial vivenciado na sociedade brasileira.

Em 29 de julho de 2021, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentou, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o caso de Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira referente ao Brasil (Relatório 84/06 – Petição 1068/03)199. O caso diz respeito à discriminação racial no âmbito do trabalho, sofrida por Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira em 1998 e a situação de impunidade por esses atos.

Após um anúncio sobre vaga de emprego publicado no jornal Folha de São Paulo sobre uma vaga na empresa Nipomed, as vítimas, ambas afrodescendentes, tiveram interesse nessas vagas e foram até a empresa ré. A pessoa encarregada, de pronto, as informou de que todas as vagas estavam já preenchidas, sem solicitar informações ou dar explicações às candidatas. Algumas horas depois, uma mulher branca esteve na

199 Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.1068.03port.htm>. Acesso em: 09 out. 2022.

referida empresa também manifestando interesse na vaga anunciada e foi recebida pela mesma pessoa, que a contratou no exato momento.

Após tomar conhecimento sobre o fato de que havia mais vagas na empresa, a vítima Gisele Ana Ferreira visitou a empresa novamente e foi recebida por outro recrutador, que lhe pediu para preencher o formulário de seleção agindo de uma maneira diferente da primeira abordagem, porém, ela nunca foi contatada.

No dia 27 de março de 1998, as vítimas apresentaram uma denúncia por discriminação e 5 meses depois, o Ministério Público, em seus argumentos finais, corroborou a acusação. No entanto, uma semana depois, o juiz julgou improcedente a ação penal e absolveu o acusado. O recurso apresentado demorou quase 4 anos para ser encaminhado ao tribunal de apelação. No dia 11 de agosto de 2004, o tribunal entendeu por manter a ação penal e condenou o réu a dois anos de prisão em regime semiaberto pelo crime de discriminação racial ou de cor, mas declarou a extinção da punibilidade por prescrição. No dia 5 de outubro de 2004, o Ministério Público apresentou um recurso alegando que o crime de racismo é imprescritível de acordo com a Constituição Federal Brasileira, o qual foi aceito. No dia 26 de outubro de 2006, foi emitido um mandado de prisão e, em 6 de junho de 2007, foi concedido um recurso para que o condenado cumprisse a sentença em regime aberto. No dia 7 de novembro de 2007 o condenado interpôs recurso de apelação, que estava ainda pendente, de acordo com a informação disponível no momento da adoção do Relatório de Mérito. Por outro lado, no dia 25 de outubro de 2006, Neusa dos Santos Nascimento iniciou uma ação civil para reparação de danos, que foi rejeitada no dia 5 de dezembro de 2007.

Note-se que o tribunal local tem um entendimento extremamente controverso e despreparado sobre o tema, o que acabou por gerar uma citação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no seu Relatório de Mérito. A Comissão registrou o contexto geral de discriminação e falta de acesso à justiça da população afrodescendente no Brasil, especialmente das mulheres afrodescendentes, e destacou que os fatos denunciados naquele caso coincidiam com a informação já conhecida pela Comissão a respeito do referido contexto. Além disso, analisou que no momento de adoção do Relatório de Mérito, apesar da existência de uma condenação penal pelo delito de discriminação, não haveria uma decisão judicial definitiva, não se teria implementado nenhuma medida de restituição dos direitos violados, nem se teria buscado uma reparação integral das vítimas. A Comissão considerou que os mais de 20 anos transcorridos desde que a denúncia foi apresentada constituem uma demora excessiva que não foi adequadamente justificada.

Diante do que foi exposto, a Comissão Interamericana entendeu que embora o ato de discriminação racial tenha ocorrido numa relação havida entre particulares, o Estado brasileiro tinha duas obrigações internacionais inafastáveis. A primeira era a de “velar

para que nessa relação fossem respeitados os direitos humanos das partes a fim de prevenir a ocorrência de uma violação”; e, a segunda, de, “na eventualidade de haver a violação, buscar, diligentemente, investigar, processar e sancionar o autor da violação, nos termos requeridos pela Convenção Americana”. A Comissão concluiu que o Estado é, portanto, responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos direitos à igualdade perante a lei e ao trabalho consagrados nos artigos 24 e 26, e as obrigações estabelecidas no artigo 1.1, em detrimento das vítimas.

Assim, se o Estado se omite e com isso acaba permitindo que a discriminação racial, como violação de direitos humanos, permaneça impune, descumpra o artigo 24 da Convenção Americana²⁰⁰ combinado com o artigo 1.1 do mesmo tratado²⁰¹, por ofensa ao princípio da igualdade e do correlato direito à igual proteção perante a lei.

A referida omissão das autoridades brasileiras em dar curso à persecução penal de forma “diligente e adequada” eleva o risco de reproduzir o racismo institucional, em que o Poder Judiciário é visto pela comunidade afrodescendente como um poder racista, além do impacto que tem sobre a sociedade na medida em que a impunidade estimula a prática do racismo. Tal quadro não deve continuar, o que é citado na decisão da CIDH, a conscientização institucional do Poder Judiciário para “tornar efetivo o combate à discriminação racial e ao racismo”.

3 CONCLUSÃO

Neste estudo foi possível observar que o direito é uma ciência produtora de premissas e verdades e, com essa característica, permite inserir no imaginário social a reprodução de diferentes entendimentos como verdadeiros pois, ao ser produtor de saber, detêm a força.

Nessa linha, por ser ligado por diversos dispostos legais com autonomia entre si, nota-se no ordenamento jurídico a presença de dispositivos específicos que acabam por se anularem, tendo em vista a incompatibilidade entre as regras gerais e específicas. Como produtoras de decisões, as discussões realizadas na jurisprudência possibilitam o pronunciamento de discursos e conseqüente produção de verdade.

200 “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”

201 “Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”

Ao analisar especificamente as condenações proferidas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é possível notar a divergência existente quanto à aplicação entre o disposto no artigo 20, da Lei nº 7.716/89 e o disposto no artigo 140, §3º, do Código Penal. A partir da análise de casos, foi possível apontar a inefetividade da primeira lei tendo em vista a recorrente desclassificação do crime de racismo para o de injúria qualificada pelo preconceito de cor, mesmo com a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 154.48/DF.

Além disso, é notável que grande parte dos julgados alcançados pela palavra racismo tramitavam na seara cível e em sua maioria com um alto índice de condenações em danos morais, evidenciando a pequena monta de processos criminais tratando sobre o preconceito de cor.

A existência de dispositivos internacionais de combate a todas as formas de discriminação racial, por si só, significam um grande avanço ao enfrentamento da questão e a Convenção reflete o entendimento da comunidade internacional sobre a importância e urgência em combater o racismo sempre analisando a diversidade cultural dos povos que convivem em determinado lugar.

Por meio da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial se busca proteger os valores da igualdade e tolerância, baseados no respeito às diferenças. No Direito Brasileiro se percebe um constante aperfeiçoamento legislativo sobre a matéria, porém, em contrapartida, é notória a resistência do próprio Poder Judiciário em implementar a legislação sobre o tema, ignorando a aplicação do texto normativo sob a justificativa do mito da democracia racial brasileira.

Diante dos dados colhidos e das fundamentações apresentadas nos julgados, é possível concluir que a lei de crimes raciais, por si, só não detém poder coercitivo capaz de influenciar pessoas a mudarem determinado comportamento. Justamente pelo fato de não presenciarem uma jurisprudência de combate a tais práticas, preferem se acomodar sob suas premissas negativas e flexíveis do problema tendo apenas receio da opinião pública e da repercussão social negativa que estes casos podem causar em suas vidas.

4 REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. Coletânea Consciência em Debate. Selo Negro Edições, 2011.

Comissão de Igualdade Racial OAB-SP. **Injúria Racial e Racismo Não!** 2016. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antiores/igualdade-racial/cartilhas/Racism_o%20e%20Injúria%20Racial%20-%20CARTILHA%20AGORA%20FINALIZADA.pdf.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Crimes de preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional** – Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. (Monografia). 2012, disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/da-in-eficacia-das-normas-antirracismo-o-no-brasil.htm>.

COSTA, Clarice. **Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo**. 2007.

GUIMARÃES, Antônio José Alfredo. **Preconceito e Discriminação**. Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo. Editora 34, 2004.

GZH - JORNAL DIGITAL. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/04/rs-condenou-68-dos-reus-por-racismo-e-injuria-racial-cjux6puqg014k01p7j0sqz4pt.html>.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, René Marc da Costa. **A Constituição de 1988 e a discriminação racial e de gênero no mercado de trabalho no Brasil**. *Revista de informação legislativa*, v. 50, n. 200, p. 229-248, out./dez. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502945>.

AS CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL NA ATUAÇÃO PRÁTICA CRIMINAL APÓS A LEI Nº: 13.964/2019

MARIANA VIANNA DE BARROS PEREIRA:

Bacharelada em Direito pela Estácio de Sá²⁰².

RESUMO. Este trabalho trata da análise das consequências processuais da quebra da cadeia de custódia da prova digital no decorrer da fase processual, o qual propôs a pesquisa jurisprudencial referente as invalidações das provas digitais e quais são os novos métodos que auxiliam na validade da prova processual digital. Tem-se como objetivo geral demonstrar quais falhas nas fases da cadeia de custódia já estão sendo discutidas pelos tribunais e pela defesa em favor do acusado. O tema em discussão é de relevância para a ciência, já que tem como finalidade apresentar uma adequação da obtenção de provas na fase cautelar aos parâmetros legais atuais. E assim, sugerir novos métodos de validação da prova e adaptabilidade aos procedimentos judiciais aceitos em nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Quebra da Cadeia de Custódia. Prova processual. Evidência Digital. Prática Criminal.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Análise das jurisprudências sobre quebra da cadeia de custódia da prova digital. 2. Da manutenção e validade da prova digital. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Como preconiza a Constituição pátria, em seu artigo 5º, inciso LVI: "*É vedada a obtenção de provas por meios ilícitos.*"

Desse modo, para que se tenha a real garantia e proteção da prova constituída em todas as suas fases do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a utilização do instituto da cadeia de custódia. Esse instituto, foi atualizado recentemente pela Lei 13.964/2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, a qual assegura a autenticidade do lastro probatório e contribui para a segurança jurídica.

Frente ao previsto no artigo 158-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/2019, tem-se:

"Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes,

202 E-mail:mariana.viannabs@gmail.com

para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.”

Diante disso, nota-se que o legislador se preocupou em descrever as fases essenciais pelas quais as provas precisam passar, para que estas, de maneira fidedigna, possam ser analisadas e utilizadas na fase processual criminal, sem que haja alguma ilegalidade ou informalidade que atente contra o instituto já preconizado na Carta Magna referente a vedação da obtenção de provas por meios ilícitos, conforme acima grifado.

Dentre os dispositivos trazidos pela lei 13.964/2019, tem-se o artigo 158-B, que descreve as etapas da cadeia de custódia. Então, conforme preceitua o doutrinador Eugênio Pacelli teve definição introduzida pela Lei nº 13.964/19, que nada mais é do que a preservação e registro do caminho da prova, desde sua coleta até a apreciação pelo Poder Judiciário para:

- a) Necessidade de apuração dos fatos na sua maior inteireza;
- b) Permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório a partir de provas e indícios que sejam considerados válidos à luz do ordenamento jurídico.

Logo, vestígios e provas devem ser preservados já na fase de investigação policial, para que tenha validade na fase processual, pois o efeito produzido pela quebra da cadeia de custódia será a ilicitude de toda prova relacionada ao material violado, o que gera a exclusão da prova contaminada e de todas que dela derivam, nos termos do art. 157 e §§ 1º e 3º do Código de Processo Penal. 203

Conforme afirma Aury Lopes Junior, a cadeia de custódia:

“Não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente.” (pg. 655-656).

Especial relevância nas provas relacionadas às interceptações telefônicas e ao DNA. Nesses casos, por serem obtidas “fora do processo”, é crucial que se demonstre de forma documentada a

203 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 02 de outubro de 2022.

cadeia de custódia e toda a trajetória feita, da coleta até a inserção no processo e valoração judicial.”

Como ressaltado pelo doutrinador Aury Lopes Junior, as provas relacionadas à Interceptação Telefônica e ao DNA demandam redobrada atenção. Isso também é ressaltado pelo doutrinador Rafael Serra de Oliveira(2020), o qual explicita que além das Interceptações Telefônicas, torna-se indispensável a manutenção da cadeia de custódia na identificação por DNA, pois:

“Nos casos em que a falha na manutenção da cadeia de custódia impedir a verificação da necessária vinculação entre a fonte de prova e o fato objeto do processo, a perícia de identificação por DNA perderá o seu potencial de influenciar o julgamento, não podendo ser admitida por ter se tornado irrelevante e impertinente. No que se refere à integridade do material genético, a manutenção da cadeia de custódia deve conter os registros suficientes para demonstrar que foram tomados todos os cuidados necessários para impedir a contaminação, inibição e degradação das amostras de DNA que serão analisadas.” (pg. 278-279)

Partindo desse prisma, uma prova que possui ausência de validade para alcançar a verdade processual necessária, será efetivamente inutilizável na fase processual. Ainda que esta prova tenha fundamentado medidas cautelares como prisão preventiva, não será suficiente para conclusão por parte da autoridade judiciária quanto a autoria e materialidade da infração verificada. Logo, por mais que na fase de inquérito policial, tenham se reunidos provas que poderiam ser de fato indicativas de autoria, pois teria reunido elementos de provas relevantes para o contraditório processual posterior, pode não ter eficiência se houver a quebra da cadeia de custódia. Já que diante de uma dúvida em relação a autoria, o nosso ordenamento jurídico preceitua o princípio do *in dúbio pro réo*, favorecendo assim, o acusado.

1. ANÁLISE DAS JURISPRUDÊNCIAS SOBRE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

Diante das imposições legislativas recentes referente a manutenção da validade da prova, partiu-se do questionamento sobre como os tribunais superiores têm se posicionado frente aos casos concretos apresentados em juízo, e assim, entender como na prática criminal deve ser levado em consideração cada ponto trazido em contraditório processual.

Isso pode ser exemplificado em decisões recentes sobre o tema a seguir:

“RECURSO ESPECIAL. ART. 305 DO CPM. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. FALTA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DAS CONVERSAS. EVIDENCIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE ÁUDIOS DESCONTINUADOS, SEM ORDENAÇÃO, SEQUENCIAL LÓGICA E COM OMISSÃO DE TRECHOS DA DEGRAVAÇÃO. FILTRAGEM ESTABELECIDA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR. NULIDADE RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. **A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade** (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019).(...)3. **A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizado apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa**. 4. Reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, com fundamento no art. 61 do CPP. 5. Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício. (REsp 1795341/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019) (grifou-se).204

Como pôde ser analisado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a prova obtida em interceptação telefônica que foi apresentada sem ordenação sequencial lógica e com omissão de trechos da degravação, feriu os pressupostos descritos na lei referentes à cadeia de custódia. Dessa forma, com a quebra, entendeu a autoridade

204 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1795341/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/709372796>>

judiciária que houve vantagem desarrazoada em detrimento da defesa. Com isso, houve ofensa ao princípio da paridade de armas.

Esse princípio preceitua que para as partes do processo devem receber paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, o que confere ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, de acordo com o que dita o artigo 7º, do Código de Processo Civil.²⁰⁵

O princípio da paridade de armas está intimamente relacionado ao princípio decorrente do contraditório, o qual segundo deixa claro o doutrinador Eugenio Pacelli, exige a garantia de participação em simétrica paridade, ou seja, para que se exista o contraditório em sede processual, é necessário que se garanta o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação a ambos. Além disso, deve ser plausível a oportunidade da resposta em grau de proporcionalidade. Uma vez sendo a paridade violada, é possível alegar a causa de nulidade absoluta, pois incorreria em violação do contraditório processual, visto a sua correlação.²⁰⁶

Dessa forma, uma solução para que se tenha a disponibilização de todo o conteúdo da degravação de interceptação telefônica, seria que o sistema utilizado para os desvios das ligações permita que os conteúdos sejam baixados criptografados, e em sua integralidade, para que haja o controle de acesso dos conteúdos às partes processuais, e assim, a manutenção da validade da prova e do sigilo das comunicações.

Houve discussão também em sede de Apelação Criminal da 9ª Câmara de Direito Criminal de Taubaté/SP, referente a integridade das provas obtidas de conversas de WhatsApp:

EXTORSÃO QUALIFICADA - Apelação Criminal nº 0001491-83.2018.8.26.0625: "Apelação do Assistente de Acusação – **Extorsão qualificada** – Material fotográfico contendo cenas de sexo entre a vítima e o réu – Ameaças à vítima de divulgação das fotografias, caso não efetuasse o pagamento de uma quantia em dinheiro – **Não preservação da prova digital**

original – Quebra da cadeia de custódia – Impossibilidade de comprovação do remetente das mensagens contendo as

205 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 02 de outubro de 2022.

206 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017. E-book, p. 37.

ameaças – Ausência de certeza a respeito da autoria do delito – **Aplicação do brocardo 'in dubio pro reo'** – Absolvição mantida.” **Inteiro teor da Apelação Criminal nº 0001491-83.2018.8.26.0625 – Extorsão qualificada:**“(…) Os “prints” a fls. 7/48 são de péssima qualidade e retratam conversas fragmentadas, impossibilitando compreender o contexto dos diálogos e identificar a linha telefônica utilizada para o encaminhamento das mensagens com conteúdo ameaçador. (...) Enfim, o ofendido não preservou os documentos digitais originais, dificultando a verificação da autenticidade dos documentos juntados aos autos, prejudicando assim a constatação segura da autoria do delito.(...) acompanho o parecer do Doutor Procurador de Justiça para aplicar o brocardo “in dubio pro reo” e manter a solução absolutória. (...)”(TJSP; Apelação Criminal 0001491-83.2018.8.26.0625; Relator (a): Cesar Augusto Andrade de Castro ; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/02/2021; Data de Registro: 22/02/2021) (grifou-se).207

Conforme discutido em sede processual, as provas colhidas pelo ofendido não foram preservadas da forma correta, sendo impossível, portanto, a comprovação da ordem e contexto dos diálogos de conteúdo ameaçador para configurar a extorsão qualificada nas mensagens de WhatsApp. Logo, ao não ter como comprovar a autenticidade das mensagens, se optou novamente, como no caso abordado anteriormente, a utilização do princípio do *in dubio pro reo* e manutenção da solução absolutória do acusado.

Ressalta-se, então, a necessidade de manutenção da cadeia de custódia, para que posteriormente essa prova não se torne inidônea. No caso em tela, houve também a não atenção ao disposto no art. 158-B, inciso IX do Código de Processo Penal, o qual consta o requisito que não foi cumprido pelos policiais/ofendido e que geraram a absolvição do réu:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes,

207 BRASIL. TJSP. Apelação Criminal 0001491-83.2018.8.26.0625; Relator (a): Cesar Augusto Andrade de Castro ; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/02/2021; Data de Registro: 22/02/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1172240341/inteiro-teor-1172240360>>

para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

(...)

§ 2º **O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.**

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

(...)

IX - **armazenamento**: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contra perícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

Cabe ressaltar que os tribunais superiores pacificamente decidiram que não há que se falar em validade da prova obtida pelo WhatsApp Web, pois ela viola a etapa de isolamento da cadeia de custódia, nos termos do delineado no art. 158-B, inciso II, do Código de Processo Penal “II - **isolamento**: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;”, ou seja, sendo possível a alteração do conteúdo quando a parte pode optar pela opção “ apagar mensagem para mim”.208

PESQUISA JURISPRUDENCIAL – WHATSAPP WEB - AgRg no RHC 133.430/PE:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. **NOTÍCIA ANÔNIMA DO CRIME APRESENTADA JUNTO COM A CAPTURA DA TELA DAS CONVERSAS DO WHATSAPP.** INTERLOCUTOR INTEGRANTE DO GRUPO DE CONVERSAS DO APLICATIVO. POSSIBILIDADE DE PROMOÇÃO DE DILIGÊNCIAS PELO PODER PÚBLICO. **ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. NULIDADE**

208 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 02 de outubro de 2022.

VERIFICADA. DEMAIS PROVAS VÁLIDAS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)2. Consta dos autos que os prints das conversas do WhatsApp teriam sido efetivados por um dos integrantes do grupo de conversas do aplicativo, isto é, seria um dos próprios interlocutores, haja vista que ainda consta no acórdão do Tribunal de origem que, "como bem pontuado pela douta Procuradoria de Justiça que "(...) a tese da defesa de que a prova é ilícita se contrapõe a tese da acusação de que as conversas foram vazadas por um dos próprios interlocutores devendo ser objeto de prova no decorrer da instrução processual".

3. Esta Sexta Turma entende que **é inválida a prova obtida pelo WhatsApp Web, pois "é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato.**

Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários" (RHC 99.735/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018).

4. Agravo regimental parcialmente provido, para declarar nulas as mensagens obtidas por meio do print screen da tela da ferramenta WhatsApp Web(...) (AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021) (grifou-se)209

209 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1202621413/inteiro-teor-1202621423>

Assim, tanto no que concerne as provas físicas como em relação às provas digitais, é necessária atenção ao real método de armazenamento, fazendo com que se cumpra com a finalidade de validação da prova em ulterior sede processual.

Outro caso pode ser avaliado em similar contexto:

**PESQUISA JURISPRUDENCIAL – FURTO – TJPB –
ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 0000535-
96.2015.8.15.1201:**

“APELAÇÃO CRIMINAL. **FURTO QUALIFICADO**. ART. 155, §4º, I, DO CP. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. RECURSO TEMPESTIVO. 1. **DO PLEITO ABSOLUTÓRIO EM RAZÃO AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À AUTORIA DELITIVA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. DANIFICAÇÃO DAS IMAGENS DO CIRCUITO DE SEGURANÇA, ACOSTADA AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO. PROVA NÃO PRESERVADA. RECONHECIMENTO DO ACUSADO REALIZADO COM BASE EM PROVA IMPRESTÁVEL/ILÍCITA**. INTELIGÊNCIA DO ART. 157, §1º, DO CPP. FRAGILIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS PARA UM ÉDITO CONDENATÓRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. REFORMA DA SENTENÇA. ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE. 2. PROVIMENTO DO APELO PARA ABSOLVER O APELANTE DO CRIME PELO QUAL FOI CONDENADO, COM FULCRO NO ART. 386, VII, DO CPP, EM HARMONIA COM O PARECER. 1. É sabido que a condenação criminal exige prova irrefutável de autoria. (...) - **Na hipótese, analisando a prova oral colhida, observo que a única pessoa que viu as imagens das câmeras de segurança e que reconheceu o réu pela filmagem foi o escrivão de polícia Tarcísio Noberto da Silva, tendo este afirmado que, apesar da imagem estar embaçada, conseguiu reconhecer o denunciado pela altura dele, a roupa e a tatuagem que tinha.** - Por sua vez, **o acusado, na delegacia (f. 09) e em juízo (mídia de f. 85), negou a prática delitiva.** - Como visto, o reconhecimento do acusado foi realizado apenas pela testemunha Tarcísio Noberto da Silva através das filmagens das câmeras de segurança, todavia o réu afirma que é impossível o reconhecimento pelas referidas imagens, sendo estas, portanto essenciais para a comprovação da autoria. - Todavia, **o ‘pen drive’ que conteria as filmagens do circuito interno, acostado à f. 20, encontra-se corrompido e apesar desta relatoria ter diligenciado para obter uma cópia, foi informado pelo**

magistrado singular, que AS IMAGENS NÃO FORAM COPIADAS NO JUÍZO, NA DELEGACIA OU MESMO PELA VÍTIMA (ofícios de fls. 157/165). - Assim, inegável que houve quebra na cadeia de custódia, devendo incidir, na hipótese toda a dinâmica positivada com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), constante no art. 158-A2 e seguintes do CPP, com bem ressaltou o procurador de justiça no parecer de fls. 172/181. (...) - Desta forma, **uma vez perdidas as imagens pelas quais o denunciado/apelante teria sido identificado**, inexistindo notícias até mesmo de que o Juízo sentenciante as tenha assistido, porquanto ausente esta informação na sentença, **não há dúvidas sobre a quebra da cadeia de custódia** o que enseja o reconhecimento da imprestabilidade/ilicitude da prova nos termos do art. 1573 do CPP. (...) Dessa forma, **ausentes provas suficientes a comprovar a autoria delitiva, em homenagem ao princípio in dubio pro reo, reformo a sentença dardejada, absolvendo o acusado do crime imputado na denúncia**, nos termos do art. 386, VII, do CPP. 2. Provimento do recurso, para absolver o apelante do crime pelo qual foi condenado, com fulcro no art. 386, VII, do CPP, em harmonia com o parecer ministerial. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005359620158151201, Câmara Especializada Criminal, Relator DES. RICARDO VITAL DE ALMEIDA, j. em 29-09-2020) (grifou-se).210

De acordo com o analisado no contexto acima, fica evidente que houve descuido no exigido pelo artigo 158-B inciso IX do CPP, no que se refere a preservação da prova, pois apesar de inicialmente ter acondicionado as imagens em *pen-drive*, não se foi realizada uma cópia de segurança, ou até mesmo disponibilizada essa prova no sistema eletrônico do tribunal competente. Assim, não sendo possível a análise das imagens pelas partes no decorrer do processo, reconheceu-se a imprestabilidade da prova.

Em contrapartida, apesar das decisões anteriormente arguidas neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal já assim decidiu:

"(...) além da necessária demonstração de concreto prejuízo, não se verifica a quebra da cadeia de custódia se não houver nos autos elementos que demonstrem ter havido adulteração das provas, alteração na ordem dos diálogos ou mesmo interferência

210 BRASIL. TJ-PB. ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005359620158151201, Câmara Especializada Criminal, Relator DES. RICARDO VITAL DE ALMEIDA, j. em 29-09-2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pb/1109396234/inteiro-teor-1109396243>

de quem quer que seja (...)” (STF – HC 5741131 RS HC 2020/0089692-5, Rel. Min. Nefi Cordeiro (1159), Sexta Turma, Julgado em 25/08/2020) (Retirado do Inteiro Teor da Decisão prolatada pelo STJ – RHC: 140275 MG 2020/0343724-8, Relator: Ministro FELIX FISHER, Data da Publicação: DJ 25/02/2021).211

Isso posto, não basta para o defensor a mera alegação de adulteração das provas, faz-se necessário que nos autos se comprove minimamente a demonstração de concreto prejuízo. Cabe, então, também ao defensor no decorrer da atuação prática criminal, embasar as alegações de quebra da cadeia de custódia, para que de fato seja relevante a análise em âmbito recursal.

2.DA MANUTENÇÃO E VALIDADE DA PROVA DIGITAL

Diante da celeuma apresentada pelos tribunais supracitados no que concerne a validação das provas digitais, a seguir busca-se apresentar métodos alternativos com a finalidade de auxiliar os operadores do direito, para que as partes possam conseguir utilizar as evidências digitais no processo criminal.

Logo, como visto, muito tem se discutido sobre a possibilidade de quebra da cadeia de custódia no que concerne ao disposto no art. 158-B, inciso II, do Código de Processo Penal “II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;”²¹², ou seja, quando se teme que determinado conteúdo digital tenha sido alterado pelas partes para fins de indução da autoridade judiciária a erro.

Desse modo, um exemplo de tecnologia que pode contribuir para manutenção da validade da prova digital é a tecnologia de “*blockchain*” para garantir que não haja a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas pela internet e por aplicativos.

De acordo com o site <https://panoramacrypto.com.br>, o “*blockchain*” é considerado um protocolo de registro distribuído, por meio do qual se divide em blocos, e cada bloco que faz parte da cadeia é protegido por um código criptografado, o qual armazena uma informação. Seguindo este conceito, uma vez validado a informação se junta aos demais blocos, ganha um registro permanente e não pode ser alterado. Cabe salientar que essa

211 BRASIL. STF – HC 5741131 RS HC 2020/0089692-5, Rel. Min. Nefi Cordeiro (1159), Sexta Turma, Julgado em 25/08/2020) (Retirado do Inteiro Teor da Decisão prolatada pelo STJ – RHC: 140275 MG 2020/0343724-8, Relator: Ministro FELIX FISHER, Data da Publicação: DJ 25/02/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1203153504/inteiro-teor-1203153528>.

212 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 02 de outubro de 2022.

tecnologia pode ser usada para validação de documentos, a exemplo dos contratos, bem como transações financeiras, rastreamento de remessas, informações de saúde, votos, dentre outros.²¹³

Em vista disso, a tecnologia de blockchain pode ser um meio por meio do qual o judiciário ou as partes podem utilizar para manutenção da cadeia de custódia da prova digital, já que possui tecnologia que permite a não alteração e por vezes o sigilo da informação.

Outra opção seria a emissão de um código hash para o arquivo digital, de acordo com o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual:

“A função criptográfica hash é um algoritmo utilizado para garantir a integridade de um documento eletrônico, de modo que, um perito técnico possa comprovar que não houve alteração neste documento desde a época em que este foi transformado. Assim, uma simples alteração neste documento acarretará em uma alteração do resumo hash original, desconstituindo assim a prova de integridade do depósito do programa de computador.”

Assim, é possível que uma prova digital seja manipulada pelos peritos técnicos e não seja alterada, com o código hash preservado, e com isso, mantendo a cadeia de custódia.

CONCLUSÃO

Conforme pontos supracitados, objetivou-se a análise das consequências da quebra da cadeia de custódia na fase processual em relação aos procedimentos descritos no art. 158-B da Lei n. 13.964/2019.

Diante de diversos julgados incluindo os tribunais superiores, foi possível notar que basta haver uma fragilidade da cadeia, não sendo devidamente aplicada e respeitada, que ocasionará a impossibilidade de rastreamento das fontes de prova e por consequência o descumprimento aos mandamentos legais e constitucionais garantidores do devido processo legal.

²¹³ PANORAMACRYPTO. Entenda como é e como funciona a blockchain. 2021. Disponível em <<https://panoramacrypto.com.br/entenda-o-que-e-e-como-funciona-a-blockchain/>>

O efeito produzido pela quebra da cadeia de custódia será a ilicitude de toda prova relacionada ao material violado, a exclusão da prova contaminada e de todas as que dela derivam, nos termos do art. 157 e §§ 1º e 3º do Código de Processo Penal. Nessa linha, Guilherme Nucci consubstancia que caso uma prova seja “conseguida por mecanismo ilícito, com o destino de absolver o acusado, é de ser aceita, tendo em vista que a falha judiciária necessita de qualquer maneira ser evitada (...)”.²¹⁴

E diante da atualização trazida pela lei n. 13.964/2019, vislumbra-se cada vez mais pelas partes no processo penal a invalidação das provas digitais, já que demandam ainda mais atenção em relação a sua não alteração. Desse modo, torna-se mister a atenção aos preceitos legais e constitucionais na atuação prática criminal, com a finalidade de manter o respeito ao Devido Processo legal e aos princípios norteadores do Direito Penal e Processual Penal, como o do *In Dubio Pro Reu* e o da paridade de armas no contraditório processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2022.>

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Planalto, Brasília, 29 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 29 de setembro de 2022. BRASIL. TJ-PB. ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005359620158151201, Câmara Especializada Criminal, Relator DES. RICARDO VITAL DE ALMEIDA, j. em 29-09-2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pb/1109396234/inteiro-teor-1109396243>> Acesso em: 02 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1795341/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/709372796>> Acesso em: 27 de setembro de 2022.

BRASIL. TJSP; Apelação Criminal 0001491-83.2018.8.26.0625; Relator (a): Cesar Augusto Andrade de Castro ; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/02/2021; Data de Registro: 22/02/2021. Disponível

²¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1172240341/inteiro-teor-1172240360>> Acesso em: 27 de setembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1202621413/inteiro-teor-1202621423>> Acesso em: 27 de setembro de 2022.

BRASIL. STF – HC 5741131 RS HC 2020/0089692-5, Rel. Min. Nefi Cordeiro (1159), Sexta Turma, Julgado em 25/08/2020) (Retirado do Inteiro Teor da Decisão prolatada pelo STJ – RHC: 140275 MG 2020/0343724-8, Relator: Ministro FELIX FISHER, Data da Publicação: DJ 25/02/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1203153504/inteiro-teor-1203153528>.> Acesso em: 27 de setembro de 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, **Manual do Usuário para o Registro Eletrônico de Programas de Computador**, 2017. Rio de Janeiro, versão 1.7.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PARODI, Lorenzo. **Interceptações telefônicas, sua integridade e cadeia de custódia**. Conjur. 1 de abril 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/interceptacoes-telefonicas-integridade-cadeia-custodia>.> Acesso em: 02 de outubro de 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017. E-book, p. 37.

PANORAMACRYPTO. **Entenda como é e como funciona a blockchain**. 2021. Disponível em: <<https://panoramacrypto.com.br/entenda-o-que-e-e-como-funciona-a-blockchain/>> Acesso em: 02 de outubro de 2022.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA**. Teses USP. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>.> Acesso em: 02 de outubro de 2022.

BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL: CASO “BOATE KISS”

BEN-HUR PEREIRA DA SILVA:
graduando em Direito do UNIFUNEC
- Centro Universitário de Santa Fé do
Sul-SP²¹⁵.

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem seu objetivo voltado a demonstrar os resultados gerados pela banalização no atual contexto jurídico nacional. O problema está assente na difícil diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, que vem gerando posicionamentos diversos acerca da real influência do referido tema em algumas decisões do poder judiciário. A instabilidade acarretada pela falta de concretude conceitual vem fomentando na lesão aos princípios da legalidade, taxatividade e favor-rei. O triste caso da Boate Kiss foi utilizado como exemplo prático, ante a utilização do dolo eventual como base para a condenação dos réus, mesmo não havendo elementos probatórios robustos que traçassem cabal distinção com o instituto da culpa consciente (manifesta). Esse trabalho reputar-se-á, também, em buscar as causas geradoras do referido problema, qual seja: o populismo Penal, ou seja, a banalização dos institutos penais. Foi utilizada a metodologia dedutiva, por meio da análise de inúmeros doutrinadores abalizados no plano (Inter)nacional. Por fim, é necessário imparcialidade dos agentes do poder judiciário ao julgar qualquer processo, mesmo de repercussão nacional ou internacional. Deve haver o estabelecimento de um conceito específico de dolo de natureza eventual e culpa consciente com o animo de evitar desacatos aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Dolo Eventual. Culpa Consciente. Princípio da legalidade. Banalização. Boate Kiss.

BANALIZATION OF EVENTUAL DOLUS: CASE “BOATE KISS”

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the results generated by the trivialization of eventual intent in the Brazilian criminal legal context. The problem is based on the difficult distinction between eventual intent and conscious guilt, which, due to the uncertainty of the terms, has been giving rise to illegitimate decisions based on society's desire for justice. The relevance of the study stems from the rupture with constitutional principles and the restriction of freedom above the necessary limits. The principles of legality, taxation and favor-king are the most affected and contradicted. The deductive methodology was used,

215 E-mail: ben-hur-pereira@hotmail.com

through the analysis of numerous experts at the (inter)national level. The sad case of Nightclub Kiss was used as a practical example, given the absurd media influence that permeated the case. Finally, impartiality of the agents of the judiciary is necessary when judging any case, even with national or international repercussion; in the same sense, there must be the establishment of a specific concept of eventual intent and conscious guilt in order to avoid contempt for the precepts of the democratic state of law.

Keywords: Eventual Deceit. Conscious Guilt. Principle of legality. Trivialization. Kiss nightclub.

1 INTRODUÇÃO

A presente obra científica tem o escopo voltado a analisar um grave problema que paira a ciência penal nacional: o tema da banalização do dolo eventual. Sua ocorrência é visível, notadamente, em crimes de trânsito, mas, nos últimos anos, tem incidido nas outras classificações típicas. O dolo eventual, nesse sentido, desfruta de grande incidência por conta da difícil distinção com a noção de culpa consciente.

Desse modo, pretende-se tecer uma breve análise sobre a culpa e o dolo, com foco na banalização dos institutos, que vem gerando manifesta lesão aos princípios constitucionais, penais e processuais essenciais a fluência do Estado Democrático de Direito.

Também, tratar-se-á das principais evidências que nutrem a banalização do dolo eventual. A central está ligada ao populismo penal, no qual a banalização é uma retribuição a pressão exercida pela sociedade contra os sujeitos processuais, que cede aos clamores e cumpre o desejo da sociedade. Quanto mais pena, melhor.

O triste caso do incêndio nos cômodos da Boate Kiss, em 27 de janeiro de 2013, Santa Maria (RS), que gerou a morte de 242 pessoas e deixou cerca de 600 feridos. O Ministério público oferece denúncia contra quatro indivíduos, sob o fundamento de Homicídio qualificado. Já no em 10 de dezembro de 2021, os réus foram condenados pelo pleno do Tribunal do Júri, mantendo o argumento do dolo eventual formulado pela denúncia do Ministério Público.

Nesses termos, a doutrina penal observa algumas inconformidades dos elementos probatórios constituídos e o dolo eventual utilizado como fundamento para condenar os réus. Muito foi questionado a real dimensão do conceito de dolo eventual e a influência social em todo tramite processual que resultou na sentença de pronúncia. Os doutrinadores de natureza penal analisam o caso, mas outros entender como correto e legítimo.

2 CONSEQUENTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade (ou Reserva legal), manifesta pela fórmula *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* ("não há delito sem lei anterior que o defina") conta com abissal importância na construção jurídica dos Estados. As nações cuja democracia permeia seu surgimento tem o princípio da legalidade entre as bases constituidoras e essências da preservação dos direitos individuais e coletivos, além conter as ações abusivas do poder estatal. Logo, tal princípio nutre e consolida as bases institucionais e democráticas do Estado, como explana Zaffaroni (1997 *apud* CAPEZ, 2019), que interpreta o princípio da legalidade penal como meio de promoção do sentimento de segurança jurídica.

Inúmeros juristas buscaram conceituar o princípio da legalidade, mas obtiveram resultados já esperados. O princípio é tão amplo e movediço que impossibilita a construção de qualquer conceito raso e simplista. Todas as inúmeras transformações históricas e sociais, até o momento, influenciaram no contorno jurídico do referido princípio. Dessa forma, o princípio da Reserva Legal apresenta 3 significados unificados.

Com relação ao primeiro significado, segundo Junqueira e Vanzolini (2019), o princípio da legalidade exerce função de garantia, com o fim de promover a segurança do cidadão contra qualquer ação ilícita ou autoritária. Já no segundo, exerce função constitutiva, em que o princípio é um elo no ato de promover e constituir a pena legal, conforme o texto fundamental de 1988. Em sentido jurídico, o princípio da legalidade se perfaz, como bem diz Nucci (2011), em sentido estrito e sentido amplo. O primeiro sentido (estrito) trata da legalidade na ceara penal, manifestada segundo o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Por derradeiro, em sentido amplo, o princípio torna manifesta a necessidade de um texto pré- constituído prevendo aquilo que o cidadão deve ou não fazer (BRASIL, 1988).

Em relação à função constitutiva, o indivíduo só é compelido a fazer ou deixar de fazer aquela coisa que a lei previamente estipula como obrigatório (BRASIL, 1988).

Nesse caminho, segundo Roxin (2006 *apud* CAPEZ, 2019), a previsibilidade da interferência do poder punitivo do Estado corrobora na pacificação e estabilidade social, pois, pela legalidade, o cidadão tem respaldo ao agir e, assim, coordenar suas ações e omissões com vistas às condutas penalmente relevantes, pois lhe é previsível, em qual situação, a repreenda do Estado.

No interior do princípio da reserva legal existe uma fonte de outros princípios que solidificam sua importância, que, logicamente, são essenciais na manutenção do objetivo do princípio central.

Entre estes, o princípio da taxatividade tem vultoso valor para o Estado Democrático de Direito, porquanto impossibilita o surgimento de tipos penais avulsos e, também, impossibilita aplicação de sanções penais sem fundamento. Segundo tal princípio, a lei deve ser clara, precisa, fechada e concisa, ou seja, taxativa. O interprete do direito não deve ter a faculdade de modular o tipo penal segundo seus próprios interesses.

Ensina Luiz Luisi (1996, p.18 *apud* NUCCI, 2019, p.180):

O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.

Nos tópicos posteriores serão analisados os conceitos de culpa consciente e dolo eventual, visto a previsibilidade anterior do legislador, detendo condicionante relação com os presentes princípios.

3 DOLO EVENTUAL

Em decorrência dos sistemas penais – clássico, neoclássico, neokantiana e finalista – o conceito de dolo foi modificado significativamente. Pelo sistema finalista, adotado atualmente, o dolo é caracterizado como todo ato previsível de alcançar determinado objetivo espúrio, tendo seu autor consciência e vontade. Nesse sentido, observa-se que o dolo se fragmenta entre elemento cognitivo (consciência) e elemento volitivo (vontade ou ânimo), que sempre estão unidos quanto da materialização do resultado.

Quando figura consciência e a vontade de concretizar os elementos previstos no tipo legal, haverá dolo. Ou seja, “Dolo é o elemento psicológico da conduta. Conduta é um dos elementos do fato típico. Logo, dolo é um dos elementos do fato típico” (CAPEZ, 2019, p.375).

Segundo Nelson Hungria (1936, p.27) “O nosso direito penal positivo concebe o dolo como intenção criminosa. É o mesmo conceito do *dolus malus* do direito romano, do böser Vorsatz do Código Penal austríaco, ou da *malice* da Lei inglesa” (*apud* NUCCI, 2019, p.544).

Já em âmbito nacional, o dolo é previsto no artigo 18 do Código Penal de 1940 – o que não foge do significado originário de dolo. O dispositivo trata dolo “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Deve haver a cumulação entre o querer o resultado e o assumir o risco de sua produção (BRASIL, 1940, n.p.).

O dolo e a culpa, atualmente, estão localizados dentro do conceito analítico de crime, na tipicidade.

Conforme apresentado, o Código Penal brasileiro incorporou a teoria da vontade para o dolo direto e a referida teoria do consentimento para o dolo eventual, equiparando as duas espécies de dolo e diferenciando-as na fase de aplicação da pena. Sob a perspectiva da compreensão finalista da teoria do delito, o dolo é considerado o elemento subjetivo geral do injusto, que implica a consciência e a vontade de conjecturar os elementos objetivos do tipo. (CUNHA, 2016).

Nesse sentido, o dolo é composto por um momento intelectual - o conhecimento do que se deseja - e um momento eminentemente volitivo - a decisão de agir para realizar a conduta desejada. Em outras palavras, é necessária cognição e vontade para que o dolo possa ser caracterizado, apesar das controvérsias em torno de sua identificação, como no caso das teorias cognitivas que propõem o "dolo despsicologizado" ou sem vontade. Além disso, é importante diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, uma vez que essa diferenciação pode ter implicações práticas significativas.

Cumprir observar, que todo o tipo penal, em regra, é doloso. Será culposo quando houver previsão. Quando forem imprevisíveis, o dolo e a culpa, em qualquer fato que ensejar um resultado naturalístico, resultara em atipicidade (MARQUES, 1997).

O dolo se fragmenta em várias espécies, mas, por conta da especificidade do presente escrito, será tratado apenas dos essenciais: dolo direto e dolo eventual, ressalvada atenção ao último.

Os institutos nada se dissociam do conceito de dolo produzido anteriormente. A diferença entre o dolo direto e o eventual, em plano geral, esta na medida da ambição na consecução de determinado fim.

No dolo direto – o que mais se aproxima do real conceito de dolo – o agente tem ampla consciência e vontade de fazer nascer algum resultado ilícito de sua conduta. Já no dolo eventual, nos dizeres de Magalhães Noronha (2020 *apud* NUCCI, 2019) o sujeito prevê o resultado e, não quer atingi-lo, mas não tem nenhuma importância quanto a sua existência.

O dolo eventual, segundo Jundeira (2021) possui certo grau de dificuldade em sua explicação, além da extrema dificuldade em constituir provas. Para melhor compreensão

do instituto, o abalizado Néelson Hungria (*apud* CAPEZ 2019, p.381) lembra a fórmula de Frank (2014, p.289) para explicar o dolo eventual: "Seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir".

Como exemplo de dolo eventual: "querer matar X, saber que também matará Y e assumir o risco de que projéteis atinjam terceiros, pois estão em via pública" (ROXIN 1973, p.415 *apud* NUCCI 2019, p. 548).

Ante todos os fatos, ressalta-se que a situação problema da banalização do dolo eventual não se assenta na igualação do tratamento, mas nos limites descabidos e imprecisos deste instituto em relação á culpa consciente.

4 CULPA CONSCIENTE

A culpa pode decorrer de abstenção de um ato ou em sua execução, em que as consequências geram uma lesão de direito que não foi prevista nem objetivada, mas que podia ter sido visualizada. Ou melhor, o agente ativo não deseja o resultado, mas consegue visualizá-lo, e, mesmo assim, continua (GOYENA, 1928, p.88 *apud* NUCCI, 2019).

Para auxiliar na interpretação do elemento culpa e, principalmente, dirimir qualquer controvérsia doutrinária ou jurisprudencial que poderia surgir, o artigo 18, inciso II, do Código Penal traça culpa como "quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia" (BRASIL, 1940, n.p.).

No entanto, tal conceito legal é precário, merecendo ressalvas o conceito de culpa que emerge do Código Penal Militar, artigo 33, inciso II, sendo "culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo". (BRASIL, 1969, n.p.).

Nessa lógica, para alcançar o feitiço da culpa é essencial não só a existência de um conceito, mas um juízo de valor sobre a comportamento do indivíduo, traçando um paralelo com a que um homem de prudência média teria na mesma circunstância. Deverá ocorrer, portanto, análise única da fatal ação de um homem médio (normal) e do agente que praticou o fato típico, e, caso observado que qualquer ser humano médio realizaria pratica diversa ao agente do caso, haverá culpa (CAPEZ, 2019).

Finalmente, transcorrida a parte conceitual e específica, é de suma importância explicitar as espécies de culpa, (não todas) mas apenas a culpa consciente e a culpa inconsciente, com ressalvas a última figura.

A interpretação de culpa inconsciente (culpa sem previsão, ou culpa por excelência, ou culpa *ex ignorantia*) é perfeitamente amoldada à matriz conceito de culpa, na qual o indivíduo não tem visão do resultado, mas a mera probabilidade de prever. Dessa forma, a ação do agente não é dirigida ao resultado específico, nem antevê o que era visível, e, em decorrência disso, acaba por consumá-lo (JUNQUEIRA; VAN, 2019).

Por outro lado, a culpa consciente (culpa com previsão ou culpa *ex lascivia*) – pivô do problema do presente trabalho científica – seria aquela em que o agente visualiza o resultado danoso que emanara de sua conduta, mas, instado por sua capacidade, acredita ser totalmente capaz de evitar.

Embora prevendo o que possa ocorrer, o sujeito rejeita essa possibilidade. Como exemplo, “se eu continuar dirigindo assim posso matar alguém, mas estou convicto que isso, embora teoricamente possível, não ocorrerá” (CAPEZ, 2019, p.393).

Assim, o próximo tópico será direcionado ao tema da transgressão do princípio do Favor- Rei em razão da banalização do dolo eventual.

5 DIFERENÇA ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO FAVOR-REI

Por certo, a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente é sutil e ambos compartilham de uma zona fronteira entre si. A principal distinção é que, na culpa tida como consciente, o sujeito não aceita o risco de encaminhar um resultado ilícito, ao contrário do que ocorre no dolo eventual. Na culpa consciente, o agente não tem intenção de produzir o resultado, por outra fase no dolo eventual, o agente age com a consciência de que o resultado lesivo pode ocorrer, mas decide prosseguir mesmo assim, pois o valor de seu ato (ação) é considerado maior que o valor do resultado negativo. Em resumo, a culpa consciente é caracterizada por um excesso de confiança na não produção do resultado, enquanto o dolo eventual é motivado por egoísmo, no qual o agente valoriza mais sua ação do que o resultado que pode ser lesivo.

A constituição de provas acerca do dolo eventual e da culpa consciente é atividade, por muitas vezes, penosa e delicada. Ambos os institutos, segundo Nucci (2019, p.572), são quase iguais, ou mais, passíveis de confusão e abertos a interpretações ou modificações conforme as circunstâncias fáticas. Segundo o autor:

Somente penetrando-se na mente do sujeito, o que ainda não é possível no estágio atual da humanidade. Na realidade, tem-se feito a referida distinção com base nas circunstâncias do delito. Visualizando as provas, o julgador forma a sua convicção no sentido de ter havido dolo eventual ou culpa consciente conforme o cenário

e seus detalhes. Em verdade, é impossível extrair do pensamento do agente, reconhecendo a sua efetiva vontade, a real situação pertinente ao dolo eventual ou à culpa consciente. Noutros termos, baseia-se na sorte (NUCCI, 2019, p.572).

Inclusive o autor ressalta que a distinção entre culpa consciente e dolo eventual é atividade de pura adivinhação, pois as circunstâncias do delito, quando insuficientes as provas, abre possibilidade para ações abusivas, tendentes a punir o indivíduo conforme o próprio senso moral e buscando atender aos preceitos positivistas; é evidente a possibilidade de violação aos preceitos principiológicos de ordem constitucional e penal (2019).

O princípio do Favor-Rei (*favor libertatis ou in dubio pro reo*), que surge do princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, é o mais lesado diante da dúvida entre o dolo eventual e a culpa consciente. Ante o princípio do favor-rei, a dúvida deve ser presumida como favorável ao acusado, devendo ser analisado a título mais benéfico ao sujeito (com base nas provas) (BRASIL, 1988).

O referido princípio do favor rei, também conhecido como princípio in dubio pro reo, se fundamenta na prevalência do direito de liberdade do acusado sobre o direito de punir do Estado. Esse princípio estabelece que, em caso de dúvida, deve-se favorecer o réu. Além disso, ele deve orientar as regras de interpretação, de modo que, diante de duas possibilidades interpretativas, deve-se escolher a que é mais favorável ao acusado (CAPEZ, 2019).

Vale observar o conteúdo do voto do Excelentíssimo ministro Celso Mello, ao julgamento da AP 858/DF (2014):

A absoluta insuficiência da prova penal existente nos autos não pode legitimar a formulação de um juízo de certeza quanto à culpabilidade do réu. Na realidade, em nosso sistema jurídico, como ninguém o desconhece, a situação de dúvida razoável só pode beneficiar o réu, jamais prejudicá-lo, pois esse é um princípio básico que deve sempre prevalecer nos modelos constitucionais que consagram o Estado democrático de Direito. O exame dos elementos constantes destes autos evidencia que o Ministério Público deixou de produzir prova penal lícita que corroborasse o conteúdo da imputação penal deduzida contra o réu, não sendo capaz de cumprir, por isso mesmo, a norma inscrita no art. 156, caput, do CPP, que atribui ao órgão estatal da acusação penal o encargo de provar, para além de qualquer dúvida razoável, a autoria e a materialidade do fato

delituoso. Como sabemos, nenhuma acusação penal se presume provada.

No entanto, Flávio Medeiros (2017) diz não ser possível aplicar o princípio do favor-rei dentro da ótica do Ministério Público, pois esse tem a função máxima de acusar. Diante da prova duvidosa, deve denunciar. Ou seja, quando o caso dispôr de dois possíveis fins impositivos, um mais robusto e outro mais brando, deve tomar o mais robusto como certo, mesmo diante do princípio do favor-rei.

O próximo tópico será voltado a justificar o motivo do não cumprimento dos princípios básicos do Estado democrático de direito, e apresentar a banalização no direito brasileiro, citando como exemplo o Caso Boate Kiss.

6 BANALIZAÇÃO DO DIREITO NACIONAL E O CASO “BOATE KISS”

A banalização decorre do termo banalidade, alcinho ao direito banal, dos senhores absolutistas, ante o poder de constranger os súditos ou vassalos a mandamentos pré-moldados e constituídos a partir de necessidades próprias relativas à perpetuação do poder. Todas as disposições decorriam do juízo de valor do senhor absolutista. O direito era direcionado as suas necessidades e não as do povo. A existência de punições repugnantes, ríspidas e cruéis para todo e qualquer ato interpretado como ilícito, mesmo de pequena repercussão, dispunha de uma das várias características da época. (PLÁCIO; SILVA, 2014).

O populismo penal, que significa aplicação de um direito penal culminante e mais intransigente, tem corroborado no desenvolvimento da antiga versão da banalização presente nas sociedades rudimentares e que esta aflorando na atual sistêmica jurídica nacional, segundo a locução latina: *ubi jus ibi societas e ubi societas ibi jus* (“onde há direito, há sociedade e onde há sociedade, há direito”) (PLÁCIO; SILVA, 2014, p. 253).

Segundo Luiz Flávio Gomes, a característica preponderante do populismo penal está ligada ao desenvolvimento de inúmeros tipos penais voltados a suprir as demandas positivistas:

Os atores políticos (governantes e legisladores) prometem o fim da impunidade generalizada e para isso aprovam aumento de penas, endurecimento da execução penal, acenam com a diminuição da idade da imputabilidade penal, criam regimes prisionais duríssimos, etc. Todas essas medidas, no final, resultam pouco operantes para reduzir a criminalidade. Com o passar do tempo surgem novas demandas e outras leis são aprovadas, formando-se um círculo vicioso (2012, n.p.)

Tal prática permeia inúmeras ações da classe política nacional. Isso é visível pela produção de normas penais com sanções extremas, como, por exemplo, a Lei 14.344 de 2022 (Lei Henry Borel) que alterou o texto do inciso II, do §7º, do artigo 121 ou a lei de crimes Hediondos e outros inúmeros dispositivos legais que buscam cuidar dos efeitos e não das causas do problema. Outros exemplos são visíveis nas práticas do poder judiciário, por meio da imposição de sanções descabidas ou na modulação de tipos penais

A sociedade, nos dizeres de John Pratt (*apud* GAIO, 2011, p.4), conferem os criminosos “como favorecidos às expensas das vítimas de crimes e, em particular, daqueles que seguem as leis em geral. Isto alimenta as expressões de raiva, desencantamento e desilusão com o sistema criminal vigente”

Em decorrência dessa visão vingativa, a sociedade faz surgir à ideia do direito penal absoluto. Quanto mais pena melhor; mais presos melhor; mais lei melhor.

Desse modo, é importante observar que o direito penal nunca solucionou nenhum problema, fincando a história intuída de deixar isso claro, como nos diz Magalhães:

Mais controle, mais punição, mais direito penal. É claro que isto não resolverá o problema enquanto não respondermos outras perguntas que passam pela questão cultural, estrutural (socioeconômica) e simbólica de nossa sociedade. De repente o direito penal, o processo penal ganhou centralidade: todas as soluções passam por leis mais duras, mais penas, cadeia, punição. É a repetição com uma outra roupa do que já foi feito várias vezes e nunca funcionou. Estão nos fazendo de bobos, de novo: o direito penal não resolverá problema algum. (SILVA; ARAUJO, 2015, p.51 *apud* MAGALHÃES, 2012, n.p.).

Cumpra salientar que o tema da banalização do dolo eventual tem total relação com o populismo penal, ante a manifestação de um direito penal total que ganha espaço no contexto jurídico nacional. O abissal problema está na renegação das bases científicas do direito penal que iguala e equivale a abandoná-lo; e deixá-lo significa regredir a barbárie.

6.1 Caso Boate Kiss

No dia 27 de janeiro de 2013, as 3 horas da manhã, um incêndio ocorreu nas dependências do clube noturno Boate Kiss, localizada em Santa Maria, Rio Grande do Sul. Acabou por incorrer na morte de 242 pessoas (segundo os dados recentes) e mais de 600 feridos.

De acordo com os peritos responsáveis pelo caso, o fogo de artifício "Chuva de Prata 6" (conhecido popularmente como Sputnik), que era destinado para uso externo, foi utilizado indevidamente pela banda "Gurizada Fandangueira" dentro da boate, e acabou causando um incêndio. Os fogos tiveram contato com uma esponja constituída de poliuretano que revestia parcialmente a estrutura da boate. A queima dessas esponjas liberou moléculas de monóxido de carbono (CO), que foram inaladas pelas pessoas presentes na boate. O monóxido de carbono impossibilita a condução de oxigênio pelo sangue, causando a morte por asfixia. É importante salientar que a interpretação da causa do incêndio é baseada nos laudos dos peritos, que concluíram que o uso indevido do fogo de artifício foi a causa do incidente. (FERNANDES, 2021).

Além dos referidos problemas, a área da boate também foi, segundo o perito, causa para o grande número de óbitos, pois se tratava de um local restrito e fechado, o que facilitou a ação do monóxido de carbono.

Quanto aos acusados, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul apresentou uma denúncia contra Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffman, os proprietários da casa noturna; e Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão, respectivamente vocalista e produtor da banda Gurizada Fandangueira. Todos eles foram acusados de cometer homicídios intencionais, com base na alegação de dolo eventual (FERNANDES, 2021).

Já no transcorrer da persecução penal, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia, no seguinte molde:

Os denunciados assumir o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham nenhum controle sobre o risco criado pelas diversas [...] (SILVA; ARAÚJO, 2016, p.53 *apud* MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Vale ressaltar que nas hipóteses de dolo eventual ou culpa consciente existe a previsibilidade de um resultado não aceito sem que o indivíduo tenha comando acerca do risco criado. Logo, o "controle do risco" não tem condão de aferir se uma conduta será dolosa ou culposa, como já foi apresentado no decorrer da presente obra.

O primeiro argumento presente na denúncia merece atenção:

Uma vez que houve previsão das mortes, cumpre também afastar a hipótese de culpa consciente, porque esta pressupõe a adoção de

cautelas que permitam confiar, ainda que levemente, no controle do risco criado, como no caso do atirador da elite que, mesmo conhecendo o risco de seu comportamento, acredita estar no controle da situação, com base em sua expertise no emprego da arma (SILVA; ARAÚJO, 2016, p.53 *apud* MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Como já concertado, na culpa consciente o indivíduo atua por excesso de confiança, e, como trata Silva e Araújo (2016), por confiar totalmente na não ocorrência do resultado, não se acautela como necessário. Nesse ponto, a culpa consciente é inversamente ao tratado na denúncia, relacionada mais pelo desleixo do que pela cautela. Ou seja, excesso de confiança é voltado ao descuido e não o contrário.

O outro argumento utilizado pelo Ministério Público foi:

Anote-se, ainda, que o Direito Penal adota o princípio da excepcionalidade do crime culposos, na forma do parágrafo único do art. 18 do Código Penal, devendo-se partir do dolo como premissa. Assim, numa criteriosa análise técnica, conclui-se pelo dolo eventual, haja vista que, se não tinham controle do risco criado e nada em que confiar, os agentes agiram com indiferença, aceitando e, portanto, assumindo o risco de matar. (SILVA; ARAÚJO, 2016, p.53 *apud* MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012, n.p.).

O MP disse que quando houver divergência na imputação de dolo ou culpa, deve imperar a modalidade dolosa. Evidente contorcimento conceitual. Já foi tratado na presente obra acerca do princípio do Favor-Rei – além da AP 858/ DF -, no qual a dúvida deve surtir efeito benéfico ao acusado, por meio da desclassificação do fato típico ou no deslocamento para a culpa consciente.

Silva e Araújo (2016, p.59) observam que os princípios basilares do direito – não-culpabilidade e do Favor-Rei - devem ser analisados com respeito e protegidos:

Os princípios da não-culpabilidade e do Favor-Rei, devemos sempre empregar o direito penal no sentido a beneficiar o sancionado e não o contrário. Preferir dolo à culpa implica em aquiescer que determinada pessoa é culpada sem que, antes, se prove o oposto. Ceder a esse entendimento é voltar à barbárie e entregar muito poder ao Estado.

O argumento utilizado pelo Ministério Público e aceitos pelo poder judiciário apresentam vários fatores ambíguos, que, segundo os princípios penais e processuais, além da doutrina mais abalizada, visa corroborar para outras necessidades externas a cadeia processual. A banalização do direito penal é uma das principais causas do surgimento da respetiva controvérsia, ante os argumentos desenvolvidos no transcórre do presente trabalho.

8 CONCLUSÃO

De início, o presente trabalho expôs o conceito ligado ao princípio da legalidade e sua importância para o equilíbrio do sistema jurídico nacional, pois dele surge muitos outros princípios, em especial, o princípio da taxatividade e do direito Favor-Rei, previstos na constituição federal de 1988. Os seguintes princípios, como foi exposto, estão sofrendo grave violação, ante a Banalização presente atualmente no sistema jurídico penal, como exemplo, o dolo eventual.

Tendo em vista a problemática da presente obra científica, foram tracejados os conceitos de culpa consciente e dolo eventual. Alcançou-se a conclusão de que ambos os institutos são de difícil distinção no plano concreto.

Tornar-se manifesta que a vulgarização do dolo eventual existe, ponderando a influência social que leva os agentes da persecução penal a tomarem decisões baseadas em ódio e retribucionismo inquisitório proveniente da sociedade. Mesmo quando não existam provas cabais acerca da real caracterização do dolo eventual e da culpa consciente, algumas decisões acatam o argumento mais prejudicial ao acusado, afetando e renegando os princípios da legalidade, taxatividade e favor-rei.

O triste caso da Boate Kiss é um exemplo claro da banalização do dolo pelos agentes processuais. No caso, o Ministério Público construiu um conceito simplista de dolo eventual, decorrente de ínfima base probatória, mas que foi absurdamente explorada pelos meios midiáticos. Isso influenciou a sociedade a iniciar manifestações críticas contra os envolvidos no caso, e, principalmente, contra os agentes do processo. O Ministério Público e o poder judiciário foram intuídos da missão de levar uma resposta para a sociedade. A maior pena possível. Por meio do dolo.

O presente artigo não tem a finalidade de contraditar o conceito de dolo ou de culpa previstos no Código Penal, mas manifestar a existência de ações ruins ao sistema democrático: a banalização do direito penal.

Por termo, os argumentos utilizados pelo MP foram direcionados "finalissimamente" para acalmar os ânimos da sociedade, caracterizando cabal violação dos princípios normativos e aventando a atual discussão da banalização do dolo eventual. As

terminologias utilizadas no corpo da denúncia fogem das regras doutrinárias e legais básicas que têm base no direito penal, e, principalmente, no Estado Democrático de Direito.

A solução para o respectivo problema se assenta na construção de um conceito mais assertivo e específico do que seria dolo eventual e culpa consciente, com o fim de impossibilitar interpretações abertas. Deve existir mais ponderação do poder judiciário sobre decisões desenvolvidas sobre a arremida da dúvida acerca de conceitos similares.

A observância dos princípios penais-constitucionais é fundamental em um Estado Procedimental, em especial os da Legalidade Penal, da não-culpabilidade e do Favor-Rei. Esses princípios são essenciais para proteger nossa Constituição e nossa sociedade contra discursos demagógicos e incoerentes.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 Jun. 2022.

BRASIL. Decreto Lei nº 2 848, de 7 de Dezembro de 1940. Institui o **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 Jun. 2022.

BRASIL. Lei 1344, de 24 de Maio de 2022. **Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar** contra a criança e o adolescente. Brasília: Congresso Nacional, 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14344.htm>. Acesso em: 13 Jun. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 23. Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. 9. Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Ezequiel. **Caso da boate kiss foi um terrível erro judiciário**. Canal ciências criminais, dez. 2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/autor/ezequiel-fernandes/>. Acesso em: 23 Jul. 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. 5. Edição. São Paulo: Saraivajus, 2019.

MARQUES, José Marques. **Tratado de Direito Penal**. 2. Volume. São Paulo: BooksellerNB, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. 3. Edição. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2019.

PROCÓPIO, Michael. **Direito penal**. 1. Edição. São Paulo: Estratégia, 2020. PALÁCIO, Silva. **Dicionário Jurídico**. 31 Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Cristian Kiefer da; ARAÚJO, Matheus Vieira. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva/ Autores associados, 2016. Disponível em: < <http://npa.newtonpaiva.br/direito/>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. 14. Edição. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2021.

O FENÔMENO DA DUPLA INCIDÊNCIA EM CONSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

TAISA EMILIANO DA SILVA:
Bacharel em Direito e Analista
Jurídica na Defensoria Pública do
Amazonas²¹⁶.

RESUMO 217: O fenômeno da dupla incidência tributária, quando um só fato gerador produz a manifestação do poder de tributar mais de uma vez. A dupla incidência divide-se na bitributação, onde ocorre a existência de duas ou mais formas tributárias derivadas de dois entes diferentes e o *bis in idem*, que é o exercício da competência de uma norma, sob o mesmo fato gerador, sob o mesmo sujeito passivo e ativo. O artigo tem como objetivo geral abordar como o fenômeno da dupla incidência ser utilizado como instrumento constitucional previsto na carta maior. Quanto aos fins esta pesquisa foi descritiva e explicativa. Descritiva, o artigo buscou descrever os limites e sua previsão no texto constitucional. E explicativa, a pesquisa buscou tornou inteligível o objetivo da dupla incidência que é uma forma prevista na Constituição. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, baseada em revisão da literatura, recebendo uma redação textual das reflexões obtidas. Como conclusão destaca-se que os tributos, sendo um dever constitucional, gera direitos e obrigações tanto para o Contribuinte, como para o Estado. Conclui-se que este assunto é importante para sociedade pelo fato que poderia reduzir muitos impostos, estes instituídos de forma abusiva e contrário ao Texto Constitucional.

Palavras-chave: Fato Gerador; Dupla incidência; Texto Constitucional; Autorização Constitucional;

ABSTRACT: The phenomenon of double tax incidence, when a single taxable event produces the manifestation of tax power more than once. Double incidence is divided into double taxation, where there are two or more forms of taxation derived from two different entities, and *bis in idem*, which is the exercise of the competence of a rule, under the same taxable event, under the same subject passive and active. The article has its general objective to address how the phenomenon of double incidence can be used as a constitutional instrument provided for in the major charter. This research was descriptive and explanatory. Descriptive, the article sought to describe the limits and their prediction in the constitutional text. And explanatory, the research sought to make intelligible the objective of the double incidence that is a form foreseen in the Constitution. The research

²¹⁶ E-mail: taisa_tes@hotmail.com

²¹⁷ Artigo apresentado ao Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA) como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos.

was bibliographical, based on a literature review, receiving a textual writing of the entries. In conclusion, it is highlighted that taxes, being a constitutional duty, generate rights and obligations for both the Taxpayer and the State. It is concluded that this subject is important for society because it could reduce many taxes, which were instituted in an abusive way and contrary to the Constitutional Text.

Keywords: Generating Event; Double incidence; Constitutional Text; Constitutional Authorization;

1 INTRODUÇÃO

O tema de estudo desse artigo sobre Direito Tributário, especificamente abordando o tema da bitributação, inclusive apresentando exemplos verídicos sobre as hipóteses presentes no ordenamento jurídico.

O Direito Tributário tem sua base, seus princípios e diretrizes fundamentais enraizados na Constituição Federal, especificamente no Título VI, mas não limitado apenas aos artigos deste. Da análise das regras de repartição de competências tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, depreende-se que cada um destes entes possui sua própria competência para tributar, não podendo a União, por exemplo, instituir tributo sobre um fato gerador cuja competência é dos Municípios. Este fenômeno é conhecido como bitributação.

O artigo buscou ainda verificar o que a doutrina e a legislação contribuem para as previsões constitucionais da dupla incidência, destacando suas características, limites constitucionais e principiológicos, benefícios e pontos positivos e negativos, demonstrando as hipóteses de bitributação permitidas no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, o presente artigo busca responder ao seguinte questionamento: *Na legislação tributária, de forma não excepcional, vê-se a dupla incidência, como no caso de um mesmo fato gerador ser tributado duas vezes, essa ocorrência seria constitucional?*

A hipótese que norteou a pesquisa partiu da premissa básica de que a dupla incidência pode acontecer em duas situações previstas constitucionalmente, quais sejam, imposto extraordinário, na iminência ou no caso de guerra externa ou desde que seja autorizado constitucionalmente, no caso do bis in idem.

No que se refere à metodologia, Alves (2007, p.59) destaca que, a metodologia é um instrumento do pesquisador, "onde se define o como, onde, com quem, com quê, quanto e de que maneira se pretende captar a realidade e os fenômenos estudados".

Por sua vez, Vergara (2004, p.41) esclarece que, a organização da metodologia é decorrente das particularidades de cada pesquisa, demandando algumas informações

sobre alguns aspectos, tais como: "quanto ao método de abordagem, quanto à natureza da pesquisa, quanto aos fins e quanto aos meios", e que são brevemente expostos a seguir.

Quanto ao método de abordagem, este artigo adotou o método dedutivo, que conforme Gil (2007), nesse método parte-se dos argumentos gerais para os específicos, fazendo uso da dedução que tem seus fundamentos na relação lógica e entre as proposições apresentadas, com o objetivo de não comprometer a validade da conclusão.

Nesse estudo, primeiramente identificaram-se as questões relacionadas à previsão constitucional para em seguida, na passagem da perspectiva geral para a específica, discorrer sobre se há outras hipóteses de incidência e se estão conforme a constituição.

No que tange à natureza, configura-se como uma pesquisa qualitativa baseada na opinião das fontes como autores e doutrina, consultados. Conforme Mezzaroba e Monteiro (2008), a pesquisa qualitativa não mede dados, mas, procura identificar suas naturezas visando a compreensão das informações, sendo feita de uma forma mais global e interrelacionada com fatores variados, privilegiando contextos e o que prepondera sempre é o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretado conforme as hipóteses estabelecidas pelo pesquisador.

Quanto aos fins esta pesquisa classifica-se como descritiva e explicativa. Descritiva, pois segundo Vergara (2004), expõe características de determinado fenômeno. Nesse artigo buscou-se descrever os limites do planejamento tributário e sua regulação no Brasil. E explicativa que conforme Vergara (2004), tem como principal objetivo tornar algo inteligível, justificar-lhe os motivos, esclarecendo ainda os fatores que contribuem, de alguma forma, para a ocorrência de determinado fenômeno. Essa pesquisa buscou tornar inteligível o objetivo do planejamento tributário que é uma forma lícita para reduzir os custos com os tributos nas empresas.

No que tange aos meios de investigação, a pesquisa pode ser enquadrada como uma pesquisa bibliográfica e doutrinária, que foi baseada em revisão da literatura, que recebeu posteriormente uma redação textual das informações obtidas. De acordo com Gil (2007), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, como livros, artigos e legislação. As informações foram obtidas na literatura publicada em livros, legislação, artigos e consultas em bibliotecas virtuais na internet.

Para a sistematização do artigo, foi utilizado o método descritivo sobre o tema. E para atender aos objetivos do trabalho, o artigo foi dividido em três seções principais. A primeira seção fala-se da possibilidade de um mesmo fato jurídico ser tributado por mais de uma pessoa. No segundo tópico, analisaremos algumas hipóteses sobre o instituto da dupla incidência, que não estão expressas no Texto Constitucional, tendo em vista a

distribuição das competências, que apesar de detalhada, deixa lacunas para erros de interpretação e acabam por gerar disputas entre os entes sobre quem deve tributar determinado fato gerador. E por fim, analisa-se o Instituto da Dupla incidência, ressalvados os casos expressos na Constituição Federal, estão ou não em consonância com a Constituição Federal.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Essa seção tem como finalidade apresentar uma fundamentação teórica sobre o tema, procurando, a princípio, apresentar uma abordagem acerca das hipóteses de incidência e os aspectos conceituais do cabimento da dupla incidência. Afinal, a lei no nosso ordenamento jurídico, não se restringe a instituir tributos, precisando também determinar dentre outras hipóteses quem será, o sujeito ativo, sujeito passivo, bem como estabelecer sobre qual fato gerador determinado tributo incidirá. É preciso que haja o fato descrito na norma (fato gerador), sendo este elemento essencial para que faça surgir uma obrigação do sujeito ativo de cobrar e do sujeito passivo de pagar. Assim, o fato gerador e quem dá legitimidade ao ente público de realizar a cobrança do tributo, e cria também um vínculo de obrigação de pagar o tributo imposto.

Na fundamentação teórica, ainda foram contemplados os seguintes aspectos: princípios fundamentais, classificação e principais etapas do planejamento tributário, sendo essencial, portanto, caracterizá-los, isto porque a interpretação que irá se dar durante todo o artigo está apoiada nesses pressupostos básicos.

De acordo com Vergara (2004), denomina-se fundamentação ou referencial teórico, ou ainda revisão da literatura, a seção ou capítulo de um trabalho que tem por objetivo apresentar as principais pesquisas e estudos disponibilizados sobre a problemática, já realizados por outros pesquisadores. Nesse contexto, realiza-se, portanto, uma revisão da literatura existente e disponível, não somente no acervo de teorias e suas críticas, como também a trabalhos realizados que as tomam como referência, tomando-se conhecimento do que já existe sobre o assunto (estado da arte), oferecendo contextualização e consistência à investigação

2.1 Bitributação e dupla incidência de acordo com o texto constitucional

A Constituição Federal traz a competência, ou seja, discrimina, autoriza a lei instituir e regulamentar o tributo. Temos como norma geral o Código Tributário Nacional, que embora tenha natureza infraconstitucional, foi recepcionada pelo legislador constituinte com status de lei complementar. A lei institui o tributo e dá as perspectivas para a sua

exigência. O fato gerador determina a obrigação tributária. Quando há dois entes ou mais tributando o mesmo fato temos o fenômeno da bitributação.

Impera no nosso ordenamento jurídico o princípio da legalidade, da qual decorre a bitributação, entende-se por princípio da legalidade com base no artigo 150 inciso primeiro da constituição federal de 1988 o seguinte: “Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

A lei no nosso ordenamento jurídico, não fica restrita apenas a instituir os tributos, precisando também determinar dentre outras coisas quem será, o sujeito ativo, sujeito passivo, bem como estabelecer sobre qual fato gerador determinado tributo incidirá. É preciso que haja o fato descrito na norma (fato gerador), sendo este elemento essencial para que faça surgir uma obrigação do sujeito ativo de cobrar e do sujeito passivo de pagar.

Assim, o fato gerador e quem dá legitimidade ao ente público de realizar a cobrança do tributo, e cria também um vínculo de obrigação de pagar o tributo imposto. Deve-se ficar atento que o fato gerador gera a obrigação de pagar tributo, mas não é qualquer tributo, deve ser correspondente ao fato, isso se deve para evitar o enriquecimento ilícito do ente político, e proteger o interesse da coletividade. Ramon Henrique Santos diz que (2012, s.p.): [...] quando ocorrem várias incidências de tributos, cuja competência para instituição é de entes federados diferentes, sobre o mesmo fato gerador, pode-se dizer que ocorre um conflito de competência tributária. A Constituição Federal traz a competência, a lei complementar institui o tributo e regulamenta essa competência. Temos como norma geral o Código Tributário Nacional, que embora tenha natureza infraconstitucional, foi recepcionada pelo legislador constituinte com status de lei complementar. A lei institui o tributo e dá as perspectivas para a sua exigência. O fato gerador determina a obrigação tributária. Quando há dois entes ou mais tributando o mesmo fato temos o fenômeno da bitributação.

Como ensina Regina Helena Costa (2012, p. 67): A possibilidade de um mesmo fato jurídico ser tributado por mais de uma pessoa:

“O nosso ordenamento jurídico não permite essa prática, pois cada fato gerador só pode ser tributado por somente uma pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Há também o “bis in idem” que é quando um único ente político tributa duas vezes o mesmo fato, ou ainda explicado pela mesma (2012, p. 67): [...] é o mesmo fato jurídico ser tributado mais de uma vez pela mesma pessoa política”.

Nesse caso, se houver expressa autorização prevista na Constituição Federal, a prática é permitida. Robinson Barreirinhas assim entende (2011, s.p.):

“Como foi dito, o nosso ordenamento jurídico veda a prática da bitributação, porém esta comporta algumas exceções, mas salientando que devem estar previstas expressamente na Constituição Federal.

O artigo 154 em seu inciso II determina que:

“Art.154: A União poderá instituir: II- na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.”.

No caso, impostos extraordinários, conceituados por Adriano Pinto (PINTO, 2008, s.p.): São aqueles passíveis de serem cobrados na iminência ou no caso de guerra declarada. Assim a Constituição Federal permite a cobrança desse tipo de imposto segundo Adriano Pinto para 2008, s.p.): [...] garantir a viabilidade de recursos para a batalha que se antevê ou já ocorre”.

Mas e em relação ao princípio da anterioridade? José Francisco da Silva (2004, p. 129) diz que esse princípio: [...] estabelece uma imposição constitucional de se manter uma distância temporal mínima entre a publicação e a força vinculante da lei instituidora ou majoradora de tributos.

O artigo 150 em seu parágrafo primeiro da Constituição Federal determina que: “Art.150: a vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.”

Esse artigo traz, nada mais do que a exclusão do princípio da anterioridade, pois não há como prever a vinda de uma guerra.

“Lauany Barbosa (BARBOSA, 2012, s.p.) dá uma breve explicação de como funciona o imposto extraordinário: A União Federal poderá até mesmo instituí-los fora de sua competência, ou seja, dela, dos estados e dos municípios. Poderão ter o mesmo fato gerador e base de cálculo de impostos já existentes, sejam federais, estaduais ou municipais. Não pode ser um imposto novado, não pode haver inovação tributária, ou seja, não pode criar um tributo que não existe, pois assim será residual. O que pode é criar um que já exista. Pode-

se, em caso de guerra, por exemplo, cobrar IPTU federal (que é municipal), ou seja, o nome não importa, pode ter o mesmo nome ou diferente, mas seu cerne já existe. É criado em outro âmbito. Não se submete ao princípio da anterioridade fiscal, nem da anterioridade “integral”, mesmo sendo mitigado (90 dias). É restituído por meio de Medida Provisória. Cessada a situação que lhe deu causa, encerra-se a sua cobrança. É um imposto transitório, isso quer dizer só é criado para um determinado contexto. Assim, o imposto extraordinário é a criação tributária de um imposto que já incide sob um fato gerador, sendo que frente a esta situação excepcional, dois entes tributarão o mesmo fato gerador. Pode-se assim haver cobrança fora de sua competência original, que incidirá sob o mesmo fato gerador.”.

Esse mesmo artigo 154, II da Constituição Federal originou o artigo 76 do Código Tributário Nacional: Art. 76: Na iminência ou no caso de guerra externa, a União pode instituir, temporariamente, impostos extraordinários compreendidos ou não entre os referidos nesta Lei, suprimidos, gradativamente, no prazo máximo de 5 (cinco) anos, contados da celebração de paz. Esse artigo descreve um imposto instituído de forma temporária, assim ao cessar as causas de sua criação (guerra externa) cessa também a sua incidência. Da celebração de paz tem-se cinco anos para ir gradativamente suprimindo a cobrança desses impostos. Lauany Barbosa (BARBOSA, 2012, s.p.) complementa:

“As hipóteses de incidência desses impostos extraordinários podem ser livremente estabelecidas pelo legislador, pois a Constituição não descreveu o âmbito de incidência desses impostos. O legislador pode definir várias hipóteses de incidência, pode instituir vários impostos, inteiramente distintos uns dos outros, cada qual com inteira autonomia, com regime jurídico próprio. As bases de cálculo e alíquotas desses impostos extraordinários podem ser estabelecidas também pelo legislador, com ampla liberdade.

Quanto a pessoa do contribuinte de impostos, Barbosa (BARBOSA, 2012, s.p.) encerra conceituando que: [...] é qualquer pessoa que tenha relação pessoal e direta com a situação descrita como hipótese de incidência do imposto, que pode ser definida livremente pelo legislador ordinário. Analisando que o fenômeno da bitributação é vedado pela Constituição Federal, salvo exceções que essa mesma traz de maneira expressa, percebemos que no caso de guerra externa a União impõe o imposto extraordinário, podendo o legislador

estabelecer desde a sua incidência até a sua base de cálculos e alíquotas e tudo isso de forma livre.”.

2.2. Dupla incidência não prevista expressamente no texto constitucional

A Dupla Incidência ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 154, II da Constituição Federal tornou a situação bastante complexa, vez que definiu as competências tributárias entre os entes estatais, mas não incluiu em seu texto nenhuma proibição expressa da bitributação ou qual imposto deve se sobressair no caso de sua ocorrência.

Como ocorre com quase todos os textos legais pátrios, a distribuição das competências apesar de detalhada, deixa lacunas para erros de interpretação e, obviamente, acabam por gerar disputas entre os entes sobre quem deve tributar determinado fato gerador. Invariavelmente, o perdedor nestes embates é o contribuinte. Como exemplo, desse embate complexo podemos citar o ISS e o ICMS.

As hipóteses de incidência de ICMS e ISS se confundem com enorme facilidade, tendo em vista que a Lei Complementar 116/2003 traz um rol enorme de serviços que são fatos geradores de ISS e que ao mesmo tempo são parte da cadeia de produção de determinados produtos já tributados através do ICMS pelos Estados.

Transporte de mercadorias, serviços de comunicação e internet, confecção de embalagens, tingimento de roupas. As hipóteses são muitas e as empresas são, obviamente, pegadas no fogo cruzado entre os Estados e os Municípios.

Restam ao contribuinte apenas três opções: resignar-se com a situação e pagar dois tributos diferentes sobre o mesmo fato gerador; questionar a própria Administração Pública sobre quem é o ente competente; ou recorrer ao Poder Judiciário para que este decida, definitivamente, a qual ente deve-se recolher o tributo sobre determinada atividade.

A primeira opção não se apresenta, de forma alguma, como uma alternativa viável para os contribuintes no país, levando-se em conta a já extensa lista de tributos que lhes são cobrados.

Os questionamentos à Administração Pública, seja anterior às cobranças (através de processo administrativo de consulta) ou posterior às cobranças (através de processo administrativo para anulação de autos de infração), os resultados são imensamente desfavoráveis aos contribuintes, por falta de imparcialidade quanto à legitimidade das cobranças e ainda por obrigar o contribuinte a requerer a anulação de cada auto de infração que venha a ser lavrado contra si.

Nos tribunais superiores, há discordância, tendo o Superior Tribunal de Justiça entendido pela incidência do ISS (RESP 88852/ES, RS no AgRg 1362310/RS), entendimento obtido através de interpretação literal, afirmando que a industrialização por encomenda é hipótese de incidência pelo ISS já que consta do rol de fatos geradores da Lei Complementar 116/2003.

O Supremo Tribunal Federal, mais atualmente, vê a questão sob outro prisma: em julgamento de Medida Cautelar na ADI 4389, julgada em abril de 2011, entendeu-se pela incidência do ICMS tendo em vista que referidas industrializações por encomenda integram um processo maior e mais abrangente da produção de determinado produto.

O Ministro Relator Joaquim Barbosa entende:

“O que faz total sentido se pensarmos, por exemplo, na industrialização de um refrigerante que possui condições de conservação específicas, que variam dependendo da composição do refrigerante. Caso a embalagem não seja produzida com aquelas exatas características exigidas para que o refrigerante mantenha sua condição, o produto se perde ou, no mínimo, se altera. Logo, a embalagem não serve única e exclusivamente para diferenciar, através do logo, um refrigerante de outro, mas para manter a natureza do produto, integrando-se a ele.”.

Nesse Sentido, Para Fábio Fannuchi:

“A bitributação é um fenômeno já há muito presente e abominado em nossa legislação, mas com a velocidade em que as atividades e relações consideradas fatos geradores vem sendo alteradas pelas tecnologias, e também pela deficiente redação de nosso atual sistema tributário, vem se tornando cada vez mais presente na vida dos contribuintes.

Entende-se ser um fenômeno já há muito presente e abominado em nossa legislação, mas com a velocidade em que as atividades e relações consideradas fatos geradores vem sendo alteradas pelas tecnologias, e também pela deficiente redação de nosso atual sistema tributário, vem se tornando cada vez mais presente na vida dos contribuintes.”.

2.3. A constitucionalidade da dupla incidência

O fenômeno da Dupla Incidência é um instituto complexo, pelo fato de ter uma lacuna aberta na constituição.

Tendo em vista a incerteza da inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade de tais tributos, há uma discussão não pacífica entre os defensores e opositores.

Recentemente, O Plenário do Supremo Tribunal Federal (SFT) ratificou, por maioria de votos, jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 212209, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na sua própria base de cálculo. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 582461, interposto pela empresa Jaguary Engenharia, Mineração e Comércio Ltda. contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que entendeu que a inclusão do valor do ICMS na própria base de cálculo do tributo – também denominado “cálculo por dentro” – não configura dupla tributação nem afronta o princípio constitucional da não cumulatividade. No caso específico, a empresa contestava a aplicação, pelo governo de São Paulo, do disposto no artigo 33 da Lei paulista nº 6.374/89, segundo o qual o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo.

Com entendimento de forma contrária, portanto, inconstitucional, podemos tecer exemplo da inconstitucionalidade do imposto sobre produtos industrializados (IPI), sobre a importação. O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) foi criado pela Emenda Constitucional n. 18 de 1965, tendo suas hipóteses de incidência discriminadas no art. 46 do Código Tributário Nacional (CTN - Lei 5.172/66), como repetição das hipóteses de incidência do antigo Imposto sobre Consumo, previsto na Lei 4.502/64. Desde que criado, muito já se discutiu sobre a incidência deste imposto na importação de bens (IPI-Importação), sempre se argumentando se esta hipótese de incidência seria ou não constitucional, devido ao bis in idem que seria causado nesta operação pela já incidência do Imposto de Importação (II). Essa argüição, todavia, sempre foi rechaçada pela melhor doutrina, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o contra-argumento de que a Constituição nunca vedou o bis in idem (a dupla ou múltipla tributação de um mesmo fato gerador pela mesma Pessoa Jurídica de Direito Público), mas apenas a bitributação (cobrança de tributos pertencentes a diferentes pessoas jurídicas, sobre um mesmo fato gerador). Contudo, o IPI-Importação é inconstitucional por dois motivos diversos deste: Primeiro, porque o IPI não se qualifica como 'imposto sobre o comércio exterior', mas como imposto sobre a 'produção', sendo esta a “industrialização de mercadorias”, como autêntico fenômeno (operação) econômico onerado pelo IPI (o elemento material da hipótese de incidência deste imposto). A análise da base econômica (art. 153, inc. IV, §3º, CF) do IPI-Importação leva à conclusão de que é passível de tributação a “operação com produto industrializado”, no sentido de “industrialização do bem e sua

saída do estabelecimento comercial”, e não no sentido de “qualquer operação jurídica realizada com um produto industrializado” (interpretação que albergaria a incidência do referido imposto na importação de um bem, porque “operação jurídica de compra e venda de bem”). “Note-se que, normalmente, a importação sequer é contratada diretamente com a indústria estrangeira, mas com distribuidores ou comerciantes estrangeiros. O mesmo se dá no caso de leasing internacional. Ou seja, sequer fora do território nacional se tem a ocorrência de fato gerador próprio do IPI. Tivesse tal operação ocorrido aqui em território brasileiro, não acarretaria a incidência de IPI, mas apenas de ICMS. Assim, ao menos nesta hipótese (de importação realizada não diretamente do industrial estrangeiro, mas do distribuidor ou comerciante importador), a inconstitucionalidade da cobrança do IPI se mostra clara”. O segundo argumento pela inconstitucionalidade do IPI-Importação é que, após longo debate, o STF assentou, através da Súmula 661 e precedentes, que “o fato gerador do ICMS é o desembaraço aduaneiro realizado pela empresa que promoveu a importação dos bens”. Sendo o ICMS um imposto cobrado pelo ente federado (Estado), possuindo como fato gerador o desembaraço aduaneiro, e sendo o IPI-Importação cobrado pelo Ente Federal (União), possuindo idêntico fato gerador (desembaraço aduaneiro), claro está que a incidência dos dois impostos sobre a importação preenche o requisito doutrinário e jurisprudencial da bitributação, devendo somente aquele (ICMS) prevalecer sobre a importação, porque incidência ordenada pela Constituição (art. 155, §2º, IX, a, CF), diferentemente do que ocorre com este, cuja incidência é estabelecida por lei federal (art. 46, inc. I, CTN – Lei.5.172/66).

3. CONCLUSÃO

A conclusão desse artigo no que tange às hipóteses constitucionais de bitributação dispostas no ordenamento jurídico brasileiro, que sempre serão impostas em situações extraordinárias, visando assim que a coletividade não seja onerada sem que ocorra nenhum motivo justo. Destaque para o artigo 154 da constituição, posto que através da disposição do mesmo, pode-se observar que só será admitida a bitributação no direito brasileiro em casos extraordinários, onde inclusive não haverá a necessidade de atender outros princípios norteadores do direito tributário nacional como a anterioridade. Conclui-se, portanto que o legislador constituinte se preocupou muito com as questões de tributação na atual constituição, posto que, já está enraizado em nosso ordenamento, problemas históricos com essa questão, atingindo estes problemas principalmente o polo mais fraco e submisso da relação, o Povo.

No tópico referente as hipóteses de bitributação não previstas constitucionalmente, é um tema complexo, pois é difícil precisar sobre a sua constitucionalidade. Temos como exemplo, o ICMS em compras virtuais que para parte da doutrina sua incidência é

inconstitucional, no entanto esse entendimento embora controverso no próprio STF não é o que predomina.

Portanto, em face de tudo o que foi alvo do estudado aqui, chega-se à conclusão de que a bitributação que não autorizada pelo texto constitucional, não se sabe ao certo sobre sua constitucionalidade, eis que não é pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca das disposições legais que se encontram sob julgamento na Suprema Corte.

O presente artigo reuniu informações sobre a dupla incidência prevista na constituição e algumas hipóteses infraconstitucional, mas sem a pretensão de esgotar todas as discussões acerca do tema e nem tirar conclusões definitivas, pois, os aspectos que circundam esta questão são muitos e que um artigo não pode contemplar em todas as suas especificidades.

No entanto, respondendo ao problema inicial da pesquisa, pode-se destacar que a hipótese que norteou a pesquisa foi uma pesquisa para responder a respeito da constitucionalidade do fenômeno da dupla incidência, no entanto, como já explorado, não se dar uma resposta precisa, tendo em vista a controvérsia que há sobre o tema entre os tribunais superiores e a doutrina, apresentando apenas os argumentos, com a finalidade de interpretação, seja para o lado do fisco ou contribuinte.

Nesse contexto, o Direito Tributário demanda de seus aplicadores a adequada compreensão das normas, que contemple inclusive a esfera axiológica e da hermenêutica jurídica, a certeza das hipóteses legais de bitributação dispostas no ordenamento jurídico brasileiro, que sempre serão impostas em situações extraordinárias, visando assim que a coletividade não seja onerada sem que ocorra nenhum motivo justo e a incerteza das hipóteses infraconstitucionais do instituto.

A literatura jurídica local carece de mais pesquisas, tendo em vista a escassez de material para o objeto da pesquisa. Esse artigo contempla uma pesquisa inicial, portanto, os estudos devem prosseguir para um aprofundamento do tema.

No âmbito acadêmico, o tema demanda debates mais aprofundados por parte dos profissionais de Direito Tributário e legislação de impostos, uma corrente que entende ser patente a inconstitucionalidade da bitributação fora da previsão constitucional, e parte da doutrina e alguns julgados do STF, interpretando como cabível, portanto, constitucional.

Além disso, o tema precisa ainda ser desenvolvido sob uma perspectiva contemporânea e inovadora e que contemple, que leve em consideração a magnitude desse instituto, que vem aos poucos atingindo grandes proporções no contexto do Direito Tributário, bem como para o cotidiano dos contribuintes.

Pesquisas sobre esse assunto, encontram-se **em processo de contínuas atualizações**, devendo ser mais exploradas, constituindo e em um campo fértil para futuros trabalhos na área de Direito Tributário e legislação de impostos.

REFERÊNCIAS

BORBA, Cláudio. **Direito tributário: teoria e 1000 questões**. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 20 jun. 2016.

FABRETTI, Lúdio Camargo; FABRETTI, Dilene Ramos. **Direito tributário para os cursos de administração e ciências contábeis**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUTIERREZ, M. D. **Planejamento tributário: elisão e evasão fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HOMSI, Marcelo Moreira Maluf. **Breve Estudo sobre Planejamento Tributário**. 2015. Disponível em: <<http://marcelohomsi.jusbrasil.com.br/artigos/200655430/breve-estudo-sobre-planejamento-tributario>> Acesso em: 20 jun. 2016.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAKAMOTO, Priscila Yumiko; BASSOLI, Marlene Kempfer. **Os limites constitucionais ao planejamento tributário**. In: **Scientia Iuris**. Londrina, v. 9, p. 253-272, 2005, p.258. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/4045/3589>> Acesso em: 21 jun. 2016.

SIQUEIRA, Eurípedes Bastos et al. Planejamento Tributário. In: **Revista CEPPG**. Nº 25; 2/2011. Págs. 184-196. Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/51c23e8670bb3aeef7da564aa767d33b.pdf> Acesso em: 20 jun. 2016.

VERGARA, Silvia. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TRABALHO INFANTIL E A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL

LENNON HENRIQUE BATISTA FERREIRA:

Graduando em Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

RODRIGO BERTOLO

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma revisão bibliográfica sobre a evolução do trabalho infantil no Brasil e como a Justiça do Trabalho o regulamenta, ou seja, mostrar a função das leis e normas na busca da extinção do trabalho durante a infância. Este estudo pretende entender como as políticas públicas evoluíram em busca da regulamentação do trabalho infantil. Teve como conclusão a necessidade de legislações especiais e a regulamentação dos mesmos por meio dos órgãos capacitados, como a Justiça do trabalho.

Palavras-chave: Trabalho; Direito; Infantil.

ABSTRACT: The present work aims to present a bibliographic review on the evolution of child labor in Brazil and how the Labor Court regulates it, that is, to show the role of laws and regulations in the search for the extinction of work during childhood. This study intends to understand how public policies evolved in search of the regulation of child labor. Its conclusion was the need for special laws and their regulation through qualified bodies, such as the Labor Court.

Keywords: Work; Right; Childish.

INTRODUÇÃO

A vida é um direito inerente do homem, assim como a infância e o seu acesso à ela, ou seja, poder desfrutar deste período como criança, sem as preocupações de um adulto e, cabe aos pais e/ou responsáveis, assegurar esse período da melhor forma possível. Com os anos, a criança deixou de ser um objeto em que os adultos mandariam e fariam delas o que fosse melhor para si, e passou a ser um indivíduo de direitos, assim como o adulto e, isso foi possível por meio de implementação de leis e convenções.

O assunto da infância é debatido não somente em âmbito nacional como mundialmente. Pessoas se reúnem para discutir os direitos da criança e como assegurá-los. Dentro do que diz respeito à infância, surge o questionamento: qual a idade necessária para que esse indivíduo possa entrar no ambiente de trabalho? E, pela necessidade de respostas, a Constituição Federal (1988), o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990),

entre outros decretos e legislações, dispuseram regras para a inserção da criança em locais de trabalho e foi possível chegar a um conceito: nenhuma criança com menos de 14 anos deve trabalhar, a menos que tenha alguma licença especial.

O trabalho infantil não compreende apenas onde tem remuneração, mas qualquer local em que a criança deva exercer uma função regulamentada, podendo estar inserida, além de indústrias e fábricas, mas também no campo, na agricultura, no meio doméstico, etc.

Este texto busca expor esses locais de trabalho em que a criança pode estar inserida, sua ilegalidade e a relação do trabalho infantil com a Justiça do Trabalho, pois é este órgão que regulamenta de perto essa ocupação e suas irregularidades, além de assegurar a diminuição da taxa de trabalho infantil no Brasil.

1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO ENTORNO DA CRIANÇA

O indivíduo nasce e se desenvolve em todos os âmbitos da vida e evoluem sob o olhar dos responsáveis por eles. Este primeiro período de vida chamamos de infância, em que o indivíduo se denomina criança.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade. As duas fases da vida abordadas são tuteladas por pais ou responsáveis e são eles quem devem garantir todos os direitos das crianças e cumprir os deveres previstos em lei.

Esse período tem influências culturais e construções históricas, sendo comum, nos séculos anteriores, crianças serem tratadas como adultas e estarem inseridas desde muito cedo no ambiente de trabalho. Apesar de existir um decreto, em 1891, que estipulavam uma idade mínima para a inserção no local de trabalho, ele não era seguido e, na prática, as indústrias e a agricultura usavam dessa mão de obra.

Com os avanços da Revolução Industrial, processo que se iniciou no século XVIII, o Brasil descobriu, empiricamente, o estreito vínculo entre os problemas da infância e da democracia (Méndez, 2013), esses “pequenos adultos” foram retirados aos poucos das fábricas e levados às escolas, com a regulamentação do ensino obrigatório em 1854, uma lei que não se aplicava universalmente, excluindo os indivíduos marginalizados. No século XX, as lutas sociais levaram à constituição de um Comitê de Defesa Proletária que proibiu o trabalho de menores de 14 anos (Lorenzi, 2007).

Na década de 30, no Estado Novo, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), um órgão equivalente ao sistema Penitenciário para a população menor de idade

e, neste mesmo período outras políticas públicas também foram criadas, como a Legião Brasileira de Assistência (LBA), a Casa do Pequeno Jornaleiro, a Casa do Pequeno Lavrador, a Casa do Pequeno Trabalhador e a Casa das meninas. Porém, com a nova constituição, promulgada em 1946, o SAM foi considerado repressivo e desumanizante (Lorenzi, 2007).

E, durante o período de governos militares, em 1979, foi promulgada a Lei nº 6.697, o Código de Menores, que dispunha sobre assistência, proteção e vigilância a menores, dispositivo central da política social do autoritarismo militar de décadas anteriores (Méndez, 2013), realizada pelo Juiz Mello Mattos.

Esta legislação foi colocada em evidência, futuramente, pelos artigos 214 e 227 da Constituição Federal (1988), devido seu caráter flagrantemente inconstitucional (Méndez, 2013), no qual regula apenas as crianças em “situação irregular” (Lorenzi, 2007) e, definia já em seu artigo 1º: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste código” (Código de Menores, 1927).

Futuramente, o código foi revogado, em 1990, pela Lei nº 8.069, 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) essa substituição foi necessária pois o Código de Menores tratava crianças e adolescentes como objeto de proteção, enquanto o ECA, a doutrina moderna, dá outra conotação para a questão e passa a se referir à criança e ao adolescente como sujeitos de direito (Barros, 2018).

O Estatuto

“[...] trata-se de um verdadeiro microssistema que cuida de todo o arcabouço necessário passa se efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infanto-juvenil. É norma especial com extenso campo de abrangência, enumerando regras processuais, instituindo tipos penais, estabelecendo normas de direito administrativo, princípios de interpretação, política legislativa, em suma, todo o instrumental necessário e indispensável para efetivar a norma constitucional.” (Barros, 2018, apud AMIN, 2010, p. 18)

Essas leis promoveram uma nova forma de olhar para a criança, não como um passo anterior à vida adulta, mas uma fase a ser protegida de uma maneira especial, tão especial que foi necessária a criação de uma legislação específica para esses indivíduos. Além da proteção já promovida pela Constituição Federal (1988), há uma proteção especial para essas crianças, que busca sempre aplicar as leis buscando o maior benefício possível para a criança ou adolescente (Barros, 2018)

Tal proteção se estendeu a âmbito mundial, por meio da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, em vigor desde 1990 no Brasil, documento ratificado por 196 países que previa os direitos da criança nos âmbitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e direitos especiais à proteção, que debatia diversos temas como:

“Exploração econômica da criança; direitos da criança e papel da família; direitos da menina; administração da justiça juvenil; direitos das crianças com necessidades especiais; HIV/Aids e o direito das crianças; violência contra a criança; realização dos direitos da criança na primeira infância; [...] exploração sexual de crianças; a utilização de crianças como soldados e o “trabalho infantil” (Rosemberg; Mariano, 2010).

A criação de órgãos de controle, leis e convenções foi necessária para que o direito da criança de “ser criança” fosse assegurado, ou seja, deixando as obrigações e preocupações para os seus tutores, criando um ambiente saudável para o desenvolvimento físico e intelectual daquele indivíduo. Toda a história abordada anteriormente se afunila até chegar ao Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), vigente até os dias atuais.

2. O TRABALHO INFANTIL

Tendo em vista o conceito de criança e infância, explicitado no capítulo anterior, é necessário explicitar o conceito de trabalho para então definir e entender o trabalho infantil e suas implicações no direito de trabalho.

O trabalho é um direito inerente do homem, assegurado pela Constituição Federal (1988), em seu artigo 6º, inciso XIII, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. E, no mesmo documento, em seu artigo 7º, está explícito todos os direitos inerentes do trabalhador e sua relação com o empregador. Vale ressaltar que, não é a remuneração que define a situação de trabalho, mas sim a realização de uma atividade econômica, que poderá, ou não, ter finalidade lucrativa (Reis, Custódio, 2017).

Portanto, o trabalho é previsto na Constituição Federal (1988), porém, esta função não é inerente a todas as idades. Durante a infância, a criança deve ser resguardada de diversas atividades consideradas adultas, garantindo seu pleno desenvolvimento, tendo como único objetivo brincar e ir à escola, sendo dever dos pais e/ou responsáveis proporcionar isso.

Em seu inciso XXXIII, do artigo 7º da Constituição Federal (1988) proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre antes de dezoito anos e de qualquer trabalho antes de

dezesseis anos, salvo em condição de aprendiz a partir de quatorze anos (Brasil, 1988). Além da Constituição, diversas leis e normas que asseguram a proteção de crianças e adolescentes contra o trabalho infantil, como o

“Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, estabelece proteção integral à criança e ao adolescente no âmbito do trabalho em seus artigos 60 a 69. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto n. 5.452, de 1º de maio de 1943) – em seu Capítulo VI, Título III, dispõe sobre as possibilidades e condições de trabalho a pessoas com idade inferior 18 nos. O Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, sobre a proibição das piores formas trabalho infantil, elena 93 atividades consideradas perigosas para pessoas com idade inferior a 18 anos”. (REIS, CUSTÓDIO, 2017)

Todas essas normas regula a mesma coisa: o trabalho infantil, para assegurar a plenitude da infância para todas as crianças (TST, 2023). A Convenção n. 138, estabelece que a idade mínima não deve ser inferior a idade que corresponde à escolaridade obrigatória que, em 2002, ano em que a Convenção foi ratificada, era 15 anos, porém, com o aumento da idade de conclusão de escolaridade, essa idade mínima passou a ser 17 anos (Reis, Custódio, 2017), como um meio de regular e manter as crianças dentro das escolas, local de aprendizado que, os tira de locais de trabalhos indevidos e os prepara para um trabalho mais especializado no futuro.

Como citado anteriormente, existem exceções ao que a Constituição define como idades legais para o trabalho e, um desses casos é a inserção de crianças nos meios de comunicação, uma exposição destes à mídias é feita desde muito cedo. No Brasil, temos crianças que estão nesse ambiente de trabalho desde muito cedo, como a Maísa, Bruna Marquezine, etc. exemplos estes, mínimos, para a quantidade de crianças que busca a inserção nos meios de comunicação.

Dados do Ministério do Trabalho e Emprego (TEM) apontam que entre 2005 e 2010 foram emitido 33.173 alvarás para crianças e adolescentes com idade até 14 anos, sendo possível esse trabalho infantil mediante a autorização para o trabalho, que é expedida pela Justiça da Infância e da Juventude ou da Justiça do Trabalho (Reis, Custódio, 2017) e, atendendo a pedido de uma emissora de televisão, a Fundação ABRINQ produziu um protocolo de livre adesão apontando o que é correto observar na participação de crianças e adolescentes em tais exibições (Oliveira, 2004).

Outro ambiente em que, crianças e jovens menores de 17 anos podem estar inseridos é como menor aprendiz, projeto em que o indivíduo com idade mínima de 14 anos pode estar em um ambiente de trabalho, para formação técnico-profissional. Este projeto prevê

a observância de três critérios: a garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regulamentar, a atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e o horário especial para o exercício das atividades, em face dos malefícios resultantes do trabalho infantil ao desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes (CUSTÓDIO, CABRAL, 2019).

E, enquanto houver essa relação de trabalho da criança e a empresa é assegurado a ela todos os direitos garantidos pelas normas celetistas e de leis extravagantes (13º salário, FGTS, etc.), com anotação da Carteira de Trabalho e Previdência social (CTPS) e recolhimento das verbas previdenciárias (Oliveira, 2004).

O Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalho, destaca e o termo trabalho infantil refere-se às atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remunerada ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a dezesseis anos (TST, 2023).

O trabalho infantil vêm diminuindo durante os anos e, de acordo com os dados do Mapa do Trabalho Infantil, o Brasil conta com 2,7 milhões de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos que trabalham no Brasil (TST, 2023) e, de acordo com as estatísticas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a agricultura continua sendo o setor onde mais se encontram crianças trabalhando, alcançando 59% da totalidade do trabalho infantil, não excluindo também outros locais em que as crianças estão inseridas, como na hotelaria, comércio varejista, manutenção e reparação de veículos automóveis, trabalho doméstico, etc. (Reis, Custódio, 2017).

Porém, de acordo com dados da Unicef (2021), no início de 2020, durante a pandemia de COVID-19, 160 milhões de crianças estavam em condições de trabalho infantil, ou seja, 1 a cada 10 crianças. Esses dados causam preocupação à nível mundial, pois é a primeira vez, desde 2000, que o mundo não fez nenhum progresso em reduzir o trabalho infantil (UNICEF, 2021, tradução nossa).

Portanto, em vista dos dados, e com um olhar legislativo, o trabalho infantil vem sendo regularizado por diversas políticas públicas, porém, está longe de ser extinto. Observa-se que há uma diminuição após o implemento de leis e normas a nível nacional e mundial, mas ainda existe muito a ser regulamentado.

O Brasil possui o Fórum Nacional de Combate ao trabalho Infantil (FNPTI) e o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) para proteger a criança do trabalho precoce, além da instituição do Programa de Combate ao Trabalho

Infantil no âmbito da Justiça do Trabalho, por meio do Ato no 419/CSJT, de 11 de novembro de 2013, que considera o dever institucional da Justiça do Trabalho de atuar ativamente no estímulo de políticas para erradicar o trabalho infantil e proteger o adolescente, por meio de ações, projetos e medidas. (TST, 2023).

Desta forma, a Justiça do Trabalho, por meio de diversas políticas públicas instauradas, busca colocar um fim ao trabalho infantil e honrar com os objetivos postos na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, promulgada em 1990, ou seja, o Brasil se comprometeu à acabar com o trabalho infantil até 2025 e busca alcançar esse objetivo por meio da legislação e por meio do acesso à informação, fornecida ao público.

As informações sobre o que é trabalho infantil e as atualizações legais vigentes podem ser encontradas na própria internet, por meio do site da Justiça do Trabalho, local onde se tem acesso ao programa de combate contra o trabalho infantil, os eventos voltados à essa luta, as legislações e seus históricos, um canal para denúncias, etc. (TST, 2023).

No ano de 2021, o Tribunal Superior de Justiça realizou doações, rodas de conversas, seminários, eventos em escolas, congresso sobre o combate ao trabalho infantil, podcast, publicação de matérias, etc. (TRT, 2021). Diversas iniciativas que buscam erradicar o trabalho infantil e todas suas nuances, buscando cumprir o calendário proposto internacionalmente.

CONCLUSÃO

Medidas públicas regulamentam o trabalho infantil no Brasil, buscando sua extinção e, enquanto não existe tal extinção, buscando gradualmente diminuir os índices de crianças em condições de trabalho. Para isso, a Justiça do Trabalho é necessária para, além de regimentar as leis de trabalho infantil, apresentar à população o que é considerado ou não legal frente aos direitos das crianças.

Ser criança é necessário para o desenvolvimento do indivíduo, ou seja, uma criança deve brincar, deve ir à escola, deve ter garantido alimentação, roupas, etc. e, os pais são os responsáveis por garantir isso, para que essa criança cresça e seja capaz de, então, ser inserida no mercado de trabalho, com uma boa capacitação, tendo uma mão de obra mais especializada.

O trabalho infantil era comum antes do século XIX, os pais trabalhavam e seus filhos seguiam seus passos, porém, com a evolução do conhecimento, se garantiu à criança que ela teria acesso gratuito à escolarização e, mais tarde, sendo um processo obrigatório para ela, retirando-a das fábricas, indústrias, agricultura, costura, etc. e levando-as à escola.

A Constituição Federal (1988), por si só, regulariza quando um trabalho é considerado ilegal em vista da criança, porém, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) trouxe mais ênfase nos direitos da criança e do princípio de proteção especial, vendo a criança não como um objeto para “dominar”, mas um sujeito de direito, assim como o adulto.

E, diferente do adulto, o trabalho não é um direito da criança e, a Justiça do Trabalho, em conjunto com outras políticas públicas, buscam assegurar isso a elas. Leis e projetos são criados diariamente para que, uma prática totalmente contra os Direitos Humanos seja extinta e, para aqueles que ainda assim insistem em colocar crianças em situação de trabalho, sejam punidos, conforme dito na legislação.

REFERÊNCIAS

BARROS, G. F. M. Direito da Criança e do Adolescente. *In*: _____. (org). **Lições** preliminares. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 21 – 29.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90. São Paulo, 1990.

BRASIL. **Código de Menores**. Lei 6.697/79. Brasília, 1979.

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

BRASIL. Fundo das Nações Unidas par a Infância (UNICEF). **Convenção sobre os Direitos da Criança**, 2017. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 06 de mai. de 2023.

LORENZI, G. W. Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil. **Educadores dia a dia**, 2007. Disponível em: < http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/formacao_acao/1semestre_2015/historia_dos_direitos_da_infancia.pdf>. Acesso em: 04 de mai. de 2023.

MÉNDEZ, E. G. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. **Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade**. v. 8, 2013.

OLIVEIRA, O. Trabalho Infantil. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**. N. 9, 2004, p. 121-126.

REIS, S. S.; CUSTÓDIO, A. V. **Trabalho infantil nos meios de comunicação**: o espetáculo da violação dos direitos humanos de criança e adolescentes. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

ROSEMBERG, F.; MARIANO, C.L.S. A Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões. **Cadernos de Pesquisa**. v. 40, n. 141, 2010.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Programa de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem. **Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/trabalho-infantil>>. Acesso em: 13 de mai. de 2023.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). **Child Labour: Global estimates 2020, trends and the road forward**, New York, 2021.

ASSÉDIO MORAL NO TELETRABALHO

CIBELE GONCALVES GALLEGO: Pós-graduanda *Strictu Sensu* em Direito do Trabalho, pós graduada em Direito do Trabalho, MBA em Gestão Empresarial. Atuou como voluntária em Projeto de inserção laboral de refugiados (Cáritas Arquidiocesana de São Paulo). Atua como Coordenadora Jurídica empresarial;

RESUMO: O teletrabalho tem se tornado cada vez mais comum no mundo corporativo, especialmente após o início da pandemia de COVID-19. Apesar das vantagens que essa modalidade de trabalho pode trazer, como maior flexibilidade e redução de custos, é importante destacar que ela também pode expor os trabalhadores a novos riscos, como o assédio moral e respectivos impactos na saúde mental do trabalhador. Muitas condutas podem acarretar a prática de assédio, que devem ser combatidas pelas organizações adaptando-se à nova realidade de trabalho.

Palavras-Chave: Teletrabalho. Assédio Moral.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada de “Reforma Trabalhista”, trouxe alterações significativas à CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), acrescentando o Capítulo II-A intitulado “Do teletrabalho”, composto pelos artigos 75-A a 75-E. Especificamente no artigo 75-B, que trata das atividades de teletrabalho como aquelas realizadas fora da dependência do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que não se configure como trabalho externo²¹⁸.

Com a utilização de referidos meios para a execução das atividades, abre-se uma nova forma de comunicação, conexão entre empregado e empregador, novas formas de controle de atividades e mesmo subordinação jurídica.

Neste contexto, surge uma nova forma de assédio moral, no caso, de relações que envolvem o teletrabalho, que podem desencadear uma série de consequências danosas ao

²¹⁸ TST. Especial Teletrabalho: o trabalho onde você estiver. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/teletrabalho>

trabalhador e à sua saúde mental, decorrentes de reiteradas exposições que lhe causem sofrimento psicológico.

TELETRABALHO: CONCEITOS

Aduz o artigo 75-B, CLT219:

Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo.

Considerando a evolução da tecnologia e, portanto, a existência de meios telemáticos disponíveis, a atividade laboral por meio do teletrabalho é uma possibilidade encontrada por diversas organizações no desempenho e continuidade das atividades, como se verificou durante o estado de pandemia da COVID-19.

Neste formato de prestação de serviços, foi possibilitado a diversos trabalhadores o desempenho de suas atividades profissionais a distância, em locais diversos, utilizando-se preponderantemente de recursos eletrônicos (meios telemáticos e informatizados).

Diversos são os benefícios decorrentes da prestação de serviços por meio do teletrabalho, dentre as quais exemplifica-se a possibilidade de melhor aproveitamento do tempo, que diante do não deslocamento ao espaço físico da empresa, permite a realização de atividades diversas (esportes, família, estudos). Ainda, não se pode olvidar os benefícios e lucros alcançados pelo empregador, ao ser possível reduzir custos decorrentes de espaços físicos menores, redução de custos de energia, dentre outros.

Todavia, nas relações em que há a subordinação jurídica, qual seja, onde há a relação de emprego onde estão presentes os poderes de direção e organização de suas atividades, ainda que por meio telemáticos, podem surgir situações que acarretem práticas de assédio moral, causando impactos na saúde física e mental do trabalhador.

ASSÉDIO MORAL NO TELETRABALHO

O assédio moral é definido como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que pode manifestar-se através de gestos, palavras, comportamentos, atitudes e ações, que venham a prejudicar a autoestima, a integridade psíquica e a dignidade da pessoa humana.

219 Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm

O termo "violência e assédio", de acordo com a Convenção n. 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), complementada pela Recomendação 206, refere-se a: "*um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no gênero*".²²⁰

A violência e assédio nas relações de trabalho é um tema de extrema relevância, onde a OIT criou um guia explicativo da Convenção n. 109 e a Recomendação 206/221, cuja finalidade é o esclarecimento quanto ao plano para transformar o direito de todos a um mundo do trabalho livre de violência e assédio.

Ademais, atos de violência e assédio não precisam necessariamente ocorrer exclusivamente em um local de trabalho físico tradicional para serem entendidos como comportamentos proibidos relacionados ao trabalho. Como o trabalho é realizado em vários ambientes e sob diferentes modalidades, inclusive através da tecnologia, estes instrumentos procuram garantir proteção em todos os locais ou circunstâncias relacionadas ao trabalho.

No teletrabalho, apesar da distância física entre empregado e empregador, a violência psicológica pode se concretizar por meios telemáticos, onde a vítima fica exposta a situações humilhantes e constrangedoras, sendo passível de ocorrer, por exemplo, por meio de mensagens de texto, e-mails, videochamadas, controles abusivos, sempre com a utilização de violência psicológica na relação laboral.

O que antes ocorria em relações presenciais, com a realidade do teletrabalho, muitas situações de assédio ocorrem atualmente de forma privada, velada, intensa, com uma blindagem decorrente da ferramenta de tecnologia utilizada que muitas vezes não é capaz de expor o assediador de forma pública.

Importante destacar ainda, que muitas práticas de assédio moral eletrônico podem ocorrer por meio da chamada hiper conexão, ou seja, disponibilidade virtual exaustiva, cujo efeito é a degradação da higidez psicofísica do ser humano que trabalha.²²² Neste sentido,

²²⁰ ILO.ORG. Convenção nº 190 sobre Violência e Assédio, 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf

²²¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Violência e assédio no mundo do trabalho: Um guia sobre a Convenção nº 190 e a Recomendação nº 206. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_832010.pdf

²²² FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. FERREIRA, Vanessa Rocha. Revista Direito Mackenzie. Teletrabalho, Assédio Moral e Trabalho Decente. 2022. V. 16. Pág. 12. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/15533>

exemplifica-se a necessidade imediata de retornos, disponibilização contínua disfarçadas de urgências, gerando e sua grande maioria o desequilíbrio de higidez mental e quadros de angústia e ansiedade. A submissão a controles e jornadas em desacordo com as regras e princípios protetivos do trabalho, resultam em violação à dignidade humana, levando o trabalhador ao adoecimento.

Ademais, conforme as palavras de NAHMIA MELO (2019, p.5), "o conceito de meio ambiente do trabalho considerada todas as condições físicas e psíquicas de trabalho, relacionadas à sadia qualidade de vida do trabalhador empregado ou não. Neste viés, o empregado que atua em regime de teletrabalho não pode ter negado os direitos, constitucionalmente previstos, à saúde, ao descanso e ao lazer."

É relevante notar que as consequências da prática de assédio moral no ambiente de trabalho, seja presencial ou por meio de teletrabalho, não se limitam ao custo diante de doenças, diminuição de produtividade, absenteísmo e outros, mas também ao custo social com afastamentos, medicamentos, surgimento de incapacidades para o trabalho, perda de recursos humanos e baixa no desenvolvimento da sociedade.

O DIREITO À DESCONEXÃO

Com o avanço e crescimento de meios tecnológicos nas relações de trabalho, há um agravamento de quadro de exigência quanto à produtividade e imediatidade, resultando em quadros de ansiedade e comprometendo a higidez mental dos trabalhadores.

O tempo ilimitado à disposição do empregador é uma forma de abuso, já que a desconexão indica o tempo essencial para o descanso e a promoção de bem estar físico e mental,

Por este motivo, o direito à desconexão, que resumidamente é o direito de se desconectar do trabalho, surge como forma imprescindível de preservação aos direitos fundamentais individuais e sociais, consagrados na Constituição Federal de 1988, conforme preleciona o artigo 6º: "*são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*"²²³.

O direito à desconexão está, portanto, relacionado aos direitos trabalhistas já asseguradas ao trabalhador, tais como: regulamentação da jornada de trabalho, direito ao descanso, intervalos intrajornadas, férias, dentre outras.

223 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Frise-se, portanto, que o descumprimento aos direitos trabalhistas resulta na prática de assédio moral, causando impactos na higidez mental do trabalhador, bem como pode ser considerado como dano existencial, ou seja, obstar o direito do empregado de viver além das relações de trabalho.

Em decorrência do esgotamento mental e físico, muitos podem ser acometidos pela Síndrome de Burnout, e, neste sentido, vale ressaltar que foi incorporada à lista das doenças ocupacionais reconhecidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), garantindo aos indivíduos diagnosticados as mesmas garantias trabalhistas e previdenciárias previstas para as demais doenças do trabalho. Frise-se que a síndrome de Burnout é resultante do estresse intenso e crônico mal gerenciado no local de trabalho, caracterizada pelo esgotamento mental e físico, sentimentos de negativismo relacionados ao trabalho e redução da eficácia profissional.²²⁴

MEDIDAS PREVENTIVAS

A necessidade de atenção à higidez mental dos trabalhadores no âmbito do teletrabalho é medida que se impõe para a adoção de prática que inibam e combatam a prática de assédio moral.

A preocupação com a saúde mental do trabalhador possui grande importância, mas tem sido bastante negligenciada, motivo pelo qual tornou-se necessário destacar este tema por diversos meios, como por exemplo a 110ª Conferência Internacional do Trabalho, neste sentido, acrescentou aos Princípios e Direitos Fundamentais a segurança e saúde do trabalhador.

A Convenção 109 da OIT e a Recomendação 206, defendem a adoção de medidas de treinamento e conscientização, ao considerar que a violência psicológica não é combatida apenas com repressão, mas principalmente com linha de diálogos claras, objetivas e acessíveis a todos. A ausência de informação e conscientização a respeito do que constitui assédio, muitas vezes é uma das razões para que não sejam realizadas denúncias de práticas de violência moral.

Ainda, a alteração da NR 05 – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e de Assédio – CIPA, ao acrescentar a obrigatoriedade de prevenção e combate ao assédio sexual e demais formas de violência do âmbito do trabalho (Portaria MTP nº 4.219, de 20 de dezembro de 2022).

²²⁴ Jornal Pucsp. Síndrome de Burnout já é classificada como doença ocupacional. Disponível em: <https://j.pucsp.br/noticia/sindrome-de-burnout-ja-e-classificada-como-doenca-ocupacional>

No entanto, a caracterização do assédio moral no teletrabalho pode ser mais difícil do que em um ambiente de trabalho presencial, uma vez que as comunicações podem ser realizadas de forma virtual, sem deixar registros claros. Por essa razão, é importante que as empresas estabeleçam políticas claras de comunicação e relacionamento entre seus funcionários, de forma a evitar situações de assédio moral.

Nas palavras de FERREIRA (2022, p. 21), “acredita-se que existem várias maneiras de prevenir ou neutralizar o teleassédio moral, sendo a principal delas o acesso à informação, isto é, garantir que todos os atores envolvidos nas relações de trabalho saibam o que é assédio moral, quais são os comportamentos e ações inaceitáveis no ambiente laboral e quais são os reprováveis. Isso contribui para a redução e até para a eliminação dessa prática nefasta. O aperfeiçoamento de consciência crítica sobre a questão é essencial para conhecer o problema, fazê-lo cessar e adotar posturas diametralmente opostas, baseando-se, precipuamente, em respeito no ambiente laboral”.

Além disso, é fundamental que os trabalhadores que se sintam vítimas de assédio moral no teletrabalho procurem ajuda e denunciem a situação. As empresas devem garantir que haja um canal de denúncias efetivo e seguro, onde os funcionários possam relatar casos de assédio moral sem receio de retaliação ou de exposição indevida.

Destaque-se o artigo 9 da Convenção 190 da OIT, que recomenda aos empregadores a adoção de medidas adequadas, proporcionais ao seu grau de controle, para prevenir a violência e o assédio no mundo do trabalho, conforme alíneas abaixo:

- a. Adotar e implementar, em consulta com os trabalhadores e seus representantes, uma política sobre violência e assédio no local de trabalho;
- b. Levar em conta a violência e o assédio e os riscos psicossociais associados com a gestão da segurança e saúde no trabalho;
- c. Identificar perigos e avaliar os riscos de violência e assédio, com a participação dos trabalhadores e de seus representantes, e tomar medidas para prevenir e controlar os mencionados perigos e riscos; e
- d. Fornecer aos trabalhadores e a outras pessoas interessadas informações e treinamento, em formatos acessíveis e apropriados, sobre os perigos e riscos de violência e assédio identificados e as medidas de prevenção e proteção associadas, incluindo os direitos e responsabilidades dos trabalhadores e outras pessoas

envolvidas em relação à política referida na alínea (a) do presente artigo.

De modo a permitir e encorajar a realização de denúncias de práticas de assédio, a Convenção 109 e Recomendação 206 da OIT, ainda, estabeleceram alguns princípios, de modo a garantir a efetividade das tratativas, quais sejam:

- a. Garantir o fácil acesso, segurança, justiça e eficácia (sejam canais internos - por meio de canais de denúncia nas empresas, sejam os canais externos – Ministério Público, Ministério do Trabalho, dentre outros órgãos);
- b. Proteção antes, durante e após a denúncia ou apresentação de uma queixa;
- c. Serviços de apoio (jurídico, social, médico e administrativo);
- d. Reparações apropriadas e eficazes;
- e. Sanções (previsão de sanções, quando apropriado, em casos de violência e assédio no mundo do trabalho).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da tecnologia permite que as relações de trabalho alcancem atividades globalizadas de modo que sejam construídas relações benéficas e produtivas para as organizações e trabalhadores de modo geral.

Contudo, é necessário destacar que a utilização de meios telemáticos relacionadas ao poder diretivo do empregador tem resultado em práticas de assédio moral, trazendo inúmeras consequências, como o adoecimento mental e físico ao trabalhador.

Por este motivo, é imperioso que as empresas se conscientizem e adotem práticas de combate ao assédio, seja nas atividades presenciais ou por meios telemáticos. A forma mais eficaz no combate ao assédio é a conscientização e esclarecimentos para que o trabalhador tenha sua saúde mental preservada.

Deste modo, o combate ao assédio necessita ser uma prática onde todos os envolvidos nas relações de trabalho adotem políticas de combate à violência moral, buscando a melhoria das condições de trabalho, com a criação de medidas conscientizadoras, como a adoção de efetiva fiscalização, políticas públicas, criminalização

de condutas, bem como na busca de relações de trabalho decentes, dignas e que proporcionem cada vez mais crescimento profissional de forma saudável.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467

GASPARINI, Maria da Glória Spaziani Rinaldi. Assédio Moral no Trabalho: Causas, Tipos, Consequências e Prevenção no Serviço Público Federal. 2010. Disponível em: https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/777/521639/1/Maria_da_Gloria_Spaziani.pdf

MELO, SANDRO NAHMIAS. Teletrabalho, Controle de jornada e Direito à Desconexão. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/123429/2019_melo_sandro_tel_etrabalho_controle.pdf?sequence=6&isAllowed=y

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Especial Teletrabalho: o trabalho onde você estiver. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/teletrabalho>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 190 sobre Violência e Assédio, 209. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Violência e assédio no mundo do trabalho: Um guia sobre a Convenção nº 190 e a Recomendação nº 206. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_832010.pdf

BRASIL. Portaria MTP nº 4.219, de 20 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-4.219-de-20-de-dezembro-de-2022-452780351>

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: APLICABILIDADE DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA OCORRÊNCIA DO ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO

LETÍCIA SECCO SANTOS:

Graduanda em Direito pela
Universidade Brasil -
Campus Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

“O homem é condenado a ser livre. Condenado, porque não se criou a si mesmo, e livre, pois, uma vez lançado no mundo, é responsável pelos seus atos”. (JEAN-PAUL SARTRE, 1946).

RESUMO: O presente estudo refere-se à aplicabilidade jurisprudencial brasileira da Teoria da Perda de Uma Chance aos casos em que o erro de diagnóstico médico constitui uma vantagem perdida ao paciente. O trabalho busca analisar os erros e falhas grosseiras decorrentes dos diagnósticos médicos instituídos de imprudência, imperícia ou negligência, que reduzem a chance de cura do paciente ou uma expectativa de vida melhor, ou, em caso mais grave, induzem ao óbito. Também objetiva descrever a responsabilidade civil médica, avaliando se a obrigação do profissional, seja ela de meio ou de resultado, apresenta relação com a imposição de sanção indenizatória ao médico responsável, subsequente à procedência da Teoria da Perda de Uma Chance. Destacando ser a saúde um direito constitucional e que deve ser protegido pelo Estado, tal discussão guarda relevância, tanto social quanto jurídica, tendo em vista a contemporaneidade do Direito Médico no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a recepção da Teoria da Perda de Uma Chance, não só na seara médica, mas principalmente nesta, alvo deste projeto. Ademais, o estudo tem como alicerce a revisão descritiva da literatura médica da responsabilidade civil, as leis que disciplinam as ações de culpa (imprudência, imperícia e negligência), artigos acadêmicos, e por fim, as jurisprudências e doutrinas específicas à matéria abordada. A problemática da pesquisa questiona o modo em que a teoria em questão é empregada à responsabilidade civil do médico e em que casos esta é aceita pela justiça brasileira. Em síntese, conclui-se que a responsabilização médica pelo reconhecimento da Teoria da Perda de uma Chance é abarcada, exclusivamente, pela jurisprudência pátria e doutrinas, sendo, portanto, necessária sua tipificação legislativa.

Palavras-chave: Erro de diagnóstico. Responsabilidade médica. Perda de uma chance. Indenização.

ABSTRACT: The present study refers to the Brazilian jurisprudential applicability of the Loss of a Chance Theory to cases in which the medical diagnosis error constitutes a lost advantage to the patient. The work seeks to analyze the errors and gross failures resulting from medical diagnoses instituted of imprudence, malpractice or negligence, which reduce the patient's chance of cure or a better life expectancy, or, in more serious cases, lead to death. It also aims to describe medical civil liability, assessing whether the professional's obligation, whether of means or result, is related to the imposition of indemnity sanctions on the responsible physician, subsequent to the origin of the Theory of Loss of a Chance. Highlighting that health is a constitutional right that must be protected by the State, this discussion is relevant, both socially and legally, in view of the contemporaneity of Medical Law in the Brazilian legal system, as well as the reception of the Theory of Loss of a Chance, not only in the medical area, but mainly in this area, target of this project. In addition, the study is based on the descriptive review of the medical literature on civil liability, the laws that govern actions of guilt (imprudence, malpractice and negligence), academic articles, and finally, the jurisprudence and doctrines specific to the matter addressed. The research problem questions the way in which the theory in question is applied to the doctor's civil liability and in which cases it is accepted by the Brazilian justice system. In summary, it is concluded that the medical liability for the recognition of the Theory of Loss of a Chance is encompassed exclusively by the national jurisprudence and doctrines, therefore, its legislative typification is necessary.

Keywords: Diagnostic error. Medical responsibility. Loss of a chance. Indemnity.

1 INTRODUÇÃO

De origem francesa, a Teoria da Perda de Uma Chance, conhecida como "*La perte d'une chance*", inaugurou-se entre o final do século XIX e início do século XX, especificamente em 17 de julho do ano de 1.889, graças a decisão proferida pela Corte de Cassação da França no julgamento intitulado *Chambre des Requêtes*.

Nesse julgamento, foi reconhecido o direito à indenização da parte que deixou de ganhar uma ação por conta de uma conduta negligente de um funcionário que impediu a regular tramitação do seu processo, esgotando a possibilidade de êxito da autora.

A teoria em comento também foi adotada nos casos de responsabilidade civil na seara médica (*perte d'une chance de guérison ou de survie*), tendo o primeiro caso ocorrido em 1.964, "quando a Primeira Câmara da Corte de Cassação francesa condenou um médico por um erro executado no parto, consistente na amputação de todos os membros do nascituro na tentativa de facilitar o procedimento" (PÊGAS; SANTANNA, 2018).

No Brasil, a apreciação primordial da Teoria da Perda de Uma Chance relacionada à área da Medicina pelo Tribunal de Justiça sobreveio em 12 de junho de 1.990, no estado do Rio Grande do Sul.

A teoria em comento não dispõe de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual é regulamentada e recepcionada pela justiça pátria através da jurisprudência, ainda que seja matéria de ampla controvérsia no que concerne à procedência e aplicação aos casos concretos judiciais.

Sumariamente, a perda de uma chance consiste em destituir de outrem a oportunidade de obtenção de um benefício ocasionando um dano passível de indenização, cujo montante é mensurado na perda da chance do êxito, e não da conquista em si.

Assim, por ser um contexto hipotético, onde o *quantum* indenizatório baseia-se na frustração da possibilidade de adquirir a benesse ou de esquivar-se de um prejuízo, torna imprescindível a demonstração séria e real das chances perdidas.

Isto posto, cabe salientar que o médico tem a obrigação de agir com o máximo de cautela com o paciente, seja no diagnóstico, seja no tratamento em geral, empregando todos os seus esforços e conhecimento.

Ocorre que, nem sempre o resultado satisfatório e pretendido é alcançado, e isto não configura diretamente em erro. O erro médico decorre de atos comprovadamente culposos – ação por imprudência, negligência ou imperícia.

Nesse sentido, têm-se que:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mesmo quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações (...). Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 86).

Por tal motivo, entende-se que os profissionais médicos desempenham atividade de meio, na qual esses não são responsabilizados por não obter a cura, já que a buscam aplicando seus conhecimentos e zelo para com os pacientes.

Pois bem, analisando a teoria sob o ângulo do erro médico, o dano aparece quando, em razão de um diagnóstico equivocado (atos culposos), a chance de vida, expectativa de vida ou a perspectiva de cura do paciente é comprometida.

Desse modo, a responsabilização médica pelo erro de diagnóstico será consolidada no momento em que o médico age ou deixa de agir com prudência, negligência ou perícia – ações relacionadas à culpa, por falta de cuidado ou aplicada precipitadamente –, fomentando uma situação danosa ao paciente.

Apesar de ser um erro passível de indenização, a dificuldade paira na quantificação da chance extinta, sendo que, nesse momento cabe ao julgador dimensionar a oportunidade perdida, levando em consideração o grau de culpa do profissional ao não praticar ou praticar sem cautela uma medida que poderia ter evitado o prejuízo final.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A priori, a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar um dano causado a outra pessoa decorrente de um ato ilícito, cujos elementos formadores, geralmente, são a ação ou omissão (violação a um direito), a comprovação do dano (material ou moral), o nexo de causalidade entre a ação e o dano, e a culpa.

Perfeitamente explicado, de modo simplista e de fácil entendimento, têm-se o significado da responsabilidade civil no Direito brasileiro:

A responsabilidade civil guarda em si um sentimento social e humano, que fundamenta, no plano moral, a sujeição do causador do dano à reparação da lesão. Não é aceitável que alguém cause um prejuízo e reste incólume, não sendo obrigado a reparar o dano (SILVA, 2009, p. 32).

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil subdivide-se em duas: objetiva e subjetiva.

Predis põe o Código Civil, em seus artigos 186 e 927, *caput*, a responsabilidade civil subjetiva, a qual somente será preenchida diante da demonstração do nexo causal, do dano, da ação ou omissão, e da culpa, tanto na existência do dolo (vontade de causar o dano), quanto na presença da imprudência, imperícia ou negligência (culpa em sentido estrito). Vejamos:

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).

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Pois bem, “o dever de reparar o dano surge da prática de ato ilícito, que é a ação ou omissão dolosa (voluntária) ou culposa em sentido estrito (negligente, ou imprudente, ou imperita). Daí verifica-se que o fundamento, como regra geral, da responsabilidade civil é a culpa” (SILVA, 2009, p. 41).

Por um ângulo geral, destaca-se a respectiva definição de responsabilidade civil subjetiva:

O liame entre dano e responsabilidade é fundamental para a existência da obrigação de reparar, vista aquela sob o ângulo subjetivo. (...) Essa espécie é dita subjetiva porque estratificada na convicção de que está presente, no caso concreto, a ligação psíquica do agente com o resultado danoso, de modo que este quer diretamente produzir o efeito que efetivamente veio a ser constatado ou no mínimo se porta de modo a aceitar como perfeitamente viável a ocorrência do evento a partir da conduta assumida (MATIELO, 1998, p. 15 *apud* PRETEL, 2010).

Em casos excepcionais, a legislação admite a obrigação do dever de indenizar independentemente de culpa, é a chamada responsabilidade civil objetiva, bastando apresentar os três requisitos: dano, nexos causal, e ação ou omissão.

Percebe-se, portanto, a inexigibilidade da demonstração de culpa do agente a ensejar o dever de reparar a vítima do dano, isto porque há uma presunção legal de culpa, fundamentada nos exatos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 927. 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).

Nesse ínterim, somente será aplicada a objetividade aos casos que haja previsão legal, ou quando a profissão exercida pelo causador do dano importar riscos aos direitos do próximo.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Especificadamente à área médica, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, ou seja, além da ação ou omissão, da comprovação do dano, e do nexos de causalidade,

depende da demonstração de culpa do profissional para que seja devida a obrigação de reparar.

Corroborando ser subjetiva a responsabilidade civil na medicina, dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º, que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Como é cediço, o médico tem o dever de atuar com zelo e responsabilidade, atentando-se aos cuidados específicos de cada caso de forma diligente.

Em síntese, elenca-se os elementos formadores da responsabilidade civil subjetiva médica:

No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos. (...) Em princípio, a contratação não engloba qualquer obrigação de curar o doente ou de fazer melhorar a qualidade de vida desfrutada, porque ao profissional incumbe a tarefa de empregar todos os cuidados possíveis para a finalidade última – e acima de tudo moral – de todo tratamento, ou seja, a cura seja alcançada. Todavia, a pura e simples falta de concretização do desiderato inicial de levar à cura não induz a existência da responsabilidade jurídica, que não dispensa a verificação da culpa do médico apontado como causador do resultado nocivo (MATIELO, 1998, p. 66 *apud* PRETEL, 2010).

De igual modo, entende-se que:

Os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia (KFOURI NETO, 2001, p. 192).

Supracitado, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil prevê a incidência da responsabilidade objetiva quando a função desenvolvida pelo autor do dano implicar risco aos direitos alheios.

Muito embora tal disposição legal pareça ser aplicável à seara médica, já que a atividade exercida pelo médico pode sim trazer riscos à saúde de outrem, necessário entender que estes riscos advêm do problema de saúde acometido ao paciente, sendo eles intrínsecos ao contratante dos serviços – não provenientes da atividade médica –, motivo pelo qual a área da saúde guarda observância aos requisitos da responsabilidade subjetiva.

Diante disso, “somente será indenizado aquele que, submetido a tratamento médico, venha a sofrer um prejuízo, em razão do tratamento e por culpa do profissional, o qual não utilizou dos corretos ensinamentos e métodos disponíveis da ciência médica na busca da cura e/ou reabilitação” (PRETEL, 2010).

4 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Quanto aos fins a que se destinam, classificam-se as obrigações em obrigações de meio e obrigações de resultado, sendo que tal distinção guarda relevância na apuração da responsabilidade e na demonstração da culpa.

Nas obrigações de meio, considerada regra geral, o agente deve empregar todos os esforços e técnicas possíveis para que o resultado contratado seja alcançado, independente se este é positivo ou não.

Sobre a questão, Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 154) elucida: “Obrigações de meio deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação. (...) A simples assunção do risco pelo devedor da garantia representa, por si só, o adimplemento da prestação”.

Ao contrário, as obrigações de resultado correspondem a uma exceção à regra (obrigação de meio), porquanto o profissional busca a realização de um determinado fim, logo, deve empregar todos os esforços possíveis a garantir a entrega do objeto contratado, obtendo um resultado claro e fixo.

Portanto, “na obrigação de resultado o indivíduo realiza a atividade visando um único objetivo específico – aquele resultado contrato. Logo, a obrigação só será tida como cumprida quando o resultado colimado foi alcançado” (VENOSA, 2006, p. 154).

De maneira sucinta, a fim de aclarar as principais diferenças de tais obrigações, expõe-se:

“Portanto, em contrato com obrigações de resultado, a culpa do devedor, que se obrigou a atingir um objetivo, é presumida, bastando ao lesado provar que a finalidade do contrato não foi alcançada. Já que tal presunção é relativa e não absoluta, faculta-se ao lesante

demonstrar que não agiu com culpa, isto é, que não agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

Por outro lado, em contrato com obrigações de meio, em regra, salvo as exceções a seguir vistas sobre presunção da culpa, a culpa do devedor deve ser provada pelo lesado, que deverá demonstrar que o outro contratante não utilizou todos os meios ao seu alcance para atingir a finalidade almejada." (SILVA, 2009, p. 45)

O Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 2º e 3º, define precisamente os termos "consumidor" e "fornecedor", a saber:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990).

Mais à frente, o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, em seu §4º, revela que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a existência de culpa, que importa em três modalidades: imprudência, imperícia e/ou negligência.

Em consonância com o disposto no referido diploma legal, a relação entre médico (prestador de serviços) e paciente caracteriza uma relação de consumo, cujo serviço prestado pelo fornecedor (médico) é utilizado pelo destinatário final (paciente).

É por essa relação de consumo, e pelo ordenamento jurídico, que, no que concerne à atividade exercida pelo profissional médico, a obrigação é de meio, uma vez que não há obrigação de cura, portanto, depende da efetiva comprovação de culpa do agente.

A propósito, segundo entendimento doutrinário, a obrigação assumida pelo médico é de meio, já que o mesmo não assume a entrega de um determinado resultado, embora deva empregar toda a técnica necessária e apropriada a cada caso:

Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual-vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar a culpa do profissional (COLTRI, 2010, p. 54).

Ressalvados os demais casos médicos, os procedimentos plásticos estéticos embelezadores (correção de insatisfações com a aparência, cuja motivação é exclusivamente estética), em que o resultado pretendido deve ser obtido do modo como convencionado pelas partes, incumbe ao cirurgião plástico a devida obrigação de resultado.

Contexto este não aplicável aos procedimentos plásticos reparatórios – cirurgia necessária em situações de patologia congênita ou adquirida com o fim de restaurar uma funcionalidade perdida do organismo do paciente –, atribuindo a regra geral da obrigação de meio.

Importante destacar que, somente se aponta sobre a culpa na seara médica, pois é praticamente impossível a verificação de dolo – vontade livre e consciente de cometer o ato ilícito/ causar prejuízo a outrem – na responsabilidade civil do médico, porquanto são contratos de prestação de serviços, em que um indivíduo adquire um serviço, e o outro fornece-o mediante compensação onerosa, isto é, há interesse mútuo.

Nesse quesito, “prevalece, na relação contratual não adimplida, no caso de médico e paciente, a necessidade do paciente que acusa provar a culpa do médico” (SOUZA, 2002 *apud* PRETEL, 2010).

5 ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO

Em princípio, o diagnóstico consiste no passo prévio de maior importância para a atividade médica, isso porque, é a partir dele que se determina a doença acometida ao paciente e suas respectivas causas, a ensejar a adoção das profilaxias necessárias, visando chegar a um único resultado: a cura.

Ratificando o supramencionado, expõe-se a visão doutrinária de que o diagnóstico médico constitui elemento essencial à cura do paciente:

Trata-se de procedimento fundamental na atividade profissional do médico, dele derivando a prescrição de medicamentos, a dieta alimentar, a necessidade de hospitalização ou de intervenções cirúrgicas, os exames e as técnicas terapêuticas a serem empregadas na cura. Em torno do diagnóstico, portanto, giram todas as outras funções do médico (SOUZA, 2015, p. 140).

Sob a responsabilidade do médico, paira a obrigação de um diagnóstico completo a proceder um tratamento apropriado. Pois bem:

É obrigação do médico, após acurada análise das informações e sintomas relatados pelo paciente, firmar convencimento sobre a patologia e proceder ao tratamento adequado para aquela moléstia identificada no paciente, uma vez que com o diagnóstico correto sobrevirá tratamento da doença do paciente, uma vez que com o diagnóstico correto sobrevirá tratamento seguro e indicado e, provavelmente, maior chance de melhora e até mesmo cura (VIANA, 2018, p. 49).

Assim, para que a obrigação de meio se desenvolva de forma adequada, cumpre ao médico, usando de seus conhecimentos específicos, verificar os sintomas e atingir o exato diagnóstico, valendo-se da melhor terapêutica e dos exames necessários no acompanhamento da evolução da patologia.

Ainda, a fim de atingir um diagnóstico correto, cabe ao médico “levar em conta todos os sinais, manifestações e sintomas apresentados pelo paciente, levando em consideração a anamnese, sem, contudo, influenciar o enfermo na descrição da evolução da doença” (SCHAEFER *apud* SILVA, 2009, p. 175).

À vista disso, haverá erro de diagnóstico desde que o médico, ao tentar identificar a doença do paciente, o fazer sem as devidas precauções recomendadas pela Medicina.

Neste caso, o erro médico corresponde ao comportamento descuidado, atípico, ou inadequado do profissional para com o paciente, resultante da imprudência, imperícia ou negligência (culpa em sentido estrito – art. 18, inciso II, do Código Penal).

Interpretando o significado do erro médico, têm-se que:

O erro médico vai ser tratado como desvio de comportamento do médico na execução do seu trabalho profissional, trabalho que, se tivesse sido feito dentro dos parâmetros estabelecidos pelos seus pares, não teria causado dano ao paciente (MORAES, 2003, p. 40).

Sendo assim, o erro de diagnóstico traduz-se na escolha irregular do tratamento à doença acometida ao paciente, e que, normalmente, advém de uma interpretação e investigação imprecisa da patologia, cujos recursos técnicos disponíveis (ultrassons, ressonância magnética, tomografia, exames laboratoriais, entre outros) não foram utilizados pelo médico responsável.

Trata-se, pois, de erro escusável, eximindo a responsabilidade do médico se comprovado que agiu pelos meios corretos, utilizando de todo o aparato medicinal e tecnológico.

Outrossim, mesmo com uma ampliação significativa da ciência médica, ainda existem doenças raras desprovidas de diagnósticos e matéria a respeito, motivo pelo qual, nesses casos, uma conduta inadequada do profissional não representaria um erro de diagnóstico.

Além do mais, explica Regina Beatriz Tavares da Silva acerca de outra hipótese não abarcada pelo erro de diagnóstico:

Também não haverá, normalmente, erro de diagnóstico se ele resulta de informação incorreta do paciente, hipótese em que não haverá imputabilidade da conduta ao médico, pois ele confiou no que lhe foi dito – não há, a rigor, nexos de causalidade entre o diagnóstico e o dano, provocado por negligência ou imprudência oriunda do paciente (SILVA, 2009, p. 186).

Caso contrário, em casos simples de identificação da patologia, comprovada a negligência, imprudência ou imperícia na investigação do diagnóstico, bem como a insuficiência dos exames realizados, torna-se inescusável, incorrendo em responsabilidade civil do médico e obrigação indenizatória.

5.1 NEGLIGÊNCIA MÉDICA

A negligência compreende a falta de cuidado e de atenção no diagnóstico do paciente, cujas devidas precauções deixaram de ser adotadas pelo médico responsável.

Nessa situação, o profissional apresenta uma conduta omissa quando em contato com a espécie patológica, tal qual não é recomendável pela Medicina.

Para tanto, “a negligência é uma ação falha, desinteressada, inércia ou passividade do profissional médico, deixando de proporcionar ao paciente um tratamento correto por puro descaso, se incluindo qualquer omissão ou desatenção que resulte dano ao paciente. Há a *culpa in omittendo*, imprevisão passiva” (GIFONI; MATOS; MAIA, 2007 *apud* RIBEIRO, 2007).

Dá-se como exemplo, o médico que deixa de pedir exames essenciais à determinação da doença e prescrição do diagnóstico, e, por conta disso, o paciente permanece com sequelas irreversíveis, ou vem a óbito.

5.2 IMPRUDÊNCIA MÉDICA

Por sua vez, a imprudência consiste em uma ação precipitada diversa daquela esperada, sendo que o agente assume os riscos das consequências acreditando que essas não ocorrerão.

Em outras palavras, pode ser definida como “a inobservância de atitudes acautelatórias, que possam evitar tudo que leve a erro ou a dano. É agir sem as precauções necessárias. É ser precipitado nos seus julgamentos e nos seus atos. É o autossuficiente” (GUIMARÃES FILHO, 1985).

Imprudentemente, ao diagnosticar de modo equivocado uma patologia, o médico expõe a vida do paciente a uma situação de perigo, ora pela prescrição de tratamentos inadequados, com redução de chances de cura, ora pelo agravamento do quadro clínico, com um consequente dano irreversível.

5.3 IMPERÍCIA MÉDICA

Já na imperícia, o profissional médico carece de aptidão ou habilidade específica para enfrentar a situação respectiva. Mesmo sendo seu conhecimento técnico insuficiente sobre a área atingida pela doença, esse realiza o ato médico do qual não é preparado.

Explicitando, um médico ortopedista, em assistência a um paciente com problemas cardíacos, determina um certo diagnóstico que somente um médico cardiologista poderia prescrever. Independente de dano ocasionado ao enfermo, tal médico foi imperito em sua conduta.

Isto posto, entende-se que “é dever ético não só do médico como de todo e qualquer profissional que recomende um especialista ou alguém que entenda melhor de

certa matéria, quando seu conhecimento não alcançar a complexidade do problema” (BRANCO *apud* SILVA, 2009, p. 176).

6 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Juridicamente, a expressão “perda de uma chance” significa a supressão de uma possibilidade de outrem obter lucro, vantagem ou salvar-se de um evento danoso em razão de ato ilícito praticado pelo agente causador do dano.

Um dos pressupostos a caracterizar a aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance é a ocorrência de uma chance séria e real, em que a vítima deixou de obter alguma vantagem em face de erro do autor do dano.

Ainda, a doutrina especialista no tema abordado, subdivide a perda de uma chance em duas modalidades: a) a perda da chance de obter uma vantagem vindoura, e, b) a perda da chance de evitar um prejuízo já acometido.

A primeira se concretiza pela interrupção de uma ação em andamento que poderia resultar em significativa vantagem, ou seja, a frustração da chance no presente eliminou um benefício futuro, porquanto jamais saberá se este seria alcançado ou não.

Um exemplo, comumente utilizado, é o impedimento de um indivíduo por outro de prestar um concurso público. Percebe-se o autor do impedimento, contudo, para a incerteza do resultado do certame e quais benefícios a vítima auferiria caso dele participasse até sua última etapa.

Com relação a outra categoria, frustração da chance de evitar um prejuízo acontecido, essa ocorre quando, em razão da conduta de outra pessoa, a vítima sofre uma desvantagem, mesmo tentando impedi-la. É a espécie que melhor se encaixa na responsabilidade médica.

No decorrer das análises judiciais, “foram surgindo cada vez mais decisões no sentido de que a conduta culposa do agente e o dano causado independem de configuração de nexos causal para configurar o dano da perda de uma chance” (GONÇALVES; SILVA, 2022). Malgrado essa ainda não seja a opinião majoritária quanto à responsabilidade médica, como se demonstrará mais adiante.

Destacando entendimento doutrinário, percebe-se que, de modo geral:

A perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta um dano

indenizável. Noutras palavras: há incerteza no prejuízo – e certeza na probabilidade. A chance perdida deve ser 'séria', ou 'real e séria'. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade que a chance perdida se realizaria (KFOURI NETO, 2007, p. 67).

A Teoria em si consiste na indenizabilidade do prejuízo sério e real sofrido pela vítima, contudo atenta-se, exclusivamente, à probabilidade perdida, desconsiderando a desvantagem final, motivo pelo qual o *quantum* indenizatório será calculado sob o ângulo da falhada chance.

Idem, no julgamento do Recurso Especial nº 1.291.247-RJ, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (2014) corrobora o entendimento elencado, expressando que: "Na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repare-se a chance perdida, e não o dano final".

O exemplar mais célebre da aplicabilidade da Teoria da Perda de Uma Chance, considerado como o caso líder (*leading case*), trata-se do julgamento do Recurso Especial nº 788.459-BA (2005/0172410-9), popularmente conhecido como o episódio do "Show do Milhão".

Basicamente, o participante do programa de TV "Show do Milhão", entre perguntas e respostas acertadas, chegou a pergunta corresponde ao prêmio máximo, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Ocorre que tal pergunta (a última), estava mal formulada, carente de resposta correta.

Sobre isso, o relator, Ministro Fernando Gonçalves, em razão da questão ter 4 (quatro) opções de respostas, empregando a probabilidade matemática de 25% (vinte e cinco por cento) de chance de acerto, condenou o réu no importe indenizatório de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Destarte, a reparação do dano não leva em consideração a vantagem esperada, mas baseia-se na estimativa de que a vítima não teria sofrido violação de seu direito se tal fato não ocorresse ou se tivesse sido evitado.

7 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E ERRO DE DIAGNÓSTICO

Alcança-se, pelo até aqui exposto, o tema central desse trabalho, a aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance quando uma anamnese deficiente e um diagnóstico equivocado ou mal feito desencadeiam o avanço significativo de uma doença, traz

consequências irreversíveis, quais sejam, a perda da chance de cura, a frustração da expectativa de uma vida melhor, ou até a morte do paciente.

Atualmente, a tecnologia aplicada à saúde facilita a precisão dos diagnósticos, inclusive a detecção de doenças sequer manifestadas e/ou em estágio inicial, graças a existência de diversos aparelhos tecnológicos destinados a diagnosticar as mais variadas patologias, tais como, as máquinas de radiologia, tomografia, ultrassonografia, ressonância magnética, entre tantas outras.

Consoante à responsabilidade civil do médico, configura-se a perda da chance quando determinada circunstância não concretizou, mas poderia ter acontecido caso a atitude médica fosse correta, ou seja, a atuação do médico tornou-o impossível, provocando, assim, a perda de uma chance de cura do enfermo, a expectativa de uma vida melhor, ou, nas piores hipóteses, a cessação de sua vida.

Diante do significativo avanço tecnológico, os casos de erro no diagnóstico não deveriam ser tão recorrentes, sendo, pois, o respaldo para aplicação da Teoria em comento, visto que se empenha na proteção ao enfermo, na tentativa de amenizar dano causado pelo profissional médico, ou dirimir, na medida possível, eventuais prejuízos que venha o paciente a sofrer pela situação que se encontra.

Há casos em que o erro de diagnóstico médico ocorre por inépcia do profissional, quando este sugere um procedimento divergente à doutrina médica, ou simplesmente não descobre a patologia acometida, aliás, se os meios materiais estavam à disposição do profissional, porém não os utilizou, também haverá culpa por negligência.

Nessa versão, há decisões em que a culpa foi reconhecida porque o médico não identificou apendicite após cinco atendimentos ao doente e ao que não reconheceu hérnia de hiato (KFOURI NETO, 2003, p. 90, *apud* SILVA, 2009, p. 181).

Outrossim, a identificação tardia da doença pode resultar em graves consequências ao paciente:

Pode-se dar como exemplo, o médico que não diagnostica a existência de um câncer uterino em uma paciente, que tardiamente o descobre pela intervenção de outro médico especialista. Assim, a possibilidade de cura do câncer quando no seu estágio inicial se perdeu, pois não diagnosticado em sua origem. Nesse caso a imperícia ou a negligência médica eliminou a chance de cura e de sobrevivência da paciente (SILVA, 2009, p. 200)

Ainda, "o erro do diagnóstico pode resultar no atraso em sua realização. Não basta a diligência corriqueira, é necessário que ela se faça a tempo de evitar o dano. Assim, também haverá culpa se o atraso no diagnóstico decorrer de negligência do médico, que se descuida de providenciá-lo tempestivamente" (SILVA, 2009, p. 182). Porquanto, também ocorre a incidência da Teoria da Perda de Uma Chance.

Em demais situações, têm-se diagnósticos equivocados prescritos pelo médico, o qual gera um dano/prejuízo ao paciente, ocasionando o denominado erro de tratamento.

De toda maneira, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva (2009, p. 178), o erro de tratamento pode suceder de um erro de diagnóstico (e quando há este erro é quase regra que aquele também acabe ocorrendo), situação essa com possibilidades de agravar ainda mais a responsabilidade do médico imperito, negligente ou imprudente.

Destaca-se que um diagnóstico errado, conseqüentemente, acarretará um tratamento diverso do que deveria ser prescrito. Sabendo que é, exclusivamente, pelo tratamento recomendado que o paciente tenta zerar ou diminuir os riscos decorrentes da patologia, torna-se nítida a retirada das chances de cura, até porque não tem como curar uma doença, se o diagnóstico não a encontrou.

Ainda, existe o diagnóstico errôneo de uma doença grave, cuja descoberta causa ao paciente e sua família abalos psicológicos e emocionais, e que depois vem a não se confirmar.

Paralelamente, se o médico, na busca do diagnóstico, solicita a realização de exames e/ou intervenções cirúrgicas inúteis, também incide o erro de diagnóstico passível de indenização.

De ordinário, tanto o erro no diagnóstico em si, quanto as medidas necessárias para se chegar ao diagnóstico, englobam a responsabilidade do médico pela reparação:

O erro de diagnóstico, erro no procedimento, erro na escolha da terapia, falta de procedimento terapêutico, erro na prescrição ou na administração de medicamento, falha no atendimento, deficiência nos serviços, traduzem sempre um resultado prejudicial ao enfermo, produzido por conduta imprópria, proceder imperito, negligente ou imprudente vitalmente, apto a agravar a saúde, pôr em risco ou destruir a vida do paciente (VIANA, 2018, p. 56).

Em todas as hipóteses supramencionadas, aplica-se ao médico a responsabilidade civil pelo prejuízo ocasionado ao paciente, incidindo sanção indenizatória proveniente da Teoria da Perda de Uma Chance.

Outrossim, a ministra Nancy Andrichi, em 2013, através do julgamento do Recurso Especial nº 1.254.141/PR, do Superior Tribunal de Justiça, suscitou que a perda da chance é uma modalidade autônoma de indenização do dano, aplicada nas hipóteses em que não se pode apurar a responsabilidade direta do médico pelo dano final (obrigação de meio), motivo pelo qual só responderá o profissional pela chance que retirou do paciente. A propósito:

[...] A dificuldade de trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, de modo equivocado, num processo de mitigação do nexo causal. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da "*conditio sine qua non*", que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica. A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar.

(STJ-PR – REsp: 1254141 PR 2011/0078939-4 (Acórdão), Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Data de Julgamento: 04/12/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 20/02/2013)

Quanto à indenização, tal ponto é labiríntico, posto que deve ser analisado a situação precedente do enfermo, o dano decorrente da perda da oportunidade e a proporcionalidade entre a atuação do médico e o dano em si, a serem arbitrados pelo magistrado designado.

Neste cenário, sem dúvidas, o elemento negativo decisório que ensejará a aplicação do *quantum* indenizatório é a perda da chance de resultado favorável no tratamento

médico, isto é, mensuram-se as chances extintas que poderiam vir a concretizar-se caso o diagnóstico do médico fosse diferente/correto.

Há de se ressaltar que a chance perdida precisa ser séria e real, cabendo ao paciente provar esse requisito, e ao Juízo, o dever de averiguar quão foi efetivamente fracassada a oportunidade com o auxílio da ciência estatística.

Encontram-se doutrinadores convictos de que o paciente só fará jus à indenização acaso a probabilidade de sucesso seja superior a 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de atingir a vantagem ou evitar os danos, se esta não tivesse sido interrompida por erro de outrem.

Idem, transpassam-se alguns dos pontos de vista doutrinários a respeito da probabilidade superior:

A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 75, *apud* BISACCHI; LIMA, 2016).

Não é qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance (SAVI, 2006, *apud* TORRES; PEREIRA, 2015).

Sob o entendimento de Fernanda Schaefer (2006, p. 76, *apud* SILVA, 2009, p. 201), ainda são raros os casos da adoção da teoria da perda de uma chance na jurisprudência brasileira, muito embora ela seja recomendável para identificação do dano a indenizar.

Face a não tipificação legislativa da Teoria em comento no ordenamento jurídico brasileiro, sua recepção aos casos de erro de diagnóstico gera divergência entre os aplicadores do Direito, cuja aplicação e quantificação indenizatória converte-se em uma maior subjetividade.

No intuito de ilustrar as interpretações díspares no cumprimento da Teoria, em desconformidade com o evidenciado no tópico anterior, há preceitos doutrinários majoritários dispondo ser imprescindível o nexo de causalidade entre o autor do dano e o dano em si para configuração da responsabilidade médica na perda de uma chance.

Aliás, sobre isso, atentemos:

A responsabilidade dos médicos pela satisfação dos danos acarretados a pacientes somente exsurdirá na presença do nexo de causalidade entre a ação e a omissão, ou erro grave, negligência, imprudência ou imperícia e o resultado morte, lesão ou incapacitação para a labuta. Assim, para a análise da conduta culposa do profissional de medicina, torna-se de substancial importância a averiguação dos elementos de natureza técnica contidos no processo, exigindo-se a prova da existência da culpa na causalidade do evento. (ROSÁRIO, 2009, p. 17 *apud* BISACCHI; LIMA, 2016)

Consoante ao pensamento de Leonardo Jorge Queiroz Gonçalves e Laila Gabriela da Silva (2022), o tema ainda apresenta diversas controvérsias, principalmente com relação à dificuldade de mensurar o dano, bem como mensurar o que configura uma chance.

O fato é que o entendimento pela Teoria da Perda de Uma Chance e sua execução adequada dependem da sua tipicidade legislativa, com rigor a padronização.

Somente assim, sua aplicação será feita em todas as situações elencadas acima (erro de diagnóstico), com o fim de estar devidamente caracterizada, esclarecida, e com critérios exatos de quantificação da indenização, dispostas em lei específica, colocando a justiça em pé de igualdade.

7.1 JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Como já sobredito, a Teoria em comento não está tipificada no ordenamento legislativo brasileiro, ficando sua aplicação a cargo da doutrina e da jurisprudência pátria, mediante analogia aos artigos 186 e 927 do Código Civil, bem como pelos julgados internacionais.

A rigor, "não é exatamente do erro de diagnóstico de que cuida o julgador, mas sim da culpa existente no procedimento adotado para realizar o diagnóstico" (SILVA, 2009, p. 181).

Dá-se como exemplo o acórdão proferido pela Ministra Relatora Nancy Andrichi, ante a interposição de um Recurso Especial, que, adotando a Teoria da Perda de Uma Chance, condenou o médico responsável pelo erro de diagnóstico, o qual havia submetido uma paciente, portadora de câncer de mama, a um tratamento inadequado, que acarretou sua morte. A saber:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna inaplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

(STJ-PR – REsp: 1254141 PR 2011/0078939-4 (Acórdão), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 04/12/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 20/02/2013)

Em outro episódio bem recente, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino negou provimento ao Agravo Interno no Recurso Especial nº 1923907-PR (2021/0052562-8), e manteve a decisão do Tribunal de origem, aplicando ao caso a Teoria da Perda de Uma Chance, em que uma paciente, com sintomas claros de infarto agudo do miocárdio, em

razão do erro no diagnóstico médico e falhas na prestação de serviços de emergência à saúde, veio a óbito, condenando, portanto, o médico à indenização.

Nas exatas palavras descritas no acórdão, o Relator referenciou:

O Tribunal de origem aplicou a teoria da perda de uma chance por entender que essa classificação jurídica seria adequada à solução dos fatos litigiosos (...). Para a jurisprudência do STJ, o nexo de causalidade exigido para a responsabilização pela teoria da perda de uma chance decorre do vínculo entre a conduta ilícita do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de um diagnóstico correto e de o paciente alçar as consequências normais que dele se poderia esperar (...). Nessas circunstâncias, demonstrado o nexo causal entre a conduta do médico e a chance de diagnóstico e de início de tratamento adequado, as conclusões da Corte de origem se encontram e em harmonia com a jurisprudência desta Corte quanto ao tema.

(STJ-PR – AgInt no REsp: 1923907 PR 2021/0052562-8 (Acórdão), Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 20/03/2023, Terceira Turma, Data de Publicação: 23/03/2023)

Transcreve, a seguir, a ementa do acórdão:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. MORTE DA PACIENTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. APLICAÇÃO DO DIREITO À CAUSA. ART. 10 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO PERITO. NULIDADE RELATIVA. SUBMISSÃO À PRECLUSÃO. PRECEDENTES. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL. RELAÇÃO ENTRE CONDUCTA MÉDICA E COMPROMETIMENTO REAL DA POSSIBILIDADE DE DIAGNÓSTICO E CURA. PRECEDENTES. 1. Conforme a jurisprudência do superior tribunal de justiça, não há falar em decisão surpresa quando o magistrado, diante dos limites da causa de pedir, do pedido e do substrato fático delineado nos autos, realiza a tipificação jurídica da pretensão no ordenamento jurídico posto, aplicando a lei adequada à solução do conflito. 2. A impugnação por suposta inabilitação ou deficiência de qualificação técnica do perito deve ser suscitada pela parte interessada na primeira oportunidade de manifestação

processual, sob pena de preclusão. 3. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final. Precedente. 4. No erro médico, o nexos causal que autoriza a responsabilidade pela aplicação da teoria da perda de uma chance decorre da relação entre a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de um diagnóstico e tratamento da patologia do paciente. Precedentes do STJ.

Agravo interno conhecido e desprovido.

(STJ-PR – AgInt no REsp: 1923907 PR 2021/0052562-8 (Acórdão), Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 20/03/2023, Terceira Turma, Data de Publicação: 23/03/2023)

Depreende-se, então, que mesmo existindo grande discussão acerca do tema, muitos julgados recentes, como os expostos, recepcionaram a Teoria da Perda de Uma Chance ao erro de diagnóstico médico, incumbindo ao profissional sua responsabilidade civil acerca do prejuízo e da chance perdida para com o paciente.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A priori, ressaltou-se que a responsabilidade civil guarda significado na obrigação de reparar um prejuízo ocasionado a outrem proveniente de um ato ilícito.

Demonstrada a responsabilidade civil médica, e sua obrigação de meio, percebeu-se que o médico, em sua função, deve empregar, através de seu entendimento e zelo, todos os esforços e os meios disponíveis na tentativa de tratamento da doença acometida ao paciente, embora não se obrigue com o resultado final (cura).

Concluiu-se, assim, que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, cuja comprovação da conduta, do dano, bem como do nexos causal entre a conduta e o dano estão atreladas a demonstração da culpa.

Em casos excepcionais, quando o evento danoso ocorreu por fatos alheios à conduta, o médico escusa-se da obrigação de indenizar.

Diante disso, é fundamental que os profissionais de saúde estejam atentos aos sinais e sintomas apresentados pelos pacientes e sejam criteriosos em suas estimativas, visando sempre garantir a segurança e a qualidade do atendimento prestado.

Detalhadamente explicitado, o erro de diagnóstico traduz-se na falha que pode comprometer todo o processo de saúde, colocando em risco a vida do paciente. Quando não identificado, pode ser um ponto de partida para um tratamento inadequado, um agravamento do quadro clínico, e até mesmo uma tragédia que era evitável.

Consecutivamente, a Teoria da Perda de Uma Chance, originária do Direito Francês, consiste em uma modalidade autônoma de indenização, cabível às hipóteses de frustração de uma possibilidade de obtenção de lucro ou vantagem, em razão de ato ilícito praticado por outro indivíduo.

A aplicabilidade da Teoria em si ao erro de diagnóstico médico, dá-se quando um exame escasso e um diagnóstico errôneo promove danos irreversíveis, tais como, a perda da chance de cura, a frustração da expectativa de uma vida melhor, ou até o óbito do paciente.

Sendo esta uma temática que envolve direitos constitucionalmente previstos, a vida e a saúde (artigos 5º e 6º da Constituição Federal), é imprescindível que as vítimas e a sociedade possuam um melhor entendimento de suas garantias na seara médica, especialmente no ato de um diagnóstico incorreto.

Portanto, esclareceu-se os limites da responsabilização e punição dos profissionais médicos quando um diagnóstico equivocado diminuiu as chances de cura ou a expectativa de vida melhor do paciente, analisando as hipóteses de aplicabilidade da Teoria da Perda de Uma Chance (sanção indenizatória) no contexto jurisprudencial.

Assim, em conclusão, na perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, objeto do presente estudo, o médico será responsabilizado não por ter causado um dano direto ao enfermo (invalidez, por exemplo), mas, por ter frustrado a chance séria e real do paciente de evitar um evento danoso (a cura da doença).

O *quantum* indenizatório em vista da procedência da Teoria da Perda de Uma Chance corresponderá à chance perdida, e não à vantagem esperada. A quantificação da sanção indenizatória deverá ser analisada pelo magistrado de forma específica.

Ainda que a Teoria da Perda de Uma Chance seja abarcada pelas doutrinas e jurisprudência brasileira, essa não dispõe de previsão legislativa, motivo pelo qual há uma enorme divergência na sua aplicação aos casos concretos.

Em síntese, conclui-se que a responsabilização médica visa resguardar o direito à saúde do paciente, evitando, assim, novos e futuros erros de diagnósticos, motivo pelo qual a Teoria da Perda de uma Chance vem sendo amplamente discutida e reconhecida

pela jurisprudência pátria na área médica, se porventura a diagnose equivocada retirar da vítima a chance de cura de sua doença ou até mesmo sua vida.

Ante o exposto, objetivando sanar a desigualdade de julgamentos favoráveis ou desfavoráveis, é de suma importância a tipificação da Teoria em comento no ordenamento jurídico brasileiro, por um entendimento mais igualitário e justo na prática.

REFERÊNCIAS

BISACCHI, Fabrício; LIMA, Rodolfo Lucas. **Teoria da Perda de Uma Chance**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/5690/5410>. Acesso em: 02 de maio de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 28ª Edição. São Paulo: Editora Rideel, 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, Código Penal**. 28ª Edição. São Paulo: Editora Rideel, 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor**. 28ª Edição. São Paulo: Editora Rideel, 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil**. 28ª Edição. São Paulo: Editora Rideel, 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

COLTRI, Marcos Vinicius. **Alerta no Centro Cirúrgico**. Revista Jurídica Consulex, v. 14, nº 320, p. 52-54, maio de 2010.

GONÇALVES, Leonardo Jorge Queiroz; SILVA, Laila Gabriela da. **Teoria da perda de uma chance: a responsabilidade civil em caso de chance real**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/376862/teoria-da-perda-de-uma-chance>. Acesso em: 02 de maio de 2023.

GUIMARÃES FILHO, Dolmevil de Franca. **Negligência, Imprudência e Imperícia – Malpractice**. Revista Brasileira de Anestesiologia, v. 35, nº 6, novembro-dezembro, 1985. Disponível em: <https://www.bjan-sba.org/article/5f503f558e6f1a03048b469c/pdf/rba-35-6-491.pdf>. Acesso em: 30 de abr. de 2023.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a Justiça**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PÊGAS, Rosângela da Silva; SANTANNA, Hector Valverde. **Teoria da perda de uma chance: análise histórica, doutrinária e jurisprudencial**. Revistas de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, 10 de outubro de 2018. Artigos. <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/9780>. Acesso em: 03 de nov. de 2022.

PEREIRA, Agnoclébia Santos; TORRES, Felipe Soares. **O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas**. Revista dos Tribunais, v. 958, agosto de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.02.PDF. Acesso em: 02 de maio de 2023.

PRETEL, Mariana. **Da responsabilidade civil do médico – a culpa e o dever de informação**. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/da-responsabilidade-civil-do-medico-2013-a-culpa-e>. Acesso em: 11 de nov. de 2022.

RIBEIRO, Priscilla Massinni Barbosa. **Erro médico**. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/32566/1/2007_tcc_pmbribeiro.pdf. Acesso em: 25 de abr. de 2023.

SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo é um Humanismo**. Paris, 1946. Tradução de Rita Correia Guedes: Les Éditions Nagel, 1970. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/sugestao_leitura/filosofia/texto_pdf/existencialismo.pdf. Acesso em: 18 de abr. de 2023.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde – Série Gvlaw**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book, Biblioteca Digital Saraiva/ Portal do Aluno Universidade Brasil.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do Erro à Culpa na Responsabilidade civil do Médico: Estudo na perspectiva civil-constitucional**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015.

STJ. **AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL: AgInt no REsp 1923907 PR 2021/0052562-8.** Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJ: 20/03/2023. STJ - Informativo de Jurisprudência, 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100525628&dt_publicacao=23/03/2023. Acesso em: 19 de abr. de 2023.

STJ. **RECURSO ESPECIAL: REsp 788459 BA 2005/0172410-9.** Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ: 08/11/2005. JusBrasil, 2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7173792/inteiro-teor-12902297>. Acesso em: 02 de maio de 2023.

STJ. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1254141 PR 2011/0078939-4.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 04/12/2012. JusBrasil, 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865276892>. Acesso em: 17 de abr. de 2023.

STJ. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1291247 RJ 2011/0267279-8.** Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 19/08/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865054262/inteiro-teor-865054269>. Acesso em: 12 de nov. de 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil e Responsabilidade Civil.** 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

VIANA, Wanderley Vertela. **Erro Médico de Diagnóstico e a Teoria da Perda de Uma Chance.** Monografia, 2018. Disponível em: <https://781daa6cd8.cbau-cdnwnd.com/0316d608be8c74600b255727c7f7c2ab/200000462-c3f6bc4f35/TCC%20-%20ultima%20copia%20-%2012-04-018%2023h.pdf>. Acesso em: 23 de out. de 2022.

BANDIDOLATRIA E A CRIMINALIDADE NO BRASIL

BEATRIZ DE SOUZA REZENDE.

Bacharelada em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG²²⁵.

LEONARDO GUIMARÃES TORRES²²⁶

(orientador)

RESUMO: O termo bandidolatria remete a uma idolatria ou proteção social àqueles que agem negativamente contra um terceiro ou a uma sociedade. Essa linha ideológica tem permeado há muitas décadas no Brasil visto o aumento da criminalidade. Diante desse fato, muito tem-se discutido sobre os limites do entendimento sobre o garantismo penal e constitucional de bandidos e demais membros da mesma espécie e a realidade brasileira frente à criminalidade. Diante disso, este estudo teve a finalidade de discorrer sobre a bandidolatria e seu impacto na criminalidade no Brasil. Na metodologia empregada, baseou-se em uma revisão bibliográfica, com fundamento em artigos científicos, livros, periódicos e na legislação atual sobre o respectivo tema. A coleta de dados foi realizada por meio de banco de dados tais como Scielo, Google Acadêmico, dentre outros, cujos trabalhos se limitaram no período de 2018 a 2022. Nos resultados, ficou evidente observar que as leis extremamente brandas, excesso de direitos e muitas regalias deixam os criminosos à vontade para cometer novos crimes, criando assim, a chamada bandidolatria, que consagra o criminoso. Nesse ponto, entendeu-se que esse movimento é nocivo para a sociedade e para o Direito brasileiro, uma vez que poderá aumentar a criminalidade, porque o “delituoso” se sentirá confortável a continuar na atividade criminosa.

Palavras-chave: Bandidos. Idolatria. Criminalidade. Segurança Pública.

BONDOLATRY AND CRIME IN BRAZIL

ABSTRACT: The term banditiatry refers to an idolatry or social protection to those who act negatively against a third party or a society. This ideological line has permeated many decades in Brazil as increased crime. Given this fact, much has been discussed about the limits of understanding about the criminal and constitutional guarantee of bandits and other members of the same species and the Brazilian reality in the face of crime. Given this, this study had the purpose of discussing banks and its impact on crime in Brazil. In the methodology employed, it was based on a bibliographic review, based on scientific articles,

225 E-mail: beatrizsrezende@unirg.edu.br.

226 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: leonardo_torres@outlook.com.br.

books, periodicals and current legislation on the respective theme. Data collection was performed through database such as Scielo, Google Academic, among others, whose work was limited from 2018 to 2022. In the results, it was clear that extremely mild laws, excess rights and many Perks leave the criminals comfortable to commit new crimes, thus creating the so -called Bondolatry, which consecrates the criminal. At this point, it was understood that this movement is harmful to society and to Brazilian law, since it can increase crime, because the "criminal" will be comfortable to continue in criminal activity.

Keywords: Bandits. Idolatry. Crime. Public security.

Sumário: 1. Introdução. 2. Criminologia: reflexos no sistema jurídico. 3. Bandidolatria: aspectos gerais. 4. Da discussão da temática proposta. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Uma das questões que mais são discutidas na sociedade moderna é sobre a criminalidade. A Segurança Pública brasileira, em razão dessa realidade, vive um verdadeiro desafio para garantir a paz social. Soma-se a essa questão, a luta entre o garantismo penal e constitucional e o chamado "bandidolatria".

Tais termos são antagônicos, uma vez que ao discutir sobre a criminalidade, voltam-se ao preso ou ao delituoso ora como forma de uma vítima do "sistema" opressor e limitador da sociedade e do Estado, ora como o agente causador do caos e dos problemas sociais mais graves (FIGUEIREDO, 2019).

Desta feita, preocupado com um Direito que promova a segurança pública e proteja as vítimas inocentes rompendo a cultura da impunidade que impera no Brasil e que se intensificou há 3 décadas; desejoso de conter a hemorragia que coloca nas ruas cada vez mais bandidos em uma política democida e pretendendo que a concepção do novo direito penal e processual penal esteja distante da bandidolatria que vigorou no país, tem-se discutido de forma incisiva o chamado bandidolatria.

Tal termo ganhou destaque por meio dos autores Souza e Pessi (2018) que denunciam a mentalidade que chama de "bandidolatria", resultante da ideologia de uma oligarquia acadêmica, político-burocrática e jurídica, na contramão dos anseios de uma população atônita diante dos 60 mil assassinatos anuais no país. Os autores expõem a ação do estamento político-burocrático brasileiro em suas entranhas, e demonstra a quem agrada essa espécie de culto ao mal, personificado no criminoso, bem como a distorção de valores que permite que toda a sociedade chegue a considerar a falácia de que o bandido é uma vítima da sociedade e não responsável por seus atos.

Fato é que tal temática tem sido pauta de inúmeros debates nos últimos anos em

virtude do crescimento da criminalidade; ou melhor, no aumento do nível de maldade que bandidos, ladrões e assassinos utilizam para cometer mais crimes.

No decorrer da análise desse tema procurou-se responder as seguintes indagações: qual os mecanismos de surgimento da bandidolatria? e; quais as consequências jurídicas dessa situação?

Partindo desse cenário, esse estudo teve o objetivo primordial de discorrer sobre o impacto que o fenômeno da bandidolatria possui no cenário da criminalidade no Brasil. Buscou-se com esse tema apresentar os principais aspectos do instituto da bandidolatria e como ele afeta no aumento da criminalidade e eventual impunidade social de criminosos.

Na metodologia empregada, a partir da revisão bibliográfica realizada, foi feita uma pesquisa em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros. Os descritores foram: Bandidos. Idolatria. Criminalidade. Segurança Pública. O período de busca realizou-se entre os meses de abril e maio de 2023.

2. CRIMINOLOGIA: REFLEXOS NO SISTEMA JURÍDICO

Antes de se adentrar no tema específico deste estudo, é necessário tecer algumas linhas gerais a respeito da criminologia.

O estudo do crime sempre esteve presente nos estudos jurídicos. Como o Direito é acima de tudo uma ciência social, sendo o crime oriundo basicamente das relações entre os indivíduos, o crime e toda a sua esfera conceitual sempre foi objeto principal do Direito Penal (COPETTI NETO, 2016).

Paralelamente a isso, encontra-se a Criminologia, a qual possui um foco mais subjetivo e interdisciplinar ao se analisar a vítima, além do infrator e do seu crime.

A Criminologia vai além do estudo da Criminalidade. Ela estuda os crimes em seu cenário causal, tratando não apenas do delituoso, mas das razões pessoais e sociais que o levam a praticar tal crime. Também estuda os efeitos posteriores a efetivação do crime, assim como analisa o papel da vítima (MENEZES; GUIMARÃES, 2017).

Ao se falar em crime, sabe-se de antemão que existem diversos tipos de crimes. Seja pela via tecnológica, política, financeira, homicida, administrativa, ambiental, civil, entre outros os crimes representam aquilo que vai contra a lei; uma conduta firmemente reprovativa, que não encontra aceitação nem da norma e nem da sociedade (FIGUEIREDO, 2019).

Feitos essas ponderações gerais sobre a criminologia, fato é que ela hoje representa um dos grandes problemas da sociedade atual. Diversas pesquisas apontam ao longo dos últimos anos que o Brasil é um país ainda muito violento e de enorme criminalidade. Só por esse fato, já se vislumbra a ausência do Estado em garantir a normalidade cívica da população (FIGUEIREDO, 2019).

Como apontou a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil é o 9º país mais violento no ranking mundial, divulgado em 2018, pelo relatório anual da ONG (GOMES, 2019). Isso já mostra um cenário que se traduz que a segurança pública brasileira está em "crise".

Diante desse cenário alarmante a respeito da Segurança Pública no Brasil é evidente considerar que isso acaba por impactar a imagem que a população constrói sobre essa instituição. Essa imagem é traduzida na sensação de insegurança constante e a descrença na segurança estatal, o que piora um cenário já falido.

As causas para esse quadro são muitas, mas podem ser reconhecidas, dentre outros fatores, pelo aumento da criminalidade e por consequência a ausência de políticas públicas de amparo; o encarceramento em massa que resultou na superlotação dos presídios no país e principalmente no desenvolvimento e fortalecimento de facções criminosas (GOMES, 2019).

Em razão disso, Ferreira (2019, p. 04) explica que a população se tornou "menos tolerante aos fenômenos criminológicos, solicitando maior repressão e intervenção por parte do governo a estes episódios. No entanto, tais atitudes caem em um ciclo vicioso".

Observa-se um grande movimento social (gerado em grande parte pela mídia) que entende que a criminologia é motivada pela ausência do Estado ou de uma desigualdade social. No entanto, diversos autores acreditam que essa visão é limitadora, uma vez que não se pode isentar o papel do criminoso nesse contexto. Essa visão é base para o fenômeno da bandidolatria, ao qual será analisado no tópico seguinte.

3. BANDIDOLATRIA: ASPECTOS GERAIS

Historicamente, o primeiro brasileiro a denunciar a idolatria do criminoso e o esquecimento da vítima, foi o filósofo Mário Ferreira dos Santos, em 1968, no livro "A Invasão Vertical dos Bárbaros", que antevia o fenômeno comparando-o à barbárie. Após, em 2000, Volney Correia Moraes Júnior, deu nome ao conceito, intitulado-o bandidolatria, no livro "Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas", escrito por ele (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017).

Ao discorrer sobre esse tema, é preciso citar a obra *Bandidolatria e demócídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil* – de autoria dos promotores de

Justiça gaúchos Diego Pessi e Leonardo Giardin de Souza. É essa obra que se baseia o presente termo em destaque nesse estudo. Para melhor entendê-la, faz-se nos próximos parágrafos um resumo dos principais pontos da obra.

No geral, a presente obra trata de modo crítico sobre a naturalidade com que a sociedade brasileira vem se acostumando com o crescimento do status de 'celebridade' ao qual os criminosos vêm sendo tratados. Isso é o contrário da realidade brasileira, que vive ainda na onda crescente da criminalidade, sem saber se voltará vivo para casa.

Com divisão em duas partes, cada uma escrita por um autor, a presente obra investiga as motivações que fizeram com que o Brasil se tornasse um país que idolatrasse bandidos ou que de outro modo, os tratassem como vítimas da sociedade. Para os autores, já de início, essa realidade foge do que é visto nas ruas, nos presídios e nos setores públicos e nos lares brasileiros.

Denuncia os autores que o nascedouro da bandidolatria, entre outros fatores, vem de uma ideologia abstrata, que não está pautada na realidade social, por parte da intelectualidade e da burocracia técnica. Nesse caminho, inclui-se magistrados, funcionários públicos do Judiciário e demais serventes, que defendem a proteção de Direitos Humanos como *slogan* para privilegiar os criminosos (PESSI; SOUZA, 2018).

Os autores desta obra deixam claro que o título remete a junção dos termos culto ("latria") aos criminosos como vítimas de uma sociedade injusta e desigual, cujo efeito é a manutenção do "democídio", termo criado por R. J. Rhummel que se traduz no homicídio de qualquer povo ou indivíduo por seu governo (PESSI; SOUZA, 2018).

Diego Pessi (2018) autor da primeira parte da obra, afirma que a bandidolatria, com já citado, é oriundo de uma classe dominante que se coloca no patamar de ditar normas e condutas morais e sociais, chamados pelo autor, de esquerdista. Assim, esse grupo acaba por ampliar a ideia de que os criminosos não são de imediato indivíduos maus, mas somente reflexo da sua realidade ao qual estão inseridos.

Tendo base os preceitos do filósofo marxista Antônio Gramsci, acredita-se que os criminosos ocupam um lugar inevitável na luta de classes contra o "direito burguês". Ou seja, do pobre contra os ricos ou que detém o poder. Nesse caso, os que cometem crime, apenas o fazem porque estão em uma posição desfavorável, e estão buscando "justiça" (PESSI; SOUZA, 2018).

Ainda nesta parte, Pessi (2018) reafirma a ideia de que o criminoso é visto por grande parte da sociedade como um inocente oriundo das circunstâncias sociais, fato traduzido pela máxima "o homem é bom, mas a sociedade o corrompe". Nesse aspecto, o

autor aborda que prevalece a subjetividade e a prerrogativa decisória do cidadão no momento de executar um delito, muito mais importantes do que a influência do meio ou das condições socioeconômicas.

Soma-se a isso, o autor, também aborda sobre a possível eficácia da política de desarmamento e a concepção de que a polícia mata e prende em demasia, mostrando ser o encarceramento numeroso de presos uma ilusão no país cujas penitenciárias são sistematicamente sabotadas e mal cuidadas para manter a ideia de ineficácia de ações mais rígidas e justas contra a barbárie dominante, ao passo que as normas jurídicas brasileiras criam um número expressivo de dispositivos de relaxamento e “progressão” de penas (PESSI; SOUZA, 2018).

Na outra parte da obra, esta escrita por Leonardo Giardin de Souza (2018), o autor foca na ideologia do “garantismo penal”. O autor cita que essa ideologia nasceu por meio de um movimento de juristas politizados à esquerda na Itália dos anos 70, a Magistratura Democrática Italiana, em especial com base nas ideias do jurista Luigi Ferrajoli (2006).

Mais precisamente, a origem do garantismo se deu na França do período pré-revolucionário, ainda no século XVII, que surge, tendo como um grande expoente Charles-Louis de Secondat, ou barão de Montesquieu, o termo garantismo no sentido de garantias da liberdade do indivíduo frente ao Estado (FÉLIX GOMES, 2019).

Dupré (2016) nos explica que para proteger os direitos de liberdades do povo e limitar o poder punitivo do Estado, com suas medidas rígidas emergenciais de políticas de combate ao terrorismo político, nasce o Garantismo Penal, sendo fruto do esforço de juristas italianos que usaram da teoria garantista constitucionalista, que no passado visava limitar o arbítrio dos reis déspotas inclusive quanto ao uso do arbítrio punitivo, para, agora, limitar o poder de punir do Estado Democrático de Direito moderno.

Souza (2018) entende que é na consagração do Garantismo Penal, e o crescimento do número de adeptos dessa corrente, que decorre a sensação de impunidade, de que o estado brasileiro não faz justiça para os indivíduos transgressores da lei, de que o crime compensa, que inegavelmente toma a percepção popular quando o assunto é violência pública.

Corroborando com o supracitado autor, Félix Gomes (2019) ao abordar tal temática, entende que o Garantismo Penal está prejudicando a segurança pública do país a partir do momento que torna a justiça penal brasileira condescendente e leniente com a criminalidade. Para o autor, é preciso refletir sobre a necessidade de se repensar e limitar, com urgência, a predominância da cultura ideológica do Garantismo Penal, conforme proposta por Luigi Ferrajoli, nas atividades jurídicas dos operadores do sistema repressivo

brasileiro como um primeiro ato para se possibilitar condições que permitam os índices de violência pública nacional regredirem a patamares ao menos razoáveis.

Dentro desse aspecto, há também o Direito Penal Mínimo, que se traduz como sendo:

Garantismo e Direito Penal mínimo são, na verdade, termos sinônimos, designando ambos um modelo teórico e normativo de Direito Penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva na previsão legal dos crimes, como no seu apuramento no âmbito judiciário condicionando-a a limites rígidos para tutela dos direitos da pessoa. No que diz respeito ao crime, estes limites não são senão as garantias penais substanciais (...). No que diz respeito ao processo, eles correspondem às garantias processuais e de ordenamento (FÉLIX GOMES, 2019, p. 36).

Esses institutos funcionam como garantias de limitação e vinculação ao Estado no uso do seu poder punitivo às leis materiais e processuais penais, visando-se evitar o arbítrio de juízes, - Direito Penal Mínimo – ou seja, Direito Penal totalmente enfraquecido diante das garantias do direito de liberdade do indivíduo.

O que os autores promovem, em combate ao crescimento da bandidolatria é o endurecimento das regras legais de punições necessárias e rigorosas ante a criminalidade, inclusive aos delitos menos graves para se desestimular os mais severos, possibilitando a gradual redução dos índices de violência a patamares toleráveis, recuperando o direito a segurança pública da população suprimida paulatinamente nas últimas décadas (PESSI; SOUZA, 2018).

Sendo assim, o Garantismo Penal está gerando uma atmosfera propícia a criminalidade, uma vez que se possa estar criando uma cultura de bandidolatria ou um culto a figura do infrator no meio criminalista pátrio. Isso porque, conforme mostrado por Pessi e Souza (2018), esse esforço principiológico prega que o infrator penal não teria, na maior parte dos casos, responsabilidade total pelo crime cometido, mas teria na sociedade como todo um corresponsável, pois que ela, ao oprimi-lo negando-lhe oportunidades e o marginalizando, criou as condições favoráveis e o influenciou preponderantemente para que delinqüisse, fazendo jus, então, o infrator e potencial vítima social, a uma minoração de sua pena ou até mesmo uma excludente de culpabilidade penal.

Isso demonstra um forte indicativo que, no Brasil, há uma cultura penalista majoritária que está alheia a situação de grave violência epidêmica pela qual o país passa,

contribuindo para uma atmosfera jurídica-cultural da vitimização do bandido, o que não contribui em nada para minorar a situação de contínua evolução dos índices de violência.

4. DA DISCUSSÃO DA TEMÁTICA PROPOSTA

No ano de 2019, o até então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, realizou propostas de aperfeiçoamento da legislação penal e processual, para fins de iniciar uma política de maior efetividade no combate ao crime: “à impunidade, à corrupção, à bandidolatria, ao demócídio de que a Sociedade é vítima no Brasil há várias décadas” (MP PRÓ-SOCIEDADE, 2019).

Em seu pacto anti-crime lançado no mesmo ano, o referido ex-Ministro buscou acabar com o chamado bandidolatria, ou seja, a proteção social e ideológica sobre aqueles que atingem negativamente a sociedade. Ao abordar essa questão, importante mencionar as seguintes palavras:

Dos mesmos que transformaram bandidos em protagonistas oprimidos de versões psicodélicas da realidade e reduziram as vítimas inocentes à condição de meros figurantes indesejáveis. Os mesmos que acham que a Sociedade só está correta quando segue as opiniões deles e que, quando diverge, é apenas a dona de um questionável senso comum que deve ser substituído pelas ideias de supostos iluminados, sempre contra majoritários, que devem dar as cartas, de preferência por meio de ativismo judicial, usurpação do poder legislativo (pois creem que este teria sido eleito por pessoas “de poucas luzes”) e medidas inócuas ou temerárias que tiram as liberdades das pessoas de bem para evitar que se puna com firmeza quem comete crimes. São eles que hoje querem cobrar em 30 dias as soluções para a destruição de dezenas de anos. Esquecem que estamos apenas em uma manhã, após décadas de escuridão (MP PRÓ-SOCIEDADE, 2019).

Como bem acentuam Flores e Wivaldo (2019) os criminosos, que optaram por agir fora da lei de forma racional, são tratados como seres sem livre-arbítrio, meros produtos de um meio social desfavorecido e, portanto, incapazes de agir de outro modo, imputando-lhes várias excludentes de culpabilidade, transformando seus crimes em legítima defesa. A bandidolatria representa essa proteção social.

A essa perspectiva parece somar-se a crítica ao “garantismo à brasileira” ou ao “garantismo hiperbólico monocular”, interpretado como distorção do “garantismo penal integral”. Segundo Vasconcelos (2020), este último diria respeito ao equilíbrio, nas relações processuais, entre o atendimento aos direitos individuais do acusado e os direitos das

vítimas e de seus familiares. O direito à segurança e à devida apuração e punição dos crimes é enfatizado em oposição a uma suposta “bandidolatria”, que afetaria a atuação tanto dos advogados de defesa quanto de alguns juízes no Brasil, como reação ao excesso repressivo e punitivo da ditadura militar.

Barreto (2020) acrescenta que cegos à dramática situação enfrentada pela população honesta, há quem se propõem a identificar no réu a verdadeira vítima, empurrando o “humanismo” goela abaixo da sociedade ferida e amedrontada, utilizando diversos pretextos para protegê-lo.

Prata e Abboud (2018) entendem que o garantismo penal tem gerado cada vez mais impunidade da forma que aplicam. Os autores afirmam que essa questão carrega consigo um imenso assento em bases de senso comum, a humanização do processo penal – que, segundo o discurso cada vez mais visto, encontra-se em condição de perversão – tem sido a maior causa de impunidade no Brasil.

Dorneles Júnior (2018) acredita que a sociedade está repartida em dois grupos: um formado por pessoas cuja essência, alinhada à honestidade e à moral, esta última oportunamente constituída, reputa-se bondosa, e um outro grupo, formado por pessoas que, no mesmo sentido, possuem seu ânimo voltado ao mal, sendo a prática delitiva de sua perversa natureza.

Ocorre que quando inseridas no contexto penalista, é nítido observar que muitas vezes a lei penal, quando aplicada, se destina a um grupo bem específico: negro, pobre, analfabeto e oriundo de ambientes altamente vulneráveis, como a favela e comunidades carentes.

Costa e Santana (2021) entendem que o Direito Penal brasileiro é segregador, ou seja, ele se destina a todos, mas na prática ele é focado na parte mais vulnerável da sociedade. Tão verdade que os perfis de presos nos presídios nacionais são majoritariamente os caracterizados acima.

Prata e Abboud (2018) acrescentam que o Brasil, na contramão do mundo, do desenvolvimento e da história, tem se tornado um país de extrema militarização, de uma punição exagerada, de forma que, a sanção penal se transforma em um meio de guerra, de simples punição, não ao mesmo tempo instrumento de reintegração social do criminoso, como se, em outras próprias palavras, “o mal devesse ser pago com mal”.

De toda forma, essa segregação social no campo prisional não pode ser pauta ou motivo para que os mesmos se tornem vítimas da sociedade. Em que pese a verdade sobre

a exclusão criminológica de determinados indivíduos, a aplicação da lei penal não se dá de forma errônea e superficial. Ao contrário, é consequência direta da prática de um delito.

Mascaro (2018) pontua que o Brasil é um dos países que mais se comete homicídios. E, é indubitável, de ser o mais impune. O autor aduz que o crime em si envolve não só o agente delituoso, mas, também, o dito intelectual que o endossa com seu discurso segregacionista/negativista. Dessa forma, enquanto o criminoso for tratado como vítima de uma sociedade injusta e segregadora, pessoas ainda morrerão.

Nas palavras de Dorneles Júnior (2018, p. 05):

[...] é preciso que se discuta a cultura da Bandidolatria de maneira sucinta e precisa, alertando o povo brasileiro à inversão de valores que fazem com que os algozes da sociedade sejam considerados coitados inocentes fomentando uma cultura de garantismos penais e desencarceramento em massa, fato que só gera mais criminalidade e mortes de inocentes.

Nesse caminho, Alvarenga (2021) acredita que a vulnerabilidade social e econômica não pode ser base para que se torne um bandido uma "vítima" da sociedade/sistema. O autor cita como exemplo, as favelas. Segundo ele, nem todos os residentes de favelas e comunidades são criminosos e nem adentra no mundo do crime, ainda que ele esteja na porta de sua casa. A índole criminal é que reverbera a conduta delituosa.

Assi Barreto (2019) acrescenta a esse fato que a bandidolatria, em grande parte, se consagrou ao longo das últimas décadas em razão da mídia e do acultramento ao bandido. Diversos criminosos foram vistos não como criminosos, mas como justiceiros. Tem-se como exemplo Lampião, que matou e roubou diversas fazendas no início do Século XIX no sertão nordestino. Mesmo comprovado a sua vida de bandidagem, é visto ainda hoje como um guerreiro e como um salvador dos pobres, sendo consagrado como um importante personagem na história do país.

Com esse exemplo, o que se verifica é que muitos criminosos adentram nesse caminho, não apenas pelo crime, mas como uma ascensão social. É o que expõe Sakamoto (2017, p. 01):

Mais do que uma escolha pelo crime, a opção de muitos jovens pelo roubo é uma escolha pelo reconhecimento social. Um trabalho ilegal e de extremo risco, mas em que o dinheiro entra de forma rápida. Não defendo essa opção, mas sabemos que, dessa forma, o jovem pode ajudar a família, melhorar de vida, dar vazão às suas aspirações de consumo – pois não são apenas os jovens de classe média alta

que são influenciados pelo comercial de TV que diz que quem não tem aquele tênis novo é um zero à esquerda. Ganhar respeito de um grupo, se impor contra a violência da polícia. Uma batalha que respinga em nós, que temos responsabilidade pelo o que está acontecendo, seja por nossa apatia, conivência, desinteresse, medo ou incompetência. A polícia e os chefes de quadrilhas puxam os gatilhos, mas nós é que colocamos as balas na agulha que matam os corpos e o futuro dessa molecada.

Ao apresentar os efeitos negativos da bandidolatria, Klafke (2021) traz o seguinte ciclo:

Fluxograma 1 – Ciclo da Bandidolatria



Fonte: Adaptado de Klafke (2021)

No fluxograma 1, como bem descrito, inicia-se com a criação da ideia de que os criminosos são vítimas da sociedade, sem escolhas individuais. Em seguida há a romantização do crime, em especial o tráfico de drogas; transforme traficantes em paradigmas de sucesso e impulse o recrutamento de crianças e adolescentes para facções criminosas. Posteriormente, há a criação da farsa do "encarceramento em massa" e, a partir daí, tem-se a promoção da política de impunidade via lei penal, processual e de execução penal –com o apoio de um Congresso minado por investigados, réus e até condenados, e tenha ênfase nas decisões dos tribunais, forte no Supremo Tribunal Federal (STF). (KLAFKE, 2021)

Com mais criminosos impunes nas ruas, mais ousados justamente em razão da impunidade, mais criminosos dispostos ao confronto; com mais confrontos, probabilística, mais mortes de criminosos e maior probabilidade de inocentes atingidos por disparos da ação de criminosos contra operações policiais ou mesmo por dano colateral na ação policial. Na imprensa, noticie “mortos em operação policial”; não cite criminosos na narrativa; induza à presunção de que a polícia causa mortes, sem culpa alguma dos bandidos (KLAFKE, 2021).

Há a promulgação da ideia de que a solução está em adotar políticas “contra o encarceramento em massa”, “contra o punitivismo”; convença a sociedade que atacar as estruturas do crime organizado/tráfico de drogas, que determina o maior porcentual de mortes, não reduz o número dessas mortes – mesmo que os dados mostrem que assim os homicídios reduziram quase 25% (KLAFKE, 2021).

Com dissimulação e eufemismos, convença a sociedade de que com mais impunidade o crime reduzirá e teremos menos crimes, menos mortes. Por fim, volta-se ao passo 1 e retroalimente o ciclo (KLAFKE, 2021).

De todo modo, de maneira sucinta Alvarenga (2021) entende que criminosos não são vítimas, criminosos são algozes. A opção pelo crime é uma opção racional. A ligação entre pobreza e vulnerabilidade com a criminologia é injusta e preconceituosa. Dessa forma, defende-se nesse estudo, o entendimento de que bandidolatria é uma realidade social muito presente no Brasil, e que deve ser amplamente combatida, uma vez que se entende que os criminosos são o que são, ou seja, pessoas que tencionam cometer crimes, tornando-se incapazes de conviverem na sociedade e não se tornarem vítimas do sistema.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos temas mais discutidos na seara da Segurança Pública no Brasil diz respeito à criminalidade. São inúmeros os casos presentes nos noticiários brasileiros que mostram o quanto a criminalidade cresce a cada dia. Homicídios, latrocínios, dentre vários outros tipos penais são realizados a cada minuto no país.

Essa onda de crimes tem despertado constantes discussões sociais sobre os problemas e possíveis medidas de solução. Nesse cenário, a figura do criminoso (bandido, ladrão, assassino, etc.) tem sido palco de debates em razão do fato de que parte da doutrina jurídica e estudiosos ligam a sua figura às questões de Direitos Humanos e a ideologias mais brandas; ao contrário do entendimento de estudiosos e parte da classe da sociedade que encaram essa figura de modo mais negativo e realista.

Frente a esse cenário, a escolha desse tema se deu por entender que a discussão sobre o fenômeno da bandidolatria é pertinente à medida que a criminalidade ainda está

instaurada na sociedade moderna, inclusive com aumento significativo. A figura do bandido, ainda que muitos apontem como “vítima” da sociedade, tem sido visto pela sociedade como ele realmente é: um criminoso.

Cabe lembrar que grande parte da doutrina jurídica e até mesmo muitos magistrados partem da ideologia do “garantismo penal” para fundamentar a sua proteção ao criminoso. No entanto, para outros autores, essa corrente politizada procura se travestir de neutra para “adocicar” o caminho dos meliantes, ocultando uma sub-reptícia desconfiança da aplicação contundente da justiça e do “direito burguês”.

A mídia, o Judiciário, as universidades adotam a ideia de que o infrator é, na maioria das vezes, uma vítima social, como se o indivíduo que decide cometer um crime não avaliasse os benefícios e calculasse os danos de sua conduta. Com isso, a sensação de impunidade é um incentivo para o cometimento de crimes, dando exemplos de decisões judiciais esdrúxulas. Tudo isso acaba por criar o termo “bandidolatria”.

Para diversos autores, o delinquente é oprimido pela cultura do consumo desenfreado e se sente inferior por não possuir o smartphone da moda ou frequentar os locais badalados das redes sociais. Contudo, vale salientar que ao invés de buscar honestamente a ascensão pretendida, o indivíduo demonstra sua índole ao optar pela escalada mais rápida: tirar o prêmio daquele que já está no pódio.

Desta feita, conclui-se que a bandidolatria é como uma doença contagiosa, fazendo com que a sociedade e os operadores do Direito tenham ‘pena’ do bandido e esquecendo da vítima. Essa linha de pensamento só irá fazer aumentar a criminalidade. Juntamente com a sensação de impunidade, aliado ao crescimento de status e vitimização da sociedade, faz com que mais criminosos optassem pelo caminho da prática delituosa, não diminuindo os altos índices de crimes ocorridos ainda no Brasil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Luiz Gustavo. **Necropolítica e Racismo no Sistema Penal Brasileiro**. 1º ed. Editora: UICLAP, 2021.

ASSI BARRETO, André. **Por que a esquerda ama bandidos? – O problema da bandidolatria**. 2019. Disponível em: <https://www.burkeinstituto.com/blog/criminalidade/por-que-a-esquerda-ama-bandidos-o-problema-da-bandidolatria/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BARRETO, Leonardo D’Almeida Couto. **Crime e cidade: Chacina das Cajazeiras, direitos humanos e investigação policial**. 1º ed. Fortaleza, CE: CeNE, 2020.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COSTA, Natália Borges; SANTANA, Diego Alves da. **Resenha Crítica do Livro "Bandidolatria e Democídio"**. 1º ed. Editora: UICLAP, 2021.

DORNELES JÚNIOR, Heitor Brandão. **Corta essa, santinho!: a construção do discurso da periculosidade nas audiências de custódias do Espírito Santo**. Dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública da Universidade Vila Velha. Vila Velha, 2018.

DUPRÉ, Ben. **50 grandes ideias da humanidade que você precisa conhecer**. 1º ed., São Paulo: Planeta, 2016.

FÉLIX GOMES, Antônio Igor. **O garantismo penal de Ferrajoli e suas consequências para os índices delitivos do estado brasileiro**. Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA. Mossoró, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Flávio. **A crise na segurança pública e a sociedade brasileira**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71188/a-crise-na-seguranca-publica-e-a-sociedade-brasileira>. Acesso em: 15 mar. 2023.

FIGUEIREDO, Francielle da Conceição Drumond. **O que (não) é garantismo jurídico: as leituras distorcidas do paradigma garantista no Brasil**. Dissertação de Mestrado, apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário FG. Guanambi, 2019.

FLORES, Grasielle Eunice; WIVALDO, Jucilaine Neves Souza. **Direitos Humanos e Políticas Sociais: reflexões sobre discursos midiáticos**. Caderno Humanidades em Perspectivas. v. 6 n. 3 (2019).

GOMES, Marco Antônio. **Segurança pública brasileira: desafios e propostas de melhorias**. 2019. Disponível em: <https://blog.ipog.edu.br/educacao/seguranca-publica/>. Acesso em: 18 mar. 2023.

KLAFKE, Adriano. **Decálogo cíclico da bandidolatria**. 2021. Disponível em: <https://www.defesanet.com.br/ghbr/noticia/40602/adriano-klafke-decalogo-ciclico-da-bandidolatria/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2018.

MENEZES, Gabriella Mendes; GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **O garantismo penal integral no processo penal brasileiro**. Revista Ceuma Perspectivas, São Luis, v. 29, n. 1, p. 48-60, 2017.

MP PRO SOCIEDADE. **Nota Pública do MP Pró-Sociedade ao “Pacote Anticrime” do Ministro Sérgio Moro**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/wpcontent/uploads/2019/02/d050c75ea6c8c92f1ee2e883efcf6305.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

PRATA, Caio Luís; ABBOUD, Gabriel Coimbra Rodrigues. **Manifesto anti-sofocista: a significação social crítica do Ministério Público através de análise do “manifesto contra o garantismo e a Bandidolatria”**. Revista Reflexão e Crítica do Direito, a. 6, n. 2, p. 66-82, jul./dez. 2018.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistências ao poder de punir**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SAKAMOTO, Leonardo. **Ostentação deveria ser crime previsto no Código Penal**. 2017. Disponível em: <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2017/06/18/ostentacao-diante-da-pobreza-deveria-ser-crime-previsto-no-codigo-penal/>. Acesso em: 11 mai. 2023.

SOUZA, Leonardo Giardin de; PESSI, Diego. **Bandidolatria e Democídio: Ensaio sobre Garantismo Penal e a Criminalidade no Brasil**. 3º ed. Editora: SV Editora, 2018.

VASCONCELOS, Franciso Thiago R. **Resenha: Crime e cidade: chacina das Cajazeiras, direitos humanos e investigação policial**. Conhecer: Debate entre o Público e o Privado, v. 10, n. 25, p. 238-244, 2020.

RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS POLIAFETIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

JOÃO PEDRO PRUDENTE COSTA LOYOLA:
Graduando em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Amazonas.²²⁷

FLÁVIA REGINA PORTO DE AZEVEDO²²⁸

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo geral demonstrar a possibilidade do ordenamento jurídico brasileiro reconhecer a existência de famílias poliafetivas. Examinando a legislação e jurisprudência brasileiras e os principais princípios que regem o tema, identificando a fundamentação para o impedimento de relações conjugais concomitantes; apontando os prejuízos sofridos pelo não reconhecimento das novas modalidades de família. A pesquisa segue uma metodologia descritivo-analítica, consistindo em revisão bibliográfica e análise de normas jurídicas. A revisão teórica foi desenvolvida por meio da análise documental; esse tipo de abordagem é fundamental para se obter uma compreensão aprofundada do tema estudado, permitindo que sejam feitas análises críticas e conclusões consistentes sobre o tema. A hipótese por trás da pesquisa é a de que como não há um impedimento constitucional para que a legislação inclua esse modelo poliafetivo familiar, há a possibilidade de se englobar essa nova modalidade, tendo em vista a existência do princípio da autonomia privada, da afetividade e da pluralidade familiar.

Palavras-chave: Famílias poliafetivas; Reconhecimento jurídico; Princípios do Direito de Família.

ABSTRACT: This article has the general objective of demonstrating the possibility of the Brazilian legal system to recognize the existence of polyaffective families. Examining Brazilian legislation and jurisprudence and the principles that govern the subject, identifying the grounds for preventing concomitant marital relations; the benefits suffered by the non-recognition of the new family modalities. The research follows a descriptive-analytical methodology, consisting of a bibliographic review and analysis of legal norms. A theoretical review was developed through document analysis; this type of approach is

²²⁷ E-mail: pdro.loyola@gmail.com.

²²⁸ Orientadora. Mestre em Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação - PPGE da Faculdade de Educação da Universidade do Amazonas, Pós-Graduada em Direito Penal e Processual pela Universidade Federal do Amazonas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

essential to obtain a deep understanding of the subject studied, allowing critical analyzes to be carried out and consistent with the subject. The hypothesis behind the research is that since there is no constitutional impediment for the legislation to include this polyaffective family model, there is the possibility of including this new modality, in view of the existence of the principle of private autonomy, affection and family plurality.

Keywords: Polyaffective families; Legal recognition; Principles of family law.

1. INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, é proibida a existência de casamentos simultâneos, ou seja, caso alguém já casado queira casar com outra pessoa, este deverá se divorciar para então constituir um novo matrimônio. Sobre esta determinação legal, prevista no art. 1.521, VI, do Código Civil (BRASIL, 2002), é possível levantar algumas dúvidas quanto às implicações sociais e familiares decorrentes desse impedimento.

Com o desenrolar das Constituições Federais Brasileiras, que evoluem conforme a nossa sociedade, modificando e criando direitos, podemos verificar que o mesmo se reproduz no que diz respeito ao que se entende por “família”. A CF/88 introduziu uma nova visão para o conceito de família, ampliando e o tornando muito mais abrangente, de forma a se adequar ao aspecto sociológico da família, reconhecendo outras formas existentes que não apenas o casamento (MALUF, 2010, fls. 47-49).

No entanto, ainda que haja uma evolução quanto ao que é considerado uma família propriamente dita, o Direito Brasileiro se demonstra receoso na questão de famílias poliamorosas. O STJ (2022) determinou em suas últimas jurisprudências, no que tange a união estável concomitante ao casamento ou a outra união, que já se consagrou a monogamia no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, Dias (2010) conclui que ainda que exista a imagem preconceituosa formada, o concubinato já não mais existe como instituto em nossa sociedade e cada vez mais vem se reconhecendo as relações simultâneas e poliafetivas pela justiça.

Verificadas tais pontuações, surge a seguinte problemática: considerando a evolução do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, há viabilidade legal num possível englobamento dos relacionamentos poliamorosos por esse conceito? Quais seriam as implicações dessa evolução do conceito no direito sucessório? Quais casos de relacionamento poliafetivo podem ser identificados no judiciário e qual o posicionamento majoritário acerca destes?

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.521 (BRASIL, 2002), apresenta um rol de situações que impedem uma pessoa de contrair matrimônio, sendo um dos impedidos a pessoa que já é casada. Mesmo existindo uma proibição legal, nada impede que uma relação extramatrimonial possa vir a existir, no entanto, essa não terá reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro, que considerará a relação como sendo um concubinato.

No mais, cabe ressaltar que as relações que regem a sociedade não são um corpo enrijecido, que sempre permanece da mesma maneira, sem mudanças. Com o tempo, a moral se modifica e, o que poderia ser reprovado socialmente no passado, como relações poliamorosas, hoje já não é. (ALVES, 2022, p. 09)

Exposto isto, surge um problema: mesmo existindo famílias poliafetivas, com laços que são de fato conjugais, estas não possuem reconhecimento jurídico. O modelo de família monogâmico, baseado na moral e religiosidade ocidentais, embora consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, não é o único existente; o Direito não deve negar o reconhecimento de novos tipos de família tendo como base uma moral que não rege a sociedade como um todo (RÊGO; SOUZA, 2013, p. 190).

A morosidade do Direito em reconhecer essa nova modalidade de família vem gerando prejuízos a quem de fato vive em comunhão de vida, sendo a jurisprudência das Cortes Superiores uníssona em não admitir o reconhecimento de relações simultâneas ou concomitantes, como no REsp 1.157.273/RN - STJ (BRASIL, 2010), que afastou a possibilidade da existência de uniões estáveis múltiplas e simultâneas.

Esta interpretação exercida pela jurisprudência não leva em consideração os laços de afetividade dos envolvidos na relação, o *animus* de constituir família e o esforço comum na aquisição de patrimônio.

O tema tem grande relevância social, pois cada vez se torna mais comum a existência de relações consensualmente não-monogâmicas, que começam a ter seu reconhecimento garantido em outros países ocidentais em que o princípio da monogamia ainda influencia bastante suas legislações (KLEIN, 2021).

Para que o ordenamento jurídico brasileiro possa de fato acompanhar as mudanças sociais, é necessário uma adequação legislativa e jurisprudencial, visando garantir a estes sujeitos sua dignidade humana e autonomia para que decidam com quem e com quantas pessoas desejam manter uma vida conjugal. Assim, tendo a sua existência reconhecida pelo Estado, para que possam gozar dos direitos que surgem a partir de uma união conjugal.

Por fim, o objeto de análise foi as relações conjugais poliamorosas, não reconhecidas pelo Direito brasileiro e se, para abarcar essa nova modalidade de família, haveria a necessidade de modificar a nossa legislação, seja constitucional ou

infraconstitucional, com o debate de que se qualquer tipo de modificação violaria o ordenamento constitucional vigente ou se o impedimento existe meramente por questões religiosas e morais impregnadas na sociedade brasileira que influenciaram na construção do nosso ordenamento jurídico.

Para se atingir o primeiro objetivo, foi realizada uma análise do desenvolvimento do conceito de família, desde a pré-história e formação das primeiras civilizações, passando pelo século XIX, quando os autores passam a cada vez mais estudar a família como um ente da sociedade, e, por fim, chegando à atualidade, com o avançar da legislação brasileira no reconhecimento das novas modalidades de família. Para isso, explore-se as principais teorias que regem o Direito de Família, o estudo dos principais princípios, com a análise da obra de Engels (2019), que discute a forma como a família se relaciona com a propriedade privada e o Estado; Lago, Ñunez, Oliveira e Lago (2021), abordando o conceito de família dos povos originários e as modificações geradas com a colonização portuguesa no Brasil; dentre outros autores.

Em seguida, executou-se uma comparação entre os conceitos e processos históricos apresentados, e o que diz a doutrina e jurisprudência das Cortes Superiores sobre o tema, com especial ênfase no STJ. Quanto à doutrina, a partir do estudo da obra de Dias (2021), autora de grandes críticas à forma como o ordenamento jurídico enxerga o conceito de família, além das obras de Gagliano (2019), Tartuce (2020) e Rosenvald (2016).

Por fim, a fim de se chegar ao objetivo final da pesquisa, e após o estudo do que diz a doutrina e a jurisprudência, avaliou-se a possibilidade de reconhecimento das famílias poliafetivas pelo ordenamento jurídico brasileiro, identificando de que forma, ao haver o conflito entre os princípios do Direito de Família, o princípio da monogamia, não consagrado no texto constitucional, vem se sobrepondo aos demais princípios.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MONOGAMIA E SUA INFLUÊNCIA NA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da monogamia nas relações conjugais, conforme disposto no art. 1.521, VI, do Código Civil (BRASIL, 2002). Por esse motivo, qualquer tipo de família que transgrida esse princípio não terá reconhecimento pela legislação brasileira.

Para entender melhor a questão é imprescindível fazer uma análise histórica das mudanças sociais ocorridas ao longo do tempo, que justificam a atual realidade jurídica sobre o tema.

É datado da pré-história as primeiras noções de monogamia, com a redução progressiva do círculo da comunidade conjugal, quer seja pelo número de companheiros simultâneos possível, seja pela criação de critérios mínimos de grau de parentesco permitido para que houvesse o relacionamento conjugal. (ENGELS, 2019)

De acordo com Alves (2022, p. 03), as primeiras relações matrimoniais monogâmicas surgem no Egito Antigo:

com a intenção de obter alianças fortes e indissolúveis que propiciavam (sic) o desenvolvimento econômico estratégico. Esses modelos de parcerias obtiveram maior primazia e regularização com a ascensão dos costumes disciplinadores do Império Romano, quando houve uma considerável interferência do Estado nas relações pessoais.

Portanto, verifica-se que questões econômicas passaram a influenciar o conceito de família, que passou a sofrer interferência do Estado. No entanto, com a ascensão e consolidação do Cristianismo no final da Idade Antiga e início da Idade Média, questões religiosas passaram a influenciar com maior intensidade as relações conjugais, influência essa consolidada pelo Concílio de Trento, que definiu como casamento apenas aquele advindo da relação entre um homem e uma mulher; além disso, a família deixou de ser vista apenas pelo viés patrimonial e consanguíneo, mas também pelo viés afetivo (ANGELUCI; LÔBO, 2012). Essa influência definiu o que seria o casamento pelos séculos seguintes.

Nesse sentido, os vínculos familiares eram reconhecidos a partir do uso de critérios biológicos e matrimoniais, que continuam sendo aplicados, mas passaram a ser acompanhados do valor jurídico conhecido como afeto (SIMÃO, 2014, p. 63). Verifica-se então um ponto de partida na evolução do conceito de família, que passa a ser analisado através de um critério subjetivo.

Destaca-se que a ausência de afeto era uma característica presente nos antigos conceitos de família e, conforme o pensamento social progride, é possível visualizar que a definição desse instituto está em constante modificação, ainda que o Estado não acompanhe o mesmo ritmo (ALVES, 2022, p. 09).

A influência religiosa alcança o Brasil Colonial, sendo perceptível as consequências de sua propagação. Nesse período, era amplamente difundida a poligamia entre os povos originários, todavia tais costumes geraram grande preocupação entre os missionários que aqui aportaram para a evangelização dos indígenas, pois como o matrimônio monogâmico se trata de um dos sacramentos do catolicismo, as relações poligâmicas impediam a conversão dos não cristãos. (MOREIRA, 2018, p. 33)

A moralidade cristã influenciou em demasia o processo colonial pois, segundo esta, as relações familiares indígenas eram uma ameaça visto que “simbolizava para os padres a devassidão moral, a promiscuidade e a perdição” (LAGO, NÚÑEZ E OLIVEIRA, 2021, p. 80).

Com a independência e a implementação de um regime monárquico de governo, naturalmente o Estado adotou uma religião oficial, o Catolicismo Romano, como disposto no art. 5º da Constituição do Império do Brasil (BRASIL, 1824). Portanto, com o Estado brasileiro adotando uma religião oficial, somente as relações familiares decorrentes do matrimônio entre um homem e uma mulher realizado pelo Igreja Católica possuíam reconhecimento jurídico; o Direito brasileiro garantia direitos matrimoniais apenas a uma parcela da sociedade, o que gerava consequências jurídicas diversas, pois famílias fora dos sacramentos católicos não eram reconhecidas (SANTIROCCHI, 2012, p. 82).

Após 1889, com a derrubada da monarquia e a Proclamação da República, houve a separação entre Igreja e Estado; o único casamento reconhecido pelo Direito brasileiro seria o civil, regulado pelo Estado e monopolizado por este (SIMÃO, 2014, p. 65).

É a partir da monopolização do casamento pelo Estado que o ordenamento jurídico brasileiro passa a regular com mais afinco as relações familiares. Entre os institutos oriundos dessa regulação, surge o concubinato. O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), nos arts. 248 e 1.719, passa a vedar doações e herança para a concubina; além disso, não reconhecia juridicamente as relações existentes entre duas pessoas solteiras, que se enquadram no chamado concubinato puro, quando existe a família de fato, sem detrimento de família legítima (AZEVEDO, 1995, p. 97). Nota-se que tal disposição do Código ainda possuía forte influência moral e religiosa ainda marcantes na sociedade da época.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da existência da união estável, o Direito rompe com a forte influência religiosa que ainda definia o que era família, havendo a descaracterização do concubinato puro (RÊGO; SOUZA, 2013, p. 187). Além disso, a nova ordem constitucional abre caminho para o reconhecimento de novas modalidades de família, principalmente pelo disposto no art. 226 da CF (BRASIL, 1988). Porém, mesmo com esse reconhecimento, o concubinato prosseguiu no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) dispõe no art. 1.727 que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Verifica-se, com isso, que o Estado ainda buscou se preocupar em atentar pelos efeitos jurídicos do casamento, não reconhecendo relações que violariam os princípios da monogamia e da fidelidade que regem o instituto (RABELO, 2021).

Assim sendo, com as modificações legislativas e constitucionais realizadas nas últimas décadas, cada vez mais a formatação do núcleo familiar se desprende do formalismo matrimonial e reconhece o vínculo afetivo como primordial nas relações familiares; com isso, a família se caracteriza pelo “amor demonstrado pela relação de afeto e cuidado que se desenvolve no seio familiar” (RÊGO; SOUZA, 2013, p. 187).

Com este entendimento, o STF reconheceu a afetividade como um dos princípios norteadores do núcleo familiar, na ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF, excluindo qualquer interpretação do art. 1.723 do Código Civil que proíba a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, a Constituição Federal consagra este princípio no art. 227, § 6º, quando afirma que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A partir da análise histórico-legislativa, podemos considerar que desde as primeiras civilizações ocidentais, houve uma predominância da monogamia, seja por fatores econômicos ou por fatores morais e religiosos. No entanto, ainda que o ordenamento jurídico não reconheça a existência de relações fora dessa predominância, elas existem.

3. A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE FAMÍLIA

Apesar de haver vedação expressa do Código Civil de que pessoas já casadas não podem casar novamente ou manter união estável quando não separados de fato, existem pessoas que vivem juntas, mesmo com esse impedimento, como se casadas fossem. Ainda, existem casos de pessoas que simplesmente vivem em uma relação poliamorosa (CASTRO; TOLEDO, 2017), que não será reconhecida, como já exposto acima, mesmo havendo laços de afetividade e consentimento nessa relação.

Diante do exposto, compete se fazer o seguinte questionamento: considerando que o conceito legal de família teve, ao longo dos tempos, sido ampliado para abarcar diversos outros formatos que surgiam na sociedade, quais os fatores impeditivos para que o Estado não reconheça juridicamente a existência de famílias poliamorosas?

Visando responder a essa questão, é preciso se debruçar sobre os motivos que acarretaram a ampliação do termo “família” e qual a relação dessas novas classificações que surgiram com os relacionamentos poliamorosos.

Inicialmente, verifica-se que temos, legalmente, várias modalidades de família. Dentre elas, a única que possuía reconhecimento pelo Direito brasileiro era a família matrimonial, fruto do casamento. Com a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a reconhecer novos tipos de entidades familiares (DIAS, 2021, p. 70).

De acordo com Tartuce, são admitidas novas modalidades de família, pois:

tem prevalecido, na doutrina e na jurisprudência, especialmente na superior (STF e STJ), o entendimento pelo qual o rol constitucional familiar é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*) (TARTUCE, 2020, p. 1.777).

Das diversas modalidades é possível citar a família anaparental, reconhecida pela jurisprudência e doutrina, é a “família sem pais” (BARROS, 2010), composta por irmãos que não convivem com os pais ou por avós com seus netos (PEREIRA, 2016, p. 211). Existe ainda a família homoafetiva, constituída pela união de pessoas do mesmo sexo com o animus de constituir família (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 145), reconhecida pelo STF na ADPF nº 132/RJ e na ADI nº 4.277/DF.

O rol ainda inclui a família monoparental, a família mosaico ou pluriparental, a família eudemonista, a família simultânea ou paralela e a família poliafetiva (DIAS, 2021, p. 444-461).

Portanto, como já destacado, a nova ordem constitucional vigente permitiu que vários tipos de realidades familiares passassem a ser discutidas pelos autores especializados, acompanhando as mudanças relacionais da sociedade. Em especial, chama atenção a família paralela.

Famílias paralelas sempre existiram em nossa sociedade, mesmo a legislação coibindo tal modalidade, pois o dever de fidelidade e lealdade são princípios básicos do casamento e união estável, base da família matrimonial (DIAS, 2021, p. 449). Conforme Dias, que tem preferência pela expressão “família simultânea”:

Não adianta a determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável. Nada consegue sobrepor-se a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. Mesmo sendo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem. Somente eles têm habilidade para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e, na maioria das vezes, têm filhos com ambas. Quer se trate de um casamento e uma união estável, quer duas ou até mais uniões estáveis. É o que se chama de famílias simultâneas.

Assim sendo, a família simultânea ou paralela seria o ente familiar fruto do concubinato adúltero. Um homem ou mulher casados, não separados de fato, ou vivendo em união estável, estabelecem um novo núcleo familiar, mesmo impedidos de casar ou manter uniões estáveis simultâneas.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece tal relação como um ente familiar; diante disso, o concubino é excluído dos direitos garantidos ao cônjuge ou ao companheiro (FONSECA, 2011, p. 41). Ainda:

Essa negativa de efeitos jurídicos a um instituto que mesmo sendo antigo, continua presente em nossa sociedade, causa uma insegurança jurídica ímpar a diversas famílias brasileiras uma vez que o outro concubino se encontra em uma situação jurídica real, factual, entretanto não abrangida pelo Direito (ANGELUCI; LÔBO, 2012).

Se assemelhando às famílias paralelas, existe a família poliafetiva que, diferentemente da modalidade anterior, não possui a figura do concubinato.

Relações não-monogâmicas existem há milênios, dentre elas, a família poliafetiva, caracterizada pela união de mais de duas pessoas em um relacionamento íntimo, de forma consentida, baseada no afeto entre todas as partes envolvidas (KNOBLAUCH, 2018, p. 151).

Dias (2016, p. 241) atenta que nas famílias poliafetivas:

Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo direito.

Gonçalves (2012, p. 612) afirma que a poliafetividade:

Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e a soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar.

Um das principais diferenças entre a família paralela e a poliafetiva seria que, enquanto na última existe consentimento e boa-fé dos envolvidos, a primeira surge da má-fé e quebra dos princípios da fidelidade e lealdade (PORTO, 2017, p. 178).

Importante frisar que existe uma clara diferença entre o que seria o concubinato adúltero, quando uma pessoa impedida de casar objetiva constituir família com uma

terceira pessoa, e a poliafetividade, quando mais de duas pessoas visam constituir família, sendo que cada uma dessas pessoas integraria o mesmo ente familiar, em uma relação consensual e transparente.

A família poligâmica é um tipo de relacionamento que não segue o princípio monogâmico, onde a liberdade individual é valorizada. Nesse modelo, há uma relação conjugal entre mais de duas pessoas em um mesmo núcleo familiar, ao contrário das famílias paralelas e dos concubinos. (POGGIALI; GAMBOGI, 2018, pág. 378).

A poliafetividade seria uma espécie de poliamor enquadrado no conceito de família, quando existe o animus entre os envolvidos na relação de manter estabilidade e objetivos comuns, baseado na afetividade, boa-fé e solidariedade, sendo então uma valorização da pluralidade familiar garantida pela Constituição Federal. (CAMELO, 2019, p. 137)

Sendo assim, entendendo que o relacionamento poliafetivo é consensual entre as partes que o compõem, o que causa a insegurança jurídica desses casais?

Há um desacordo entre a monogamia e o poliamor no que diz respeito ao modelo ideal de felicidade, visto que há uma liberdade no poliamor que não pode ser confundida com vulgaridade. (NASCIMENTO, 2017, p. 19).

O princípio da monogamia é uma das bases do Direito de Família, sendo listado por diversos autores como Flávio Tartuce (2020), Pablo Stolze Gagliano (2019). Este, por si só, é um dos instrumentos utilizados para desvalidar a legalidade das famílias poliafetivas.

A Constituição não menciona explicitamente a monogamia, portanto existe uma discussão se seria um princípio do Direito Brasileiro. Mesmo que seja considerada um princípio, pode entrar em conflito com outros princípios, como igualdade e dignidade, e cabe ao intérprete da legislação ponderar qual princípio deve se sobrepor ao outro. (ANGELUCI; LÔBO, 2012).

Levando em consideração o exposto acima, pode-se concluir que é opção do ordenamento jurídico a preponderância atual do princípio da monogamia sobre os princípios da autonomia privada, afetividade e pluralidade familiar, pois nega às famílias poliafetivas o reconhecimento legal e a segurança jurídica que, em tese, seriam garantidos pela Constituição; a realidade jurídica infraconstitucional, não acompanha a nova ordem constitucional e a realidade social (RÊGO; SOUZA, 2013, p. 71-75).

Reconhecida a existência dessa forma de relação, adentra-se na seguinte questão: Há viabilidade para abarcar essas modalidades de família no nosso ordenamento?

4. A CONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS POLIAFETIVAS

O que se tem visualizado na jurisprudência majoritária brasileira sobre a questão, é a aparente sobreposição da monogamia sobre princípios constitucionais que regem o Direito de Família, colocando à margem do ordenamento modalidades familiares que existem de fato (ALVES, 2022, p. 10), como disposto no acórdão abaixo proferido pelo STJ:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. [...] 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. [...] 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. [...] 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, **com redobrada atenção ao primado da monogamia** (grifos nossos), com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (REsp n. 1.348.458/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/5/2014, DJe de 25/6/2014.)

Existindo conflito dos princípios que regem o Direito de Família, a jurisprudência pátria tem conferido primazia ao princípio da monogamia em detrimento da afetividade, busca da felicidade e liberdade.

De acordo com Angeluci e Lôbo (2012):

O Direito passou a abarcar, seja com dispositivos ou através dos princípios constitucionais, diversas formas de arranjo familiar. Tendo como exemplos dessas famílias plurais a família anaparental (aquela

caracterizada pela inexistência de pais, mas de uma convivência entre pessoas e/ou parentes, sem conotação sexual); família monoparental (aquela constituída por um genitor e sua prole); família homoafetiva (casal formado por duas pessoas de mesmo sexo e orientação homossexual); união estável (aquela entre homem e mulher em uma convivência pública, contínua e duradoura); família pluriparental e outras; somadas à tradicional família matrimonial.

Não existe dispositivo constitucional que limite as formas de constituição de família; o art. 226 da CF/88 (BRASIL, 1988) apenas apresenta um rol exemplificativo, de acordo com a própria jurisprudência que limita o reconhecimento pleno de novas modalidades de família (SIMÃO, 2014).

Portanto, verifica-se em um primeiro momento, que não existe óbice constitucional para o impedimento de se reconhecer famílias poliafetivas, contudo a legislação infraconstitucional e a jurisprudência vêm negando direitos a estes núcleos familiares existentes na sociedade que são garantidos às famílias derivadas de relações monogâmicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, é possível afirmar que a legislação brasileira não reconhece as famílias poliafetivas, o que pode gerar diversos prejuízos para essas famílias, como a falta de proteção jurídica em questões como herança, guarda de filhos, direito à previdência social, entre outras. No entanto, a análise dos princípios que regem o Direito de Família, bem como a ausência de impedimento constitucional, indicam que há espaço para o reconhecimento dessas novas modalidades de família.

É importante ressaltar que o reconhecimento das famílias poliafetivas não implica em uma desvalorização ou desrespeito às famílias monogâmicas, mas sim em uma ampliação do conceito de família, que deve ser entendida como uma unidade de afeto e solidariedade, independentemente de sua forma de constituição.

Para tanto, é necessário que haja uma mudança no entendimento da sobreposição do princípio da monogamia, que atualmente é o principal obstáculo para o reconhecimento das famílias poliafetivas. Cabe aos intérpretes da legislação e ao legislador acompanhar as mudanças sociais e atualizar o regramento jurídico, garantindo assim a segurança jurídica para as famílias poliafetivas e a proteção de seus direitos.

Portanto, é fundamental que se continue a discutir e pesquisar sobre o tema, a fim de conscientizar a sociedade e as autoridades jurídicas sobre a importância do

reconhecimento das famílias poliafetivas como uma forma legítima de constituição familiar, garantindo a efetivação dos princípios constitucionais e a proteção dos direitos de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Clara Lis Azevedo de Oliveira Alves. **A proteção estatal das famílias em contrapartida às vedações jurisdicionais ao concubinato adúltero**. 2022. 16f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Departamento de Direito. Centro de Ensino Superior do Seridó. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2022.

ANGELUCI, Cleber Affonso; LÔBO, Rodolfo Pinheiro Bernardo. Uma Nova Forma de Família: a Triangulação Amorosa, o Direito e a Necessidade de Normatização. **ETIC - Encontro de Iniciação Científica**, Presidente Prudente, v. 8, n. 8, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. Antiga forma de casamento de fato. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 90, p. 91-119, 1995. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67291>. Acesso em: 19 jan. 2023.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: principais e operacionais**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)**. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Brasília, DF: Presidência da República, [1824]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República [1916]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 07 de janeiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.157.273/RN**. Direito Civil. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões

estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 07 de junho de 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/14339099/inteiro-teor-14339100>. Acesso em: 14 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.348.458/MG**. Direito Civil. Recurso Especial. Família. Ação de reconhecimento de união estável. Relação concomitante. Dever de fidelidade. Intenção de constituir família. Ausência. Artigos analisados: Arts. 1º e 2º da Lei 9.278/96. Recurso especial desprovido. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 08 mai. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/25178200/inteiro-teor-25178201>. Acesso em: 14 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. Relator: Min. Ayres Britto, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Proibição De Discriminação Das Pessoas Em Razão Do Sexo, Seja No Plano Da Dicotomia Homem/Mulher (Gênero), Seja No Plano Da Orientação Sexual De Cada Qual Deles. A Proibição Do Preconceito Como Capítulo Do Constitucionalismo Fraternal. Homenagem ao pluralismo como Valor Sócio-Político-Cultural. Liberdade Para Dispor Da Própria Sexualidade, Inserida Na Categoria Dos Direitos Fundamentais Do Indivíduo, Expressão Que É Da Autonomia De Vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula Pétrea. Interpretação do Art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (Técnica da "Interpretação Conforme"). Reconhecimento da União Homoafetiva como Família. Procedência das ações. Relator: Min. Ayres Britto, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 17 jan. 2023.

CAMELO, Teresa Cristina da Cruz. **Unões poliafetivas como hipótese de formação de família e a discussão envolvendo a partilha inter vivos**. 2019. 207 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

CASTRO, Carol; TOLEDO, Giuliana. Poliamor: Brasileiros apostam em diferentes formas de relacionamentos. **Galileu**, Brasil, set. 2017. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/09/poliamor-brasileirosapostam-em-diferentes-formas-de-relacionamentos.html>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

DIAS, Maria Berenice. Concubinato um instituto que já morreu. **IDBFAM**, Belo Horizonte, 11 de novembro de 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1598/Concubinato+um+instituto+que+já+morreu>. Acesso em: 03 de março de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. em e-book baseada na 11. ed.

impresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Brasil: Lebooks Editora, 2019. *E-book*.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FONSECA, Paula Jenifer Teixeira da. **Concubinato Adulterino: efeitos no Direito Previdenciário**. 2011. Trabalho de Conclusão do Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, volume 6 : direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KLEIN, Jessica. Poliamor: relações não convencionais se multiplicam e lutam pelo reconhecimento da Justiça. **BBC News Brasil**, Brasil, 22 mai. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-cap-56813738>. Acesso em: 20 jan. 2023.

KNOBLAUCH, Fernanda Daltro Costa. **A afetividade como princípio orientador das famílias: dialogando monogamia e poliamor**. 2018. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea). Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2018. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/919>. Acesso em: 18 fev. 2023.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/publico/TESE_COMPLETA_PDF_ADRIANA.pdf. Acesso em 18 de janeiro de 2023.

MOREIRA, Vania Maria Losada. Casamentos indígenas, casamentos mistos e política na América portuguesa: amizade, negociação, capitulação e assimilação social. **Topoi (Rio de Janeiro)**, v. 19, n. Topoi (Rio J.), set. 2018.

NASCIMENTO, Kildo Lopes do. **Proteção Jurídica nas relações poliafetivas**. 2017. Trabalho de Conclusão do Curso (Bacharelado em Direito) - Unidade Acadêmica de Direito, Universidade Federal de Campina Grande, Sousa, 2017. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/14589>. Acesso em: 20 jan. 2023.

NÚÑEZ, Geni; OLIVEIRA, João Manuel de; LAGO, Mara Coelho de Souza. Monogamia e (anti)colonialidades: uma artesanaria narrativa indígena. **Teoria e Cultura**, v. 16 n. 3 (2021): Dossiê Afetos, políticas e sexualidades não-monogâmicas, 22 dez. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

POGGIALI, Livia H. O; GAMBOGI, Luís C. B. União poliafetiva: família de fato. E de direito? **Revista Ártemis**, v. 26, n. 1, p. 368–386, 2018. DOI: 10.22478/ufpb.1807-8214.2018v26n1.36745. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/artemis/article/view/36745>. Acesso em: 20 jan. 2023.

PORTO, Duina. **O Reconhecimento Jurídico do Poliamor como Multiconjugalidade Consensual e Estrutura Familiar**. 2017. Tese (Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12253/1/Arquivototal.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2023.

RABELO, Sofia Miranda. **Pacto de convivência na união estável: disponibilidade das consequências patrimoniais decorrentes do regime convivencial**. In Oliveira, A. M. (coord. Teixeira, A. C. B & Rodrigues, R. D. L). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. (2. ed.). Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021.

SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. O Matrimônio no Império do Brasil: uma Questão de Estado. **Revista Brasileira de História das Religiões**, ANPUH, Ano IV, n. 12, Janeiro 2012.

SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? **Revista Brasileira de Direito Civil**, Brasil, v. 2, n. 02, 2014.

SOUZA, Lara Marcelino de; RÊGO, Lorena Nogueira. Contornos Jurídicos, Filosóficos e Sociais da Monogamia: Paradigmas do Poliamor no Direito de Família. **FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, Vol. 4, Nº. 2, 2013, págs. 184-202.

STJ: É incabível o reconhecimento de união estável paralela, ainda que iniciada antes do casamento. **STJ**, Brasília, 15 de setembro de 2022. Notícias. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/15092022-E-incabivel-o-reconhecimento-de-uniao-estavel-paralela--ainda-que-iniciada-antes-do-casamento.aspx>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único / Flávio Tartuce. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

THIAGO OSZTER DUARTE:
Graduando em Direito pela
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

GLAUCIMARCOS FAKINE MARSOLI

(orientadores)

RESUMO: O presente projeto de pesquisa tem como principal objetivo analisar o instrumento público denominado Ata Notarial, bem como sua importância na utilização como meio de prova no ambiente judiciário, visto que, mediante a Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994, mas conhecida como Lei dos Cartórios, concretizou-se no ordenamento jurídico brasileiro em âmbito federal, ganhando significativo espaço no Código de Processo Civil de 16 de março de 2015. Sendo assim, a seguir serão apresentados tanto a Competência do Tabelionato de Notas de acordo com a Lei 8.935/94; o próprio conceito de prova; o conceito de ata notarial, o seu objetivo, a sua estrutura e seus requisitos, que se dividem em: "Redação em Língua Nacional, Requerimento ou Solicitação, Capacidade para a Pessoa Física ou Jurídica Solicitar, Qualificação das Partes, Tempo do Fato e da Ata Notarial, Local do Fato e da Ata Notarial, Narração Clara dos Fatos, Fundamentação das Partes e do Tabelaio ou Recusa da Parte em Assinar, Caracteres Especiais da Ata Notarial, Complementos e Anexos à Ata Notarial, Competência, suas espécies e sua importância como meio probatório no processo judicial".

Palavras-chave: Ata Notarial. Lei nº 8.935/94. Tabelionato de Notas. Estrutura e Requisitos da Ata Notarial. A Importância da Ata Notarial como Meio de Prova no Processo Judicial.

ABSTRACT: The main objective of this research project is to analyze the public instrument called Notarial Minutes, as well as its importance in its use as a means of proof in the judicial environment, since, through Law No. 8,935 of November 18, 1994, but known as the Law of Notaries, it was materialized in the Brazilian legal system at the federal level, gaining significant space in the Code of Civil Procedure of March 16, 2015. Therefore, the following will be presented both the Competence of the Notary Office in accordance with Law 8.935/94; the very concept of proof; the concept of notarial minutes, its purpose, its structure and its requirements, which are divided into: "Writing in National Language, Application or Request, Capacity for the Individual or Legal Entity to Request, Qualification of the Parties, Time of the Fact and the Notarial Minutes, Place of the Fact and the Notarial

Minutes, Clear Narration of the Facts, Reasoning of the Parties and the Notary or Refusal of the Party to Sign, Special Characters of the Notarial Minutes, Complements and Annexes to the Notarial Minutes, Competence, its species and its importance as an evidentiary means in the judicial process".

Keywords: Notarial minutes. Law No. 8.935/94. Notary Public. Structure and Requirements of the Notarial Act. The Importance of the Notarial Record as a Means of Proof in the Judicial Process.

1. INTRODUÇÃO

A ata notarial tem como objetivo o registro de fatos pelo Tabelião de notas, que por meio da fé pública tem um grau de detalhamento e confiabilidade extraordinário, podendo ser enriquecidas com documentos de imagens e sons. Desta maneira, é extremamente valiosa para a composição de provas em processos judiciais.

O grande acesso aos meios de gravação e reprodução de imagens e sons, proporcionou ao judiciário nos últimos anos a demonstração de fatos em juízo. Porém, há determinados eventos que podem ser melhor comprovados por meio das informações de uma pessoa que os presenciou, e que através de uma narrativa detalhada, isenta e precisa, oferece ao juiz elementos de convicção seguros.

Por esta e outras razões que a ata notarial deve ser melhor estudada e compreendida. Pois há inúmeras situações em que meios de gravação e reprodução de imagens e sons simplesmente não são adequados à correta compreensão de uma situação ou evento.

Como o sistema processual civil brasileiro garante o direito de acesso aos meios de prova, a prática forense demonstra dificuldades concretas que impedem o amplo exercício deste direito. Parte destas dificuldades se relacionam à notória morosidade e ineficiência do sistema judiciário nacional, em praticamente todas as esferas e instâncias.

Entretanto, mesmo ignorando as dificuldades do sistema judiciário nacional, ocorrem dificuldades inerentes à demonstração de certas situações de fato, especialmente aquelas em que há diversos eventos envolvidos, ou em que as impressões sobre certa situação devem ser captadas em pouco tempo, ou em um período de tempo prolongado.

Por fim, a ata notarial bem executada, consistente em uma narrativa precisa, detalhada e isenta de fatos ou eventos, apresenta as vantagens das provas pessoais, uma vez que seu conteúdo é formulado por uma pessoa com plena capacidade de interpretação das impressões que seus sentidos lhe fornecem. Considerando que este meio de prova pode, ainda, ser complementado com documentos adicionais (registros

fotográficos, fonográficos, etc.), verifica-se que tal instrumento possui potencial para embasar um quadro probatório extremamente sólido.

2. COMPETÊNCIA DO TABELIONATO DE NOTAS

A competência em lavrar atas notariais é atribuída aos Tabeliães de Notas, amparado no inciso III, artigo 7º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, veja-se:

Art. 7º - Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

(...) – III - lavrar atas notariais; (BRASIL, 1994)

3. CONCEITO DE ATA NOTARIAL

A Ata Notarial é um instrumento público posto à disposição do Notário (Tabelião) ou preposto autorizado, a pedido da pessoa interessada (público) para constatar fielmente os fatos, as coisas, ou situações por ele presenciados, sem a emissão de juízo de valor ou manifestação de vontades, para comprovar a sua existência, ou o seu atual estado.

Embora tenham uma diversificação consideravelmente ampla, tem como objetivo a constatação de fatos ou percepção que deles tenha o notário, sempre que por seus caracteres não se possam classificar de atos ou contratos, bem como os juízos e as qualificações. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.144 e 145).

De acordo com Fachini (2022), a ata notarial é um instrumento público notarial, lavrada no tabelionato de notas pelo Tabelião, de forma imparcial, que comprova um fato ou situação ocorrida, se classificando em, ata de notoriedade, de presença e declaração (declaração de interposta pessoa, de peritos ou pessoas especializadas), de constatação em diligência externa, de inspeção, de verificação, de verificação de mensagem publicitária, de notificação, de autenticação eletrônica, com gravação de diálogo telefônico, de internet, de verificação de mensagem eletrônica (e-mail e aplicativos) e de subsanação. Sua previsão legal se encontra no artigo 384 caput e parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015, veja-se:

Art. 384 - A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

§º - Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial. (BRASIL, 2015)

Entre suas principais características, vale destacar o dinamismo, sua agilidade e a total segurança jurídica, por conta da fé pública atribuída ao Tabelião.

4. CONCEITO DE PROVA

O conceito “prova” tem vários significados, este termo deriva do latim *probatio*, que significa provar, verificar. De modo geral, a prova é o meio utilizado para o convencimento do juiz a respeito da existência de determinado fato.

Deste modo, o conceito prova, no processo civil, pode significar tanto a atividade que as partes no processo realizam para a demonstração da existência dos fatos formadores de seus direitos, que serão utilizados para a convicção do julgador, quanto ao instrumento por meio do qual essa verificação se faz (DIREITONET, 2002).

5. OBJETIVO DA ATA NOTARIAL

Seu objetivo é proporcionar a garantia de que o fato evidenciado pelo Tabelião ficará documentado, facilitando a utilização como prova em eventual processo judicial, contendo o maior detalhamento possível, com validade jurídica e presunção de veracidade, capaz de convencer o julgador em diversas situações.

5.1. ATIVIDADE NOTARIAL

5.1.1. FUNÇÃO ASSESSORA

“O assessoramento notarial é a atividade na qual o tabelião funciona como assessor, instruindo as partes sobre as possibilidades legais, requisitos e consequências de seus atos, bem como sobre os meios jurídicos mais adequados para fins lícitos que se propõem a atingir”. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.27).

“Nesta assessoria, o tabelião deve adequar a vontade dos interessados ao ordenamento jurídico e redigir um documento público que cumpra os requisitos exigidos pela legislação vigente, a fim de lograr os efeitos desejados”. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.27).

5.1.2. FUNÇÃO LEGITIMADORA

“Ao legitimar os atos dos particulares submetidos ao seu ofício, o tabelião converte-se em artesão jurídico, dando forma ao ato. Não cria, não constitui e nem extingue o ato jurídico, mas sim o molda na forma exigida pela lei, para obter seus plenos efeitos”. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.28).

“A legitimação insere uma pretensão privada no plano da vaidade e eficácia social e jurídica” (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.28).

5.1.3. FUNÇÃO AUTENTICADORA

“O tabelião, como delegado estatal, impõe aos atos em que intervém a presunção de veracidade, convertendo-os em documentos fidedignos com a característica de prova plena sobre as relações jurídicas ali descritas”. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.29).

6. ESTRUTURA E OS REQUISITOS DA ATA NOTARIAL

A ata notarial é considerado um instrumento público, dotada de fé pública, por ser lavrada por um notário.

“A lei nada prevê a respeito dos requisitos da ata notarial, deixando a critério da doutrina e da prática notarial a fixação dos requisitos essenciais e acidentais do ato”. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.169).

“A Própria escritura conta com poucas e limitadas previsões legais, o que provoca uma regulamentação infralegal que confere aos atos uma padronização, mas também se constitui em limitação para autonomia profissional do tabelião”. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.169).

Desta maneira, os requisitos necessários que estruturam uma ata notarial são: Redação em Língua Nacional, Requerimento ou Solicitação, Capacidade para a Pessoa Física ou Jurídica Solicitar, Qualificação das Partes, Tempo do Fato e da Ata Notarial, Local do Fato e da Ata Notarial, Narração Clara dos Fatos, Fundamentação das Partes e do Tabelião ou Recusa da Parte em Assinar, Caracteres Especiais da Ata Notarial, Complementos e Anexos à Ata Notarial, Competência e Estrutura da Ata Notarial.

7. ESPÉCIES DE ATAS NOTARIAIS

Para a classificação das atas em espécies, o melhor critério é por sua devida finalidade. Assim como se segue:

7.1. ATA DE NOTORIEDADE

Embora há vários outros tipos de atas, em especial, este tipo de ata notarial tem como função, fornecer uma declaração acerca de um fato público já conhecido por um determinado círculo social, por meio de testemunhas ou documentos que garantem a validade.

“Um dos usos da ata de notoriedade é, por exemplo, fazer a comprovação de vida e de capacidade civil exigida por instituições bancárias e pelo Instituto Nacional de

Seguro Social (INSS). É utilizada ainda para comprovar a **união estável** entre duas pessoas ou o exercício habitual de uma determinada atividade.” (FACHINI, 2022).

7.2. ATA DE PRESENÇA E DECLARAÇÃO

Esses tipos de atas é comumente utilizado, pois servem para todo e qualquer tipo de acontecimento e finalidade decorrente da declaração da pessoa, muita das vezes instruem pedidos administrativos, bem como podem servir para almejar prova em juízo, configurando-se em ata de declaração para depoimento e testemunho, podendo afirmar que:

Nesta espécie de ata, o Tabelião narra fielmente, em linguagem jurídica, a declaração do interessado sobre o fato ou acontecimento que presenciou ou soube por interposta pessoa, com o intuito de utilizá-la no âmbito administrativo ou judicial.

As declarações relativas a fatos próprios constituem uma confissão; as que versam sobre fatos de terceiros, são depoimentos.

Testemunho é meio de prova consistente na declaração feita por uma pessoa a respeito de determinado fato, de que soube por meio dos sentidos. A prova testemunhal é indireta e representativa de algum fato passado. (FERREIRA, RODRIGUES, 2021, p.198).

7.3. ATA DE CONSTATAÇÃO EM DILIGÊNCIA EXTERNA

“As atas de constatação em diligência externa compreendem situações diversas e imprevisíveis. O tabelião, a pedido do solicitante, se dirige a um local e constata o fato solicitado, sempre respeitando a sua competência territorial”. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.201).

7.4. ATA DE INSPEÇÃO

Em síntese, é uma declaração de um notário público (Tabelião) para confirmar a existência ou a natureza de certos fatos, vejamos:

A inspeção judicial está prevista nos arts. 481 e seguintes do CPC. É raramente utilizada, com certeza em virtude do volume de processos apresentados, que deixam os juízes sem tempo para a inspeção pessoal.

A ata notarial de inspeção pode auxiliar a parte e o juiz na cognição dos fatos importantes ao processo. O tabelião não produz uma ata

de inspeção judicial; lavra uma ata notarial sujeita aos efeitos dos instrumentos públicos cujos efeitos serão valorados pelo juiz, segundo seu critério. Nessa espécie de ata, o tabelião constata o estado de uma coisa, como um imóvel, produto, equipamento, automóvel ou qualquer outra coisa.

Nessas diligências, o tabelião não deve preocupar-se em redigir a ata no lugar da diligência. Ao contrário, é conveniente que faça nota de todas as circunstâncias para, após, redigir o ato no cartório, apresentar a minuta para a parte revisar e, estando correta, lavrar o ato, colhendo a assinatura da parte e de outros intervenientes (peritos, testemunhas etc.). (FERREIRA, RODRIGUES, 2021, P. 202 E 203).

7.5. ATA DE NOTIFICAÇÃO

Notificação é a prova de recebimento ou conhecimento de forma incontestável do conteúdo ou duração de qualquer documento registrado, confirmando definitivamente que o notificado recebeu o documento que lhe foi enviado, ainda que sem assinatura do mesmo. Neste sentido, a doutrina prevê que:

A ata notarial de notificação cumpre o papel de dar ciência a alguém acerca de uma determinada situação. Serve, do mesmo modo, para convocar outrem a tomar alguma ação.

Um uso comum desse tipo de ata notarial ocorre quando da outorga de uma escritura pública – para a transação de um bem imóvel, por exemplo.

No exemplo acima, pode-se usar esse instrumento para notificar uma parte, envolvida na transação, sobre a necessidade de seu comparecimento ao cartório para outorga da escritura, em determinada data e horário.

Caso o notificado não compareça, pode-se emitir outra ata notarial, desta vez para notificação de ausência. Assim, fica registrado como transcorreram os fatos.

Há que se ter cuidado, no entanto, uma vez que alguns juristas não reconhecem a validade, no âmbito jurídico, de uma ata de notificação. O argumento, neste caso, é de que a legislação traz

outros instrumentos para essa finalidade, como a notificação extrajudicial, por exemplo. (FACHINI, 2022).

7.6. ATA DE AUTENTICAÇÃO ELETRÔNICA

É um documento físico redigido por um notário. Pode ser conceituado como “a ferramenta pública do notário que capta através dos seus sentidos uma situação particular, um fato particular, e o transfere para seu livro, dando credibilidade para o documento. Neste sentido:

As atas de autenticação eletrônica ou de constatação de fatos em meios eletrônicos merecem uma classificação própria, em decorrência da necessidade que muitas pessoas têm de fazer prova de situações ocorridas por meio de ligações telefônicas, da remessa de mensagens eletrônicas (*e-mails*), mensagens escritas e de áudios em aplicativos como WhatsApp e Telegrama ou do conteúdo da internet ou qualquer outra mídia de dados digitais (CD, CD-ROM, fitas magnéticas, chaveiros com memória etc.).

Nestas atas, a cautela do tabelião deve se observar as questões tecnológicas e, claro, aspectos jurídicos.

Quanto à tecnologia, o notário deve preferir verificar e-mails nos próprios servidores dos provedores do serviço. Se verificados nos programas do interessado, é necessário atentar para o resumo da remessa da mensagem, que indica como ela trafegou, onde saiu originalmente e onde foi entregue.

O aspectos jurídicos são mais complexos. Muitas atas são solicitadas para embasar situações familiares, ou trabalhistas, ou societárias, para ficarmos nestes exemplos. Assim, quando a parte não esteja assessorada por seu advogado, é necessário que o tabelião informe à parte sobre as consequências da solicitação pretendida e se o pedido não ofende direito de terceiro. Um exemplo basta: cônjuge traz o celular do outro e solicita a verificação no aparelho, sem o consentimento do titular. (FERREIRA, RODRIGUES, 2021, P. 209).

7.7. ATA DE SUBSANAÇÃO

Neste tipo de ata, o Tabelião munido de sua fé pública, se utiliza delas para verificar erros em documentos particulares ou oficiais e fazer correções quando houver uma clara discrepância entre a verdade e o documento. Veja-se:

O ato notarial, assim como o ato administrativo, não pode subsistir como erro matéria. Não pode haver pacto com o errado, olhos desviados da evidência ou sujeira varrida para baixo do tapete. O erro deve ser corrigido, sob qualquer pretexto, sob qualquer forma.

Já dissemos, entendemos que os instrumentos adequados para a correção de atos notariais são a escritura de retificação e ratificação, que exige a presença de todas as partes, ou o aditamento retificativo, lavrado pelo tabelião somente com a presença de alguma das partes, para corrigir certos erros evidenciados por declaração das partes ou por documentos.

Há, porém, muitos notários que veem na ata notarial de subsanação o instrumento para a correção de erros. Independente do título do instrumento, o imprescindível é corrigir os erros e omissões, quando detectados, o quanto antes e da maneira mais simples e menos custosa para as partes, o tabelião e a sociedade.

A ata de subsanação é o instrumento pelo qual o tabelião constata erros em documentos particulares e oficiais e os corrige em vista de evidente descompasso entre a situação real e a documental, entre a verdade perceptível e o erro perenizado. (FERREIRA, RODRIGUES, 2021, P. 223).

O erro pode ser das partes ou do tabelião. Não é necessário que o erro seja evidente, mas sim evidenciável, presente, seja em decorrência de denúncia das partes, seja em decorrência de constatação do tabelião. (FERREIRA, RODRIGUES, 2021, P. 224).

Resta lembrar que, em vista do princípio da unicidade da fé pública, decorrente da delegação estatal, qualquer tabelião poderá corrigir erro ou omissão constante de ato feito por outro tabelião ou agente público. (FERREIRA, RODRIGUES, 2021, P. 225).

7.8. ATA PARA USUCAPIÃO

A usucapião, ou usucapião, é um instituto amplamente conhecido, já que traz a ideia de propriedade sobre algo, utilizando-se da posse mansa, pacífica e contínua por certo período.

“A usucapião, também conhecida por prescrição aquisitiva, pois depende grandemente da inércia do proprietário por certo tempo, deve ser requerida ao juízo, cuja a sentença serve de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.226).

De acordo com FERREIRA, RODRIGUES (2021), atualmente, a usucapião, além de poder ser declarada por sentença, pode ser atribuída pelo registrador imobiliário, como preceitua o artigo 216-A da Lei 6.015 de 31 de Dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), desde que siga cuidadosamente todos os requisitos dispostos no artigo citado, veja-se:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, aplicando-se o disposto no art. 384 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

§ 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo

correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10. Em caso de impugnação justificada do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum, porém, em caso de impugnação injustificada, esta não será admitida pelo registrador, cabendo ao interessado o manejo da suscitação de dúvida nos moldes do art. 198 desta Lei.

§ 11. No caso de o imóvel usucapiendo ser unidade autônoma de condomínio edilício, fica dispensado consentimento dos titulares de direitos reais e outros direitos registrados ou averbados na matrícula dos imóveis confinantes e bastará a notificação do síndico para se manifestar na forma do § 2º deste artigo.

§ 12. Se o imóvel confinante contiver um condomínio edilício, bastará a notificação do síndico para o efeito do § 2º deste artigo, dispensada a notificação de todos os condôminos.

§ 13. Para efeito do § 2º deste artigo, caso não seja encontrado o notificando ou caso ele esteja em lugar incerto ou não sabido, tal fato será certificado pelo registrador, que deverá promover a sua notificação por edital mediante publicação, por duas vezes, em jornal local de grande circulação, pelo prazo de quinze dias cada um, interpretado o silêncio do notificando como concordância.

§ 14. Regulamento do órgão jurisdicional competente para a correição das serventias poderá autorizar a publicação do edital em meio eletrônico, caso em que ficará dispensada a publicação em jornais de grande circulação.

§ 15. No caso de ausência ou insuficiência dos documentos de que trata o inciso IV do caput deste artigo, a posse e os demais dados necessários poderão ser comprovados em procedimento de justificação administrativa perante a serventia extrajudicial, que obedecerá, no que couber, ao disposto no § 5º do art. 381 e ao rito previsto nos arts. 382 e 383 da Lei nº 13.105, de 16 março de 2015 (Código de Processo Civil). (BRASIL, 1973).

8. A IMPORTÂNCIA DA ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO JUDICIAL

No Direito Brasileiro há a ampla liberdade de provar, fundamento este que decorre dos pilares do Estado de Direito: os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, artigo 5º, inciso LIII a LV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O conceito de prova é a representação de um fato, que conseqüentemente demonstra a realidade ou a irrealidade dele mesmo. Se o fato não for provado pelos modos previstos em lei, é como se não existisse.

A necessidade de provar é a cautela para inúmeras situações da vida (por exemplo, o fornecedor que obtém o recibo que prova a entrega da mercadoria). Sua principal

importância é a garantia da segurança para fazer valer direitos e precaver-se de litígios futuros. Que com o grande avanço tecnológico e a popularização da acessibilidade ágil com a internet, aumentou os negócios jurídicos e documentos realizados via digital, ou até mesmo situações fora da internet que ocorrem no dia a dia. Desta forma, as pessoas precisam de segurança, para que quando precisar comprovar a integridade e a veracidade de certos documentos ou situações, recorram à ata notarial, um excelente meio para essa finalidade.

“A ata Notarial estava implicitamente regradada no art. 364 do Código de Processo Civil de 1973, o qual mencionava que “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”. Já era possível solicitar a lavratura da ata notarial desde 1994, com a promulgação da Lei Federal nº 8.935. Uma verdadeira desconhecida dos operadores do direito, inclusive dos próprios tabeliães. A partir daí obteve esparsas previsões em normas administrativas, mas FOI pouco utilizada e os tabeliães brasileiros não a prezavam”. (Ferreira, Rodrigues, 2021, p.169).

Entretanto, após o Novo Código de Processo Civil, consolidou-se a possibilidade do uso da ata notarial para registro de conteúdo em formato eletrônico, passando de um simples vídeo, áudios, publicações, até trocas de mensagens ou e-mails. O conteúdo desses formatos digitais podem ser registrados em ata notarial, cabendo ao tabelião, narrá-los na ata, incluindo ali detalhes como a data e horário que estão vinculados a esse conteúdo.

Portanto, como os notários não dispõem de meios para verificar a veracidade do conteúdo digital ali presente, no entendimento da maioria dos doutrinadores, a ata notarial não atesta a autenticidade do conteúdo, apenas serve para registrar as condições em que se apresentava na data da lavratura. Essas condições não impede que a ata notarial de verificação de fatos na internet seja incluída no rol de prova de um processo judicial (FACHINI, 2022).

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visa destacar que, o instrumento público ora mencionado é de suma importância para o ordenamento jurídico atual e para a sociedade, pois, além de estar normatizado na Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Cartórios), ganhou considerado espaço no Código de Processo Civil de 2015, pelo fato de viabilizar a constituição de prova, dotada de fé pública fora do processo judicial, sendo mais rápida e disponível a todo e qualquer cidadão. Respeitando o momento oportuno para sua lavratura, torna-se um meio típico de prova, gerando sua produção antecipada, proporcionando economia e celeridade processual, havendo de certa forma o

desafogamento do Poder Judiciário, substituindo outros meios probatórios, por constituir garantia na segurança jurídica, presunção de veracidade e credibilidade dos fatos narrados.

Sendo assim, temos a ata notarial como meio materializador da veracidade dos fatos. Meio este, mais simples e vantajoso para a produção de prova, com uma proteção mais efetiva do direito fundamental à prova.

10. REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 06 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. LEI DOS CARTÓRIOS. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acessado em: 04 abr. 2023.

FACHINI, Tiago. ATA NOTARIAL: O QUE É, ESTRUTURA E QUANDO USAR. PROJURIS, 2022. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/blog/ata-notarial/#h-pre-producao-de-provas-em-meio-eletronico-pela-ata-notarial>>. Acessado em: 10 abr. 2023.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. ATA NOTARIAL: DOCTRINA, PRÁTICA E MEIO DE PROVA. 3 ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

FREITAS, Danielli Xavier. ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA JUDICIÁRIA. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/138425271/ata-notarial-como-meiodeprovajudiciaria#:~:text=Em%20%C3%BAltima%20an%C3%A1lise%2C%20a%20ata,que%20seus%20sentidos%20lhe%20fornecem>>. Acessado em: 04 abr. 2023.

MARQUES, Winderson. A IMPORTÂNCIA DA ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PRAVA. ENFOQUE, 2020. Disponível em: <[HTTPS://WWW.ENFOQUEEXTRAJUDICIAL.COM.BR/2020/04/ATA-NOTARIAL-PROVA-SEGURANCA-REDES-SOCIAIS.HTML](https://www.enfoqueextrajudicial.com.br/2020/04/ata-notarial-prova-seguranca-redes-sociais.html)>. Acessado em: 06 abr. 2023.

O QUE É ATA NOTARIAL, QUAIS OS TIPOS E COMO SOLICITAR. E Diário Oficial, 2022. Disponível em: <[HTTPS://E-DIARIOOFICIAL.COM/O-QUE-E-ATA-](https://e-diariooficial.com/o-que-e-ata-)

NOTARIAL/#:~:TEXT=O%20PROFISSIONAL%20RESPONS%C3%A1VEL%20PELA%20EMISS%C3%A3O,MAIS%20DETALHADA%20POSS%C3%ADVEL%3B%20FINALIDADE%20DO>.

Acessado em: 04 abr. 2023.

PROVAS (DIREITO PROCESSUAL CIVIL) I – (Lei nº 13.105/15). DireitoNet, 2002. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/132/Provas-Direito-Processual-Civil-I-Lei-no-13105->

15#:~:text=A%20prova%20direta%20destina%2Dse,Presume%20como%20verdadeiro%20fato%20principal>. Acessado em: 06 abr. 2023.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS REFLEXOS NOTARIAIS – ANÁLISE INICIAL. 26º Tabelionato de Notas, 2015. Disponível em:

<<https://www.26notas.com.br/blog/?p=11980>>. Acessado em: 10 abr. 2023.

REFORMA AGRÁRIA CONTRA A REINTEGRAÇÃO DE POSSE: DIREITO À PROPRIEDADE CONTRA O DIREITO À MORADIA

PEDRO HENRIQUE DE MORAES ERICEIRA:
graduando do curso de direito da Faculdade de
Imperatriz – FACIMP ²²⁹

WAGNER LUIZ FERNANDES JUNIOR²³⁰

.ROSYVANIA ARAÚJO MENDES

(orientadores)

RESUMO: Introdução: Esta pesquisa científica, tem o intuito trazer um estudo relacionado a invasões coletivas e suas contrariedades, pondo de um lado da balança o direito à moradia que se trata de um direito reconhecido a todos os brasileiros por meio da Constituição Federal e o direito à propriedade igualmente tratado pela Constituição. **Objetivo:** O objetivo é analisar os problemas e desafios enfrentados entre os movimentos sociais urbanos e os proprietários, bem como a maneira como o Estado respondeu a esse conflito. **Metodologia:** O presente trabalho foi realizado por meio da pesquisa bibliográfica utilizando uma abordagem dedutiva. **Resultados:** Foram feitas coletas de dados atuais e históricos, códigos específicos, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, utilizados para esclarecer a problemática do tema e mostrar possíveis soluções e como esses conflitos vêm sendo solucionados. **Conclusão:** Como resultado, as questões levantadas merecem atenção especial dos legisladores, pois o descumprimento pode distinguir, cessar e até mesmo contrariar direitos legítimos e líquidos. Em busca de uma sociedade mais justa, democrática e duradoura, a propriedade privada e a supremacia do interesse público devem ser conciliadas e harmonizadas no direito e na política.

Palavras-chave: Constituição; propriedade; conflitos; moradia; posse; direito; reforma; invasões; legitimidade.

ABSTRACT: Introduction: This scientific research aims to bring a study related to collective invasions and their setbacks, putting on one side of the balance the right to housing, which is a right recognized to all Brazilians through the Federal Constitution and the right to property equally treated by the Constitution. **Objective:** The objective is to analyze the problems and challenges faced between urban social movements and landowners, as well as the way in which state responded to this conflict. **Methodology:** This work was carried out through bibliographical research using a deductive approach. **Results:** Collections of

²²⁹E-mail: phmerooluc@outlook.com.

²³⁰ Professor do curso de direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP, e-mail: juniordireitouc@gmail.com.

current and historical data, specific codes, jurisprudential and doctrinal understandings were made, used to clarify the issue and show possible solutions and how these conflicts have been resolved. **Conclusion:** As a result, the issues raised deserve special attention from legislators, as non-compliance can distinguish, cease and even contradict legitimate and liquid rights. In pursuit of a more just, democratic and lasting society, private property and the supremacy of the public interest must be reconciled and harmonized in law and politics.

Keywords: Constitution; property; conflicts; housing; possession; law; reform; invasion.

1 INTRODUÇÃO

A propriedade privada em confronto com os direitos sociais é um dos principais desafios apresentados à reintegração de posse, um programa que visa remover residências ilegalmente construídas e alugar terrenos para a construção de novos edifícios, é um exemplo disso. Vários brasileiros são afetados por essa prática, e o tapete verde destrutivo da mata nativa da BR-163, ou "Estrada da Morte", está uma prova disso. A reintegração de posse permite que os tribunais ordenem a retirada de indivíduos e famílias que invadem áreas urbanas.

Apesar de ser lícito, existem muitas discussões sobre a reclamação legal e moral desta lei. Embora a Constituição brasileira não proíba a utilização da polícia para afastar indivíduos que ocupam posse de forma ilícita, devemos lembrar que a força da lei garante a segurança. No cenário político e social do Brasil, dois temas são frequentemente discutidos: a reforma agrícola e a reintegração de posse.

A reforma agrícola é um processo necessário para garantir uma distribuição mais justa e equitativa das terras, permitindo que as pessoas que vivem nas áreas rurais tenham acesso à terra e possam produzir sua própria comida. O direito à propriedade é favorecido por um ato conhecido como reintegração de posse, que permite que os proprietários de um terreno retornem à propriedade, mas esses dois direitos frequentemente entram em atrito, causando conflitos e estresse sociais como responsável pelo bem-estar público, o estado deve mediar essas lides de forma justa, garantindo que os direitos das duas partes, sejam respeitadas. O direito inalienável à propriedade privada é garantido pela Constituição Federal, mas o direito humano à moradia, que também está na Constituição, não pode ser sobreposto a esse direito, a posse de uma propriedade e as necessidades habitacionais da população, e sim buscar soluções justas para ambos os lados. (FIGUEIREDO, 2016)

Para garantir o direito à moradia e à alimentação a todos os brasileiros, é necessário implementar medidas que garantam uma distribuição mais justa de terras e promover

políticas de desenvolvimento rural, por isso é essencial que a Reforma Agrária seja vista como uma política de Estado em vez de apenas uma iniciativa governamental.

Por outra perspectiva, uma propriedade privada invadida, especialmente quando é protegida por um título legal, vestida do instituto da função social e após todas as experiências de negociação e mediação, deve ser reintegrada. Mesmo nessas circunstâncias, é essencial garantir que os desalojados recebam um tratamento humano justo, bem como a disponibilidade de moradia digna e assistência social. Destaca-se também que o direito à moradia obriga os entes federais a promover programas de construção de moradias e melhorar as condições de habitação e saneamento das pessoas (FERNANDES, 2011).

A partir de um problema real de moradia no Brasil, buscou-se encontrar maneiras pelas quais o Estado lida com essas relações sociais.

A análise de decisões é realizada por meio de uma teoria baseada em dados de pesquisas para estabelecer uma visão relacionada a eles, evitando influência de esquemas teóricos e referenciais testados em pesquisas anteriores, tratando-se de uma tentativa para permitir que os dados revelem elementos relacionados entre si, com o buscando descobrir padrões e teorias explicativas.

A ideia da função social da propriedade tem suas origens do pensamento político e filosófico dos séculos XVIII e XIX, mas ainda é atual e amplamente utilizada nos dias de hoje, como resultado das evoluções doutrinárias e jurisprudenciais, surgiu o instituto da função social, desta forma uma propriedade não deve ser mais considerada um direito absoluto (OPITZ, 2017).

O direito à propriedade e o direito à moradia são direitos fundamentais que envolvem reforma agrária e reintegração de posse, por mais que o direito à propriedade seja garantido pela Constituição Federal, o exercício desse direito deve ser feito de forma ética. Por outro lado, a Constituição garante o direito à moradia e o Estado deve implementar políticas públicas para garantir o acesso à moradia digna, porém, na prática, a reintegração de posse é frequentemente usada para expulsar famílias que ocupam terras improdutivas, sem o devido manejo. Por isso é fundamental que o Estado trabalhe para apoiar uma reforma agrária justa e eficaz, que garanta o acesso à terra para quem precisa dela e promova o crescimento social e agrícola, e encontrar soluções para garantir a moradia das famílias é fundamental.

O Artigo 6º da Constituição enumera o direito à moradia como um dos direitos sociais fundamentais, isso implica que o estado é responsável por garantir que todos tenham acesso a casas adequadas. (BANDEIRA DE MELLO, 199 p. 05).

Quando se trata de reforma agrária e reintegração de posse, esses dois direitos muitas vezes entram em conflito, de um lado os movimentos sociais rurais do Brasil reivindicavam o acesso à terra como forma de combater a exclusão social e a concentração de terras em mãos de poucos proprietários no final do século XIX e início do século XX, dando início à luta pela reforma agrária, desde então, vários planos governamentais foram administrados para tentar resolver este problema, como o Estatuto da Terra de 1964, por exemplo. A reintegração de posse é um tipo de processo judicial que visa devolver a propriedade de um imóvel ao seu verdadeiro proprietário. Por isso, muitas vezes, sob outra ótica, pode ser considerada um obstáculo à garantia do direito à moradia, especialmente em situações de reforma agrária. As famílias que ocupam terras improdutivas frequentemente defendem a reforma agrária para garantir o acesso à terra e ao trabalho, moradia e alimentação.

Por outro lado, essas famílias são frequentemente despejadas por meio da reintegração de posse, deixando-as sem moradia e comida, além disso, muitos proprietários legais abandonaram ou não usam esses imóveis, enquanto milhares de pessoas não têm onde morar.

Esse estudo tem o intuito de aumentar a compreensão das pessoas sobre os direitos de propriedade, posse, manutenção e reintegração por meio da utilização de pontos de vista doutrinários e entendimentos jurisprudenciais para encontrar, entender e aplicar as leis em vigor. A análise das condições que permitem a concessão de ordens de manutenção e reintegração de posse deve ser realizada em relação à legislação brasileira, bem como aos princípios da função social da propriedade e do interesse público. Além disso, é necessário fornecer uma resposta ao problema central deste estudo: a definição dos limites e formas permitidas ao titular resistir à pretensão de um terceiro (s) de ocupação.

O objetivo é analisar os problemas e desafios enfrentados entre os movimentos sociais urbanos e os proprietários, bem como a maneira como o estado respondeu a esse conflito, bem como medir os danos causados pela invasão coletiva aos proprietários de propriedade, discutir os conflitos entre o direito de propriedade versus o direito de moradia e discutir a legislação dos movimentos sociais que lutam por seus direitos. Sendo realizado por meio da pesquisa bibliográfica utilizando uma abordagem dedutiva. (BURNS, 2010 p. 46)

Como resultado, examinar os princípios constitucionais relacionados à moradia e à propriedade com base nos conflitos, o tempo necessário para o processo de reintegração de posse e como o período que leva desde a invasão até a decisão judicial pode estar prejudicando a posse do proprietário, o que pode resultar em uma motivação das comodidades da propriedade. A pesquisa ainda não está concluída porque são necessários

mais levantamentos de dados na prática, principalmente nas áreas onde há conflitos de terras e movimentos sociais.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROPRIEDADE E SUA RELAÇÃO COM O ÂMBITO FAMILIAR

Quando se fala em compreender qualquer assunto ou tema, é extremamente importante buscarmos através de suas raízes, ou seja, de sua origem, formando um total de informações e elementos indispensáveis para construção de teorias, desta forma compreendemos com mais clareza e facilidade o que procuramos.

Os institutos da posse e da propriedade, esse sendo fruto da necessidade organização social, e aquele refere-se a um direito que surge junto ao homem por ser ocupador de espaços.

O mundo, após anos, percebeu a necessidade em dividir-se formando nações, impérios e posteriormente em países. Por conta das fronteiras, falta de informação e outros problemas, e tendo em sua maioria uma população rural, surgiu inicialmente uma crise social agrária, e posteriormente, por conta da industrialização que trouxe consigo uma excessiva concentração urbana, uma crise de moradia.

A evolução histórica demonstra que houve uma evolução da posse para propriedade, tornando-se um direito fundamental que necessita do seu uso para que seja absoluto. Diante da necessidade de demonstrar a importância da história para melhor elucidar o assunto.

Para Gomes (2017, p. 3):

O estudo jurídico da propriedade pressupõe o conhecimento de sua evolução histórica. Todavia, para recordá-la, como necessário, basta aludir às transformações fundamentais que sofreu no curso dos tempos, registrando as formas próprias que tomou, em sucessivos regimes econômicos, coincidentes com os períodos históricos em que se costumam dividir a história da civilização.

No início todo domínio se classificava como posse e geralmente o seu uso era tido como meio essencial para subsistência de determinado indivíduo ou família, isso fazia com que a posse fosse legitimada pelo uso contínuo de determinada coisa. Segundo Burns (2010 p.25), a história humana confunde-se com a ocupação e domínio geográfico dos espaços físicos e estes, dar-se-ão de duas formas básicas durante nossa civilização: por meio da posse ou propriedade.

O Assim que o homem percebeu que a evolução o permitia fixar-se em um local, domesticando animais, plantando, colhendo e construindo, deixando de ser nômade e coletor, iniciando a famosa “primeira revolução agrícola” que se deu na Idade da Pedra. Os seres nômades não possuíam garantias de que colheriam ou caçariam, ou seja, a mercê da sorte e perceberam que um local definitivo teria mais segurança e durabilidade de vida.

Após a busca por território, percebendo que além de todas as vantagens, viram que a coletividade traria maiores benefícios, dando início as primeiras famílias, tribos e clãs.

Com isso Alexy (1993, p 30.), esclarece que:

Surge com isso uma comunidade com espectro mais amplo que o clã, que é comumente chamada de etnia - é o início da formação de um Estado. A etnia constituía a estrutura sociopolítica superior, agrupando número indeterminado de clãs.

De acordo com o que diz Maria Helena Diniz (2012), a propriedade neste referido momento, possuía acima de tudo uma forma comunitária sendo o solo fértil inicialmente pertencente a todos os membros da família, depois da tribo e do clã. Suas leis eram fundadas nos costumes e nos mitos e, a obediência estava ligada ao temor pelo sobrenatural, cuja pacificação ou amenização era geralmente atribuída a um líder: o paeter família. Patriarcado que reforçava a importância do núcleo familiar neste período.

Segundo Burns (2010, p. 28), sobre o neolítico:

Uma das mais antigas instituições humanas é a família. Os sociólogos não concordam quanto à sua definição. Historicamente, no entanto, a família sempre significou uma unidade mais ou menos permanente, composta dos pais e de sua prole, e servindo os fins de proteção dos pequenos, divisão do trabalho, aquisição e transmissão de propriedade, e conservação e transmissão de crenças e costumes.

Ao encontrar locais férteis, capazes de suprirem todas as suas necessidades, esses grupos ali se fixavam, e com isso viram que em determinados momentos seria necessário unir-se para assim protegê-los. Em primeiro lugar foi criado a família e com a necessidade de proteger os animais, seus lares, plantios, terras, pastos e demais benefícios que suas propriedades lhes forneciam, uniram-se e assim surgiu os clãs, a união desses clãs formaram tribos e a junção de todos deu origem as nações.

Sobre esta transição nos explica Pinsky (2015, p.28):

Consciente do seu domínio sobre o fogo, sabendo utilizar as ferramentas, organizando caçadas de animais maiores e mais poderosos que ele e atuando em grupos de solidariedade, o homem estava pronto para uma mudança radical na sua forma de existência, aquilo que chamamos de Revolução Agrícola.

As civilizações mais antigas que buscavam sempre vales dos rios, onde se encontravam mais recursos, alimentos e naturalmente possuíam um solo mais fértil. A riqueza e prosperidade dessas localidades atraíram o acúmulo de famílias, clãs, tribos e nações e deram início aos primeiros Reinos e Impérios, exemplo disto temos a Mesopotâmia que se desenvolveram próximas aos Rios Tigres e Eufrates com os Sumérios, e nas nascentes do Rio Nilo com os Egípcios.

Para Burns (2010, p.10) que “Ambas as regiões apresentavam a vantagem de possuir uma área limitada de solo extremamente fértil. ”, quando volta sua escrita para este momento:

No Egito e na Mesopotâmia havia, portanto, condições altamente favoráveis à agricultura, condições essas, entretanto, que precisavam ser aproveitadas com um trabalho sistemático, organizado e de grande envergadura. Talvez por isso é que a urbanização tenha se desenvolvido antes aí (...)

Os contextos geográficos e históricos estão entre os principais fatores responsáveis pelo desenvolvimento da propriedade. Com o aumento do número das espécies buscando um interesse comum em grandes espaços geográficos fez com que surgisse a necessidade de basear-se em algumas doutrinas que permitia haver paz e certeza, pois defendiam os interesses individuais e da coletividade, surgindo assim um dos maiores avanços populacionais.

É o que demonstra Pinski (2015, p. 27):

A população mundial teve dois grandes saltos: o primeiro, logo após a Revolução Agrícola, quando ela se multiplica por 30, indo de 10 a 300 milhões. Durante muitos séculos, ela apenas triplicou até que, após a Revolução industrial, entrou em novo surto de crescimento acelerado. As revoluções agrícola e industrial representaram um aumento substancial na capacidade de alimentar a população.

Nesse período em que a sociedade percebeu haver segurança sob a propriedade, como mencionado, trouxe diversas evoluções: o surgimento da escrita, por muitas vezes sendo representadas por escritos babilônicos, gregos e etc., organizações sociais com o

surgimento família, tribos, clãs, nações, impérios, reinos e países, doutrinas e costumes que resguardavam o seu direito, o direito de sucessão passa a dar seus primeiros passos após entender que o bem familiar deve permanecer na família dentre outros avanços.

2.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL A PROPRIEDADE

O direito à propriedade é defendido por tratados internacionais e na Constituição Federal, e é responsável por debates políticos-constitucionais calorosos, sendo constantemente atacado e contestado. Afirmou-se que seu exercício constituía roubo e injustiça. Propôs-se firmemente sua abolição como solução para todos os males e todas as alienações, por sua vez, sustentaram sua plena subordinação ao interesse coletivo.

Apesar das duras críticas e objeções manteve-se forte na condição de direito fundamental, mas com a pressão deixaram de ser absolutos, passaram a exigir o cumprimento da função social, ou seja, para que se tornasse absoluta precisaria utilizar a propriedade. Outros deixaram de incluir a propriedade entre os direitos individuais para inscrevê-la na seção dedicada aos direitos econômicos e sociais (MIRANDA, 2000).

A propriedade e os direitos fundamentais têm grande influência liberdade, quando regimes despóticos acabaram ou limitaram os movimentos de revolução voltados a liberdade, surgiu a ideia de criar mecanismos que limitavam a atuação do Estado. O constitucionalismo traz a ideia de reconhecimento de direitos e deveres que são inerentes a própria existência humana. O art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia (Virginia Bill of Rights), de 12 de junho de 1776, dispõe que todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade. Também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), de 26 de agosto de 1789, adotou semelhante orientação. Logo em seu art. 1º estabelece que os homens nascem e são livres e iguais em direitos. E, no art. 2º, preceitua que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais declarações que foram criadas e se confirmaram afirmam a ideia de reconhecimento desses direitos inerentes ao ser, desde seu nascimento, e a propriedade foi inicialmente inserida nesses preceitos fundamentais.

A ideia de propriedade se vinculou com a liberdade e trabalho, no sentido de que por meio do seu trabalho poderá adquirir os bens que achar necessário, nesse sentido a Declaração da Virgínia, ao anunciar, em seu art. 1º, os direitos certos, essenciais e naturais do homem, indica o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Segundo Locke (1963) o objetivo de preservar a propriedade é responsável pela união dos homens e comunidades submetidos a um governo, ou seja, na doutrina contratualista o governo deve proteger os interesses da sociedade, no intuito de manter a ordem social.

A criação do modelo de constituição rígida trouxe segurança através de procedimentos especiais que vieram com o intuito de impedir alterações em cláusulas que viessem a prejudicar atos normativos e diplomas já estabelecidos em cláusulas constitucionais, diferente do que acontece na criação de leis comuns.

É, mais especificamente, o que Miranda (1987) denominou rigidez técnica, pois, para o ilustre jurista pátrio, há de se perquirir a propósito de uma segunda modalidade de rigidez constitucional promovida por razões de mentalidade primitiva ou paleopsíquica, ideológicas ou até religiosas. Assim, pretende-se que os poderes públicos, passe a ter o dever de observar os direitos assegurados em sede constitucional. Sua eventual modificação ou superação somente teria cabimento quando tais procedimentos especiais fossem estritamente observados, formalizando genuína reforma constitucional. Desse modo, conferiu-se, na maior parte dos países do mundo ocidental, estatura constitucional ao direito de propriedade, atribuindo-lhe nível hierárquico superior aos demais atos legislativos.

Na Constituição brasileira de 1988, a inviolabilidade do direito à propriedade é proclamada no caput do art. 5º. O inciso XXII do mesmo artigo, por seu turno, preceitua: é garantido o direito de propriedade. O art. 170, ainda, insere a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica. Isso não significa, todavia, que a propriedade assume, em face da ordem constitucional, caráter absoluto, que inadmita restrições. A exemplo de diversos direitos fundamentais, o direito de propriedade comporta limitações e abrandamentos em sua aplicação em nome de outros valores também tutelados pelo texto constitucional. Da mesma forma, muitos princípios constitucionais também admitem restrição em face do direito de propriedade. A colisão entre princípios constitucionais, mormente no caso de direitos fundamentais, requer que uns tenham moderada sua aplicação em face de outros. Sublinhe-se, no entanto, que eventual limitação ou o seu cabimento deve ter apoio no texto constitucional. Não havendo restrição a direito fundamental sem base constitucional

Alexy (1993) segundo o autor, espécie de sentimento de conservação e manutenção de determinado ordenamento constitucional arraigado na cultura de uma comunidade. Sobre a estruturação dos direitos fundamentais em princípios, isto é, espécie normativa que admite variação de grau em sua aplicação.

Sá (2021) diz que é necessário entender a cláusula transformadora da Constituição para entender como a função social da propriedade está inserida na economia brasileira.

O artigo 3º do Título I diz que a Constituição Federal estabelece os objetivos que a República deve perseguir, independentemente do presidente, deputados ou senadores. É essencial entender isso, todas as ideologias devem fornecer soluções para o artigo 3º, se forem usadas.

2.3 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade é classificada como rígida entre o direito público e o privado no mundo moderno, bem como uma interpretação e hermenêutica da Constituição e a concretização dos princípios fundamentais, particularmente concedida humana e justiça social, estão intimamente ligadas ao tema da função social da propriedade.

Existem muitos estudos doutrinários e jurisprudenciais sobre a função social da propriedade pública devido à evolução dinâmica do Estado. As posições sobre o assunto variam, desde as mais conservadoras que seguem a linha da imutabilidade até as mais liberais que são prejudicadas pelas decisões interpretativas dos tribunais superiores.

Ao contrário da concepção individualista, que privilegiava o interesse da propriedade, a proteção da propriedade, do ponto de vista social, extrapola os limites dos direitos individuais e protege também o interesse social, na medida em que se reconhece que o exercício dos poderes dos titulares de direitos não deve ser protegido apenas para a proteção de seus interesses.

No quadro do direito constitucional comparado, há a previsão do princípio em discussão nas constituições dos países e, no quadro do direito constitucional brasileiro, da previsão da função social em constituições anteriores a 1988 e a união entre a propriedade e sua função social positiva em disposições da atual Carta Magna.

A Constituição Federal de 1988 fez uma análise sistemática da função social da propriedade, subdividindo-a em funções urbanas e rurais, isso é relevante para este trabalho, pois a tendência é concentrar-se no estudo da propriedade imobiliária. Assim, o quinto artigo da Carta Magna deve ser combinado com os artigos 182 e 186.

Para Martins (2014, p.30):

O artigo 182, segundo parágrafo, da Constituição Federal diz: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas do plano diretor" Em cidades com mais de 20 mil habitantes, o plano diretor é uma lei municipal aprovada pela Câmara Municipal de Vereadores e

é "o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana" (art. 182, § 1o, CF). O Supremo Tribunal Federal já estabeleceu que "o direito de edificar é relativo, porque condicionar à função social da propriedade" (RE 178.836, rel. Min. Carlos Velloso).

O conceito de função social da propriedade refere-se à noção de que a propriedade privada deve ser subordinada ao bem-estar social em vez de ser um direito absoluto. Isso significa que as pessoas que têm propriedades privadas não devem usá-las para seu próprio benefício, mas para o bem da sociedade em geral.

Na Constituição brasileira, existe o conceito de função social da propriedade, diz que a propriedade deve cumprir uma função social, ou seja, não pode ser usada de forma prejudicial à sociedade. Isso implica que, em vez de perseguir interesses pessoais, os proprietários de propriedades devem usá-las para promover o bem-estar social, em outras palavras, função social da propriedade é um princípio fundamental presente em vários sistemas jurídicos, sendo frequentemente invocada para justificar intervenções de terceiros em fazendas de propriedade privada e públicas, e do Estado em propriedades particulares, podendo incluir leis que controlam como as propriedades serão usadas e em alguns casos até mesmo restrições à venda.

O artigo 183 da Constituição Federal diz que o domínio será concedido a uma pessoa que durante cinco anos manteve uma área urbana de até 250 metros quadrados para uso pessoal ou familiar, sem interrupção ou oposição. Isso não é aplicável a menos que uma pessoa não possua outro terreno, seja urbano ou rural.

§ 1o A permissão de uso e o título de propriedade serão concedidos a qualquer indivíduo, independentemente de seu estado civil.

§ 2o Esse direito não será concedido a uma única pessoa que possuía o direito.

§ 3o A usucapião não será utilizada para adquirir imóveis pertencentes ao governo (Brasil, 1988).

Além disso, de acordo com o artigo 191, aquele que não é proprietário de um imóvel rural ou urbano e possui uma área de terra em uma área rural não superior a cinquenta hectares como propriedade por cinco anos ininterruptos, sem oposição, e que se tornou produtiva por seu trabalho ou de sua família, adquirir uma propriedade.

Parágrafo único: a usucapião não será utilizada para aquisição de imóveis pertencentes ao governo (BRASIL, 1988).

2.4 DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ NA PROPRIEDADE PRIVADA

O princípio da boa-fé exige que os contratantes exerçam seus direitos contratuais de forma justa e honesta, respeitando o caráter e mantendo o equilíbrio e a equidade em seus contratos, para que com isso se tenha uma boa objetividade e confiança.

Conforme Gomes (2017, p. 26) esse princípio:

O princípio da boa-fé diz respeito à interpretação do contrato e não à sua construção. Isso significa que a linguagem literal não deve dominar o significado. Disposição expressa na declaração de intenção ou além disso, as propostas apresentadas no objeto do contrato decorrem da natureza e caráter das obrigações assumidas ou impostas em decorrência do uso regular.

É inaceitável um contrato em que uma das partes se aproveite da ingenuidade ou ignorância da outra e estabeleça cláusulas injustamente danosas como resultado de acordos íntegros, honestos e fiéis à suas palavras, que não usem de artimanhas para enganar os lados interessados e nem tirar benefícios naturais à custa dos outros. Diante dessa constatação, resta apenas à lei sancionar o comportamento, punindo aqueles que agem de má-fé.

Reconhece-se que a propriedade na sociedade moderna não é para servir ao proprietário, mas sim para servir a toda a sociedade que dela deve ser beneficiada. Por meio de restrições ao patrimônio estatal para fins públicos e de interesse social, o Estado tem o poder de rever e mitigar determinadas situações existentes em nossa realidade social, como a dos sem-terra e sem-teto. O Estado deve tentar resolver, ou pelo menos reduzir um dos maiores problemas sociais da nossa sociedade através de uma política de justa expropriação.

Nesse sentido, Romeu adverte Descendência 283:

A primazia da constituição sobre todas as normas exige que o processo de elaboração do direito e a interpretação de todas as áreas do direito sejam realizados de acordo com os princípios constitucionais determinados. O autor também cita Clémerson MERLIN CLEVE Controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 27), * entender a constituição como regra a torna uma regra mais hierárquica; aceitar que tudo nele constitui norma legal, não deixando espaço para lembretes, advertências, conselhos ou normas éticas; em última análise, entender que os cidadãos têm acesso à constituição, razão pela qual o legislador não é o único intérprete, é essencial para alcançar a supremacia constitucional.

No ato continuado, o autor acrescenta que não é novidade que qualquer legislação inconstitucional deve ser interpretada de acordo com a Carta Magna, segundo a qual o Judiciário tem o direito de fiscalizar a constitucionalidade, não apenas de declarar a inconstitucionalidade, mas também para corrigir a interpretação da Constituição. Portanto, a compatibilidade de constitucional e inconstitucional deve ser formal e material.

Entre o final do século XVIII e o início do século XIX, os sistemas jurídicos romano-germânicos começaram a sofrer a influência das codificações de Napoleão, que se desenvolveram a partir da filosofia liberal e do positivismo que emergiram da Revolução Francesa, o Código de 1916.

Conforme lamentam os professores Silvio de Salvo Venosa e Judith Martins Costa (2018, p. 10):

Nosso legislador de 1916 tinha à sua disposição as instruções do Antigo Código Francês de 1804, ainda vigente, inspirou-se no Código revogado o Código Italiano de 1865 e o Código Alemão do Código de 1896, efetivo em 1º de janeiro de 1900. (...) para o Código Francês, liberdade e propriedade financeira estão inextricavelmente ligadas, sem propriedade não pode haver liberdade, então a segurança da propriedade privada é a primeira expressão dos direitos e segurança do indivíduo, e as regras que vinculam as pessoas às coisas são exatamente contratos. O contrato representa o acordo das partes no contrato e oferece uma oportunidade para a burguesia em ascensão obter os bens das velhas classes, os proprietários dos bens, mas de forma ineficiente. Esta posição representa uma reação contra as prerrogativas reais.

O Código Civil de 2002 estipula que as partes devem aderir ao princípio da boa-fé e da honestidade ao iniciar, executar e concluir um contrato. É uma proposta que estabelece às partes em um contrato. A obrigação do mesmo, além de respeitar a legitimidade do objeto do acordo, de ter uma visão justa e leal, perante interesses legítimos do parceiro. Esse padrão de conduta obriga os responsáveis a agir de acordo com padrões socialmente reconhecidos e conhecidos como princípios de boa-fé. Sua aplicação deve ser observada em todos os tipos de contratos.

A continuidade dessa tradição foi grandemente ampliada pelo Iluminismo escocês, que estabeleceu os direitos individuais com base na lei natural, desenvolvendo o conceito de ordens espontâneas, de organizações que surgem do conjunto de ações individuais e voluntárias das pessoas, buscando a satisfação de seus próprios interesses, servindo aos interesses dos outros e interesses de outros atores criando organizações coletivas não desejadas ou planejadas por nenhum indivíduo em particular.

Com base nesses fundamentos teóricos, a Revolução Americana foi uma reação para proteger os direitos individuais e limitar o poder do Estado, personificando o individualismo liberal britânico. Por outro lado, a Revolução Francesa representou uma ruptura total com a tradição e exigiu liberdade para reestruturar racionalmente a sociedade. No entanto, deve-se enfatizar que ambas as revoluções são fenômenos extremamente complexos e as diferenças acima podem ser apresentadas apenas em termos gerais. Há um elemento teórico dos dois liberalismos nos dois processos históricos, e mesmo a divisão entre as duas escolas liberais não é totalmente clara no tempo.

Por fim, como se observará ao longo desta pesquisa científica, não se trata de explorar o tema ou aprofundar os critérios de aplicação da boa-fé nos contratos comerciais, mas sim de apresentar um panorama crítico da aplicação ambígua desse princípio no comércio, contratos, casos mais diversos, relações jurídicas e o perigo que isso representa para a liberdade de contrato e o livre mercado.

O princípio da boa-fé exige que os contratantes exerçam seus direitos contratuais de forma justa e honesta, respeitando o caráter e mantendo o equilíbrio e a equidade em seus contratos fazendo com que tenha boa objetividade e confiança. A interpretação de Gomes (2017) sobre esse princípio: "O princípio da boa-fé diz respeito à interpretação do contrato e não à sua construção". Isso significa que a linguagem literal não deve dominar o significado disposição expressa na declaração de intenção ou além disso, as propostas apresentadas no objeto do contrato decorrem da natureza e caráter das obrigações assumidas ou impostas em decorrência do uso regular.

Ocorre que o a boa-fé impõe aos signatários obrigações que não são centrais ou nucleares, mas apêndices, marginais, colaterais ao contrato e muitas vezes nem mesmo por escrito. São obrigações que surgem justamente dessas expectativas justificáveis que existe em nossas relações sociais de sempre tratar as pessoas com honestidade e integridade. A confidencialidade protege a intimidade e a vida privada dos cidadãos, informação completa dos termos do contrato, evita mal-entendidos ou falta de interpretação no contrato, entusiasmo amor e lealdade que as partes devem manter entre si.

2.5 DA PROPRIEDADE PRIVADA E A SUPREMACIA DO INTERESSE PUBLICO

A respeito da questão da propriedade privada e sua relação com o interesse público, outras leis e jurisprudência estão relacionadas a propriedade, conflitos fundiários, direito à moradia e posse, invasões e ocupações de imóveis e outros problemas.

O artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988 afirma que o direito de propriedade é protegido. No entanto, esse direito não é absoluto, com isso é limitado pelo

texto constitucional. O inciso XXIII do mesmo artigo refere-se a sua função social. Isso implica que a Constituição, além de garantir o direito de propriedade de todos, também impõe aos proprietários a obrigação de usar a que possuem para promover a sociedade e o bem-estar coletivo.

A partir da Constituição de 1934, essa noção deriva da filosofia e do direito europeu dos séculos XIX e XX. O "princípio da supremacia do direito" está entre os princípios que regulam as relações entre o Estado e as pessoas físicas, por acordo com a dogmática jurídica brasileira no domínio do direito administrativo e tributário interesse público específico.

Como afirma Humberto (2018, p.45):

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível do Direito Público moderno, afirma que os coletivos são mais importantes do que os interesses individuais e afirma que eles são necessários para a sobrevivência e segurança desse último.

O papel do estado em garantir os interesses dos cidadãos é essencial em uma sociedade justa e democrática. O estado tem a responsabilidade de garantir que uma propriedade privada não prevaleça sobre os interesses coletivos, como preservação ambiental, direito à moradia e acesso à educação. Para isso, o estado deve regulamentar e fiscalizar as atividades esportivas e sociais para garantir que as empresas privadas operem de acordo com o interesse público.

Segundo Schmitt (2018, p. 50):

Todas as constituições contemporâneas incluem listas de direitos fundamentais que protegem os direitos das pessoas e indivíduos frente às pretensões do Estado. Em um determinado momento, o estado deve ter a aprovação de um legislador indulgente e não poder fazer tudo o que quiser. O indivíduo deve receber direitos que o governo não pode garantir. A Lei Fundamental deve ser governada pelos direitos fundamentais, não apenas como um adorno.

Um tópico importante do debate sobre a relação entre a propriedade privada e o bem comum é a maneira como a propriedade privada é limitada em relação ao interesse público. A propriedade privada é um direito fundamental, mas não é absoluto. Deve ser exercido dentro dos limites pela lei e pelos interesses públicos. Isso significa que as pessoas que têm propriedade não podem usá-la de forma que prejudica o meio ambiente, a saúde pública ou outros bens coletivos.

Embora a lei proteja as propriedades privadas, o interesse público também deve ser considerado um diálogo aberto e transparente entre os proprietários e a sociedade, sendo necessário para equilibrar esses dois elementos. Além disso, é essencial que as leis sejam transparentes e justas, e que as decisões tomadas sobre propriedade privada levem em consideração os interesses da comunidade em geral, além dos interesses individuais.

O bem comum prevaleceu sobre os indivíduos, e o Estado tem interesse em agir para proteger esses bem comum, isso é conhecido como supremacia do interesse público. Na verdade, isso significa que o estado tem uma autoridade de desapropriação de propriedades privadas para fins de construção de infraestrutura pública, preservação ambiental ou proteção da saúde e segurança dos cidadãos.

Várias áreas do direito, como o direito ambiental, o direito urbanístico, o direito sanitário e o direito do consumidor, aplicam o princípio da supremacia do interesse público. Por exemplo, um imóvel pode ser desapropriado ou submetido a medidas de controle pelo estado se for considerado insalubre ou representar um risco à saúde pública.

O princípio da supremacia do interesse público deve ser aplicado com cautela e equilíbrio para evitar violação e abuso dos direitos fundamentais. É necessário garantir um processo legal justo, assegurando que os proprietários recebam um pagamento justo e segurar que uma empresa esteja envolvida nas decisões que envolvem a propriedade privada.

Para Gagliano (2020, p. 42):

Não é nem metódico nem constitucionalmente apropriado dizer se deve ser atribuído ou se realmente inconsciente a prevalência para "a" liberdade, seja por meio de uma norma que está presente em um caso jurídico ou por meio de outro dispositivo. Além disso, o conceito não deve ser caracterizado como "presunção".

Os conflitos sociais entre esses dois direitos surgem de diferentes doutrinas e princípios. Por exemplo, um proprietário regularizado com área demarcada, registrado em cartório e no INCRA, pagando os tributos e recebendo benefícios exerce seu direito constitucional à propriedade privada. Por outro lado, um movimento social conhecido como "sem-terra" está planejando invadir essa propriedade com o objetivo de reivindicar.

Como resultado, todos têm a obrigação legal de se abster de fazer qualquer coisa que impeça o titular do direito real de agir perante a coisa como detentor do poder direto que promana de sua situação específica. Disso, o ativo sujeito terá a capacidade de exercer

seu direito se alguém agir de forma contrária ao direito do titular do ius in re, como afirma Humberto (2018).

2.6 INVASÕES COLETIVAS E O PRESSUPOSTOS DE MÁ FÉ

Uma invasão coletiva ocorre quando um grupo de pessoas entra em propriedade privada sem autorização, geralmente com o objetivo de ocupar a propriedade e proclamá-la como sua. É possível que essas invasões tenham várias motivações, como a luta por moradia ou uma ocupação de terras para fins agrícolas.

No entanto, a realização dessas invasões é considerada ilegal e violenta podendo ser punida por lei. Com isso, essas invasões frequentemente ocorrem sem um planejamento adequado e sem levar em consideração os efeitos prejudiciais que podem acarretar junto à comunidade que está sendo invadida e na própria população que realiza uma invasão.

Os invasores coletivos são grupos de pessoas que invadem propriedades privadas ou públicas sem permissão. Essas invasões podem ocorrer em vários lugares, como em áreas urbanas ou rurais, e podem ser causadas por uma variedade de motivos, como falta de moradia, reivindicações territoriais, protestos culturais ou agrícolas. A maioria desses atos é ilegal e viola os direitos de propriedade dos legítimos proprietários.

A justificativa frequentemente para essa prática é geralmente baseada na necessidade de moradia dos indivíduos envolvidos. Um tópico controverso e complicado envolve a relação entre os invasores coletivos e a presunção de má-fé dos invasores. Em geral, as pessoas tendem a associar esses invasores a um comportamento ilegal e desrespeitoso, como violar as leis e as propriedades alheias.

O Código Civil de 2002 define o esbulho possessório como uma situação em que o proprietário é esbulhado ou retirado da propriedade privada. Ameaças e agressão podem causar confusão.

Segundo Gagliano (2020, p. 42):

O sujeito passivo e sua obrigação nos direitos reais surgem somente quando há violação efetiva ou ameaça de violação (por exemplo, esbulho de propriedade ou ameaça de ameaça severa). Que ante ou evite qualquer coisa que possa causar danos, ou você será responsabilizado civilmente.

Portanto, é fundamental que as pessoas tenham conhecimento de seus direitos e deveres. Eles também devem pensar em outras formas de luta e reivindicação que não incluem ataques violentos e inesperados. Quando as pessoas são manipuladas para obter

benefícios pessoais ou para atender a interesses escusos, a má fé pode estar presente nessas invasões.

Como resultado, é essencial que as pessoas que participam dessas invasões tenham consciência dos efeitos que suas ações podem ter tanto para as pessoas envolvidas do processo quanto para a sociedade como um todo. Em relação ao direito à propriedade e à segurança das pessoas e organizações, é imperativo buscar meios legais e democráticos de se fazer ouvir.

2.7 USUCAPIÃO RURAL COLETIVA E O DIREITO POTESTATIVO

Posse é a relação legal entre um indivíduo e um objeto, no qual ele exerce poder legal sobre ele, como se tivesse o direito de propriedade sobre ele. Uma posse pode ser justa ou injusta, feita de boa-fé ou de má-fé, e pode ser protegida por petições e ações possessórias. A usucapião é um método de propriedade permanente e duradouro, desde que atenda aos requisitos e condições na lei, podendo ser familiar, coletiva, rural ou urbana e aplicada em imóveis públicos e privados. Uma função social e integradora da usucapião permite a regularização da situação jurídica de ocupados por indivíduos que não possuem título de propriedade, oferecendo-lhes segurança jurídica, acesso a créditos e serviços públicos.

O objetivo da Lei 13.465/2017 é promover a reforma agrária e garantir o acesso à terra. Usucapião rural coletiva é um direito que permite que as comunidades rurais que ocuparam terras durante um determinado período adquiram essas terras de forma vivida e ininterrupta. Esse tipo de usucapião só será lícito em áreas que não pode ultrapasse 50 (cinquenta) hectares, e deve ser mantida ininterruptamente durante cinco anos sem oposição (precedida de boa-fé). A reivindicação de usucapião deve estar ligada à função social da terra, que é uma atividade rural, e a necessidade do proprietário de usar a terra para residência pessoal e familiar.

A estrutura legal da Usucapião Rural Coletiva está prevista na Constituição Brasileira e no Código Civil. O artigo 191 da Constituição permite que comunidades rurais adquiram terras coletivamente depois de haver habitado e cultivado terras públicas ou privadas por pelo menos cinco anos. Só um grupo de famílias pode exercer esse direito, de acordo com o Código Civil, se atender a requisitos específicos, como ocupação contínua, uso produtivo da terra e falta de propriedade adicional.

Assim, as ameaças ameaçadas no artigo 1.228, §§ 4º e 5º do CC/02 são semelhantes às do artigo 191 da CF/88, que permite a perda total ou parcial de propriedade.

Portanto, Gagliano (2020, p. 45):

O § 4.o do art. 1.228 do Código Civil diz que o proprietário pode ser privado da propriedade se uma parcela considerável de terreno é ocupada ininterruptamente e de boa-fé por um número considerável de pessoas por mais de cinco anos, e essas pessoas realizarão obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, tanto em conjunto quanto individualizado. Trata-se de um tribunal único, e uma avaliação de cuidados pode nos desconfortá-lo com várias questões. Como resultado, "a preocupação com o som ganha em face dos desencontros doutrinários que se seguiram à introdução do referido dispositivo".

Embora dependa do cumprimento de condições específicas, trata-se de um direito legalmente previsto, mais não necessariamente um direito potestativo, pois o direito de usucapião rural se tornaria obrigatório, o que significa que o proprietário não teria direito a recusar; em vez disso, ele seria obrigado a aceitar, o que constituiria um direito potestativo (incontroverso):

A noção de que:

Tal instituição seria um "contra direito" está baseada na noção de que tal aquisição seria obrigatória, sem o direito do proprietário à recusa, como um direito potestativo. Embora seus defensores tenham bases sólidas, essa corrente de pensamento não encontrou apoio da doutrina especializada. (GAGLIANO, 2020, p. 350)

Para, obter direitos de propriedade coletiva é necessário petição judicial e a homologação de um juiz, o foco da discussão é se a usucapião rural coletiva é um direito potestativo. Devido à necessidade de obter o consentimento de todos os proprietários de terras envolvidos, alguns juristas argumentam que o procedimento é potestativo. Outros argumentam que não devem ser respeitados um direito potestativo porque a terra está possuída há muito tempo e não requer participação adicional dos proprietários.

Por fim, no Brasil, o conceito de Usucapião Rural Coletiva tem sido objeto de discussão. Alguns defendem que é um direito potestativo, o que significa que o proprietário tem total autoridade sobre o que compra. Outros argumentam que não, pois o processo envolve muitas leis e não pode ser limitado ao proprietário, embora dependa do cumprimento de condições específicas, trata-se de um direito legalmente previsto, mais não necessariamente um direito potestativo, pois o direito de usucapião rural se tornaria obrigatório, o que significa que o proprietário não teria direito a recusar; em vez disso, ele seria obrigado a aceitar, o que constituiria um direito potestativo.

Informação de que:

Tal instituição seria um "contra direito" está baseada na noção de que tal aquisição seria obrigatória, sem o direito do proprietário à recusa, como um direito potestativo. Embora seus defensores tenham bases sólidas, essa corrente de pensamento não encontrou apoio da doutrina especializada. (GAGLIANO, 2020, p. 350).

3. DA AÇÃO DA REINTEGRAÇÃO DE POSSE

É frequentemente usado quando inquilinos ou invasores não desocupam o imóvel mesmo após receberem um aviso de despejo o proprietário do imóvel deve provar que tem direito legal ao imóvel e fornecer provas de que ninguém está usando o imóvel sem permissão. Se bem-sucedido, o tribunal emitirá uma ordem para que o ocupante abandone a propriedade e a devolva ao proprietário.

Se uma ação for aprovada pelo juiz, é emitido um mandado de reintegração de posse, que permite que o proprietário, com uma ajuda de policiais ou oficiais de justiça, recupere o imóvel. A desocupação deve ser realizada em um ambiente pacífico e sem o uso de força. É importante ter em mente que a reintegração de posse só pode ser realizada por meio de ordem judicial e que o proprietário não pode tentar recuperar o imóvel de forma ilegal, podendo o proprietário ser punido no caso de descumprimento.

Assim, ela permite que o proprietário recupere o direito de propriedade de um bem que lhe foi negado. Embora o dispositivo legal mencionado não especifique o valor que as ações possessórias devem ter, entenda-se que elas devem ser aplicadas de forma tratada ao disposto no inciso IV.

3.1 CONCEITO

O conceito de reintegração de posse foi utilizado no artigo 560 do CPC/15.

Trata-se de uma norma principalmente material que garante a proteção do possuidor. No caso, o direito de posse, ou possessão, pode ser perdido devido a tumulto ou ameaças de dano (FIGUEIREDO, 2016, p.1657).

Um processo judicial movido pelo proprietário de um imóvel para recuperar o imóvel que terceiros adquiriram sem o seu consentimento é conhecido como uma "ação de reintegração de posse". Casos como invasão de propriedade, ocupação ilegal ou mesmo casos de locação em que o inquilino seja inadimplente e não desocupe o imóvel geralmente resultam nessa ação legal, por exemplo.

O proprietário deve contratar um advogado e entrar com uma petição na justiça para que o processo de reintegração de posse se inicie. Em seguida, documentos, como escrituras, certidões e documentos de posse, devem ser apresentados para garantir que o terreno pertença a alguém e que não houve ocupação ilegal no local.

3.2 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos de propositura da ação de reintegração de posse estão elencados no artigo 561 do CPC/15, como mostra:

“Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I – A sua posse;

II – A turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III – A data da turbação ou do esbulho;

IV – A continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.”

Da posse do autor e os motivos que o levam a apresentar uma ação de manutenção ou reintegração de posse, dependendo do caso, o diploma legal estabelece receitas que determinam a turbação ou o esbulho.

De fato, neste caso, o possuidor não tem mais controle sobre o objeto. O artigo 561 da Lei Processual combina requisitos de manutenção e requisitos. Além de demonstrar posse, o autor deve fornecer esbulho, dados de início e dados de perda. O que foi dito sobre ações possessórias se aplica em geral (SALVO, 2018, p.35).

O autor acredita que é necessário provar o esbulho possessório e que o proprietário da terra foi vítima de um ataque violento, disso, isso no prazo legal para a proposta de ação: Dez anos de esbulho. O prazo prescricional para a reintegração de posse, conforme mencionado no CPC/15, geralmente é de dez anos.

3.3 IMPORTÂNCIA

Para retomar, o objetivo da ação de reintegração de posse é demonstrar complacência com a democracia.

O artigo 1.210 do CC/02, por exemplo, especifica o direito pretendido:

Art. 1.210 o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de tumulto, restituído ao estado de esbulho e protegido de violência iminente se tiver justo recebimento de sofrimento.

§ 1.º. O possuidor turbado ou esbulhado tem o direito de manter ou restaurar a posse por conta própria, desde que o faça rapidamente. Os esforços de defesa ou desforço não podem exceder o necessário para manter ou restaurar um pelotão.

§ 2.o. A manutenção ou reintegração de posse não obsta a pretensão de propriedade ou qualquer outro direito sobre o bem.

Ao conceituar o artigo 1.210 do CC/02, o legislador estabelece algumas hipóteses sobre a possibilidade de perda de posse dos proprietários legais, que, como o próprio sistema jurídico indica, estão protegidos. Se isso ocorrer, o proprietário pode usar o instituto da legislação defesa para turbação e desforço imediato para esbulho.

O cronograma da resposta defensiva foi definido pelo legislador com a frase "contanto que o logotipo da fachada", e essa frase deve ser interpretada com razão. Isso se deve ao fato de que essa expressão é muito mais abrangente do que uma ideia de resposta imediata, que é vista como um limite temporal e deve ser vista como uma manifestação do primeiro momento possível. (GAGLIANO, 2022, pág. 172)

No caso concreto, a realidade é muito diferente da teoria, no subtópico "pressupostos de má fé nas invasões coletivas", o proprietário não tem como proteger sua propriedade, pois a força policial é a única forma de fazê-lo.

3.4 DA REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM INVASÕES COLETIVAS

O artigo 554 do CPC/15 afere a tutela da posse e as hipóteses de perda, pois estabelece as premissas de todas as ações, o que significa que a impetração de uma ação específica é legal, de acordo com o autor. O estudo neste caso investigará os desafios enfrentados pelos proprietários legais que atribuem uma função social a sua propriedade rural privada

Por exemplo, se alguém frequentemente "entra e sai" do meu imóvel ou circula com as suas cabeças de gado contra minha vontade, está perturbando (perturbando, embaraçando minha posse); mas se ele entra e se apodera, exercendo posse exclusiva em parte ou em todo

o meu imóvel, está esbulhando (privando-me do meu direito legítimo). (GAGLIANO, 2022, pág. 177)

O exemplo em questão ilustra como ocorre a perturbação e o esbulho em uma propriedade privada; no entanto, a problemática em questão é o uso da violência e as ameaças presentes no esbulho, que geralmente são seguidas por muitas pessoas, o autor Gagliano (2022, p.150) explica como ocorre a citação do artigo 554 § 1o do CPC/15:

Caso de uma ação possessória que envolva muitas pessoas, os ocupantes que estiverem presentes no local serão citados pessoalmente, bem como os demais por edital. Além disso, será determinada a intimação do Ministério Público e, se houver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública (art. 554, § 1o, do CPC/2015).

Se a posse esbulhada por precedida por uma boa quantidade de pessoas, a lei permite que apenas aqueles que foram encontrados em nenhum local sejam citados nos autos do processo, enquanto os demais podem ser citados em um edital, o Ministério Público e a defensoria pública devem ser chamados.

As hipóteses de tutela temporária à ação de reintegração de posse são subordinadas nos artigos 560 a 566 do CPC/15. Uma propriedade rural que exerce uma função social é atingida por um movimento social que quebra o patrimônio do proprietário, esses não podem pleiteá-la para fins de reforma agrária ao invés disso podem usar o recurso de reintegração de posse, pois no Brasil há hipóteses claramente antecipatórias no Código de Processo Civil e nas legislações extravagante, não havendo necessidade de que haja um perigo real de dano.

Por exemplo, desde que compre os requisitos legais, a liminar para reintegração de posse não requer urgência. É uma medida legal prevista, mas não frequente, de acordo com o artigo 311 do CPC. (BUENO, 2018, p. 20).

No caso relatado pelo autor, o governo não fez nada para persuadir as pessoas sobre uma invasão de terras, devido ao fato de que o terreno já pertence a uma área urbana, a desapropriação não é mais viável. O argumento de que sustentou o uso da autoridade pública foi que a propriedade não cumpria uma função social persuasiva e, portanto, o processo era lento. O resultado foi que os proprietários de direitos de propriedade privada ficaram insuficientes, sem receber nenhuma compensação financeira e sem nenhum resultado perante o Estado.

4 A REFORMA AGRÁRIA E A PROPRIEDADE PRIVADA

A Reforma Agrária regular a distribuição de terras com o objetivo de promover uma equidade social e aumentar a produtividade do país, de acordo com o estatuto da terra (Lei 4.504/1964):

Art. 1. Esta Lei estabelece direitos e obrigações para imóveis rurais para apoiar a Reforma Agrária e a Política Agrícola.

"§ 1º A Reforma Agrária é definida como o conjunto de medidas destinadas a melhorar a distribuição da terra, alterando o modo de uso e posse da terra com o objetivo de promover a justiça social e aumentar a produtividade."

O artigo 24 da Lei 4.504 /1964 diz quem pode receber as terras e que a deve ser exigido. Essas terras podem ser destinadas a indivíduos que comprovadamente não têm dinheiro suficiente para sustentar sua família ou a si mesmos. As terras que não foram favoráveis para a Reforma Agrária e que foram incorporadas ao patrimônio do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária só podem ser entregues com o seguinte requisito: uma ocupação de terras devolutas federais demonstrada em cultura e habitação forma de propriedade familiar, nos termos das normas aprovadas pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária:

"I - Forma de propriedade familiar, nos termos das normas aprovadas pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária";

"II - Cujos proprietários rurais sejam claramente insuficientes para o sustento de si e de sua família;";

"III - para a formação de glebas destinadas à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial por associações de agricultores organizados sob regime cooperativo".

Para a reforma agrária, a condição atributiva da propriedade privada rural está relacionada à função social da propriedade, que é diretamente proporcional à posse e domínio útil da propriedade. Por exemplo, uma grande propriedade rural cultiva produtos ilícitos. Nessa hipótese, caso o fato seja divulgado ao público, a medida judicial será a desapropriação porque o uso da propriedade viola as regras do sistema jurídico. Como resultado, a população pode se sentir comprometida com a reforma agrária e os possíveis proprietários de terras podem perder seus direitos de propriedade privada rural. A redistribuição de terras aumentará o acesso à propriedade rural (OPITZ, 2017).

O autor refere-se ao artigo 11 da Lei 4.504/1964, que diz que o INCRA deve registrar, reconhecer ou incorporar as terras devolutas e desocupadas da união ao patrimônio público. O que está em xeque no conflito entre direitos de propriedade e moradia é: Por um lado, uma propriedade rural é legal porque cumpre todos os requisitos do CC/02 (possuidor de boa-fé, propriedade registrada legalmente, função social e benfeitorias).

Mas quando movimentos sociais invadem propriedade rural privada com função social, tanto o interesse público quanto as hipóteses de reforma agrária contempladas pelo estatuto da terra (Lei 4.504/1964) não podem pagar por uma invasão.

4.1 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAIS SOBRE A REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM INVASÕES COLETIVAS

As jurisprudências sobre a reintegração de posse em invasões coletivas divergem de entendimento devido ao fato de que cada caso é precedido por uma variedade de fatos. Por exemplo, os requisitos de posse e propriedade serão considerados de acordo com eloquência do CC/02 e do CPC/15 se a reintegração de posse por sobre uma usucapião existente na terra litigada.

Uma invasão coletiva que destrói a propriedade do proprietário é outro caso que pode ser investigado. Ambos seguirão seu próprio caminho. Portanto, é razoável considerar um entendimento divergente em relação ao número de pessoas que estão reivindicando a terra e a quantidade de obras feitas nela no caso de uma invasão coletiva ser uma essência da ação de reintegração de posse.

O objeto litigado que ensejou má fé foi o esbulho sofrido por um proprietário em uma propriedade rural com função social lícita. Como resultado, o julgador costumava examinar o caso em particular.

“Administração e sociedade civil a recuperação da propriedade Caso evidente IMPOSSIBILIDADE. Milhares de famílias de renda básica se mudaram para o edifício. OMISSÃO DO ESTADO DE UTILIZAR A POLÍCIA PARA CUMPRIMENTO DO MANDADO JUDICIAL OCUPAÇÃO E APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO CONSOLIDADO Ação para recuperar a situação. TRANSFORMAÇÃO EM INTELIGENTE Investigação adicional como desapropriação legal. Os interesses pessoais prevaleceram sobre os interesses públicos & sociais. INDENIZAÇÃO. Os deveres do Estado e do Município Reforma judicial e apresentação de mais uma petição. Isso não existe.” GAGLIANO, 2022, p.357)

Disso, se necessário, o juiz pode determinar a responsabilidade do Estado e do município. No presente caso, esses últimos foram os responsáveis por construir toda uma infraestrutura básica do local. O STJ decidiu que uma ação possessória foi transformada em ação indenizatória por impossibilidade de devolução o bem citado à autora.

Neste caso, essa recomendação não é aplicável ao caso em questão porque, com base nos fatos apresentados no acórdão recorrido, é inquestionável que a residência do imóvel sofreu danos devido à negligência e negligência da administração pública, que deixou de se preocupar com o envolvimento de novas habitações irregulares e não forneceu a força policial necessária para cumprir o mandado de reintegração. (GAGLIANO, 2022, página 362).

A invasão coletiva foi aceita e ignorada pelo governo, e como resultado, a posse da autora não pôde ser recuperada e com a passar do tempo, esse local se transformou em um bairro.

O artigo 1.228, alínea 5, do CC/2002 estabelece o direito de pensão ao Município de Rio Branco e ao Estado do Acre. Isso se deve ao fato de, de acordo com o Enunciado 308 do Conselho da Justiça Federal, os possuidores não são capazes de ressarcir os danos causados pelo proprietário do imóvel porque não têm dinheiro. (GAGLIANO, 2022, p. 362)

De acordo com o enunciado 308 do conselho da justiça federal, aqueles com melhores condições financeiras são obrigados a pagar uma indenização ao juiz no caso de uma propriedade não ser mais de propriedade. O estado e o município foram designados como responsáveis pelo caso porque os proprietários não tinham condições financeiras suficientes.

Para manter a paz social, a resolução de controvérsias deve levar em consideração proporcionalidade, razoabilidade e segurança jurídica. Isso é feito com o objetivo de não piorar as coisas que já estão em ruínas. Atualmente, a área está sob julgamento, como todos sabem correspondem a pelo menos quatro bairros dessa cidade (Rio Branco), onde vivem milhares de famílias, criando. (GAGLIANO, 2022, página 362).

Da posse ensejada ocupava uma grande área de terra que não poderia ser desocupada, no entanto, quando uma autora chegou ao local, o mandado do juiz não foi possível de cumprir porque muitas famílias de baixa renda ocuparam a terra e uma outra

parte do imóvel foi ocupada pelo domínio público por meio de apossamento administrativo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado, as questões levantadas merecem atenção especial dos legisladores, pois o descumprimento pode distinguir, cessar e até mesmo contrariar direitos legítimos e líquidos. Em busca de uma sociedade mais justa, democrática e duradoura, a propriedade privada e a supremacia dos interesses públicos devem ser conciliadas e harmonizadas no direito e na política. Ao reconhecer e proteger o direito de propriedade, bem como importa a função social e outras restrições, a Constituição brasileira fornece um quadro axiológico e normativo para essa harmonia.

O conflito entre o direito à propriedade frente ao direito à moradia requer atenção especial quando se trata da reintegração de posse em invasões coletivas. Para que a democracia brasileira seja respeitada, muitas vidas dependentes do parecer judicial, que devem ser dadas de ofício pela autoridade judicial, com presteza, honestidade e conhecimento a legislação acima mencionada deve ser revista para evitar desencontros normativos, que podem permitir indivíduos mal-intencionados reclamarem injustamente por seus direitos.

É de suma importância o uso deste estudo para melhoria da pátria brasileira, sendo assim tornando-a mais justa para todos os brasileiros, resolvendo disputas e calculando os prejuízos causados por esses dois direitos em conflito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Derecho e razón práctica. México: Fontamara, 1993.

AGUIRRE, J.; SÁ, R. M. D. Prática civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

ARON, Raymond. Mémoires – 50 ans de réflexion politique. Paris, Julliard, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 199.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Cível e Reexame Necessário: APCVREEX 795735. Relator: DES. Fleury Fernandes. DJ: 28/09/1999. 1999. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4327897/apelacao-civel-e-reexame-necessario-apcvreex-795735-pr-apelacao-civel-e-reexame-necessario-0079573-5/inteiro-teor-11131277?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 de abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BUENO, C. S. Tutela Provisória no Novo CPC. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

BURNS, A.; GLEADOW, R.; CLIFF, J.; ZACARIAS, A.; CAVAGNARO, T. The drought, war and a famine crop in a changing world. Sustainability, n. 2, p. 3572-3607, 2010.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na Língua de Sinais austríaco para Sordos transmitido por surdos ator e tradutor Horst Dittrich, publicado pela Arbos - Companhia de Música e Teatro, ISBN 978-3-9503173-2-9, ARBOS Edição © & ® 2012.

FERNANDES, António Monteiro, Direito do Trabalho, 17.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011.

FIGUEIREDO, S. D. C. Novo CPC anotado e comparado para Concursos. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016. E-book.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. Direitos Reais. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. Novo curso de direito civil - direitos reais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GAGLIANO; Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO; Mário Veiga. Novo Curso de Direito Civil - Direitos Reais. 4^a Edição. 2022.

GOMES, Orlando. Contratos. 26^a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

JÚNIOR, H. T. Terras Particulares. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. São Paulo: IBRASA, 1963.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3^o ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 492

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000

G.; LEONCY, L. F.; STRECK, L. L. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

OPITZ, O.; OPITZ, S. C. B. CURSO COMPLETO DE DIREITO AGRÁRIO. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

PINSKY JAIME. as primeiras civilizações. são paulo: contexto 2015.

ROMEU BURILLO, Ana M.^a, «La impugnación judicial de las decisiones empresariales de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo tras la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la jurisdicción social», AS, 2012, n.º 2

SÁ, João Daniel Macedo. Direito de propriedade: condições de igualdade e funcionamentos. Florianópolis. 42 (89). 2021.

SCHMITT, Carl. Clausewitz como pensador político: o el honor de Prusia. Madrid, Revista de estudos políticos, nº 163, 1969.

Sílvio de Salvo Venosa* 1. Origem histórica. Conceito. Particularidades. 2 Direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002. 3 Direitos das partes. Pagamento. Transmissão do direito. Preferência.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: SISTEMA DE GARANTIA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

TAISA FEITOSA DA SILVA:
graduanda em Direito pela
Faculdade Facimp Wyden²³¹.

SCARLAT CARVALHO DO NASCIMENTO SILVA²³²

(orientadora)

Resumo: O presente trabalho possui a finalidade de estudar sobre o direito da Criança e do Adolescente e trazer uma análise sobre a eficácia das Medidas Socioeducativas prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente aplicada ao menor infrator. O trabalho tem o objetivo de discutir sobre o tema com a perspectiva de abordar sobre os avanços, tendências e desafios para a consolidação do direito da Criança e do adolescente, buscando discorrer sobre a necessidade e importância da execução de medida socioeducativa imposta aos adolescentes em conflito com a lei em decorrência de atos infracionais praticados. Ao decorrer do estudo será possível a abordagem de três capítulos, onde o primeiro aborda a respeito da evolução histórica do Estatuto da Criança e do Adolescente, que só foi possível o seu reconhecimento a partir da criação da doutrina de proteção integral, que passou a respeitar a condição dos indivíduos e só assim passaram a ser sujeito de seus direitos. O segundo irá falar sobre o ato infracional, onde procura saber quais as principais causas que levam a criança e o adolescente a cometer o ato, sendo que na maioria dos casos esses menores se deixam levar justamente pelos fatores econômicos, falta de ensino regular, falta de cursos profissionalizante e a não inserção no mercado de trabalho (jovem aprendiz), e também a falta de condições financeiras, levando assim, o adolescente a ter uma vida frustrante, tornando o violento e agressivo fazendo com que o adolescente comece a pratica do ato. E por fim, no terceiro será um estudo sobre as Medidas Socioeducativas, como se dá a aplicação dessa medida socioeducativa e identificar a finalidade e importância das medidas, abordando se as mesmas são ou não eficazes na vida do adolescente menor infrator. O estudo desse trabalho trata-se de uma revisão bibliográfica de caráter descritivo com abordagem qualitativa. A finalidade dessa pesquisa é buscar explicar um problema a contar de referências teóricas publicadas em artigos e revistas, tratando de aspectos qualitativos. O método de abordagem desse estudo foi dedutivo, através de um procedimento estruturalista que permitiu buscar informações acerca do problema, sendo obtido as conclusões adequadas.

231 E-mail: taisafeitosa30@gmail.com

232 professora Mestre, do curso de direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP, scar.direito@outlook.com.

Palavras-chave: Adolescente, Ato infracional, Medidas Socioeducativas, Direito, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Abstract: The present work has the purpose of studying about the right of the Child and the Adolescent and to bring an analysis about the effectiveness of the Socio-educational Measures foreseen in the Statute of the Child and the Adolescent applied to the minor offender. The work aims to discuss the theme with the perspective of addressing the advances, trends and challenges for the consolidation of the right of children and adolescents, seeking to discuss the need and importance of the implementation of socio-educational measures imposed on adolescents in conflict with the law as a result of infracional acts committed. In the course of the study it will be possible to approach three chapters, where the first addresses the historical evolution of the Statute of the Child and Adolescent, which was only possible to recognize it from the creation of the doctrine of integral protection, which began to respect the condition of individuals and only thus became the subject of their rights. The second will talk about the infracional act, where it seeks to know what the main causes that lead the child and adolescent to commit the act, and in most cases these minors are carried away precisely by economic factors, lack of regular education, lack of vocational courses and non-insertion in the labor market (young apprentice), and also the lack of financial conditions, thus leading the adolescent to have a frustrating life, making the violent and aggressive causing the adolescent to begin the practice of the act. And finally, in the third will be a study on the Socio-educational Measures, how the application of this socio-educational measure takes place and identify the purpose and importance of the measures, addressing whether or not they are effective in the life of the adolescent minor offender. The study of this work is a bibliographic review of descriptive character with qualitative approach. The purpose of this research is to seek to explain a problem from theoretical references published in articles and journals, dealing with aspects Qualitative. The method of approach of this study was deductive, through a structuralist procedure that allowed to seek information about the problem, being obtained the appropriate conclusions.

Keywords: Adolescent, infractions, Socioeducational Measures, Law, Child and Adolescent Statute.

1 INTRODUÇÃO

Diante da quantidade de casos de crianças e adolescentes com envolvimento no ato infracional, se fez necessário abordar um pouco sobre o tema Medida Socioeducativa estabelecida pelo (ECA) Estatuto da Criança e do Adolescente.

No decorrer desse estudo será possível obter resposta do questionamento sobre: qual a finalidade da Medida Socioeducativa?

O presente trabalho tem o objetivo de discutir sobre o tema com a perspectiva de abordar sobre os avanços, tendências e desafios para a consolidação do direito da Criança e do adolescente. Buscando também, discorrer sobre a necessidade e importância da execução de medida socioeducativa imposta aos adolescentes em conflito com a lei em decorrência de atos infracionais praticados.

De início o trabalho terá um breve relato a respeito da evolução histórica do (ECA), Estatuto da Criança e do Adolescente, abordando que houve o surgimento do ECA, com a intenção de por um fim ao Código de Menores que havia sido criado durante a Ditadura Militar no Brasil, no ano de 1927.

Logo após será feita uma abordagem sobre o Ato Infracional, que dá o interesse de analisar as principais causas que levam o adolescente a cometer o ato.

Em seguida falará a respeito das Medidas Socioeducativas, explicando como se dá a aplicação da Medida Socioeducativa, analisando individualmente cada medida prevista no Estatuto da criança e do adolescente sendo aplicada de acordo com a gravidade do ato cometido pelo adolescente, buscando através da aplicação da medida ressocializar o adolescente para que o mesmo não venha praticar os mesmos atos.

E por fim, descobrir qual a finalidade da Medida Socioeducativa, e se essas medidas são ou não eficazes.

Este trabalho trata-se de uma revisão bibliográfica de caráter descritivo com abordagem qualitativa. A finalidade dessa pesquisa é buscar explicar um problema a contar de referências teóricas publicadas em artigos e revistas, tratando de aspectos qualitativos. O método de abordagem desse estudo foi dedutivo, através de um procedimento estruturalista que permitiu buscar informações acerca do problema, sendo obtido as conclusões adequadas.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é constituído pela (Lei 8.069 1990) que trata a respeito dos direitos das crianças e adolescentes. Foi promulgado em 13 de julho de 1990, durante o governo de Fernando Collor, com o objetivo de garantir às crianças e adolescentes seus direitos fundamentais.

Se deu a origem do Estatuto da Criança e do adolescente com a intenção de por um fim ao Código de Menores que havia sido criado durante a Ditadura Militar no Brasil.

Em 12 de outubro de 1927 foi assinado pelo presidente Washington Luís, o Código de Menores Nº 17.943-A, sendo esta a primeira Legislação brasileira voltada a Crianças e Adolescentes.

O processo de construção do Código de Menores deu-se em virtude de existir o problema (social) menores abandonados e delinquentes em um ambiente urbano e modernizador. Já não bastavam paliativos assistencialistas nem correccionais. Fazia-se premente a elaboração de leis específicas para proteger e corrigir/controlar esses menores em sua condição de cidadãos em formação. Como no processo de abolição da escravidão, foi-se constituindo um movimento na sociedade civil em prol da elaboração dessas leis. Quanto mais a modernização capitalista atingia o Brasil, mais esse movimento se aprofundava e se disseminava, engajando personalidades de várias profissões, principalmente advogados, médicos e políticos. Algumas dessas personalidades escreveram livros e artigos em prol de soluções modernas para os menores abandonados e delinquentes. (BANDERA.2014. p. 744)

Em 1979 o Código de Menores afirmou o menor como objeto de tutela do Estado, legitimando a intervenção estatal sobre os jovens que estivessem em uma circunstância que a lei estabelecia com situação irregular. O juiz de menores era quem tinha o poder de decidir como e onde as crianças consideradas expostas, abandonadas, mendigas ou vadias, iriam ficar, sem nenhuma garantia contida na lei. Restando claro o desinteresse do legislador com a reinsersão social, totalmente desvinculado a proteção dos direitos infanto-juvenil.

Na época existia a diferença em classe social, fazendo com que os menores abandonados e desassistidos fossem punidos por serem pobres, negros, sem lar ou até mesmo por não se ajustarem no padrão da sociedade, fazendo assim com que os menores não fossem considerados sujeitos portadores de seus direitos. Dessa forma, o Estado repressor justificava a punição desses menores sem se comprometer em melhorar suas condições de vida em torno da sociedade.

Diante disso, surgiu o ECA com a necessidade de acabar com todo resquício de autoritarismo que ainda restava do regime militar. Fazendo com que os deputados debatessem sobre a necessidade de um ordenamento jurídico para crianças e adolescentes.

Segundo Goes (2020), foi a partir da Carta Magna que a Constituição Federal legitimou os direitos sociais e criou seguridade social, referente aos direitos a saúde, a previdência e a assistência social, garantiu também, o direito à educação, e à saúde.

A CF assumiu a doutrina da proteção integral, que tem como previsão legal garantir a universalidade de direitos fundamentais a todas as crianças (desde a gestação) e aos adolescentes (até 18 anos incompletos), sem distinções (classe, credo, etnia, etc.), com prioridade absoluta, sendo não só a família, mas a sociedade e o Estado também, responsáveis por essas garantias. (GOES. 2020.p.19)

A Doutrina da Proteção Integral instituiu-se no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 227 da Constituição Federal que diz;

Artigo 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.

Segundo Antonio (2018), diante dessa doutrina as crianças e adolescentes tiveram uma nova aparência, tornando os como sujeitos de direito e não mais como menores objetos em situação irregular, abandonos ou delinquentes. Fazendo com que a criança e ao adolescente possuam a sua prioridade absoluta.

Como diz, Goes (2020.p. 20), “a criança e o adolescente tornaram-se sujeitos de direitos na lei com o reconhecimento de sua fase peculiar de desenvolvimento, sendo estabelecida, portanto, a sua prioridade absoluta e a necessidade de cuidados especiais pela sociedade brasileira”.

2.2 Do ato infracional

O ato infracional é uma definição simples e clara descrita no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), onde diz que, “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Um ato infracional nada mais é que uma conduta descrita na lei como crime ou contravenção penal praticado por criança que completar até 12 anos, ou adolescentes entre 12 anos completos e 18 anos incompletos.

Conforme explica, Yasmim (2020, p. 22)

Estatuto da Criança e do Adolescente traz a distinção entre a expressão “criança” e “adolescente”, o que nos faz identificar

didaticamente, as pessoas que estão sujeitas as medidas socioeducativas e aquelas que não estão. Nota se que o ECA se encarregou de configurar, no âmbito do seu estatuto os chamados “inimputáveis”, bem como estabeleceu a responsabilização juvenil infracional a partir dos doze anos completos, ao preconizar no seu artigo 2º que se considera criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Diante desse relato, se tem então, a conclusão de que, tanto a criança menor de 12 anos, como o adolescente entre 12 e 18 anos estão sujeitos a pratica do ato infracional, porém, os mesmos não se sujeitam as normas processuais do Código de Processo Penal.

Por não se sujeitarem ao regime processual penal e somente se admitir a aplicação por analogia dos tipos penais previstas na parte especial do código penal, se afirma que, os menores não podem ser “presos” em flagrante mais sim, “detidos” em situação de flagrante do ato infracional. Levando em consideração também, que esses adolescentes não são sujeitos a prisão cautelar e sim, a medida de internação provisória.

Artigo 177º – ECA/1990 “Se, afastada a hipótese de flagrante, houver indícios de participação de adolescente na pratica de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do ministério público relatório das investigações e demais documentos”.

Existe uma ampla contestação das medidas atribuídas às crianças e aos adolescentes. Os elementares serão justapostos as chamadas Medidas de Proteção, a aos secundários, serão aplicadas as Medidas Socioeducativas.

A criança de até 12 anos completo que comete o ato infracional será encaminhada para a autoridade policial, onde os mesmos irão comunicar aos pais ou responsáveis do ocorrido para que estes possam buscar a criança mediante assinatura de termo de responsabilidade. Previsto no artigo 101, § I do ECA.

isso ocorre pelo fato de que, a prática de ato infracional por criança não está sujeita a medidas socioeducativas, portanto, não se impõe Medidas Socioeducativas à criança, somente medidas de proteção.

Já o adolescente de 12 até 18 anos será encaminhado a Autoridade Policial competente para conduzir o caso ao promotor de justiça para que possa estudar o caso e aplicar uma das medidas socioeducativas.

2.2.1 Causas que levam o adolescente a cometer o ato infracional

A adolescência é uma fase que exige determinados cuidados e atenção tanto do

Estado como da sociedade e principalmente da família, pois essa é uma fase de desenvolvimento que meche muito com o psicológico do adolescente.

Doná (2018, p. 25) responde sobre a seguinte pergunta, porque os adolescentes estão infracionando? “E possivelmente a resposta para tal seria, pelos fatores socioeconômico, falta de ensino regular e conseqüentemente superior além da falta de cursos profissionalizante e a não inserção no mercado de trabalho (jovem aprendiz) e a falta de condições financeiras”. Levando assim, o adolescente a ter uma vida frustrante, tornando-o violento, agressivo, fazendo com que o adolescente comece a pratica do Ato Infracional por achar que agindo dessa forma tudo será mais fácil.

Levando em consideração a realidade de muitos adolescentes, a maioria também teve uma infância muito difícil, sem o apoio da família e muita das vezes os próprios pais acaba se tornando incentivo para o filho, fazendo com que o filho presencie o consumo de drogas, crime e violências dentro da própria casa.

A família é a principal responsável pela formação da consciência do jovem e também é importante no processo de adaptação para a vida em sociedade.

Uma boa convivência com os pais, garante uma base solida e segura para enfrentar os desafios que encontraram no caminho, como também, adquirir o amadurecimento social.

Segundo Carmo (2016, p. 8) no que concerne ao seio familiar, este fator compõe a essência do desenvolvimento humano e configura-se como a primeira instituição responsável pela interação entre os indivíduos, oferecendo, através das relações familiares, um suporte imprescindível para o desenvolvimento físico, social, emocional, afetivo, e psicológico de todos os membros que fazem parte dessa instituição.

Ou seja, a família é o principal ponto de apoio a criança e ao adolescente. E, a ausência desse suporte familiar aos membros pode gerar constrangimento e insegurança aos menores e uma total falta de confiança nos pais, fazendo com que encontrem amparo emocional a influencias externas, que na maioria das vezes é onde se corroboram para a pratica do ato infracional.

2.3 Das Medidas Socioeducativas e sua execução

Medidas socioeducativas são medidas aplicadas pelo juiz com finalidade pedagógica em indivíduos infanto-juvenil, que são adolescentes imputáveis maiores de doze e menores

de dezoito anos que incidirem na prática de atos infracionais, conhecidos como crimes ou contravenção penal. São medidas de natureza jurídica repreensiva e pedagógica para inibir a reincidência dos mesmos e prover a ressocialização.

Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112º da lei n 8.069. de 1 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais tem por objetivos

- I- A responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II- A integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
- III- A desaprovação da conduta infracional efetivando as disposições da sentença parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Medida Socioeducativa é o meio mais eficaz aplicado aos adolescentes que cometem ato infracional. Sua execução é diferente de quando um “adulto” comete um crime, pois esse recebe uma pena que pode ser de prisão, diferente do maior de 12 e menor de 18 anos que ao cometer um ato infracional será determinado pelo Juiz uma das medidas socioeducativa, justamente por ser considerado uma pessoa inimputável ou imatura, fazendo com que o adolescente tenha um acolhimento diferenciado do Estado, como está previsto no (ECA) Estatuto da Criança e do Adolescente.

É de competência do juiz da infância e da juventude analisar cuidadosamente qual a capacidade do adolescente de cumprir a medida socioeducativa, traçando seu perfil psicológico, entendendo seu contexto social e também a gravidade do delito para proferir a sentença. Cabe a cada Estado gerir e organizar os órgãos e instituições responsáveis pela aplicação efetiva das medidas.

As medidas socioeducativas estão estabelecidas no artigo 112 do ECA e são elas;

- I- Advertência;
- II- Obrigação de reparar o dano;
- III- Prestação de serviços à comunidade;
- IV- Liberdade assistida;

- V- Inserção em regime de semiliberdade;
- VI- Internação em estabelecimento educacional.

2.3.1 Advertência

Segundo o artigo 115, “a Advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termos e assinada”. A advertência é uma das medidas mais leve a ser aplicada, onde o Juiz conversa com o menor infrator e seus responsáveis sobre o risco no envolvimento infracional para que não repita o mesmo caso. Para a aplicação desta medida é necessário que exista uma prova da materialidade do fato, sendo necessário também indícios suficientes de autoria.

2.3.2 Reparação de dano

Essa medida normalmente é aplicada à jovens que cometem atos infracionais contra o patrimônio. Em um caso como esse o magistrado determina que o dano seja reparado, fazendo com que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou por outra forma compense o prejuízo da vítima. Conforme o artigo 116.

Art. 116 em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada

A medida de reparação do dano busca despertar no adolescente o senso de responsabilidade social e econômica em face de bem alheio, tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta.

2.3.3 Prestação de serviços à comunidade

Está é a terceira medida que se encontra no artigo 117, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, que consiste em tarefas gratuitas de interesse geral, sendo exercidos conforme a sua capacidade de realização das tarefas.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados o em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de

trabalho.

Esta medida é um pouco mais severa que a reparação de dano, a prestação de serviços a comunidade é o trabalho em entidades assistenciais ou outros estabelecimentos públicos como, hospitais, escolas, e outros locais semelhantes, podendo ser aplicada em qualquer dia da semana, sem risco de prejudicar a jornada escolar ou do trabalho. Aplicando-a ao jovem infrator, tal medida não pode ultrapassar seis meses

2.3.4 Liberdade assistida

Essa medida é considerada uma das medidas mais graves em meio aberto. A mesma esta prevista no artigo 118, §1º e §2º

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a que poderá sr recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, renovada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o ministério público e o defensor.

Esta medida destina-se a acompanhar e auxiliar o adolescente a fim de orienta-lo e promove-lo a reinserção na sociedade e no mercado de trabalho. O adolescente não será privado de sua liberdade, sendo permitido o convívio com a escola e com a família. O caso será acompanhado por um técnico do serviço de média complexidade. Nos atendimentos, geralmente quinzenais é feita a acolhida e escuta dos adolescentes bem como construído conjuntamente o plano individual de atendimento onde e observado a constituição familiar.

2.3.5 Semiliberdade

Na semiliberdade o jovem fica entre a liberdade e a sua restrição, como consta no artigo 120. §1º e §2º

Art. 120. O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§1º são obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Ou seja, na semiliberdade o adolescente fica em uma instituição de internação durante todos os dias da semana para o cumprimento de atividades pedagógicas e formativas, porém, a semiliberdade permite, que os menores infratores trabalhem e estudem durante o dia, e a noite são recolhidos de volta para a instituição especializada onde terá que permanecer até o dia amanhecer para que retornem as suas atividades.

2.3.6 Internação em estabelecimento educacional

Essa é a mais grave de todas as medidas socioeducativas. A internação deve ser aplicada mediante o cometimento de ato infracional de grave ameaça ou violência à pessoa, ou quando houver reincidência. Aqui o jovem é privado de sua liberdade por um período que pode variar de 6 (seis) meses a 3 (três) anos da excepcionalidade e do respeito a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Diante disso, a cada 6 (seis) meses, o adolescente deverá passar por uma avaliação, conforme estabelece o artigo 121 do (ECA).

Artigo 121. "A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento".

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no paragrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvindo o Ministério Público.

§ 7º A determinação judicial mencionada no §1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária.

2.4 Importância da execução das Medidas Socioeducativas

As Medidas Socioeducativas são respostas do Estado imposta ao adolescente que comete ato infracional. São, portanto, medidas restritivas de direito que possuem características especiais, passada ao sujeito autor, em razão de sua conduta ilícita que foi praticada, sendo assim definida no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na legislação penal.

A execução das Medidas Socioeducativas necessita da participação e colaboração de vários operadores do direito, quais sejam, o juízo de execução, o Ministério Público, as entidades de Execução das Medidas em Meio aberto e as Entidades de Execução de meio fechado, para que assim possa se obter a eficácia das Medidas Socioeducativas. (GRAÇAS. 2022. p. 236)

A Medida Socioeducativa tem o propósito de responsabilizar o adolescente infrator do ato infracional, evitando assim, a reincidência e fazer sua ressocialização da melhor forma possível, fazendo com que esse adolescente não volte a cometer o mesmo ato.

Segundo informações advinda de Graças, (2022.p.237) “Partindo dos princípios constitucionais e leis específicas, o objetivo é da ao infrator uma perspectiva de vida para se tornar um adulto preparado que possa viver no meio social de forma que seja produtiva”.

A medida Socioeducativa é um qualificador de ação, designado por um campo de aprendizagem atribuída para o desenvolvimento de capacitação do adolescente, elaborando valores éticos, estéticos e políticos a fim de promover o acesso e processamento de informações, a convivência em grupo e a participação na vida pública. Levando o adolescente em cumprimento das Medidas Socioeducativas a ter seus direitos e deveres com a sociedade para o fornecimento principalmente da educação e profissionalização para que os mesmos tenham oportunidade de emprego e se sintam reinseridos na sociedade e no meio familiar.

Segundo Medeiros (2019), é a partir do desenvolvimento familiar, educacional e social que vem a ressocialização do adolescente em cumprimento de Medidas Socioeducativas.

É através da família que se inicia a formação do caráter, e dos valores do adolescente,

levando em consideração que, com o abandono familiar, vem o rompimento dos valores, fazendo com que o adolescente perca o controle da convivência na sociedade.

A educação é um aliado muito forte, sendo o elemento principal para a ressocialização do adolescente que cometeu o ato infracional, fazendo com que o mesmo tenha novas oportunidades e conhecimentos fazendo com que esse adolescente não volte a cometer os mesmos atos.

É de suma importância também, a inclusão social a esse adolescente, fazendo com que ele seja recebido pela sociedade sem nenhum preconceito e sim com oportunidades para assim conseguir uma vida melhor.

2.4.1 Finalidade e importância da Medida Socioeducativa

Levando em consideração a realidade de alguns adolescentes em execução de Medidas Socioeducativas, nem todos possuem o objetivo e finalidade esperada. Segundo Medeiros (2019.p.43,44)

Diante de todo o exposto, resta claro que as medidas socioeducativas em sua maioria não atingem a finalidade pretendida, ou seja, não são eficazes, devido a falta de investimentos governamentais em infraestrutura e capacitação de técnicos e orientadores, bem como pela ausência efetiva da família e da sociedade na vida dos adolescentes infratores.

Diante disso, Mariana Medeiros (2019) aborda de forma mais prática a análise sobre a eficácia das Medidas Socioeducativas. São elas, "Medidas Privativas de Liberdade", "Medida de Liberdade Assistida" e "Privação de Liberdade".

Verifica-se que as medidas privativas de liberdade, em especial a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida, são as que possuem maior capacidade de obter resultados satisfatório, visto que além de proporcionar a ressocialização do infrator, já que estes continuam em contato com a sociedade, ainda possibilitam que o adolescente reflita sobre os atos praticados.

A medida de liberdade assistida se aplica conforme estabelecer o ECA, seria a medida de maior eficácia, visto que busca assistir não só o adolescente, mas também seu ciclo social familiar, proporcionando auxílio a todos.

Por fim percebe-se, que a privação da liberdade é a maneira menos

eficaz no processo de reeducação e ressocialização do menor infrator, eis que retira o mesmo do convívio em sociedade, colocando-o em um local sem estrutura e em contato apenas com outros infratores, que podem causar influências negativas nestes adolescentes. (MEDEIROS, 2019, p. 44).

Diante disso temos um entendimento claro de que nem sempre as Medidas Socioeducativas serão eficazes, nos fazendo entender também, que sua eficácia depende não só da vontade e necessidade do adolescente, mas também da contribuição do Estado da família e da sociedade.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou estudar sobre o tema Medidas Socioeducativas estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com a finalidade de verificar se as Medidas Socioeducativas são eficazes para a ressocialização do adolescente que comete o ato infracional.

O objetivo desse trabalho é falar sobre a evolução histórica do ECA, com o propósito de abordar sobre a evolução do direito da Criança e do Adolescente, que só foi possível o seu reconhecimento a partir da criação da doutrina de proteção integral, que passou a respeitar a condição dos indivíduos e só assim passaram a ser sujeito de seus direitos.

Diante desse estudo foi possível responder sobre o questionamento feito anteriormente e verificou-se que a finalidade da medida socioeducativa é ressocializar o adolescente menor infrator para que não volte a cometer os mesmos atos, preparando esse adolescente para a convivência familiar e social, oferecendo a ele oportunidades de emprego e impedindo de sofrer quaisquer tipo de preconceito.

Portanto, conclui-se que através dessa pesquisa tivemos o resultado de que a Medida Socioeducativa por mais que tenha o objetivo de reeducar o adolescente para que o mesmo não cometa mais os mesmos atos, pode também sofrer as consequências de que essas medidas na realidade se torne totalmente diferente do que está previsto no Estatuto e na legislação, fazendo com que as medidas Socioeducativas se tornem ineficazes em alguns casos.

Sendo assim, a execução da Medida Socioeducativa precisa de mais melhorias e investimentos governamentais em infraestrutura e maior capacitação de técnicos e orientadores, lembrando também, que necessita principalmente de um conjunto de ações e apoios por parte do Estado, da família e da sociedade, fazendo assim com que as Medidas Socioeducativas se tornem mais eficazes.

O método de abordagem desse estudo foi dedutivo através de um procedimento

estruturalista que permitiu buscar informações acerca do problema, sendo obtido as conclusões adequadas.

Apesar de ter sido obtido o resultado esperado no estudo, verificou-se que o trabalho pode ser um pouco mais explorado em trabalhos futuros, buscando aprofundar através de mais informações através de questionamentos e entrevistas com menores infratores ou até mesmo com a família desses adolescentes.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Luiz Carlos do Carmo. **Análise sobre as causas que levam os adolescentes à prática de atos infracionais.** 2016. p.8

DAS GRAÇAS RIBEIRO, Maria; CORDEIRO, Taiana Levinne Carneiro. **A Importância da Aplicabilidade Das Medidas Socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente à Luz da Lei nº12. 594/2012.** Epitaya E-books, v. 1, n. 23, p. 227-241, 2022.

FERREIRA, LUIZ ANTONIO MIGUEL; DOI, Cristina Teranise. **A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas.** SI: sn, 2018.

GOES, Alberta. **Estatuto da Criança e do Adolescente 30 anos: tempo de celebrar a doutrina da proteção integral.** Humanidades em Perspectivas, v. 2, n. 4, 2020.

SANTISTA, CAMPUS BAIXADA; MIGUEL, GABRIELA DE DONÁ VIEIRA. **AS POSSÍVEIS CAUSAS DA INFRAÇÃO NA ADOLESCÊNCIA: PARA ALÉM DO SOCIALMENTE IMPOSTO.** 2018. p. 19, 25

SOUZA, YASMIM CRISTINA HOLANDA DE. **Atos infracionais e as medidas socioeducativas.** 2020. p. 22.

VILELA, Mariana Medeiros et al. **Medidas socioeducativas: uma análise sobre a sua (in) eficácia.** 2019.